



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كُتُبُ الْمُكَلِّبِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الشيخ العلامة شمس الدين بن كثير
الشيخ مؤلف الأسماء

١٣٩١ - ١٣٩٤ هـ



أعداد

لجنة تحقيق كتاب الشيخ العلامة



الجمهورية الإسلامية الإيرانية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنه تحقیق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴.

۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : كنگره جهانی بزرگداشت دو یستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی كنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على محمد خاتم النبيين وأهل بيته الطيبين الطاهرين.

وأما بعد: فقد حظى كتابا المكاسب و فرائد الأصول تحقيق و طبع مجمع الفكر الإسلامى باستقبال وافر من قبل الأساتذه و طلاب الحوزه العلميه فى قم المقدسه و سائر الحوزات فى المدن الأخرى؛ لما امتازا به من الدقه فى التحقيق، و الإناقه فى الترتيب، و الحسن فى الطباعه؛ و لذلك حاز الكتابان الرتبه الأولى فى مسابقه الكتاب السنويه التى تقيمها الحوزه العلميه فى قم.

كل ذلك جعل الطلاب و الأساتذه يقبلون على هذه الطبعه من الكتابين إقبالا كثيرا، و لذلك جددت طباعتهما فى كل سنه تقريبا منذ انتهاء الطبعه الأولى.

و لما كانت كثره عدد الأجزاء توجب كلفه زائده على الطلبة، فلذلك قامت أسره المجمع بتقليل عدد الأجزاء تسهيا عليهم. و ذلك بحذف ما لا يهتم الطلبة كثيرا فى دراساتهم، مثل مقدمه التحقيق و الفهارس الفتيه و نحوها، و دمجت كل مجلدين فى مجلد واحد، فصارت

الأجزاء الستة للمكاسب ثلاثة أجزاء، والأجزاء الأربعة للفرائد ثلاثة أيضاً بدمج الثالث و الرابع و صيرورتها مجلداً واحداً، و صار مجموع مجلدات المكاسب و الفرائد ستة مجلدات بعد أن كانت عشرة، كل ذلك كما قلنا تسهياً على الطلبة الأعزّاء.

و لا بدّ من التنبيه على أنّ من أراد الاطلاع على النسخ المعتمده في تحقيق الكتاب و معرفه رموزها و كيفيه تحقيق الكتاب فليراجع الطبعات المتقدّمه بما فيها الطبعة الأولى الموجوده في ضمن مجموعته تراث الشيخ الأنصاري قدّس سرّه.

و ختاماً نرجو من الله تعالى أن يوفّق الجميع لخدمه مذهب أهل البيت عليهم السلام، إنّه وليّ التوفيق.

مجمع الفكر الإسلامى

ص: ٤

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

في المكاسب [المحرمة]

و ينبغي أولاً التيمّن بذكر بعض الأخبار الواردة على سبيل الضابطه للمكاسب،

من حيث الحلّ و الحرمة، فنقول مستعيناً بالله تعالى:-

روى في الوسائل (١) و الحدائق (٢) عن الحسن بن عليّ بن شعبه في كتاب تحف العقول (٣) عن مولانا الصادق صلوات الله و سلامه عليه حيث سُئل عن

ص: ٥

١-١) الوسائل ١٢:٥٤، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به، و أورد قسماً منه في الحديث الأوّل من الباب الأوّل من أبواب الإجاره، و قسماً آخر في الحديث الأوّل من الباب ٤ من أبواب النفقات، و قسماً ثالثاً في الحديث الأوّل من الباب ٦٦ من أبواب الأطمعه المحرّمه.

٢-٢) الحدائق ١٨:٦٧.

٣-٣) تحف العقول: ٣٣١، و لما كان الاختلاف بين المصادر التي نقلت الروايه كثيراً، فلذلك لم نتعرّض له إلّا إذا كان مهماً، نعم سوف نذكر الاختلاف الموجود بين نسخ الكتاب. و سنّبع هذه الطريقه في سائر الروايات المنقوله في الكتاب إن شاء الله تعالى.

معايش العباد، فقال: «جميع المعايش كلها من وجوه المعاملات فيما بينهم مما يكون لهم فيه المكاسب أربع جهات، و يكون فيها حلال من جهه و حرام من جهه:

فأول هذه الجهات الأربع (١)الولاية، ثم التجاره، ثم الصناعات، ثم الإجازات.

و الفرض من الله تعالى على العباد فى هذه المعاملات الدخول فى جهات الحلال، و العمل بذلك، و اجتناب جهات الحرام منها. فأحدى الجهتين من الولاية: ولاية و لاه العدل الذين أمر الله بولايتهم على الناس، و الجهه الأخرى: ولاية و لاه الجور.

فوجه الحلال من الولاية، و ولاية الوالى العادل، و ولاية و لاته بجهه ما أمر به الوالى العادل بلا زياده و نقيصه، فالولاية له، و العمل معه، و معونته، و تقويته، حلال محلل.

و أمّا وجه الحرام من الولاية: فولاية الوالى الجائر، و ولاية و لاته، فالعمل (٢)لهم، و الكسب لهم بجهه الولاية معهم (٣)حرام محرّم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير؛ لأنّ كلّ شيء من جهه المعونه له، معصيه كبيره من الكبائر.

و ذلك أنّ فى ولاية الوالى الجائر دروس الحقّ كلّ، و إحياء الباطل كلّ، و إظهار الظلم و الجور و الفساد، و إبطال الكتب، و قتل الأنبياء،

ص: ٦

١- ١) الأربع: لم ترد فى «ف»، «ن»، «م».

٢- ٢) فى «ف»، «خ»، «ع»، «ص»: و العمل لهم.

٣- ٣) فى «خ» و الوسائل: و الكسب معهم بجهه الولاية لهم.

و هدم المساجد، و تبديل سنه الله و شرائعه، فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم، و الكسب معهم إلا بجهه الضروره نظير الضروره إلى الدم و الميته.

و أمّا تفسير التجارات فى جميع البيوع و وجوه الحلال من وجه التجارات التى يجوز للبائع أن يبيع ممّا لا يجوز له، و كذلك المشتري الذى يجوز له شراؤه ممّا لا يجوز:

فكلّ مأمور به ممّا هو غذاء للعباد و قوامهم به فى أمورهم فى وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيره ممّا يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون من جميع المنافع التى لا يقيمهم غيرها، و كلّ شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات، فهذا كلّه حلال بيعه و شراؤه و إمساكه و استعماله و هبته و عاريته.

و أمّا وجوه الحرام من البيع و الشراء: فكلّ أمر يكون فيه الفساد ممّا هو منهى عنه من جهه أكله و شربه (١) أو كسبه (٢) أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو هبته أو عاريته أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد نظير البيع بالربا أو بيع الميته أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش أو الطير أو جلودها أو الخمر أو شىء من وجوه النجس فهذا كلّه حرام محرّم؛ لأنّ ذلك كلّه منهى عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلّب فيه، فجميع تقلّبه فى

ص: ٧

١- ١) فى «ف»: أو شربه.

٢- ٢) كذا فى النسخ و المصادر، و لعلّ فى الأصل «لبسه» كما استظهره الشهيدى رحمه الله أيضاً.

ذلك حرام.

و كذلك كل مبيع ملهؤ به، و كل منهى عنه مميا يتقرّب به لغير الله عزّ و جلّ، أو يقوى به الكفر و الشرك فى جميع وجوه المعاصى، أو باب يوهن به الحقّ فهو حرام محرّم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع التقلّب فيه، إلّا فى حال تدعو الضروره فيه إلى ذلك.

و أمّا تفسير الإجازات:

فإجاره الإنسان نفسه أو ما يملك أو يلى أمره من قرابته أو دابّته أو ثوبه بوجه (1) الحلال من جهات الإجازات أو (2) يؤجر نفسه أو داره أو أرضه أو شيئاً يملكه فيما ينتفع به من وجوه المنافع أو العمل بنفسه و ولده و مملوكه و أجيّره من غير أن يكون وكيلاً للوالى أو والياً للوالى، فلا بأس أن يكون أجيّراً يؤجر نفسه أو ولده أو قرابته أو ملكه أو وكيله فى إجارته، لأنّهم و كلاء الأجيّير من عنده، ليس هم بولاه الوالى، نظير الحّمّال الذى يحمل شيئاً معلوماً بشىء معلوم، فيحمل (3) ذلك الشىء الذى يجوز له حملة بنفسه أو بملكه أو دابّته، أو يؤجر نفسه فى عمل، يعمل ذلك العمل [بنفسه أو بمملوكه أو قرابته أو بأجيّير من قبله، فهذه وجوه من وجوه الإجازات] (4)

ص: ٨:

١- ١) فى مصّححه «م»: فوجه.

٢- ٢) فى «م»، «ع»، «ص»، «ش» و نسخه بدل «خ»: أن.

٣- ٣) كذا فى «خ» و تحف العقول، و فى سائر النسخ و الحدائق و الوسائل: فيجعل.

٤- ٤) أثبتناه من «ش» و هامش «خ» و المصدر.

حلال (١) لمن كان من الناس مَلِكاً أو سُوقَهُ أو كافرًا أو مؤمناً فحلال إجارتَه، و حلال كسبه من هذه الوجوه.

فأما وجوه الحرام من وجوه الإجاره: نظير أن يؤاجر نفسه على حمل ما يحرم أكله أو شربه، أو يؤاجر نفسه في صنعه ذلك الشيء أو حفظه، أو يؤاجر نفسه في هدم المساجد ضراراً، أو قتل النفس بغير حق (٢)، أو عمل (٣) التصاوير و الأصنام و المزامير و البرابط و الخمر و الخنازير و الميتة و الدم، أو شيء من وجوه الفساد الذي كان محرماً عليه من غير جهة الإجاره فيه.

و كل أمرٍ منهي عنه من جهة من الجهات، فمحرّم على الإنسان إجاره نفسه فيه أو له أو شيء منه أو له، إلا لمنفعه من استأجره (٤) كالذي يستأجر له الأجير ليحمل الميتة ينحّيها (٥) عن أذاه أو أذى غيره و ما أشبه ذلك إلى أن قال:-

و كل من آجر نفسه أو ما يملكك، أو يلي أمره من كافر أو مؤمن أو مَلِكٍ أو سُوقَهُ على ما فسّرنا ممّا تجوز الإجاره فيه فحلال محلّل فعله و كسبه.

ص: ٩

١-١) في جميع النسخ الفاقده للعبارة: «حلالاً»، إلا في «ف».

٢-٢) في المصادر: بغير حلّ.

٣-٣) في تحف العقول: أو حمل.

٤-٤) كذا في «ن» و الحدائق، و في سائر النسخ و المصادر: استأجرته.

٥-٥) في «خ» و تحف العقول: ينجيها.

فكلُّ ما يتعلّم العباد أو يعلّمون غيرهم من أصناف الصناعات مثل الكتابة و الحساب و النجاره (١) و الصياغه و البناء و الحياكه و السراجة و القصاره و الخياطه و صنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني، و أنواع صنوف الآلات التي يحتاج إليها العباد، منها منافعهم، و بها قوامهم، و فيها بلغه جميع (٢) حوائجهم فحلّال فعله (٣) و تعليمه و العمل به و فيه (٤) لنفسه أو لغيره.

و إن كانت تلك الصناعات و تلك الآله قد يستعان بها على وجوه الفساد و وجوه المعاصي، و تكون معونه على الحقّ و الباطل، فلا بأس بصناعاته و تعليمه (٥) نظير الكتابه التي هي (٦) على وجه من وجوه الفساد تقويه و معونه لولاه الجور. و كذلك السكّين و السيف و الرمح و القوس و غير ذلك من وجوه الآلات التي تصرف (٧) إلى وجوه (٨) الصلاح

ص: ١٠

-
- ١-١) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ و تحف العقول و الحدائق: التجاره.
 - ٢-٢) جميع: ساقطه من «ف»، «م»، «ع»، «ص».
 - ٣-٣) في «ش»: تعلّمه.
 - ٤-٤) و فيه: ساقطه من «ف».
 - ٥-٥) كذا في «ن» و مصححه «خ» و تحف العقول و الحدائق، و في سائر النسخ: تقلّبه.
 - ٦-٦) هي: ساقطه من «ف»، «م»، «ع».
 - ٧-٧) كذا في «خ» و «ش» و «ف»: ينصرف، و في «ن»، «ع»، «ص»: تنصرف، و في «م»: تنصرف.
 - ٨-٨) في مصححه «خ» و تحف العقول: جهات.

و جهات الفساد، و تكون آله و معونه عليهما (١) فلا- بأس بتعليمه و تعلّمه و أخذ الأ-جر عليه و العمل به و فيه لمن كان له فيه جهات الصلاح من جميع الخلائق، و محرّم عليهم تصريفه إلى جهات الفساد و المضارّ، فليس على العالم و لا المتعلّم إثم و لا وزر؛ لما فيه من الرجحان في منافع جهات صلاحهم و قوامهم و بقائهم، و إنّما الإثم و الوزر على المتصرّف فيه (٢) في جهات الفساد و الحرام؛ و ذلك إنّما حرّم الله الصنّاعه التي هي حرام كلّها التي يجيء منها الفساد محضاً، نظير البرابيط و المزامير و الشطرنج و كلّ ملهوّ به و الصلبان و الأصنام و ما أشبه ذلك من صناعات الأشر به الحرام (٣).

و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً و لا يكون منه و لا فيه شيء من وجوه الصلاح، فحرام تعليمه و تعلّمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع التقلّب فيه من جميع وجوه الحركات (٤) إلّا أن تكون صنّاعه قد تصرف إلى جهه المنافع (٥)، و إن كان قد يتصرّف فيها و يتناول بها وجه من وجوه المعاصي؛ فلعلّه ما فيه (٦) من الصلاح حلّ تعلّمه و تعليمه و العمل به، و يحرم على من صرفه إلى غير وجه الحقّ و الصلاح.

ص: ١١

١-١) كذا في «ش» و المصادر، و في سائر النسخ: عليها.

٢-٢) في «ن» و «خ»: بها (خ ل).

٣-٣) كذا في النسخ و المصادر، إلّا أنّ في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش» زياده: المحرّمه (ظ)، و في «ص»: المحرّمه (خ ل).

٤-٤) كذا في مصححه «خ»، و في «ش» و الوسائل و تحف العقول: الحركات كلّها.

٥-٥) في مصححتي «خ» و «ف»: جهه المباح.

٦-٦) في «ف»، «خ»، «م» و «ع» و تحف العقول: فلعلّه لما فيه.

فهذا تفسير بيان وجوه اكتساب معاش العباد، و تعليمهم (١) في وجوه اكتسابهم... الحديث».

و حكاة غير واحد (٢) عن رساله المحكم و المتشابه (٣) للسيد قدس سره.

و في الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا صلوات الله و سلامه عليه: «اعلم رحمك (٤) الله أن كل (٥) مأمور به على العباد (٦) و قوام لهم في أمورهم من وجوه الصلاح الذي لا يقيمهم غيره مما يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و هبته و عاريته.

و كل أمر يكون فيه الفساد مما قد نهى عنه من جهه أكله و شربه و لبسه و نكاحه و إمساكه بوجه الفساد، مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير و الربا و جميع الفواحش و لحوم السباع و الخمر، و ما أشبه ذلك فحرام ضار للجسم (٧)» (٨)، انتهى.

و عن دعائم الإسلام للقاضي نعمان المصري عن مولانا

ص: ١٢

١-١) كذا في «ش» و المصادر، و في سائر النسخ: تعلمهم.

٢-٢) منهم صاحب الوسائل في الوسائل ١٢:٥٧، و صاحب الحدائق في الحدائق ١٨:٧٠.

٣-٣) رساله المحكم و المتشابه: ٤٦.

٤-٤) في «ف»، و المصدر: يرحمك.

٥-٥) في «ش»: كل ما هو.

٦-٦) كذا في النسخ، و في المصدر: «أن كل مأمور به مما هو صلاح للعباد»، و في المستدرک (١٣:٦٥): «أن كل مأمور به مما هو من على العباد».

٧-٧) في «ش»: «للجسم، و فساد للنفس»، و في المصدر: «للجسم، و فساد للنفس».

٨-٨) الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام: ٢٥٠.

الصديق عليه السلام: «إنَّ الحلال من البيوع كلِّ ما كان حلالاً من المأكول والمشروب وغير ذلك ممَّا هو قوام للناس و يباح لهم الانتفاع، و ما كان محرّماً أصله منهيّاً عنه لم يجر بيعه و لا شراؤه» (١)، انتهى.

و فى النبوى المشهور: «إنَّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» (٢).

إذا عرفت ما تلوناه و جعلته فى بالك متدبراً لمدلولاته، فنقول:

قد جرت عادة غير واحد على تقسيم المكاسب إلى محرّم و مكروه و مباح، مهملين للمستحبّ و الواجب؛ بناءً على عدم وجودهما فى المكاسب، مع إمكان التمثيل للمستحبّ بمثل الزراعه و الرعى ممّا ندب إليه الشرع، و للواجب بالصناعه الواجبه كفايه، خصوصاً إذا تعدّر قيام الغير به، فتأمل.

و معنى حرمة الاكتساب حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتّب الأثر (٣).

و أمّا حرمة أكل المال فى مقابلها، فهو متفرّع على فساد البيع؛ لأنّه مال الغير وقع فى يده بلا سبب شرعىّ و إن قلنا بعدم التحريم؛ لأنّ ظاهر أدلّه تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرّمه، أمّا لو قصد الأثر المحلّل فلا دليل على تحريم المعامله

ص: ١٣

١- ١) دعائم الإسلام ٢: ١٨، الحديث ٢٣، مع اختلافٍ يسير.

٢- ٢) عوالى اللآلى ٢: ١١٠، الحديث ٣٠١. سنن الدارقطنى ٣: ٧، الحديث ٢٠.

٣- ٣) فى «ش»: الأثر المحرّم.

إلّا من حيث التشريع (١).

و كيف كان، فالأكتساب المحرّم أنواع، نذكر كلاً منها في طيّ مسائل

ص: ١٤

١ - ١) في «ف»: إلّا من حيث التشريع، فيتفرّع على إرادته الشرعيّه.

النوع الأول الاكتساب بالأعيان النجسه عدا ما استثنى

و فيه مسائل ثمان:

اشاره

ص: ١٥

اشاره

(١)

بلا- خلافٍ ظاهر؛ لحرمة، و نجاسته، و عدم الانتفاع به منفعه محلله مقصوده فيما عدا بعض أفراده، ك«بول الإبل الجلاله أو الموطوءه».

«فرعان»

الأول:

ما عدا بول الإبل من أبوال ما يؤكل لحمه المحكوم بطهارتها عند المشهور، إن قلنا بجواز شربها اختياراً كما عليه جماعه من القدماء

ص: ١٧

١- ١) في «ف»: غير المأكول اللحم.

و المتأخرين (١)، بل عن المرتضى دعوى الإجماع عليه (٢) فالظاهر جواز بيعها. وإن قلنا بحرمة شربها كما هو مذهب جماعه أُخرى (٣) لاستخباثها ففي جواز بيعها قولان:

من عدم المنفعة المحللة المقصوده فيها، و المنفعه النادره لو جوّزت المعاوضه لزم منه جواز معاوضه كلّ شىء، و التداوى بها لبعض الأوجاع لا يوجب قياسها (٤) على الأدوية و العقاقير؛ لأنّه يوجب قياس كلّ شىء عليها، لانتفاع به فى بعض الأوقات.

و من أنّ المنفعه الظاهره و لو عند الضروره المسوّغه للشرب كافيه فى جواز البيع.

و الفرق بينها و بين ذى المنفعه الغير المقصوده حكم العرف بأنّه لا منفعه فيه.

و سيجىء الكلام فى ضابطه المنفعه المسوّغه للبيع.

ص: ١٨

١ - ١) من القدماء: ابن الجنيد على ما فى الدروس ٣: ١٧، و السيد المرتضى فى الانتصار: ٢٠١، و من المتأخرين: ابن إدريس فى السرائر ٣: ١٢٥، و المحقق فى النافع (٢٥٤)، حيث قال: و التحليل أشبه، و الفاضل الآبى فى كشف الرموز ١: ٤٣٦، و المحقق السبزوارى فى كفايه الأحكام: ٢٥٢.

٢ - ٢) الانتصار: ٢٠١.

٣ - ٣) كالمحقق فى الشرائع ٣: ٢٢٧، و العلّامه فى المختلف: ٦٨٦، و الشهيد فى الدروس ٣: ١٧.

٤ - ٤) فى أكثر النسخ: قياسه.

نعم، يمكن أن يقال: إن قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ» (١) وكذلك الخبر المتقدم عن دعائم الإسلام يدلُّ على أَنَّ ضابطه المنع تحريم الشيء اختياراً، وإلَّا فلا حرام إلَّا وهو محلل عند الضرورة، والمفروض حرمة شرب الأبوال اختياراً، والمنافع الأخر غير الشرب لا يعاب بها جداً، فلا ينتقض بالطين المحرّم أكله؛ فإنَّ المنافع الأخر للطين أهمّ وأعمّ من منفعة الأكل المحرّم، بل لا يُعدّ الأكل من منافع الطين.

فالنبويّ دالٌّ على أَنَّهُ إِذَا حَرَّمَ اللَّهُ شَيْئًا بِقَوْلٍ مُّطْلَقٍ بِأَن قَالَ:

يحرم الشيء الفلاني حرّم بيعه؛ لأنّ تحريم عينه إمّا راجع إلى تحريم جميع منافعه، أو إلى تحريم أهمّ منافعه الذي (٢) يتبادر عند الإطلاق، بحيث يكون غيره غير مقصود منه.

و على التقديرين، يدخل الشيء لأجل ذلك في ما لا ينتفع به منفعةً محلّله مقصوده، و الطين لم يحرم كذلك، بل لم يحرم إلَّا بعض منافعه الغير المقصوده منه و هو الأكل بخلاف الأبوال فإنّها حرمت كذلك، فيكون التحريم راجعاً إلى شربها، و غيره من المنافع في حكم العدم.

و بالجمله، فالانتفاع بالشيء حال الضروره منفعه محرّمه في حال الاختيار لا يوجب جواز بيعه.

و لا ينتقض أيضاً بالأدويه المحرّمه في غير حال المرض لأجل الإضرار؛ لأنّ حليّته هذه في حال المرض ليست لأجل الضروره،

ص: ١٩

١-١) عوالى اللآلى ١١٠:٢، الحديث ٣٠١.

٢-٢) كذا في «ش» و مصححه «خ»، و في غيرهما: التي.

بل لأجل تبدل عنوان الإضرار بعنوان النفع.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّ قوله عليه السلام في روايه تحف العقول المتقدمه:

«و كلّ شيء يكون لهم (١) فيه الصلاح من جهه من الجهات» يراد به جهه الصلاح الثابته حال الاختيار دون الضروره.

و ممّا ذكرنا يظهر حرمة بيع لحوم السباع دون شحومها؛ فإنّ الأوّل من قبيل الأبول، و الثاني من قبيل الطين في عدم حرمة جميع منافعها المقصوده منها.

و لا ينافيه النبويّ: «لعن الله اليهود، حرّمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها» (٢)؛ لأنّ الظاهر أنّ الشحوم كانت محرّمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات، لا كتحرّيم شحوم غير مأكول اللحم علينا.

هذا، و لكن الموجود من النبويّ في باب الأطمعه من الخلاف (٣):

«إنّ الله إذا حرّم أكل شيء حرّم ثمنه» (٤).

و الجواب عنه مع (٥) ضعفه، و عدم الجابر له سنداً و دلاله؛

ص: ٢٠٠

١- ١) لهم: ساقطه من «ن»، «م»، «ع»، «ص».

٢- ٢) عوالي اللآلي ١: ١٨١، الحديث ٢٤٠.

٣- ٣) كذا في «ف» و «خ»، و في غيرهما: عن الخلاف.

٤- ٤) الخلاف: كتاب الأطمعه، المسأله ١٩.

٥- ٥) في «ف» و مصححه «خ»: «ح» [أي: حينئذ] أو كلمه «مع» مشطوب عليها في «ن».

الثانى:

بول الإبل يجوز بيعه

إجماعاً على ما فى جامع المقاصد (٣) و عن إيضاح النافع (٤) أمّا لجواز شربه اختياراً، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام فى روايه الجعفرى: «أبوال الإبل خيرٌ من ألبانها» (٥) و إمّا لأجل الإجماع المنقول، لوقلنا بعدم جواز شربها إلّا لضروره الاستشفاء، كما يدلّ عليه روايه سماعه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بول الإبل و البقر و الغنم ينتفع به من الوجع، هل يجوز أن يشرب؟ قال: نعم،

ص: ٢١

١- ١) فى «ش»: لزوم.

٢- ٢) جاء فى شرح الشهيدى (١٩) ما يلى: إنّ قوله: «بلزوم تخصيص الأكثر» فى محلّ الرفع على الخبريّة ل «الجواب»، يعنى: و الجواب عنه مضافاً إلى ما ذكر من الضعف-: أنّ فيه لزوم تخصيص الأكثر، فلا بدّ من الطرح أو التأويل بما ذكرنا. هذا بناءً على صحّحه وجود كلمه «مع» فى قوله: «مع ضعفه»، و أمّا بناءً على ما فى بعض النسخ المصحّحه من الضرب [أى: الشطب] عليها، و على ما فى الآخر من «ح» [أى: حينئذٍ] بدل «مع»، فالخبر له قوله: «ضعفه»، و يكون «بلزوم» متعلّقاً للقصور، فتأمل؛ فإنّ فى العبارة ما لا يخفى على التقديرين.

٣- ٣) جامع المقاصد ١٤: ٤.

٤- ٤) نقله عنه فى مفتاح الكرامه ٢٣: ٤.

٥- ٥) الوسائل ١٧: ٨٧، الباب ٥٩ من أبواب الأطعمه المباحه، الحديث ٣.

لا بأس» (١). و موثقه عمار، عن بول البقر يشربه الرجل، قال: «إن كان محتاجاً إليه يتداوى بشربه فلا بأس، و كذلك بول الإبل و الغنم» (٢).

لكنّ الإنصاف، أنّه لو قلنا بحرمه شربه اختياراً أشكل الحكم بالجواز إن لم يكن إجماعياً (٣)، كما يظهر من مخالفه العلامة في النهاية و ابن سعيد في النزّه (٤).

قال في النهاية: و كذلك البول يعنى يحرم بيعه و إن كان طاهراً؛ للاستخبات، كأبوال البقر و الإبل و إن انتفع به في شربه للدواء؛ لأنّه منفعه جزئيه نادره فلا يعتد به (٥)، انتهى.

أقول: بل لأنّ المنفعه المحلله للاضطرار و إن كانت كليه لا تسوّغ البيع، كما عرفت.

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل ١٧:٨٨، الباب ٥٩ من أبواب الأّطعمه المباحه، الحديث ٧.

٢- (٢) الوسائل ١٧:٨٧، الباب ٥٩ من أبواب الأّطعمه المباحه، الحديث الأوّل.

٣- (٣) كذا في «ع» و «ش»، و في غيرهما: إجماعاً.

٤- (٤) نزّه الناظر: ٧٨.

٥- (٥) نهايه الإحكام ٢:٤٦٣.

المسأله [الثانيه يحرم بيع العذره النجسه

اشاره

(١)

من كل حيوان على المشهور، بل فى التذكره كما عن الخلاف-:الإجماع على تحريم بيع السرجين النجس (٢).

و يدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدم من الأخبار روايه يعقوب ابن شعيب:«ثمن العذره من السحت (٣)» (٤).

نعم، فى روايه محمد بن المضارب (٥):«لا بأس ببيع العذره» (٦).

و جمع الشيخ بينهما بحمل الأوّل على عذره الإنسان، والثانى على عذره البهائم (٧).

ص: ٢٣

١-١) النجسه:ساقطه من «ش».

٢-٢) التذكره ١:٤٦٤، الخلاف ٣:١٨٥، كتاب البيوع، المسأله ٣١٠.

٣-٣) كذا فى «ش» والمصدر، و فى سائر النسخ: ثمن العذره سحت.

٤-٤) الوسائل ١٢:١٢٦، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٥-٥) كذا فى «ف»، «ش» والمصدر، و فى سائر النسخ: المصادف.

٦-٦) الوسائل ١٢:١٢٦، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

٧-٧) الاستبصار ٣:٥٦، ذيل الحديث ١٨٢.

و لعلّه لأنّ الأوّل نصّ في عذره الإنسان ظاهر في غيرها، بعكس الخبر الثاني، فيطرح ظاهر كلّ منهما بنصّ الآخر.

و يقرب هذا الجمع روايه سماعه، قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن بيع العذره، فقال: إنّي رجل أبيع العذره، فما تقول؟ قال: حرام بيعها و ثمنها، و قال: لا بأس ببيع العذره» (١).

فإنّ الجمع بين الحكمين في كلام واحد لمخاطب واحد يدلّ على أنّ تعارض الأولين ليس إلّا من حيث الدلاله، فلا يرجع فيه إلى المرجحات السنديّه أو الخارجيه.

و به يدفع ما يقال: من أنّ العلاج في الخبرين المتنافيين على وجه التباين الكليّ هو الرجوع إلى المرجحات الخارجيه، ثمّ التخيير أو التوقّف، لا إلغاء ظهور كلّ منهما، و لهذا طعن على من جمع بين الأمر و النهي بحمل الأمر على الإباحه و النهي على الكراهه.

و احتمل السبزواري حمل خبر المنع على الكراهه (٢). و فيه ما لا يخفى من البعد.

و أبعد منه ما عن المجلسي من احتمال حمل خبر المنع على بلاد لا ينتفع به، و الجواز على غيرها (٣).

ص: ٢٤

١- ١) الوسائل ١٢٦: ١٢، الباب ٤٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢. و في النسخ عد «ش»: سُئل أبو عبد الله.

٢- ٢) كفايه الأحكام: ٨٤.

٣- ٣) حكاه العلّامه المجلسي في ملاذ الأخيار ٣٧٩: ١٠، ذيل الحديث ٢٠٢، عن والده العلّامه المجلسي الأوّل قدّس سرّهما.

و نحوه حمل خبر المنع (١) على التقية؛ لكونه مذهب أكثر العامة (٢).

و الأظهر ما ذكره الشيخ رحمه الله (٣) لو أريد التبرع بالحمل لكونه أولى من الطرح، وإلا فروايه الجواز لا يجوز الأخذ بها من وجوه لا تخفى.

ثم إن لفظ «العدرة» في الروايات، إن قلنا: إنه ظاهر في «عدرة الإنسان» كما حكى التصريح به عن بعض أهل اللغة (٤) فثبوت الحكم في غيرها بالأخبار العامة المتقدمه، و بالإجماع المتقدم (٥) على السرجين النجس.

و استشكل في الكفايه (٦) في الحكم تبعاً للمقدّس الأردبيلي رحمه الله (٧) إن لم يثبت الإجماع، و هو حسن، إلما أنّ الإجماع المنقول هو الجابر لضعف سند الأخبار العامة السابقه.

و ربّما يستظهر من عباره الاستبصار القول بجواز بيع عدرة ما عدا الإنسان، لحمله أخبار المنع على عدرة الإنسان (٨). و فيه نظر.

ص: ٢٥

١-١) في بعض النسخ: النهي.

٢-٢) هذا الحمل من المجلسي الأول أيضاً، حسبما حكاه عنه في ملاذ الأختيار ٣٧٩: ١٠.

٣-٣) تقدّم عنه آنفاً.

٤-٤) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢١: ٤.

٥-٥) تقدّم عن التذكرة و الخلاف في أول المسأله.

٦-٦) لا- يخفى أنّ المحقق السبزواري قدّس سرّه استشكل في ثبوت الاتفاق و استوجه الجواز فيما ينتفع به، (انظر كفايه الأحكام: ٨٤).

٧-٧) مجمع الفائدة ٤٠: ٨.

٨-٨) الاستبصار ٥٦: ٣، ذيل الحديث ١٨٢.

«فرع» الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهره التي ينتفع بها منفعه محلله مقصوده،

و عن الخلاف: نفى الخلاف فيه (١)، و حكى أيضاً عن المرتضى رحمه الله الإجماع عليه (٢).

و عن المفيد: حرمة بيع العذره و الأبوال كلها إلّا بول الإبل (٣)، و حكى عن سلار أيضاً (٤).

و لا أعرف مستنداً لذلك إلّا دعوى أنّ تحريم الخبائث فى قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ (٥) يشمل تحريم بيعها، و قوله عليه الصلاه و السلام:

«إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» (٦)، و ما تقدّم من روايه دعائم الإسلام (٧)، و غيرها.

و يرد على الأول: أنّ المراد بقرينه مقابله لقوله تعالى يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ الْأَكْلَ، لا مطلق الانتفاع.

و فى النبوى و غيره ما عرفت من أنّ الموجب لحرمة الثمن حرمة عين الشىء، بحيث يدلّ على تحريم جميع منافعه أو المنافع المقصوده الغالبه، و منفعه الروث ليست هى الأكل المحرّم فهو كالطين المحرّم، كما عرفت سابقاً.

ص: ٢٦

١-١) الخلاف ١:١٨٥، كتاب البيوع، المسأله ٣١٠.

٢-٢) لم نقف عليه فى كتب السيد، لكن حكاه عنه العلامة فى المنتهى ١:١٠٠٨.

٣-٣) المقنعه: ٥٨٧.

٤-٤) المراسم: ١٧٠.

٥-٥) الأعراف: ١٥٧.

٦-٦) عوالى اللآلى ٢:١١٠، الحديث ٣٠١.

٧-٧) دعائم الإسلام ٢:١٨، الحديث ٢٣.

المسأله [الثالثه يحرم المعاوضه على الدم بلا خلاف،

اشاره

بل عن النهايه و شرح الإرشاد لفخر الدين و التنقيح: الإجماع عليه (١)، و يدلّ عليه الأخبار السابقه (٢).

«فرع» و أمّا الدم الطاهر إذا فرضت له منفعه محلّله كالصبغ لو قلنا بجوازه

ففى جواز بيعه و جهان، أقواهما الجواز؛ لأنها عين طاهره ينتفع بها منفعه محلّله.

و أمّا مرفوعه الواسطى (٣) المتضمّنه لمرور أمير المؤمنين عليه السلام

ص: ٢٧:

-
- ١- ١) نهايه الإحكام ٢:٤٦٣، التنقيح ٢:٥، و أمّا شرح الإرشاد فلا يوجد لدينا.
 - ٢- ٢) مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ» المتقدّم آنفاً، و ما تقدّم من روايه تحف العقول و دعائم الإسلام فى أوّل الكتاب.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٦:٣٥٩، الباب ٣١ من أبواب ما يحرم من الذبيحه، الحديث ٢.

بالقَصِّ ابين و نهيهم عن بيع سبعة: بيع الدم، و الغدد، و آذان الفؤاد، و الطحال...إلى آخرها، فالظاهر إرادته حرمة البيع للأكل، و لا شكّ في تحريمه؛ لما سيحيىء من أنّ قصد المنفعة المحرّمة في المبيع موجب لحرمة البيع، بل بطلانه.

و صرّح في التذكرة بعدم جواز بيع الدم الطاهر؛ لاستخباته (1)، و لعلّه لعدم المنفعة الظاهره فيه غير الأكل المحرّم.

ص: ٢٨

١-١) التذكرة ٤٦٤:١.

المسألة الرابعة لا إشكال في حرمة بيع المنى؛ لنجاسته،

و عدم الانتفاع به إذا وقع في خارج الرحم، ولو وقع فيه فكذلك لا ينتفع به المشتري؛ لأن الولد نماء الأم في الحيوانات عرفاً، و للأب في الإنسان شرعاً.

لكنّ الظاهر أنّ حكمهم بتبعيته (١) الأم متفرّع على عدم تملك المنى، و إلّا لكان بمنزلة البذر المملوك يتبعه الزرع.

فالمتعين التعليل بالنجاسة، لكن قد منع بعض (٢) من نجاسته إذا دخل من (٣) الباطن إلى الباطن.

و قد ذكر العلّامة من المحرّمات بيع «عسيب الفحل» (٤)، و هو ماؤه قبل الاستقرار في الرحم، كما أنّ الملاقيح هو ماؤه بعد الاستقرار،

ص: ٢٩

١-١ (١) ظاهر «ف»: بتبعيته.

٢-٢ (٢) لم نقف عليه.

٣-٣ (٣) في «ع»، «ص»: عن.

٤-٤ (٤) التحرير ١٦٠: ١.

كما في جامع المقاصد (1) و عن غيره (2).

و علل في الغنيه بطلان بيع ما في أصلاب الفحول بالجهالة و عدم القدره على التسليم (3).

ص: ٣٠

١-١) حكاة في جامع المقاصد ٤:٥٣، عن الفائق.

٢-٢) و نقله السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤:١٤٤ عن جامع المقاصد و حواشى الشهيد قدس سره.

٣-٣) الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٢٤.

المسأله [الخامسه تحرم المعاوضه على الميتة و أجزاءها التي تحلها الحياه من ذى النفس السائله

اشاره

على المعروف من مذهب الأصحاب.

و فى التذكره كما عن المنتهى و التنقيح -: الإجماع عليه (١)، و عن رهن الخلاف: الإجماع على عدم ملكيتها (٢).

و يدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدم من الأخبار (٣) ما دلّ على أنّ الميتة لا ينتفع بها (٤) منضمّاً إلى اشتراط وجود المنفعه المباحه فى المبيع لئلا يدخل فى عموم النهى عن أكل المال بالباطل، و خصوص عدّ ثمن

ص: ٣١

١- ١) التذكره ٤٦٤: ١، المنتهى ١٠٠٩: ٢، التنقيح ٥: ٢.

٢- ٢) الخلاف ٢٤٠: ٣، كتاب الرهن، المسأله ٣٤.

٣- ٣) مثل روايتى تحف العقول و دعائم الإسلام، المتقدّمين فى أول الكتاب، و قوله عليه السلام: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» المتقدّم عن عوالى اللآلى آنفاً.

٤- ٤) الوسائل ٣٦٨: ١٦، الباب ٣٤ من أبواب الأطمعه المحرّمه.

الميته من السحت في روايه السكوني (١).

نعم، قد ورد بعض ما يظهر منه الجواز، مثل روايه الصيقل، قال: «كتبوا إلى الرجل: جعلنا الله فداك، إنا نعمل السيوف، وليست لنا معيشه ولا تجاره غيرها، ونحن مضطرون إليها، وإتما غلافها (٢) من جلود الميته من البغال والحمير الأهليه، لا يجوز في أعمالنا غيرها، فيحل لنا عملها وشراؤها وبيعها ومسيها بأيدينا وثيابنا، ونحن نصلى في ثيابنا؟ ونحن محتاجون إلى جوابك في المسأله يا سيدنا لضرورتنا إليها، فكتب عليه السلام: اجعلوا ثوباً للصلاه...» (٣).

و نحوها روايه أخرى بهذا المضمون (٤).

ولذا قال في الكفايه والحدائق: إن الحكم لا يخلو عن إشكال (٥).

ويمكن أن يقال: إن مورد السؤال عمل السيوف وبيعها وشراؤها، لا خصوص الغلاف مستقلاً، ولا في ضمن السيوف على أن يكون جزء من الثمن في مقابل عين الجلد، فغايه ما يدل عليه جواز الانتفاع بجلد الميته بجعله غمداً للسيوف، وهو لا ينافي عدم جواز معاوضته بالمال؛ ولذا جاز جماعه، منهم الفاضلان في النافع والإرشاد على ما حكى

ص: ٣٢

١-١) الوسائل ١٢:٦٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٢-٢) في التهذيب والوسائل: علاجنا.

٣-٣) الوسائل ١٢:١٢٥، الباب ٣٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، مع تفاوتٍ يسير.

٤-٤) نفس المصدر: الحديث ٣.

٥-٥) كفايه الأحكام: ٨٤، الحدائق ١٨:٧٣.

عنهما الاستقاء بجلد الميتة لغير الصلاة و الشرب مع عدم قولهم بجواز بيعه (١).

مع أنّ الجواب لا ظهور فيه في الجواز، إلّا من حيث التقرير الغير الظاهر في الرضى، خصوصاً في المكاتبات المحتملة للتقيّه.

هذا، و لكنّ الإنصاف: أنّه إذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد الميتة منفعه مقصوده كالاستقاء بها للبساتين و الزرع إذا فرض عدّه مالاً عرفاً فمجرّد النجاسه لا يصلح (٢) علّه لمنع البيع، لولا الإجماع على حرمة بيع الميتة بقول مطلق (٣)؛ لأنّ المانع حرمة الانتفاع في المنافع المقصوده، لا مجرّد النجاسه.

و إن قلنا: إنّ مقتضى الأدلّه حرمة الانتفاع بكلّ نجس، فإنّ هذا كلام آخر سيجيء بما فيه (٤) بعد ذكر حكم النجاسات.

لكنّا نقول: إذا قام الدليل الخاص على جواز الانتفاع منفعه مقصوده بشيء من النجاسات فلا مانع من صحه بيعه؛ لأنّ ما دلّ على المنع عن بيع النجس من النصّ و الإجماع ظاهر في كون المانع حرمة الانتفاع؛ فإنّ روايه تحف العقول المتقدمه (٥) قد علّل فيها المنع عن بيع

ص: ٣٣

١-١) المختصر النافع: ٢٥٤، الإرشاد ١١٣: ٢.

٢-٢) كذا في «ص»، و في غيره: لا تصلح.

٣-٣) ادّعاها العلماء في التذكرة ١: ٤٦٤، و المنتهى ٢: ١٠٠٩، و الفاضل المقداد في التنقيح ٥: ٢.

٤-٤) في «ع»، «ص»، «ش»: ما فيه.

٥-٥) تقدّمت في أول الكتاب.

شيء من وجوه النجس بكونه منهيًا عن أكله و شربه...إلى آخر ما ذكر فيها.

و مقتضى روايه دعائم الإسلام المتقدمه أيضاً (١)إناطه جواز البيع و عدمه بجواز الانتفاع و عدمه.

و أدخل ابن زهره فى الغنيه النجاسات فى ما لا- يجوز بيعه من جهه عدم حِلِّ الانتفاع بها،و استدلل أيضاً على جواز بيع الزيت النجس: بأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم أذنَّ فى الاستصباح به تحت السماء (٢)، قال: وهذا يدلُّ على جواز بيعه لذلك (٣)، انتهى.

فقد ظهر من أول كلامه و آخره أنَّ المانع من البيع منحصر فى حرمه الانتفاع، و أنَّه يجوز مع عدمها.

و مثل ما ذكرناه عن الغنيه من الاستدلال، كلام الشيخ فى الخلاف فى باب البيع حيث ذكر النبوى الدالُّ على إذن النبيِّ صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم فى الاستصباح، ثم قال: وهذا يدلُّ على جواز بيعه (٤)، انتهى.

و عن فخر الدين فى شرح الإرشاد (٥)-، و الفاضل المقداد فى

ص: ٣٤

١-١) تقدّمت فى أول الكتاب.

٢-٢) نقله عن كتاب «الأوضح» لأبى عليّ بن أبى هريره، و فى الخلاف عن «الإفصاح»، و الظاهر أنَّ أحدهما محرّف عن الآخر.

٣-٣) الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٢٤.

٤-٤) الخلاف ٣: ١٨٧، كتاب البيوع، المسأله ٣١٢.

٥-٥) لا يوجد لدينا، لكن حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٣.

التنقيح (١) الاستدلال على المنع عن بيع النجس بأنه محرّم الانتفاع، و كلّ ما كان كذلك لا يجوز بيعه.

نعم، ذكر في التذكرة شرط الانتفاع و حليته (٢) بعد اشتراط الطهاره، و استدلال للطهاره بما دلّ على وجوب الاجتناب عن النجاسات و حرمة الميته (٣).

و الإنصاف، إمكان إرجاعه إلى ما ذكرنا (٤)، فتأمل.

و يؤيده (٥) أنهم أطبقوا على بيع العبد الكافر و كلب الصيد؛ و علله في التذكرة بحلّ الانتفاع به، و ردّ من منع (٦) عن بيعه لنجاسته بأنّ النجاسه غير مانعه، و تعدّى إلى كلب الحائط و الماشيه و الزرع؛ لأنّ المقتضى و هو النفع موجود فيها (٧).

و ممّا ذكرنا من قوّه جواز بيع جلد الميته لو لا- الإجماع إذا جوّزنا الانتفاع به في الاستقاء، يظهر حكم جواز المعاوضه على لبن اليهوديه المرضعه، بأن يجعل تمام الأجره أو بعضها في مقابل اللبن، فإنّ نجاسته لا تمنع عن جواز المعاوضه عليه.

ص: ٣٥

١-١) التنقيح ٢:٥.

٢-٢) التذكرة ١:٤٦٥.

٣-٣) التذكرة ١:٤٦٤.

٤-٤) في «ف»: ما ذكره الجماعه.

٥-٥) في «ف»: و يؤيد الإرجاع.

٦-٦) و هم جماعه من العامه كالشافعي و أحمد و الأوزاعي و غيرهم و بعض منّا، على ما في التذكرة.

٧-٧) التذكرة ١:٤٦٤.

أنه كما لا يجوز بيع الميتة منفردة، كذلك لا يجوز بيعها منضمه إلى مذكى.

و لو باعهما (١)، فإن كان المذكى ممتازاً صحَّ البيع فيه و بطل في الميتة، كما سيجيء في محلّه، و إن كان مشتبهاً بالميتة لم يجز بيعه أيضاً؛ لأنه لا ينتفع به منفعه محلّله؛ بناءً على وجوب الاجتناب عن كلا المشتبهين، فهو في حكم الميتة من حيث الانتفاع، فأكل المال بإزائه أكل للمال (٢) بالباطل، كما أن أكل كلٍّ من المشتبهين في حكم أكل الميتة.

و من هنا يعلم أنه لا فرق في المشتري بين الكافر المستحلّ للميتة و غيره.

لكن في صحيحه الحلبي و حسنته: «إذا اختلط المذكى بالميتة بيع مَمَّن يستحلّ الميتة» (٣)، و حكى نحوهما عن كتاب عليّ بن جعفر (٤).

ص: ٣٦

١- ١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: باعها.

٢- ٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: أكل المال.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٦٧، الباب ٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢، مع اختلاف في اللفظ.

٤- ٤) مسائل عليّ بن جعفر: ١٠٩، الحديث ٢٠.

و استوجه العمل بهذه الأخبار في الكفاية (١)، و هو مشكل، مع أنّ المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنّه يرمى بها (٢).

و جوّز بعضهم البيع بقصد بيع المذكي (٣).

و فيه: أنّ القصد لا ينفع بعد فرض عدم جواز الانتفاع بالمذكي لأجل الاشتباه.

نعم، لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب في الشبهه المحصوره و جواز ارتكاب أحدهما، جاز البيع بالقصد المذكور.

لكن لا- ينبغي القول به في المقام؛ لأنّ الأصل في كلّ واحد من المشتبهين عدم التذكية، غايه الأمر العلم الإجمالي بتذكية أحدهما، و هو غير قادح في العمل بالأصلين.

و إنّما يصحّ القول بجواز ارتكاب أحدهما في المشتبهين إذا كان الأصل في كلّ منهما الحِلُّ و علم إجمالاً بوجود الحرام، فقد يقال هنا بجواز ارتكاب أحدهما اتكالاً- على أصاله الحِلِّ، و عدم جواز ارتكاب الآخر بعد ذلك حذراً عن ارتكاب الحرام الواقعي، و إن كان هذا الكلام مخدوشاً في هذا المقام أيضاً، لكنّ القول به ممكن هنا، بخلاف ما نحن فيه؛ لما ذكرنا، فافهم.

ص: ٣٧

١-١) كفاية الأحكام: ٨٥.

٢-٢) في «ش»: بهما، و ما أثبتناه مطابق لسائر النسخ، و لما ورد في الحديث، راجع: مستدرک الوسائل ١٣: ٧٣، الباب ٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٣-٣) المحقق في الشرائع ٣: ٢٢٣، و العلّامة في الإرشاد ٢: ١١٣.

و عن العلامه حمل الخبرين على جواز استنقاذ مال المستحل للميته بذلك برضاه (١).

و فيه: أنّ المستحلّ قد يكون ممّن لا يجوز الاستنقاذ منه إلّا بالأسباب الشرعيّه، كالذمّي.

و يمكن حملهما على صورته قصد البائع المسلم أجزاءها التي لا تحلّها الحياه: من الصوف و الشعر و العظم (٢) و نحوها، و تخصيص المشتري بالمستحلّ؛ لأنّ الداعي له على الاثراء اللحم أيضاً، و لا يوجب ذلك فساد البيع ما لم يقع العقد عليه.

و في مستطرفات السرائر، عن جامع البنظي صاحب الرضا عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون له الغنم يقطع من ألياتها و هي أحياء، أ يصلح أن ينتفع بها (٣)؟ قال: نعم، يذبيها و يسرح بها، و لا يأكلها و لا يبيعها» (٤).

و استوجه في الكفايه العمل بها (٥) تبعاً لما حكاه الشهيد عن العلامه

ص: ٣٨

١-١) المختلف: ٦٨٣.

٢-٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: من الصوف و العظم و الشعر.

٣-٣) في المصدر بدل «بها»: بما قطع.

٤-٤) السرائر ٥٧٣: ٣.

٥ - ٥) ظاهر العبارة: أنّ السبزواري استوجه العمل بروايه البنظي، لكن الموجود في كفايه الأحكام بعد الحكم باستثناء الأدهان؛ مستدلاً بصحيحه الحلبي و صحيحه زراره و صحيحه سعيد الأعرج و غيرها، و أنّ ذكر الإسراج و الاستصباح في الروايات غير دالّ على الحصر ما يلي: «و القول بالجواز مطلقاً متّجه»، انظر كفايه الأحكام: ٨٥.

فى بعض أقواله (١).

و الروايه شاذّه، ذكر الحلّى بعد إيرادها أنّها من نواذر الأخبار، و الإجماع منعقد على تحريم الميتة و التصرّف فيها على كلّ حال إلّا أكلها للمضطرّ (٢).

أقول: مع أنّها معارضه بما دلّ على المنع من موردها، معللاً بقوله عليه السلام: «أما علمت أنّه يصيب الثوب و اليد و هو حرام؟» (٣) و مع الإغماض عن المرجّحات، يرجع إلى عموم ما دلّ على المنع عن الانتفاع بالميتة مطلقاً، مع أنّ الصحيحه صريحه فى المنع عن البيع، إلّا أن تحمل على إرادته البيع من غير الإعلام بالنجاسه.

ص: ٣٩

١-١) حكى السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:١٩) عن حواشى الشهيد على القواعد أنّه نُقل عن العلامه فى حلقه الدرّس أنّه جوّز الاستصباح بأليات الغنم المقطوعه، تحت السماء.

٢-٢) السرائر ٥٧٤:٣.

٣-٣) الوسائل ١٦:٣٦٤، الباب ٣٢ من أبواب الأّطعمه المحرّمه، الحديث الأوّل، و فيه: أما تعلم.

أن الميتة من غير ذى النفس السائلة يجوز معاوضه عليها

إذا كانت مما ينتفع بها أو ببعض أجزائها كدهن السمك الميتة للإسراج و التدهين لوجود المقتضى و عدم المانع؛ لأن أدله عدم الانتفاع بالميتة مختصه بالنجسه، و صرح بما ذكرنا جماعه (١)، و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

ص: ٤٠:

١ - ١) منهم: المحدث البحراني في الحدائق ١٨:٧٧، و السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:١٧.

المسأله[السادسه يحرم التكبب بالكلب الهراش و الخنزير البريين

إجماعاً على الظاهر المصرح به في المحكّي عن جماعه (1) و كذلك أجزاءهما.

نعم، لو قلنا بجواز استعمال شعر الخنزير و جلده جاء فيه ما تقدّم في جلد الميتة.

ص: ٤١

١-١) منهم: الشيخ في المبسوط ٢:١٦٥ و ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٢٤. و العلامه في المنتهى ٢:١٠٠٩ و غيره، و الشهداء في الدروس: ٣:١٦٨، و المسالك ٣:١٣٥ في مورد الكلب خاصّه.

المسأله [السابعه يحرم التكبب بالخمير و كل مسكر مائع و الفقاع

إجماعاً، نصاً و فتوى.

و فى بعض الأخبار: «يكون لى على الرجل دراهم فيعطيني خمراً؟ قال: خذها و أفسدها، قال ابن أبى عمير: يعنى اجعلها خلاً (١)»
(٢).

و المراد به إما أخذ الخمر مجاناً ثم تخليلها، أو أخذها و تخليلها لصاحبها، ثم أخذ الخلّ و فاءً عن الدراهم.

ص: ٤٢

-
- ١- ١) كذا فى النسخ، و فى الوسائل: «قال على: و اجعلها خلاً» و المراد به: على ابن حديد، الواقع فى سند الروايه.
٢- ٢) الوسائل ١٧: ٢٩٧، الباب ٣١ من أبواب الأشربه المحرّمه، الحديث ٦.

المسأله [الثامنه يحرم المعاوضه على الأعيان المتنجسه الغير القابله للطهاره إذا توقّف منافعها المحلّه المعتدّ بها على الطهاره؛

لما تقدّم من النبويّ:

«إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» (١) و نحوه المتقدّم عن دعائم الإسلام (٢).

و أمّا التمسك بعموم قوله عليه السلام في روايه تحف العقول: «أو شيء من وجوه النجس» ففيه نظر؛ لأنّ الظاهر من «وجوه النجس» العنوانات النجسه؛ لأنّ ظاهر «الوجه» هو العنوان.

نعم، يمكن الاستدلال على ذلك بالتعليل المذكور بعد ذلك و هو قوله عليه السلام: «لأنّ ذلك كلّه محرّم أكله (٣) و شربه و لبسه... إلى آخر ما ذكر».

ثم اعلم أنّه قيل بعدم جواز بيع المسوخ من أجل نجاستها (٤)،

ص: ٤٣

١-١) عوالى اللآلى ١١٠:٢، الحديث ٣٠١، سنن الدارقطنى ٧:٣، الحديث ٢٠.

٢-٢) دعائم الإسلام ١٨:٢، الحديث ٢٣، و قد تقدّم مع سابقه فى الصفحه: ١٣.

٣-٣) فى المصدر: منهى عن أكله.

٤-٤) راجع المبسوط ١٦٥:٢ ١٦٦ حيث جعل المسوخ من الأعيان النجسه و ادعى الإجماع على عدم جواز بيعها.

و لما كان الأقوى طهارتها لم يحتج إلى التكلّم فى جواز بيعها هنا.

نعم، لو قيل بحرمة البيع لا- من حيث النجاسه كان محلّ التعرّض له ما سيجىء من أنّ كلّ طاهر له منفعه محلّله مقصوده يجوز بيعه.

و سيجىء ذلك فى ذيل القسم الثانى (1) ممّا لا يجوز الاكتساب به لأجل عدم المنفعه فيه.

ص: ٤٤

١-١) كذا فى النسخ، و الصحيح: القسم الثالث.

[المستثنيات من حرمة بيع الأعيان النجسه] (١)

ص: ٤٥

١-١) العنوان زياده منّا.

إشاره

تذكر في مسائل أربع:

الأولى يجوز بيع المملوك الكافر، أصلياً كان أم مرتدّاً ملئياً،

بلا خلافٍ ظاهر، بل ادّعى عليه الإجماع (١)، وليس ببعيد، كما يظهر للمتتبع في المواضع المناسبه لهذه المسأله، كاسترقاق الكفار و شراء بعضهم من بعض، و بيع العبد الكافر إذا أسلم على مولاه الكافر، و عتق الكافره، و بيع المرتد، و ظهور كفر العبد المشتري على ظاهر الإسلام، و غير ذلك.

و كذا الفطرى على الأقوى، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من هذه الجهه، و إن كان فيه كلام من حيث كونه فى معرض التلف؛ لوجوب قتله.

ص: ٤٧

و لم نجد من تأمل فيه من جهة نجاسته، عدا ما يظهر من بعض الأساطين في شرحه على القواعد حيث احترز بقول العلامة:

«ما لا يقبل التطهير من النجاسات»، عمّا يقبله و لو بالإسلام، كالمرتدّ و لو عن فطره على أصحّ القولين (١)، فبنى جواز بيع المرتدّ على قبول توبته، بل بنى جواز بيع مطلق الكافر على قبوله للطهر بالإسلام.

و أنت خبير بأنّ حكم الأصحاب بجواز بيع الكافر نظير حكمهم بجواز بيع الكلب لا من حيث قابليته للتطهير نظير الماء المنتجس و أنّ اشتراطهم قبول التطهير إنّما هو فيما يتوقّف الانتفاع به على طهارته ليتصف بالملكيه، لا مثل الكلب و الكافر المملوكين مع النجاسة إجماعاً.

و بالغ تلميذه في مفتاح الكرامه، فقال: أمّا المرتدّ عن فطره فالقول بجواز بيعه ضعيف جداً؛ لعدم قبول توبته فلا يقبل التطهير، ثمّ ذكر جماعه ممّن جوّز بيعه إلى أن قال: -و لعلّ من جوّز بيعه بنى على قبول توبته (٢)، انتهى. و تبعه على ذلك شيخنا المعاصر (٣).

أقول: لا- إشكال و لا خلاف في كون المملوك المرتدّ عن فطره ملكاً و مالاً لملكه، و يجوز له الانتفاع به بالاستخدام (٤) ما لم يقتل، و إنّما استشكل من استشكل في جواز بيعه من حيث كونه في معرض

ص: ٤٨

١- ١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٤.

٢- ٢) مفتاح الكرامه ٤: ١٢.

٣- ٣) أى صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ٨: ٢٢.

٤- ٤) كذا في «ش»، و في «ف»: الانتفاع و الاستخدام، و في سائر النسخ: الانتفاع به و الاستخدام.

القتل، بل واجب الإلتلاف شرعاً، فكأنَّ الإجماع منعقد على عدم المنع من بيعه من جهة عدم قابليته طهارته بالتوبه.

قال فى الشرائع: و يصحّ رهن المرتدّ و إن كان عن فطره (١).

و استشكل فى المسالك من جهة وجوب إلتافه و كونه فى معرض التلف، ثمّ اختار الجواز؛ لبقاء ماليته إلى زمان القتل (٢).

و قال فى القواعد: و يصحّ رهن المرتدّ و إن كان عن فطره، على إشكال (٣).

و ذكر فى جامع المقاصد: أنّ منشأ الإشكال أنّه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى، و من أنّ مقصود البيع حاصل، و أمّا مقصود الرهن فقد لا يحصل؛ لقتل (٤) الفطرى حتماً، و الآخر قد لا يتوب (٥)، ثمّ اختار الجواز.

و قال فى التذكرة: المرتدّ إن كان عن فطره ففى جواز بيعه نظر، ينشأ من تضادّ الحكّمين، و من بقاء الملك؛ فإنّ كسبه لمولاه، أمّا عن غير فطره فالوجه صحّحه بيعه؛ لعدم تحتمّ قتله (٦) ثمّ ذكر المحارب الذى لا تقبل توبته؛ لوقوعها بعد قدره عليه.

ص: ٤٩

١- ١) الشرائع ٧٧:٢.

٢- ٢) المسالك ٢٥:٤.

٣- ٣) القواعد ١٥٩:١.

٤- ٤) كذا فى «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: بقتل.

٥- ٥) جامع المقاصد ٥٧:٥.

٦- ٦) التذكرة ٤٦٦:١.

و استدلل على جواز بيعه بما يظهر منه جواز بيع المرتد عن فطره، و جعله نظير المريض المأیوس عن بُرئه.

نعم، منع في التحرير و الدروس عن بيع المرتد عن فطره، و المحارب إذا وجب قتله (1)؛ للوجه المتقدم عن (2) التذكرة، بل في الدروس: أن بيع المرتد عن مله أيضاً مراعى بالتوبه (3).

و كيف كان، فالمتبع يقطع بأن اشتراط قابليه الطهاره إنما هو في ما يتوقف الانتفاع المعتد به على طهارته؛ و لذا قسم في المبسوط المبيع إلى آدمى و غيره، ثم اشترط الطهاره في غير الآدمى، ثم استثنى الكلب الصيود (4).

ص: ٥٠

١-١) التحرير ١:١٦٥، الدروس ٣:٢٠٠.

٢-٢) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: و عن.

٣-٣) انظر التخریج السابق.

٤-٤) المبسوط ١:١٦٥، ٢:١٦٦.

المسأله [الثانيه يجوز المعاوضه على غير كلب الهراش فى الجملة

بلا- خلاف ظاهر، إلا ما عن ظاهر إطلاق العماني (1)؛ ولعله كإطلاق كثير من الأخبار: بأن «ثمن الكلب سحت» (2) محمول على الهراش؛ لتواتر الأخبار (3) واستفاضه نقل الإجماع (4) على جواز بيع ما عدا كلب الهراش فى الجملة.

ثم إن ما عدا كلب الهراش على أقسام:

أحدها- كلب الصيد السلوقي، وهو المتيقن من (5) الأخبار (6) ومعاقده

ص: ٥١

-
- ١- ١) قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:٢٨): و لا مخالف سوى الحسن العماني، على ما حكى.
- ٢- ٢) الوسائل ١٢:٦٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥ و ٩، و الصفحه: ٨٣، الباب ١٤ من نفس الأبواب، الحديث ٢ و ٨.
- ٣- ٣) الوسائل ١٢:٦٣، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧ و ٨، و الصفحه: ٨٣، الباب ١٤ من نفس الأبواب، الأحاديث ١ و ٣ و ٥ و ٦ و ٧.
- ٤- ٤) سيأتى نقله عن الخلاف و المنتهى و إيضاح الفوائد و غيرها.
- ٥- ٥) فى «ن»، «م»، «ع»، «ص»: عن.
- ٦- ٦) المشار إليها فى الهامش (٣).

الثانى كلب الصيد غير السلوقى، وبيعه جائز على المعروف من غير ظاهر إطلاق المقنعه و النهايه (١).

و يدلّ عليه قبل الإجماع المحكّي عن الخلاف و المنتهى و الإيضاح (٢) و غيرها (٣) الأخبار المستفيضه:

منها: قوله عليه السلام فى روايه القاسم بن الوليد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذى لا يصيد، قال: سحت، و أمّا الصيود فلا بأس به» (٤).

و منها: الصحيح عن ابن فضال عن أبى جميله، عن ليث، قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الكلب الصيود يباع؟ قال عليه السلام: نعم، و يؤكل ثمنه» (٥).

و منها: روايه أبى بصير، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن كلب الصيد، قال: لا بأس به، و أمّا الآخر فلا يحلّ ثمنه» (٦).

ص: ٥٢

١- ١) المقنعه: ٥٨٩، النهايه: ٣٦٤.

٢- ٢) الخلاف ١: ١٨٢، كتاب البيوع، المسأله ٣٠٢، المنتهى ١: ١٠٠٩، إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٢.

٣- ٣) مثل الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٢٤، و الدروس ١٦٨: ٣.

٤- ٤) الوسائل ٨٣: ١٢، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٧.

٥- ٥) التهذيب ٨٠: ٩، الحديث ٣٤٣، و لم نقف عليه فى الوسائل.

٦- ٦) الوسائل ٨٣: ١٢، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥، مع اختلاف يسير.

و منها: ما (1) عن دعائم الإسلام للقاضي نعمان المصري عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «لا بأس بثمان كلب الصيد» (2).

و منها: مفهوم روايه أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ثمن الخمر و مهر البغى و ثمن الكلب الذى لا يصطاد من السحت» (3).

و منها: مفهوم روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «ثمان الكلب الذى لا يصيد سحت، و لا بأس بثمان الهزّه» (4).

و مرسله الصدوق، و فيها: «ثمان الكلب الذى ليس بكلب الصيد سحت» (5).

ثم إن دعوى انصراف هذه الأخبار كمعاهد الإجماعات المتقدمه إلى السلوقى ضعيفه بمنع (6) الانصراف؛ لعدم الغلبه المعتد بها على فرض تسليم كون مجرد غلبه الوجود من دون غلبه الاستعمال منشأ للانصراف مع أنه لا يصح فى مثل قوله: «ثمان الكلب الذى لا يصيد» أو «ليس بكلب الصيد»، لأن مرجع التقييد إلى إرادته ما يصح

ص: ٥٣

١-١ (١) كلمه «ما» ساقطه من أكثر النسخ.

٢-٢ (٢) دعائم الإسلام ١٩:٢، الحديث ٢٨.

٣-٣ (٣) الوسائل ٨٣:١٢، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٤-٤ (٤) نفس المصدر، الحديث ٣، و فيه: و لا بأس بثمان الهزّه.

٥-٥ (٥) الفقيه ١٧١:٣، الحديث ٣٦٤٨.

٦-٦ (٦) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: لمنع.

عنه سلب صفه الاصطياد.

و كيف كان، فلا مجال لدعوى الانصراف.

بل يمكن أن يكون مراد المقنعه و النهايه (١) من «السلوقى» مطلق الصيود، على ما شهد به بعض الفحول من إطلاقه عليه أحياناً (٢).

و يؤيد بما عن المنتهى، حيث إنه بعد ما حكى التخصيص بالسلوقى عن الشيخين قال: «و عنى بالسلوقى كلب الصيد؛ لأن «سلوق» قريه باليمن، أكثر كلابها معلّمه فنسب الكلب إليها» (٣) و إن كان هذا الكلام من المنتهى يحتمل لأن يكون مسوقاً لإخراج غير كلب الصيد من الكلاب السلوقيه، و أنّ المراد بالسلوقى خصوص الصيود، لا كلّ سلوقى، لكنّ الوجه الأوّل أظهر، فتدبر.

الثالث: كلب الماشيه و الحائط و هو البستان و الزرع و الأشهر بين القدماء على ما قيل (٤) - المنع.

و لعله استظهر ذلك من الأخبار الحاصره لما يجوز بيعه فى الصيود المشتهره بين المحدّثين كالكلينى و الصدوقين و من تقدّمهم (٥) بل و أهل

ص: ٥٤

١- ١) تقدّم التخرىج عنهما فى الصفحه: ٥٢، الهامش (١).

٢- ٢) لعله قدّس سرّه أراد بذلك ما نقله السيّد المجاهد عن أستاذه فى مقام الجمع بين الروايات، انظر المناهل: ٢٧٦، ذيل قوله: و أمّا ثالثاً...

٣- ٣) المنتهى ١٠٠٩: ٢.

٤- ٤) انظر المستند ٣٣٤: ٢، و المناهل: ٢٧٦.

٥- ٥) حيث أوردوا الأخبار المذكوره فى أصولهم و مصنّفاتهم.

الفتوى كالمفيد والقاضى وابن زهره وابن سعيد والمحقق (١) بل ظاهر الخلاف والغنيه الإجماع عليه (٢).

نعم، المشهور بين الشيخ ومن تأخر عنه (٣) الجواز، وفاقاً للمحكي عن ابن الجنيد قدس سره، حيث قال: «لا بأس بشراء الكلب الصائد والحارس للماشية والزرع»، ثم قال: «لا خير في الكلب فيما عدا الصيد والحارس» (٤) و ظاهر فقره الأخير لو لم يحمل على الأولى - جواز بيع الكلاب الثلاثة وغيرها، كحارس الدور والخيام.

و حكى الجواز أيضاً عن الشيخ والقاضى فى كتاب الإجاره (٥) وعن سلار وأبى الصلاح وابن حمزه وابن إدريس (٦) وأكثر المتأخرين كالعلامة و ولده السعيد (٧) والشهيدين (٨) والمحقق الثانى (٩) وابن القطان

ص: ٥٥

-
- ١- ١) المقنعه: ٥٨٩، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٢٤، نزهه الناظر: ٧٦، الشرائع ١١: ٢؛ وأما القاضى فلم نقف فى كتابيه على ما يدل على المنع، وإن نسبه إليه فى المختلف: ٣٤١.
 - ٢- ٢) الخلاف ٣: ١٨١، كتاب البيوع، المسأله ٣٠٢، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٢٤.
 - ٣- ٣) ستأتى الإشارة إلى مواضع كلامهم.
 - ٤- ٤) حكاه عنه فى المختلف ٣٤١، ٣٤٠.
 - ٥- ٥) المبسوط ٣: ٢٥٠، المهذب ١: ٥٠٢.
 - ٦- ٦) المراسم: ١٧٠، الوسيله: ٢٤٨، السرائر ٢٢٠: ٢؛ وأما أبو الصلاح فلم نقف على فتواه بالجواز فى الكافى.
 - ٧- ٧) القواعد ١: ١٢٠، إيضاح الفوائد ١: ٤٠٢.
 - ٨- ٨) الدروس ٣: ١٦٨، الروضه البهيته ٣: ٢٠٩.
 - ٩- ٩) جامع المقاصد ٤: ١٤.

فى المعالم (١) و الصيمرى (٢) و ابن فهى (٣) و غيرهم من متأخرى المتأخرين (٤)، عىا قليل وافق المحقق (٥) كالسبزوارى (٤) و التقى المجلسى (٧) و صابى الحىائق (٨) و العلامه الطباطبائى فى مصابيح (٩) و فقيه عصره فى شرح القواعد (١٠).

و هو الأوفق بالعمومات المتقدمه المانع؛ إذ لم نجد مخصصاً لها سوى ما أرسله فى المبسوط من أنه روى ذلك (١١)، يعنى جواز البيع فى كلب الماشيه و الحائط، المنجبر قصور سنده و دلالتة لكون المنقول مضمون الروايه لا معناها و لا ترجمتها باشتهاره بين المتأخرين، بل ظهور الاتفاق المستفاد من قول الشيخ فى كتاب الإجاره: إنَّ أحداً

ص: ٥٤

-
- ١- ١) معالم الدين فى فقه آل يس (مخطوط): ١٢٤.
 - ٢- ٢) تلخيص الخلاف ٢: ٧٩.
 - ٣- ٣) المهذب البارع ٢: ٣٤٩.
 - ٤- ٤) منهم الفاضل الآبى فى كشف الرموز ١: ٤٣٧، و الفاضل المقىداد فى التنقيح ٢: ٧، و المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨: ٣٧.
 - ٥- ٥) الشرائع ٢: ١٢.
 - ٦- ٦) كفايه الأحكام: ٨٨.
 - ٧- ٧) روضه المتقين ٦: ٤٧٠.
 - ٨- ٨) الحىائق ١٨: ٨١.
 - ٩- ٩) المصابيح: (مخطوط)، و لم نقف عليه.
 - ١٠- ١٠) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٤.
 - ١١- ١١) المبسوط ٢: ١٦٤.

لم يفرّق بين بيع هذه الكلاب و إجارتها (١) بعد ملاحظه الاتفاق على صحّه إجارتها، و من قوله فى التذكرة: يجوز بيع هذه الكلاب عندنا (٢)، و من المحكّي عن الشهيد فى الحواشى: أنّ أحداً لم يفرّق بين الكلاب الأربعة (٣).

فتكون هذه الدعاوى قرينه على حمل كلام من اقتصر على كلب الصيد على المثال لمطلق ما ينتفع به منفعه محلّله مقصوده، كما يظهر ذلك من عباره ابن زهره فى الغنيه؛ حيث اعتبر أولاً فى المبيع أن يكون ممّا ينتفع به منفعه محلّله مقصوده، ثمّ قال: و احترزنا بقولنا: «ينتفع به منفعه محلّله» عمّا يحرم الانتفاع به، و يدخل فى ذلك: النجس (٤) إلّا ما خرج بالدليل، من الكلب (٥) المعلّم للصيد، و الزيت النجس لفائده الاستصباح (٦) تحت السماء (٧)، و من المعلوم بالإجماع و السيره جواز الانتفاع بهذه الكلاب منفعه محلّله مقصوده أهمّ من منفعه الصيد، فيجوز بيعها لوجود القيد الذى اعتبره فيها، و أنّ المنع من بيع النجس منوط بحرمه الانتفاع فينتفى بانتفائها.

ص: ٥٧

-
- ١- ١) قاله فى كتاب البيع، انظر المبسوط ١٦٦: ٢.
 - ٢- ٢) التذكرة ٢٩٥: ٢ (كتاب الإجاره).
 - ٣- ٣) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٩: ٤.
 - ٤- ٤) فى «ش» و المصدر: كلّ نجس،
 - ٥- ٥) فى «ش» و المصدر: من بيع الكلب.
 - ٦- ٦) فى «ش» و المصدر: و الزيت النجس للاستصباح.
 - ٧- ٧) الغنيه (الجوامع الفقهيّه): ٥٢٤، مع تفاوت فى بعض الألفاظ.

و يؤيد ذلك كله ما في التذكرة من أن المقتضى لجواز بيع كلب الصيد أعنى المنفعة موجود في هذه الكلاب (١).

و عنه رحمه الله في مواضع أخر: أن تقدير الدية لها يدل على مقابلتها بالمال (٢). و إن ضُغف الأول برجوعه إلى القياس، و الثانى بأن الدية لو لم تدل على عدم التملك و إلا لكان الواجب قيمه كائنه ما كانت لم تدل على التملك؛ لاحتمال كون الدية من باب تعيين غرامه معينه لتفويت شيء ينتفع به، لا لإتلاف مال، كما في إتلاف الحرّ.

و نحوهما في الضعف: دعوى انجبار المرسله (٣) بدعوى الاتفاق المتقدم عن الشيخ و العلامة و الشهيد قدس الله أسرارهم (٤)؛ لو هنها بعد الإغماض عن معارضتها بظاهر عبارتى الخلاف و الغنيه: من الإجماع على عدم جواز بيع (٥) غير المعلم من الكلاب (٦) بوجدان الخلاف العظيم من أهل الروايه و الفتوى.

نعم، لو ادعى الإجماع أمكن منع وهنها بمجرد الخلاف و لو من الكثير بناءً على ما سلكه بعض متأخري المتأخرين في الإجماع من كونه منوطاً بحصول الكشف من اتفاق جماعه و لو خالفهم أكثر منهم (٧) -

ص: ٥٨

١- ١) التذكرة ٤٦٤: ١.

٢- ٢) راجع المنتهى ١٠٠٩: ٢.

٣- ٣) المتقدمه عن المبسوط فى الصفحه: ٥٦، الهامش (١١).

٤- ٤) تقدم عنهم فى الصفحه: ٥٦ و ٥٧.

٥- ٥) لم ترد «بيع» فى «ش».

٦- ٦) كما تقدم فى الصفحه: ٥٤-٥٥.

٧- ٧) لم نقف على القائل.

مع أنّ دعوى الإجماع ممّن لم يصطلح الإجماع على مثل هذا الاتفاق لا يعبأ بها (١) عند وجدان الخلاف.

و أمّا شهره الفتوى بين المتأخّرين فلا- تجبر الروايه، خصوصاً مع مخالفه كثير من القدماء (٢)، و مع كثره العمومات الوارده فى مقام الحاجه، و خلوّ كتب الروايه المشهوره عنها (٣) حتّى أنّ الشيخ لم يذكرها (٤) فى جامعه (٥).

و أمّا حمل كلمات القدماء على المثال، ففى غايه البعد.

و أمّا كلام ابن زهره المتقدم (٦) فهو مختلّ على كلّ حال؛ لأنّه استثنى الكلب المعلّم عمّا يحرم الانتفاع به، مع أنّ الإجماع على جواز الانتفاع بالكافر، فحمل «كلب الصيد» على المثال لا يصحّ كلامه، إلّا أن يريد كونه مثلاً و لو للكافر أيضاً، كما أنّ استثناء الزيت من باب المثال لسائر الأدهان المتنجّسه.

هذا، و لكنّ الحاصل من شهره الجواز بين المتأخّرين بضميمه أمارات الملك فى هذه الكلاب يوجب الظنّ بالجواز حتّى فى غير هذه الكلاب، مثل كلاب الدور و الخيام.

ص: ٥٩

١-١) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: به.

٢-٢) راجع الصفحه: ٥٤-٥٥.

٣-٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: عنه.

٤-٤) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: لم يذكره.

٥-٥) فى «ش»: جامعیه.

٦-٦) تقدّم فى الصفحه: ٥٧.

فالمسأله لا تخلو عن إشكال، و إن كان الأقوى بحسب الأدله و الأحوط فى العمل هو المنع، فافهم.

ص : ٦٠

[المسأله]الثالثه الأتوى جواز المعاوضه على العصير العنبى إذا غلى و لم يذهب ثلثاه و إن كان نجساً؛

لعمومات البىع و التجاره الصادقه عليها، بناءً على أنه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص، لأصاله بقاء مالئته و عدم خروجه عنها بالنجاسه، غايه الأمر أنه مال معيوب قابل لزوال عيبه.

و لذا لو غصب عصيراً فأغلاه حتى حرم و نجس لم يكن فى حكم التالف، بل و جب عليه رده، و جب عليه غرامه الثلثين و أجره العمل فيه حتى يذهب الثلثان كما صرح به فى التذكرة (١) معللاً. لغرامه الأجره بأنه رده معيباً و يحتاج زوال العيب إلى خساره، و العيب من فعله، فكانت الخساره عليه.

نعم، ناقشه فى جامع المقاصد (٢) فى الفرق بين هذا و بين ما لو غصبه عصيراً فصار خمراً، حيث حكم فيه بوجوب غرامه مثل العصير؛ لأنّ المالئيه قد فاتت تحت يده فكان عليه ضمانها كما لو تلفت.

ص: ٦١

١- (١) التذكرة ٣٨٧:٢.

٢- (٢) جامع المقاصد ٢٩٢:٦-٢٩٣.

لكن لا يخفى الفرق الواضح بين العصير إذا غلى و بينه إذا صار خمراً؛ فإنَّ العصير بعد الغليان مال عرفاً و شرعاً، و النجاسه إنما تمنع من المائيه إذا لم يقبل التطهير، كالخمر فإنَّها لا يزول نجاستها (١) إلَّا بزوال موضوعها؛ بخلاف العصير، فإنَّه يزول نجاسته بنقصه، نظير طهاره ماء البئر بالترح.

و بالجمله، فالنجاسه فيه و حرمة الشرب عرضيَّه تعرضانه في حال متوسّط بين حالتى طهارته، فحكمه حكم النجس بالعرض القابل للتطهير، فلا يشمل قوله عليه السلام في روايه تحف العقول: «أو شيء من وجوه النجس» (٢) و لا يدخل تحت قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إذا حرّم الله شيئاً حرّم ثمّنه» (٣)؛ لأنّ الظاهر منهما (٤) العنوانات النجسه و المحرّمه بقول مطلق، لا ما تعرضانه في حالٍ دون حال، فيقال: يحرم في حال كذا، أو ينجس (٥) في حال كذا.

و بما ذكرنا يظهر عدم شمول معقد إجماع التذكرة (٦) على فساد بيع نجس العين للعصير؛ لأنّ المراد بالعين هي الحقيقه، و العصير ليس كذلك.

و يمكن أن ينسب جواز بيع العصير إلى كلّ من قيّد الأعيان النجسه المحرّم بيعها بعدم قابليّتها للتطهير، و لم أجد مصرّحاً بالخلاف،

ص: ٦٢

١- ١) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: فإنَّه لا يزول نجاسته.

٢- ٢) تقدّمت في أوّل الكتاب.

٣- ٣) المتقدّم في الصفحه: ١٣ و ٤٣ عن عوالى اللآلى و سنن الدارقطنى.

٤- ٤) فى أكثر النسخ: منها.

٥- ٥) فى «ش»: و ينجس.

٦- ٦) التذكرة ٤٦٤: ١.

عدا ما فى مفتاح الكرامه: من أنّ الظاهر المنع (١)؛ للعمومات المتقدمه و خصوص بعض الأخبار، مثل قوله عليه السلام: «و إن على فلا يحلّ بيعه» (٢) و روايه أبى بصير (٣): «إذا بعته قبل أن يكون خمراً و هو حلال فلا بأس» (٤) و مرسل ابن الهيثم: «إذا تغيّر عن حاله و على فلا خير فيه» (٥)؛ بناءً على أنّ الخير المنفَى يشمل البيع.

و فى الجميع نظر:

أمّا فى العمومات، فلما تقدّم.

و أمّا الأدلّه الخاصّه، فهى مسوقه للنهى عن بيعه بعد الغليان نظير بيع الدبس و الخلّ من غير اعتبار إعلام المكلف-، و فى الحقيقه هذا النهى كنايه عن عدم جواز الانتفاع ما لم يذهب ثلثاه، فلا يشمل بيعه بقصد التطهير مع إعلام المشتري، نظير بيع الماء النجس. و بالجملة، فلو لم يكن إلّا استصحاب مالئته و جواز بيعه كفى.

و لم أعرّض على من تعرّض للمسأله صريحاً، عدا جماعه من المعاصرين (٦). نعم، قال المحقّق الثانى فى حاشيه الإرشاد فى ذيل قول

ص: ٦٣

١-١) مفتاح الكرامه ٤:١٢.

٢-٢) الوسائل ١٦٩:١٢، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٣-٣) كذا فى «ش»، و فى أكثر النسخ: أبى كهمس، نعم راوى الحديث السابق هو أبو كهمس.

٤-٤) الوسائل ١٦٩:١٢، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٥-٥) الوسائل ٢٢٦:١٧، الباب ٢ من أبواب الأشربه المحرّمه، الحديث ٧.

٦-٦) منهم السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٢، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٨:٢٢، و المحقّق النراقى فى المستند ٢:٣٣٢.

المصنّف: «و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبوله (١) التطهير»، بعد الاستشكال بلزوم عدم جواز بيع الأصباغ المتنجّسه بعدم قبولها التطهير، و دفع ذلك بقبولها له بعد الجفاف (٢)-: و لو تنجّس العصير و نحوه فهل يجوز بيعه على من يستحلّه؟ فيه إشكال. ثم ذكر أنّ الأتوى العدم؛ لعموم «و لا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ (٣)، انتهى (٤).

و الظاهر، أنّه أراد بيع العصير للشرب من غير التثليث، كما يظهر من ذكر المشتري و الدليل، فلا- يظهر منه حكم بيعه على من يطهره.

ص: ٦٤

١- ١) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: قبولها، و في الإرشاد: مع قبول الطهاره.

٢- ٢) في غير «ش» زياده: قال.

٣- ٣) المائده: ٢.

٤- ٤) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٠٤.

المسأله الرابعه يجوز المعاوضه على الدهن المتنجس

اشاره

على المعروف من مذهب الأصحاب.

و جعل هذا من المستثنى عن بيع الأعيان النجسه مبنى على المنع من الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل، أو على المنع من بيع المتنجس و إن جاز الانتفاع به نفعاً مقصوداً محللاً، وإلا كان الاستثناء منقطعاً من حيث إنَّ المستثنى منه «ما ليس فيه منفعة محلله مقصوده من النجاسات و المتنجسات»، و قد تقدّم أنّ المنع عن بيع النجس فضلاً عن المتنجس ليس إلا من حيث حرمة المنفعه المقصوده (١)، فإذا فرض حلّها فلا مانع من البيع.

و يظهر من الشهيد الثانى فى المسالك خلاف ذلك، و أنّ جواز بيع الدهن للنصّ، لا لجواز الانتفاع به، و إلا لأطرد الجواز فى غير الدهن أيضاً (٢).

ص: ٦٥

١- ١) فى غير «ش»: المنفعه المحلله المقصوده.

٢- ٢) المسالك ١١٩: ٣.

و أما حرمه الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل، فسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

و كيف كان، فلا إشكال في جواز بيع الدهن المذكور، و عن جماعه (١):

الإجماع عليه في الجملة، و الأخبار به (٢) مستفيضة:

منها: الصحيح، عن معاوية بن وهب، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قلت له: جُرِّدَ مات في سمن أو زيت أو عسل؟ قال عليه السلام:

أما السمن و العسل فيؤخذ الجُرِّد و ما حوله، و الزيت يستصبح به» (٣).

و زاد في المحكي عن التهذيب: «أنه يبيع ذلك الزيت، و يبيئه (٤) لمن اشتراه ليستصبح به» (٥).

و لعل الفرق بين الزيت و أخويه من جهه كونه مائعاً غالباً، بخلاف السمن و العسل، و في روايه إسماعيل الآتية إشعار بذلك.

و منها: الصحيح، عن سعيد الأعرج (٦)، عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في الفأره و الدابه تقع في الطعام و الشراب فتموت فيه؟ قال: إن كان

ص: ٦٦

١- ١) منهم: ابن زهره في الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٢٤، و الشيخ في الخلاف ٣: ١٨٧، كتاب البيوع، المسأله ٣١٢، و ابن إدريس في السرائر ٢: ٢٢٢.

٢- ٢) به: ساقطه من أكثر النسخ.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٦٦، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٤- ٤) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: و يتبه.

٥- ٥) التهذيب ٩: ٨٥، الحديث ٣٥٩، و فيه: تبيعه و تبيئه.

٦- ٦) كذا في جميع النسخ، لكن الروايه عن الحلبي، نعم الروايه التي تليها في الوسائل عن سعيد الأعرج.

سمنًا أو عسلًا أو زيتًا، فإنه ربّما يكون بعض هذا، فإن كان الشتاء فانزع ما حوله و كله، وإن كان الصيف فادفعه حتّى يسرج به»
(١).

و منها: ما عن أبي بصير فى الموتق «عن الفأره تقع فى السمن أو الزيت (٢) فتموت فيه؟ قال: إن كان جامدًا فاطرحها و ما حولها و يؤكل ما بقى، و إن كان ذائبًا فأسرج به و أعلمهم إذا بعته» (٣).

و منها: رواه إسماعيل بن عبد الخالق، قال: «سأله سعيد الأعرج السّمّان و أنا حاضر عن السمن و الزيت و العسل تقع فيه الفأره فتموت [كيف يصنع به؟] (٤) قال: أمّا الزيت فلا- تبعه إلّا لمن تبين له فيبتاع للسراج، و أمّا الأكل فلا، و أمّا السمن فإن كان ذائبًا فكذلك، و إن كان جامدًا و الفأره فى أعلاه فيؤخذ ما تحتها و ما حولها، ثم لا بأس به، و العسل كذلك إن كان جامدًا» (٥).

إذا عرفت هذا،

فالإشكال يقع فى مواضع:

ص: ٦٧

- ١- (١) الوسائل ٣٧٥:١٦، الباب ٤٣ من أبواب الأطحه المحرّمه، الحديث ٤.
- ٢- (٢) فى «ص»: أو فى الزيت.
- ٣- (٣) الوسائل ٦٦:١٢، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
- ٤- (٤) العبارة ساقطه من «خ»، «م»، «ف»، «ن»، «ع».
- ٥- (٥) الوسائل ٦٦:١٢، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

أنَّ صحَّه بيع هذا الدهن هل هي (١) مشروطة باشتراط الاستصباح به صريحاً، أو يكفي قصدهما لذلك، أو لا يشترط أحدهما؟
ظاهر الحلّي في السرائر: الأول؛ فإنّه بعد ذكر جواز الاستصباح بالأدهان المتنجّسه جُمع (٢) قال: ويجوز بيعه بهذا الشرط عندنا (٣).
و ظاهر المحكّي عن الخلاف: الثاني، حيث قال: جاز بيعه لمن يستصبح به تحت السماء، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم، و قال أبو حنيفة:
يجوز مطلقاً (٤)، انتهى.

و نحوه مجرّداً عن دعوى الإجماع عبارته المبسوط، و زاد: «أنّه لا يجوز بيعه إلّا لذلك» (٥) و ظاهره كفايه القصد، و هو ظاهر غيره ممّن عبّر بقوله: «جاز بيعه للاستصباح» كما في الشرائع و القواعد (٦) و غيرها (٧).

ص: ٦٨

-
- ١-١) وردت عبارته «هل هي» في «ش» فقط.
 - ٢-٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: أجمع.
 - ٣-٣) السرائر ٢: ٢٢٢ و ٣: ١٢٢.
 - ٤-٤) الخلاف ٣: ١٨٧، كتاب البيوع، المسألة ٣١٢.
 - ٥-٥) المبسوط ٢: ١٦٧.
 - ٦-٦) الشرائع ٢: ٩، القواعد ١: ١٢٠.
 - ٧-٧) مثل عبارته التنقيح ٢: ٧، و مجمع الفائده ٨: ٣١، و بمعناهما عبارته الشهيد في اللمعة: ١٠٨.

نعم، ذكر المحقق الثاني ما حاصله: أن التعليل راجع إلى الجواز، يعنى يجوز لأجل تحقق فائده الاستصباح ببيع (١).

و كيف كان، فقد صرح جماعة بعدم اعتبار قصد الاستصباح (٢).

و يمكن أن يقال باعتبار قصد الاستصباح إذا كانت المنفعة المحللة منحصرة فيه، و كان من منافعه النادره التى لا تلاحظ فى مالهته، كما فى دهن اللوز و البنفسج و شبههما.

و وجهه: أن مالهته الشئ إنما هى باعتبار منافعه المحللة المقصوده منه، لا باعتبار مطلق الفوائد الغير الملحوظه فى مالهته، و لا باعتبار الفوائد الملحوظه المحرّمه، فإذا فرض أن لا فائده فى الشئ محلله ملحوظه فى مالهته فلا يجوز بيعه، لا على الإطلاق لأنّ الإطلاق ينصرف إلى كون الثمن بإزاء المنافع المقصوده منه، و المفروض حرمتها، فيكون أكلاً للمال بالباطل و لا على قصد الفائده النادره المحلله؛ لأنّ قصد الفائده النادره لا يوجب كون الشئ مالا. ثمّ إذا فرض ورود النصّ الخاصّ على جواز بيعه كما فيما نحن فيه فلا بدّ من حمله على إرادته (٣) صورته قصد الفائده النادره؛ لأنّ أكل المال حينئذٍ ليس بالباطل بحكم الشارع، بخلاف صورته عدم القصد؛ لأنّ المال فى هذه الصوره مبذول فى مقابل المطلق، المنصرف إلى الفوائد المحرّمه؛ فافهم.

ص: ٦٩

١- ١) جامع المقاصد ٤: ١٣.

٢- ٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٤ عن أستاذة العلّامة السيد بحر العلوم، و أنظر كفايه الأحكام: ٨٥، و الحدائق ١٨: ٩٠.

٣- ٣) كلمه «إرادته» مشطوب عليها فى «ن»، و محذوفه من «ش».

و حينئذٍ فلو لم يعلم المتبايعان جواز الاستصباح بهذا الدهن و تعاملًا من غير قصد إلى هذه الفائدة كانت المعاملة باطله؛ لأنَّ المال مبذول مع الإطلاق في مقابل الشيء باعتبار الفوائد المحرّمة.

نعم (١) لو علمنا عدم التفات المتعاملين إلى المنافع أصلاً، أمكن صحتها؛ لأنه مال واقعي شرعاً قابل لبذل المال بإزائه، و لم يقصد به ما لا يصحّ (٢) بذل المال بإزائه من المنافع المحرّمة، و مرجع هذا في الحقيقة إلى أنه لا يشترط إلما عدم قصد المنافع المحرّمة، فافهم.

و أمّا فيما كان الاستصباح منفعه غالبه بحيث كان مائيه الدهن باعتباره كالأدهان المعدّه للإسراج فلا يعتبر في صحّه بيعه قصده أصلاً؛ لأنّ الشارع قد قرّر مائيته العرفيه بتجويز الاستصباح به و إن فرض حرمة سائر منافعه، بناءً على أضعف الوجهين، من وجوب الاقتصار في الانتفاع بالنجس على مورد النصّ.

و كذا إذا كان الاستصباح منفعه مقصوده (٣) مساويه (٤) لمنفعه الأكل المحرّم كالأليه و الزيت و عصاره السمسم فلا يعتبر قصد المنفعه المحلله فضلاً عن اشتراطه؛ إذ يكفي في مائيته وجود المنفعه المقصوده المحلله، غاية الأمر كون حرمة منفعته الأخرى المقصوده نقصاً فيه يوجب الخيار للجاهل.

ص: ٧٠

١- ١) في «ف»، «خ»، «م»، «ع»: ثم.

٢- ٢) في «ش»: ما لم يصحّ.

٣- ٣) في «ف»: موجوده.

٤- ٤) في أكثر النسخ: متساويه.

نعم، يشترط عدم اشتراط المنفعة المحرّمه بأن يقول: بعثك بشرط أن تأكله، وإلا فسد العقد بفساد الشرط.

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

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

و بالجمله، فكلّ بيع قصد فيه منفعه محرّمه بحيث قصد أكل الثمن أو بعضه بإزاء المنفعة المحرّمه كان باطلاً، كما يومی إلى ذلك ما ورد في تحريم شراء الجاربه المغنّيه و بيعها (١).

و صرح في التذکره بأنّ الجاربه المغنّيه إذا بيعت بأكثر ممّا يرغب فيها لو لا الغناء، فالوجه التحريم (٢)، انتهى.

ثم إنّ الأخبار المتقدمه خاليه عن اعتبار قصد الاستصباح؛ لأنّ موردها ممّا يكون الاستصباح فيه منفعه مقصوده منها كافيه في ماليتها العرفيه.

و ربّما يتوهم من قوله عليه السلام في روايه الأعرج المتقدمه: «فلا- تبعه إلّا لمن تبين له (٣) فيبتاع للسراج» (٤) اعتبار القصد، و يدفعه: أنّ الابتاع

ص: ٧١

١-١) الوسائل ١٢:٨٦، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به.

٢-٢) التذکره ١:٤٦٥.

٣-٣) في أكثر النسخ: تبينه لمن يشتره.

٤-٤) تقدّمت في الصفحه: ٦٧ (روايه إسماعيل بن عبد الخالق).

للسراج إنّما جعل غايه للإعلام، بمعنى أنّ المسلم إذا أطلع على نجاسته فيشتره للإسراج، نظير قوله عليه السلام في روايه معاويه بن وهب: «بيّنه (١) لمن اشتراه ليستصيح به» (٢).

ص: ٧٢

١-١) في غير «ش»: يتبه.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه: ٦٦ (الزياده المحكيه عن التهذيب).

أنّ ظاهر بعض الأخبار (١) وجوب الإعلام، فهل يجب مطلقاً أم لا؟ وهل وجوبه نفسى أو شرطى؟

بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحّحه البيع.

الذى ينبغى أن يقال: إنّه لا- إشكال فى وجوب الإعلام- إن قلنا باعتبار اشتراط الاستصحاب فى العقد، أو تواطؤهما عليه من الخارج، لتوقف القصد على العلم بالنجاسه.

و أمّا إذا لم نقل باعتبار اشتراط الاستصحاب فى العقد، فالظاهر وجوب الإعلام وجوباً نفسياً قبل العقد أو بعده؛ لبعض الأخبار المتقدّمه.

و فى قوله عليه السلام: «يبينه لمن اشتراه ليستصبح به» (٢) إشاره إلى وجوب الإعلام لئلا يأكله، فإنّ الغايه للإعلام ليس هو تحقّق الاستصحاب، إذ لا ترتّب بينهما شرعاً و لا عقلاً و لا عادة، بل الفائده حصر الانتفاع فيه، بمعنى عدم الانتفاع به فى غيره، ففيه إشاره إلى وجوب إعلام الجاهل بما يعطى إذا كان الانتفاع الغالب به محرّماً بحيث يعلم عاده وقوعه فى الحرام لو لا الإعلام، فكأنه قال: أعلمه لئلا يقع فى الحرام الواقعى بتركك الإعلام.

و يشير إلى هذه القاعده كثير من الأخبار المتفرّقه الدالّه على حرمة تغرير الجاهل بالحكم أو الموضوع فى المحرّمات، مثل ما دلّ على

ص: ٧٣

١ - ١) مثل ما تقدّم من ذيل صحيحه معاويه بن وهب المرويه فى التهذيب، و موثّقه أبى بصير، و روايه إسماعيل بن عبد الخالق، راجع الصفحه: ٦٦-٦٧.

٢ - ٢) تقدّم فى الصفحه: ٦٦.

أَنَّ مَنْ أَفْتَى بِغَيْرِ عِلْمٍ لِحَقِّهِ وَزَرَّ مِنْ عَمَلٍ بِفَتْيَاهُ (١) فَإِنَّ إِثْبَاتَ الْوِزْرِ لِلْمَبَاشِرِ مِنْ جِهَةِ فِعْلِ الْقَبِيحِ الْوَاقِعِيِّ، وَحَمَلَهُ عَلَى الْمَفْتَى مِنْ حَيْثُ التَّسْبِيبِ وَالتَّغْيِيرِ.

وَمِثْلُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَا مِنْ إِمَامٍ صَلَّى بِقَوْمٍ فَيَكُونُ فِي صَلَاتِهِمْ تَقْصِيرٌ، إِلَّا كَانَ عَلَيْهِ أَوْزَارُهُمْ» (٢) وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: «فَيَكُونُ فِي صَلَاتِهِ وَصَلَاتِهِمْ تَقْصِيرٌ، إِلَّا كَانَ إِثْمٌ ذَلِكَ عَلَيْهِ» (٣) وَفِي رِوَايَةٍ أُخْرَى: «لَا يَضْمَنُ الْإِمَامُ صَلَاتَهُمْ إِلَّا أَنْ يَصَلِّيَ بِهِمْ جَنَابًا» (٤).

وَمِثْلُ رِوَايَةِ أَبِي بَصِيرٍ الْمُتَضَمِّنَةِ لِكِرَاهِهِ أَنْ تَسْقَى الْبَهِيمَةَ أَوْ تَطْعَمَ مَا لَا يَحِلُّ لِلْمُسْلِمِ أَكْلَهُ أَوْ شَرْبَهُ (٥)، فَإِنَّ فِي كِرَاهِهِ ذَلِكَ فِي الْبِهَائِمِ إِشْعَارًا بِحَرَمَتِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَكْلُوفِ.

وَيُؤَيِّدُهُ: أَنَّ أَكْلَ الْحَرَامِ وَشَرْبَهُ مِنَ الْقَبِيحِ، وَلَوْ فِي حَقِّ الْجَاهِلِ؛ وَلِذَا يَكُونُ الْإِحْتِيَاظُ فِيهِ مَطْلُوبًا مَعَ الشَّكِّ، إِذْ لَوْ كَانَ لِلْعِلْمِ دَخْلٌ فِي قَبْحِهِ لَمْ يَحْسُنِ الْإِحْتِيَاظُ، وَحِينَئِذٍ فَيَكُونُ إِعْطَاءُ النِّجْسِ لِلْجَاهِلِ الْمَذْكُورِ إِغْرَاءً بِالْقَبِيحِ، وَهُوَ قَبِيحٌ عَقْلًا.

بَلْ قَدْ يُقَالُ بِوُجُوبِ الْإِعْلَامِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُ تَسْبِيبٌ كَمَا لَوْ رَأَى نَجَسًا فِي يَدِهِ يَرِيدُ أَكْلَهُ وَهُوَ الَّذِي صَرَّحَ بِهِ الْعَلَامَةُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي أَجْوِبِهِ

ص: ٧٤

١-١) الوسائل ٩: ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأول.

٢-٢) تحف العقول: ١٧٩.

٣-٣) بحار الأنوار ٩٢: ٨٨.

٤-٤) الوسائل ٤٣٤: ٥، الباب ٣٦ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ٦.

٥-٥) الوسائل ٢٤٦: ١٧، الباب ١٠ من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث ٥.

المسائل المهنيّة، حيث سأله السيّد المهنا عمّن رأى في ثوب المصلّي نجاسه، فأجاب بأنّه يجب الإعلام، لوجوب النهي عن المنكر (١)، لكنّ إثبات هذا مشكل.

و الحاصل، أنّ هنا أموراً أربعة:

أحدها- أن يكون فعل الشخص علّه تامّه لوقوع الحرام في الخارج كما إذا أكره غيره على المحرّم و لا إشكال في حرّمته و كون وزر الحرام عليه، بل أشدّ؛ لظلمه.

و ثانيها- أن يكون فعله سبباً للحرام، كمن قدّم إلى غيره محرّماً، و مثله ما نحن فيه، و قد ذكرنا أنّ الأقوى فيه التحريم؛ لأنّ استناد الفعل إلى السبب أقوى، فنسبه فعل الحرام إليه أولى، و لذا يستقرّ الضمان على السبب، دون المباشر الجاهل، بل قيل: إنّه لا ضمان ابتداءً إلّا عليه (٢).

الثالث- أن يكون شرطاً لصدور الحرام، و هذا يكون على وجهين:

أحدهما أن يكون من قبيل إيجاد الداعي على المعصية، إمّا لحصول الرغبه فيها كترغيب الشخص على المعصية، و إمّا لحصول العناد من الشخص حتّى يقع في المعصية، كسبّ آله الكفّار الموجب لإلقتائهم في سبّ الحقّ عناداً، أو سبّ آباء الناس الموقع لهم في سبّ أبيه، و الظاهر حرمة القسمين، و قد ورد في ذلك عدّه من الأخبار (٣).

ص: ٧٥

١- ١) أجوبه المسائل المهنيّة: ٤٨، المسأله ٥٣.

٢- ٢) لم نقف عليه.

٣- ٣) لم نقف على خبر يدلّ على حرمة القسم الأوّل أي ترغيب الشخص على المعصية-، و أمّا ما يدلّ على حرمة سبّ آله الكفّار فهناك عدّه أخبار وردت

و ثانيهما (١) أن يكون بإيجاد شرطٍ آخر غير الداعى، كبيع العنب ممّن يعلم أنّه يجعله خمرًا، و سيأتى الكلام فيه.

الرابع - أن يكون من قبيل عدم المانع، و هذا يكون تارةً مع الحرمة الفعلية فى حقّ الفاعل كسكوت الشخص عن المنع من المنكر-، و لا إشكال فى الحرمة بشرائط النهى عن المنكر، و أخرى مع عدم الحرمة الفعلية بالنسبة إلى الفاعل، كسكوت العالم عن إعلام الجاهل كما فيما نحن فيه فإنّ صدور الحرام منه مشروط بعدم إعلامه.

فهل يجب دفع (٢) الحرام بترك السكوت أم لا؟ فيه (٣) إشكال، إلّا إذا علمنا من الخارج و جوب دفع (٤) ذلك؛ لكونه فساداً قد أمر بدفعه كلّ من قدر عليه، كما لو أطلع على عدم إباحة دم من يريد الجاهل قتله، أو عدم إباحة عرضه له، أو لزم من سكوته ضرر مالى قد أمرنا بدفعه عن كلّ أحد؛ فإنّه يجب الإعلام و الردع لو لم يرتدع بالإعلام، بل الواجب هو الردع و لو بدون الإعلام، ففى الحقيقة الإعلام بنفسه غير واجب.

(٣)

فى تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ (الأنعام: ١٠٨) انظر تفسير الصافى ٢: ١٤٧، و بالنسبة إلى النهى عن سبّ آباء الناس المنتهى إلى السبّ المتقابل، انظر تنبيه الخواطر: ١١٩.

ص: ٧٦

١-١) فى غير «ش»: الثانى.

٢-٢) فى النسخ: رفع.

٣-٣) فى غير «ف»: و فيه.

٤-٤) فى النسخ: رفع.

و أمّا فيما تعلق بغير الثلاثة من حقوق الله فوجوب دفع (١) مثل هذا الحرام مشكّل؛ لأنّ الظاهر من أدلّه النهى عن المنكر وجوب الردع عن المعصية، فلا يدلّ على وجوب إعلام الجاهل بكون فعله معصية.

نعم، وجب ذلك فيما إذا كان الجاهل بالحكم، لكنّه من حيث وجوب تبليغ التكاليف ليستمرّ التكليف إلى آخر الأبد بتبليغ الشاهد الغائب، فالعالم فى الحقيقة مبلغ عن الله ليتمّ الحجّه على الجاهل و يتحقّق فيه قابليّته الإطاعة و المعصية.

ثمّ إنّ بعضهم (٢) استدلّ على وجوب الإعلام بأنّ النجاسة عيب خفىّ فيجب إظهارها.

و فيه مع أنّ وجوب الإعلام على القول به ليس مختصّاً بالمعاوضات، بل يشمل مثل الإباحه و الهبه من المجانيات:- أنّ كون النجاسة عيباً ليس إلّا لكونه منكراً واقعياً و قبيحاً، فإنّ ثبت ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسأله وجوب إظهار العيب، و إلّا لم يكن عيباً، فتأمل.

ص: ٧٧

١- ١) فى النسخ: رفع.

٢- ٢) هو المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨: ٣٦.

المشهور بين الأصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء،

بل في السرائر: أن الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف (١).

و في المبسوط: أنه روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف (٢).

لكن الأخبار المتقدمه (٣) على كثرتها و ورودها في مقام البيان ساكتة عن هذا القيد، ولا مقيد لها من الخارج عدا ما يدعى من مرسله الشيخ المنجبره بالشهره المحققه و الاتفاق المحكي (٤).

لكن لو سلم الانجبار فغايه الأمر دورانه بين تقييد المطلقات المتقدمه، أو حمل الجمله الخبرية على الاستحباب أو الإرشاد؛ لئلا يتأثر السقف بدخان النجس الذي هو نجس بناءً على ما ذكره الشيخ من دلالة المرسله على نجاسه دخان النجس إذ قد لا يخلو من أجزاء لطيفه دهنيته تتصاعد بواسطه الحراره.

و لا ريب أن مخالفه الظاهر في المرسله خصوصاً بالحمل على الإرشاد أولى، خصوصاً مع ابتناء التقييد: إما على ما ذكره الشيخ من دلالة الروايه على نجاسه الدخان المخالفه للمشهور، وإما على كون

ص: ٧٨

١-١) السرائر ١٢٢:٣.

٢-٢) المبسوط ٢٨٣:٦.

٣-٣) تقدمت في الصفحه: ٦٦-٦٧.

٤-٤) تقدم آنفاً عن السرائر.

الحكم تعبدًا محضاً، وهو في غاية البعد.

و لعله لذلك أفتى في المبسوط بالكراهه (١) مع روايته للمرسله (٢).

و الإنصاف، أنّ المسأله لا- تخلو عن إشكال، من حيث ظاهر الروايات، البعيده عن التقييد لإبائها في أنفسها عنه و إباء المقيد عنه-، و من حيث الشهره المحققه و الاتفاق المنقول.

و لو رجع إلى أصله البراءه حينئذٍ لم يكن إلّا بعيداً عن الاحتياط و جرأةً على مخالفه المشهور.

ثمّ إنّ العلامه في المختلف فصل بين ما إذا علم بتصاعد شيء من أجزاء الدهن، و ما إذا لم يعلم (٣)، فوافق المشهور في الأول، و هو مبنى على ثبوت حرمة تنجيس السقف، و لم يدلّ عليه دليل، و إن كان ظاهر كلّ من حكم بكون الاستصباح تحت السماء تعبدًا، لا- لنجاسه الدخان معللاً بطهاره دخان النجس-: التسالم على حرمة التنجيس، و إلّا لكان الأولى تعليل التعبد به، لا بطهاره الدخان، كما لا يخفى.

ص: ٧٩

١- ١) المبسوط ٢٨٣: ٦.

٢- ٢) في «ش»: المرسله.

٣- ٣) المختلف: ٦٨٦.

هل يجوز الانتفاع بهذا الدهن في غير الاستصباح،

بأن يُعمل صابوناً أو يُطلى به الأجر أو السفن؟ قولان مبنيان على أن الأصل في المتنجس جواز الانتفاع إلا ما خرج بالدليل كالأكل والشرب، والاستصباح تحت الظل-، أو أن القاعدة فيه المنع عن التصرف إلا ما خرج بالدليل كالاستصباح تحت السماء، وبيعه ليعمل صابوناً على روايه ضعيفه تأتي (١).

[كلمات الفقهاء في المسألة]

والذي صرح به في مفتاح الكرامه هو الثاني (٢)، ووافقه بعض مشايخنا المعاصرين (٣)، وهو ظاهر جماعه من القدماء، كالشيخين والسيدتين والحلي (٤) وغيرهم.

قال في الانتصار: ومما انفردت به الإمامية، أن كل طعام عالجه أهل الكتاب و من ثبت كفرهم بدليل قاطع لا يجوز أكله ولا الانتفاع به، و اختلف (٥) باقي الفقهاء في ذلك، وقد دللنا على ذلك في كتاب الطهاره، حيث دللنا على أن سؤر الكفار نجس (٦).

ص: ٨٠

١- ١) تأتي في الصفحة: ٩٢.

٢- ٢) مفتاح الكرامه ١٣: ٤ و ٢٤.

٣- ٣) الجواهر ١٥: ٢٢.

٤- ٤) ستأتي الإشارة إلى مواضع كلامهم.

٥- ٥) في المصدر: وقد خالف.

٦- ٦) الانتصار: ١٩٣، و أنظر أيضاً الصفحة: ١١ منه.

وقال في المبسوط في الماء المضاف:-إنه مباح التصرف فيه بأنواع التصرف ما لم تقع فيه نجاسه،فإن وقعت فيه نجاسه لم يجز استعماله على حال،وقال في حكم الماء المتغير بالنجاسه:إنه لا يجوز استعماله إلّا عند الضروره،للشرب لا غير (١).

وقال في النهايه:وإن كان ما حصل فيه الميته مائعاً لم يجز استعماله ووجب إهراقه (٢)،انتهى.

وقريب منه عباره المقنعه (٣).

وقال في الخلاف في حكم السمن و البذر و الشيرج و الزيت إذا وقعت فيه فأره:-إنه جاز الاستصباح به،ولا يجوز أكله، و لا الانتفاع به بغير الاستصباح؛و به قال الشافعي،وقال قوم من أصحاب الحديث:لا ينتفع به بحال،لا باستصباح و لا بغيره،بل يراق كالخمر،وقال أبو حنيفه:يستصبح به و يباع لذلك (٤)،وقال داود (٥):

إن كان المائع سمناً لم ينتفع به بحال (٦)و إن كان غيره (٧)من الأدهان لم ينجس بموت الفأره فيه و يحلّ أكله و شربه؛[لأنّ الخبر ورد

ص: ٨١

١-١) المبسوط ١:٥ و ٦.

٢-٢) النهايه:٥٨٨.

٣-٣) المقنعه:٥٨٢.

٤-٤) كذا في «ف» و نسخه بدل «م»،و في «ع»:و يباع لذلك مطلقاً،و في «خ» و «م» و «ص»:و يباع مطلقاً،و في «ن» و «ش»:و يباع أيضاً.

٥-٥) في جميع النسخ:ابن داود،و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٦-٦) كلمه «بحال» من «ش» و مصححه «ن»،و لم ترد في سائر النسخ.

٧-٧) في «ش»:ما عداه.

فى السمن فحسب (١)؛ دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم (٢).

و فى السرائر فى حكم الدهن المتنجس:- أنه لا يجوز الأدهان به و لا استعماله فى شىء من الأشياء، عدا الاستصباح تحت السماء.

و ادعى فى موضع آخر: أن الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف (٣).

و قال ابن زهره بعد أن اشترط فى المبيع أن يكون ممّا ينتفع به منفعه محلله (٤)-: و شرطنا فى المنفعه أن تكون مباحه، تحفظاً من المنافع المحرّمه، و يدخل فى ذلك كلّ نجس لا- يمكن تطهيره، عدا ما استثنى: من بيع الكلب المعلم للصيد، و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء، و هو إجماع الطائفه، ثم استدلّ على جواز بيع الزيت بعد الإجماع بأنّ النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم أذن فى الاستصباح به تحت السماء، قال: و هذا يدلّ على جواز بيعه لذلك (٥)، انتهى.

[الأقوى جواز الانتفاع إلا ما خرج بالدليل]

هذا، و لكن الأقوى وفاقاً لأكثر المتأخرين (٦) جواز الانتفاع إلّا ما خرج بالدليل، و يدلّ عليه أصاله الجواز، و قاعده حلّ الانتفاع

ص: ٨٢

١-١ (١) من «ش» و المصدر.

٢-٢ (٢) الخلاف: كتاب الأطمعه، المسأله ١٩.

٣-٣ (٣) السرائر ١٢١:٣-١٢٢.

٤-٤ (٤) فى أكثر النسخ زياده: قال.

٥-٥ (٥) الغنيه (الجوامع الفقيهه): ٥٢٤.

٦-٦ (٦) كما يأتى عن المحقق و العلّامه و الشهيدين و المحقق الكركى فى الصفحات: ٨٧-٨٨.

بما فى الأرض (١). و لا حاكم عليهما (٢) سوى ما يتخيل من بعض الآيات و الأخبار، و دعوى الجماعه المتقدمه (٣) الإجماع على المنع.

و الكل غير قابل لذلك.

[الاستدلال على المنع بالآيات و الجواب عنه]

أما الآيات:

فمنها: قوله تعالى: **إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ** (٤)، دَلٌّ بمقتضى التفریع على وجوب اجتناب كل رفس.

و فيه: أن الظاهر من «الرفس» ما كان كذلك فى ذاته، لا ما عرض له ذلك، فىختص بالعناوين النجسه، و هى النجاسات العشر، مع أنه لو عمّ المنتجس لزم أن ىخرج عنه أكثر الأفراد؛ فإن أكثر المنتجسات لا ىجب الاجتناب عنه (٥).

مع أن وجوب الاجتناب ثابت فىما كان رجساً من عمل الشيطان، ىعنى من مبتدعاته، فىختص وجوب الاجتناب المطلق بما كان من عمل الشيطان، سواء كان نجساً كالخمر أو قدراً معنوياً مثل الميسر، و من المعلوم: أن المائعات المنتجسه كالدهن و الطين و الصبغ و الدبس -

ص: ٨٣

١-١) المستفاد من قوله تعالى: «خَلَقَ لَكُمْ فِي الأَرْضِ جَمِيعاً» البقره: ٢٩.

٢-٢) كذا فى «ف» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: عليها.

٣-٣) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: المتقدم.

٤-٤) المائده: ٩٠.

٥-٥) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: منه.

إذا تنجست ليست من أعمال الشيطان.

و إن أُريد من «عمل الشيطان» عمل المكّلف المتحقّق في الخارج بإغوائه ليكون المراد بالمذكورات استعمالها على النحو الخاصّ، فالمعنى:

أنّ الانتفاع بهذه المذكورات رجسٌ من عمل الشيطان، كما يقال في سائر المعاصي: إنّها من عمل الشيطان، فلا تدلّ أيضاً على وجوب الاجتناب عن استعمال المنتجس إلّا إذا ثبت كون الاستعمال رجساً، وهو أوّل الكلام.

و كيف كان، فالآية لا تدلّ على المطلوب.

و من بعض ما ذكرنا يظهر ضعف الاستدلال على ذلك بقوله تعالى:

وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرُوا

(١)

؛ بناءً على أنّ «الرّجز» هو الرجس.

و أضعف من الكلّ: الاستدلال بآية تحريم الخبائث (٢)؛ بناءً على أنّ كلّ متنجس خبيث، و التحريم المطلق يفيد (٣) عموم الانتفاع؛ إذ لا يخفى أنّ المراد هنا حرمة الأكل، بقريته مقابلته بحلّية الطيبات.

[الاستدلال بالأخبار و الجواب عنه]

و أمّا الأخبار:

فمنها: ما تقدّم من روايه تحف العقول، حيث علل النهي عن بيع وجوه النجس بأنّ «ذلك كلّ محرّم أكله و شربه و إمساكه و جميع الثقلب فيه، فجميع الثقلب في ذلك حرام» (٤).

ص: ٨٤

١-١) المدّثر: ٥.

٢-٢) و هي قوله تعالى: «وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ» الأعراف: ١٥٧.

٣-٣) في «ش»: يفيد تحريم.

٤-٤) تحف العقول: ٣٣٣، مع اختلاف.

وفيه: ما تقدّم من أنّ المراد بـ«وجوه النجس» عنواناته المعهودة؛ لأنّ الوجه هو العنوان، والدهن ليس عنواناً للنجاسه، والملاقي للنجس وإن كان عنواناً للنجاسه، لكنّه ليس وجهاً من وجوه النجاسه في مقابله غيره؛ ولذا لم يعدّوه عنواناً في مقابل العناوين النجسه، مع ما عرفت من لزوم تخصيص الأكثر، لو أريد به المنع عن استعمال كلّ متنجّس.

ومنها: ما دلّ على الأمر بإهراق المائعات الملاقيه للنجاسه (١) وإلقاء ما حول الجامد من الدهن وشبهه وطرحه (٢). وقد تقدّم بعضها في مسأله الدهن، وبعضها الآخر متفرّقه، مثل قوله: «يهرق المرق» (٣) ونحو ذلك.

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

[الإجماعات المدعاه على المنع، والنظر في دلالتها]

و أمّا الإجماعات:

ففي دلالتها على المدعى نظر، يظهر من ملاحظتها، فإنّ الظاهر من كلام السيّد المتقدّم (٤)-: أنّ مورد الإجماع هو نجاسه ما باشره أهل الكتاب، و أمّا حرمة الأكل و الانتفاع فهي من فروعها المتفرّعه

ص: ٨٥

١-١) الوسائل ٣٧٦:١٦، الباب ٤٤ من أبواب الأُطعمه المحرّمه، الحديث الأوّل.

٢-٢) الوسائل ٣٧٤:١٦، الباب ٤٣ من أبواب الأُطعمه المحرّمه.

٣-٣) لفظ الحديث: يهراق مرقها.

٤-٤) يعنى كلام السيّد المرتضى، المتقدّم في الصفحه: ٨٠.

على النجاسه، لا- أنّ معقد الإجماع حرمه الانتفاع بالنجس؛ فإنّ خلاف باقى الفقهاء فى أصل النجاسه فى أهل الكتاب، لا فى أحكام النجس.

و أمّا إجماع الخلاف (١)، فالظاهر أنّ معقده ما وقع الخلاف فيه بينه و بين من ذكر من المخالفين؛ إذ فرق بين دعوى الإجماع على محلّ النزاع بعد تحريره، و بين دعواه ابتداءً على الأحكام المذكورات (٢) فى عنوان المسأله، فإنّ الثانى يشمل الأحكام كلها، و الأوّل لا يشمل إلّا الحكم الواقع مورداً للخلاف (٣)؛ لأنّه الظاهر من قوله: «دليلنا إجماع الفرقه»، فافهم و اغتنم.

و أمّا إجماع السيّد فى الغنيه (٤)، فهو فى أصل مسأله تحريم بيع النجاسات و استثناء الكلب المعلمّ و الزيت المتنجّس، لا فى ما ذكره من أنّ حرمه بيع المتنجّس من حيث دخوله فيما يحرم الانتفاع، نعم، هو قائل بذلك.

و بالجمله، فلا- ينكر ظهور كلام السيّد فى حرمه الانتفاع بالنجس الذاتى و العرضى، لكنّ دعواه الإجماع على ذلك بعيدة عن مدلول كلامه جدّاً.

و كذلك لا ينكر كون السيّد و الشيخ قائلين بحرمه الانتفاع بالمتنجّس

ص: ٨٦

١- ١) المتقدّم فى الصفحه: ٨١-٨٢.

٢- ٢) فى «ش»: المذكوره.

٣- ٣) كذا فى «ف» و «خ»، و فى سائر النسخ: مورد الخلاف.

٤- ٤) المتقدّم فى الصفحه: ٨٢.

كما هو ظاهر المفيد (١) و صريح الحلّي (٢) لكن دعواهما الإجماع على ذلك ممنوعه عند المتأمل المنصف.

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

قال في المعتر في أحكام الماء (٣) المتنجس - و كلّ ماء (٤) حكم

ص: ٨٧

١- (١) المقنعه: ٥٨٢.

٢- (٢) السرائر ٢١٩:٢، و ١٢١:٣.

٣- (٣) في «ش» زياده: القليل.

٤- (٤) جاءت العبارة في هامش «ف» كما يلي: «قال في المعتر في أحكام الماء القليل المتنجس - الماء النجس لا يجوز استعماله في رفع حدث ولا - إزاله خبث مطلقا ولا في أكل ولا في شرب إلا عند الضروره، و أطلق الشيخ المنع من استعماله إلا عند الضروره (١). لنا، إن مقتضى الدليل: جواز الاستعمال مطلقا، ترك العمل به في ما ذكرنا بالإتفاق و النقل، فيكون الباقي على الأصل» (٢)، انتهى. و قال في موضع آخر من أحكام الماء المشتبه - في ردّ من قال بوجوب الإراقه - «إنّه قد يتعلق الغرض ببقائه لأجل الاسعمال في غير الطهاره و الأكل و الشرب (٣). و قال بعد ذلك - أيضا -: إنّ كلّ ماء... صح صح». (١) - المبسوط ٧:١. (٢) - المعتر ٥٠:١-٥١. (٣) - المعتر ١٠٤:١.

بنجاسته لم يجر استعماله إلى أن قال:-و يريد (١) بالمنع عن استعماله:

الاستعمال في الطهاره و إزاله الخبث و الأكل و الشرب دون غيره، مثل بَلّ الطين و سقى الدابّه (٢)، انتهى.

أقول: إنَّ بَلّ الصبغ و الحنّاء بذلك الماء داخل في الغير، فلا يحرم الانتفاع بهما.

و أمّا العلّامه، فقد قَصِرَ حرمه استعمال الماء المتنجّس في التحرير و القواعد و الإرشاد على الطهاره و الأكل و الشرب (٣) و جَوَزَ في المنتهى الانتفاع بالعجين النجس في علف الدوابّ، محتجّاً بأنّ المحرّم على المكلف تناوله، و بأنّه انتفاع فيكون سائغاً؛ للأصل (٤).

و لا يخفى أنّ كلا دليليه صريح في حصر التحريم في أكل العجين المتنجّس (٥).

و قال الشهيد في قواعده: «النجاسه ما حرم استعماله في الصلاه و الأغذيه» (٦) ثمّ ذكر ما يؤيّد المطلوب.

و قال في الذكري في أحكام النجاسه:-تجب إزاله النجاسه

ص: ٨٨

١-١) في «ف»، و«ن»، و«ش»: نريد.

٢-٢) المعتبر ١:١٠٥.

٣-٣) التحرير ٥:١، القواعد ١:١٨٩، الإرشاد ١:٢٣٨.

٤-٤) المنتهى ١:١٨٠، و لم نجد في كلامه الاستدلال بالأصل صريحاً.

٥-٥) كذا في «ن» و«ش»، و لم يرد «العجين» في «ف»، كما لم يرد «المتنجّس» في سائر النسخ.

٦-٦) القواعد و الفوائد ٢:٨٥، القاعده: ١٧٥.

عن الثوب و البدن، ثم ذكر المساجد و غيرها، إلى أن قال:- و عن كلّ مستعمل في أكل أو شرب أو ضوء تحت ظلّ؛ للنعى عن النجس، و للنصّ (١)، انتهى.

مراده (٢) بالنعى عن النجس: النهى عن أكله، و مراده بالنصّ:

ما ورد من المنع عن الاستصباح بالدهن المتنجس تحت السقف (٣)، فانظر إلى صراحه كلامه في أنّ المحرّم من الدهن المتنجس بعد الأكل و الشرب خصوص الاستضاءه تحت الظلّ؛ للنصّ.

و هو المطابق لما حكاه المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد (٤) عنه قدّس سرّه فى بعض فوائده: من جواز الانتفاع بالدهن المتنجس فى جميع ما يتصوّر من فوائده.

و قال المحقق و الشهيد الثانى فى المسالك و حاشيه الإرشاد، عند قول المحقق و العلّامة قدّس سرّهما: «تجب إزاله النجاسه عن الأوانى» (٥):-

إنّ هذا إذا استعملت فى ما يتوقّف استعماله على الطهاره، كالأكل و الشرب (٦).

و سيأتى (٧) عن المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد فى مسأله

ص: ٨٩

١- ١) ذكرى الشيعة: ١٤.

٢- ٢) فى «ص» و «ش»: و مراده.

٣- ٣) و هى المرسله المتقدّمه عن المبسوط فى الصفحه: ٧٨.

٤- ٤) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٠٣-٢٠٤.

٥- ٥) الشرائع ١: ٥٣، الإرشاد ١: ٢٣٩.

٦- ٦) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٨، المسالك ١: ١٢٤.

٧- ٧) فى الصفحه: ٩٤.

الانتفاع بالإصباح المنتجسه ما يدل على عدم توقّف جواز الانتفاع بها على الطهاره.

و فى المسالك فى ذيل قول المحقق قدس سره: «و كلّ مائع نجس عدا الأدهان» قال: لا فرق فى عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها للطهاره بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه، و لا بين الإعلام بحالها و عدمه، على ما نصّ عليه الأصحاب، و أمّا الأدهان المنتجسه بنجاسه عارضيه كالزيت تقع فيه الفأره فيجوز بيعها لفائده الاستصباح بها (١) و إنّما خرج هذا الفرد بالنصّ، و إلّا فكان ينبغى مساواتها لغيرها من المائعات المنتجسه التى يمكن الانتفاع بها فى بعض الوجوه، و قد ألحق بعض الأصحاب ببيعها للاستصباح بيعها لتعمل صابوناً أو يُطلى به (٢) الأجرى و نحو ذلك. و يشكّل بأنّه خروج عن مورد النصّ المخالف للأصل، فإن جاز لتحقق المنفعه، فينبغى مثله فى المائعات النجسه (٣) التى ينتفع بها، كالدبس يطعم النحل (٤) و غيره (٥)، انتهى.

و لا يخفى ظهوره فى جواز الانتفاع بالمنتجس، و كون المنع من بيعه لأجل النصّ، يقتصر على موردّه.

و كيف كان، فالمنتجس فى كلام المتأخرين يقطع بما استظهرناه

ص: ٩٠

١- ١) كلمه «بها» من «ش» و المصدر فقط.

٢- ٢) كذا فى النسخ، و فى المصدر: بها، و هو الأنسب.

٣- ٣) فى «ف»: المنتجسه.

٤- ٤) فى «ش» و المصدر: للنحل.

٥- ٥) المسالك ٣: ١١٩.

من كلماتهم.

و الذى أظنّ و إن كان الظنّ لا- يعنى لغيرى شيئاً أنّ كلمات القدماء ترجع إلى ما ذكره المتأخرون، و أنّ المراد بالانتفاع فى كلمات القدماء: الانتفاعات الراجعة إلى الأكل و الشرب، و إطعام الغير، و بيعه على نحو بيع ما يحلّ أكله (١).

ثمّ (٢) لو فرضنا مخالفه القدماء كفى موافقه المتأخرين فى دفع (٣) الوهن عن الأصل و القاعده السالمين عمّا يرد عليهما.

[جواز بيعه لغير الاستصباح من الانتفاعات بناء على جوازها]

ثمّ على تقدير جواز غير الاستصباح من الانتفاعات، فالظاهر جواز بيعه لهذه الانتفاعات، وفاقاً للشهيد و المحقق الثانى قدّس سرّهما.

قال الثانى فى حاشيه الإرشاد فى ذيل قول العلّامة رحمه الله:

«إلّا الدهن للاستصباح»: إنّ فى بعض الحواشى المنسوبه إلى شيخنا الشهيد أنّ الفائدة لا تنحصر فى ذلك؛ إذ مع فرض فائده أُخرى للدهن لا تتوقّف على طهارته يمكن بيعها لها، كاتخاذ الصابون منه، قال:

و هو مروى، و مثله طلى الدوابّ. أقول: لا بأس بالمصير إلى ما ذكره شيخنا، و قد ذكر أنّ به روايه (٤)، انتهى.

ص: ٩١

١- ١) فى هامش «ف» هنا زياده ما يلى: «كما يشهد لذلك أنّ المحقق قدّس سرّهُ فى ما تقدم من كلامه الأوّل لم يسند عموم المنع إلّا إلى إطلاق الشيخ قدّس سرّهُ، لا إلى مذهبه هنا كلمتان غير مقروءتين. صح صح».

٢- ٢) شطب فى «ف» على «ثمّ» و كتب بدلها: «و».

٣- ٣) كذا فى «ع» و «ص»، و فى سائر النسخ: رفع.

٤- ٤) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٠٤.

أقول: وروايه إشاره إلى ما عن الراوندى فى كتاب النوادر بإسناده عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليه السلام، و فيه: «سئل عليه السلام عن الشحم يقع فيه شىء له دم فيموت؟ قال عليه السلام: تبعه لمن يعمله صابوناً... الخبر» (١).

[حكم بيع غير الدهن من المتنجسات]

ثم لو قلنا بجواز البيع فى الدهن لغير المنصوص من الانتفاعات المباحه، فهل يجوز بيع غيره من المتنجسات المنتفع بها فى المنافع المقصوده المحلله كالصبيغ و الطين و نحوهما-، أم يقتصر على المتنجس المنصوص و هو الدهن غايه الأمر التعدى من حيث غايه البيع إلى غير الاستصباح؟ إشكال:

من ظهور استثناء الدهن فى كلام المشهور فى عدم جواز بيع ما عداه، بل عرفت من المسالك (٢) نسبه عدم الفرق بين ما له منفعه محلله و ما ليست له إلى نصّ الأصحاب.

و ممّا تقدّم فى مسأله جلد الميته: من أنّ الظاهر من كلمات جماعه من القدماء و المتأخرين كالشيخ فى الخلاف و ابن زهره و العلّامه و ولده و الفاضل المقداد و المحقق الثانى (٣) و غيرهم دوران المنع عن بيع النجس

ص: ٩٢

١- ١) مستدرک الوسائل ١٣: ٧٣، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧، و لفظ الحديث: «أنّ عليّاً عليه السلام سئل عن الزيت يقع فيه...».

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه: ٩٠.

٣- ٣) الخلاف ٣: ١٨٧، كتاب البيوع، المسأله ٣١٢، الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٢٤، التذکره ١: ٤٦٥، إيضاح الفوائد ١: ٤٠١، التنقيح ٢: ٥، جامع المقاصد ٤: ١٢.

مدار جواز الانتفاع به و عدمه، إلا ما خرج بالنص كأليات الميته (١) مثلاً أو مطلق نجس العين، على ما سيأتى من الكلام فيه، و هذا هو الذى يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجس (٢) و هى (٣) القاعدة المستفاده من قوله عليه السلام فى روايه تحف العقول - «إن كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات، فذلك كله حلال» (٤).

و ما تقدم من روايه دعائم الإسلام من حل بيع كل ما يباح الانتفاع به (٥).

و أما قوله تعالى: فَاجْتَنِبُوهُ (٦) و قوله تعالى وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرْ (٧) فقد عرفت أنهما لا يدلان (٨) على حرمة الانتفاع بالمتنجس، فضلاً عن حرمة البيع على تقدير جواز الانتفاع.

و من ذلك يظهر عدم صحه الاستدلال فى ما نحن فيه بالنهى فى روايه تحف العقول عن بيع «شىء من وجوه النجس» بعد ملاحظه (٩)

ص: ٩٣

١- (١) الوسائل ٢٩٦: ١٦، الباب ٣٠ من أبواب الذبائح، الحديث ٤.

٢- (٢) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: التنجيس.

٣- (٣) مشطوب عليها فى «ن».

٤- (٤) تحف العقول: ٣٣٣.

٥- (٥) راجع الصفحه: ١٠.

٦- (٦) المائده: ٨٩.

٧- (٧) المدثر: ٥.

٨- (٨) فى أكثر النسخ: أنها لا تدل. و فى «ش»: أنهما لا تدلان، و ما أثبتناه مطابق لمصححه «ن».

٩- (٩) وردت فى «ش» فقط.

تعليل المنع فيها بحرمة الانتفاع.

و يمكن حمل كلام من أطلق المنع عن بيع النجس إلّا الدهن لفائده الاستصباح على إرادته المائعات النجسه التي لا ينتفع بها في غير الأكل و الشرب منفعه محلله مقصوده من أمثالها.

و يؤيده: تعليل استثناء الدهن بفائده (١) الاستصباح، نظير استثناء بول الإبل للاستشفاء، و إن احتمل أن يكون ذكر الاستصباح لبيان ما يشترط أن يكون غايه للبيع.

قال في جامع المقاصد في شرح قول العلامة قدّس سرّه: «إلّا الدهن المتنجّس (٢) لتحقّق فائده (٣) الاستصباح به تحت السماء خاصّه» قال:

و ليس المراد ب«خاصّه» بيان حصر الفائده (٤) كما هو الظاهر، و قد ذكر شيخنا الشهيد في حواشيه: أنّ في روايه جواز اتّخاذ الصابون من الدهن المتنجّس، و صرّح مع ذلك بجواز الانتفاع به فيما يتصوّر من فوائده كطلى الدوابّ.

إن قيل: إنّ العبارة تقتضى حصر الفائده؛ لأنّ الاستثناء في سياق النفي يفيد الحصر، فإنّ المعنى في العبارة: إلّا الدهن المتنجّس لهذه الفائده.

قلنا: ليس المراد ذلك، لأنّ الفائده بيان لوجه الاستثناء، أى

ص: ٩٤

١- ١) كذا في «ن»، و «ش»، و في غيرهما: لفائده.

٢- ٢) لم ترد كلمه «المتنجس» في غير «ف».

٣- ٣) في المصدر: إلّا الدهن النجس لفائده.

٤- ٤) في «ش» زياده: في الاستصباح.

إلا الدهن لتحقق فائده الاستصباح، وهذا لا يستلزم الحصر، و يكفي في صحه ما قلنا تطرق الاحتمال في العبارة المقتضى لعدم الحصر (١)، انتهى.

و كيف كان، فالحكم بعموم كلمات هؤلاء لكل مائع منتجس مثل الطين و الجص المائعين، و الصبغ، و شبه ذلك محل تأمل.

و ما نسبه في المسالك من عدم فرقهم في المنع عن بيع المنتجس بين ما يصلح للانتفاع به و ما لا يصلح (٢) فلم يثبت صحته، مع ما عرفت من كثير من الأصحاب من إناطه الحكم في كلامهم مدار الانتفاع (٣).

و لأجل ذلك استشكل المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد في ما (٤) ذكره العلامة بقوله: «و لا- بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبول الطهاره» (٥) حيث قال: مقتضاه أنه لو لم يكن قابلاً للطهاره لم يجز بيعه، و هو مشكل؛ إذ الأصباغ المنتجسه لا تقبل التطهير عند الأ-كثر، و الظاهر جواز بيعها؛ لأن منافعها لا تتوقف على الطهاره، اللهم إلا أن يقال: إنها تؤول إلى حاله يقبل معها التطهير، لكن بعد جفافها، بل ذلك هو

ص: ٩٥

١-١ (١) جامع المقاصد ١٣: ٤.

١-٢ (٢) تقدم في الصفحه: ٩٠.

١-٣ (٣) راجع الصفحه: ٩٢-٩٣.

١-٤ (٤) كذا في «ش»، و في «ف» و مصححه «ن»: ما ذكره، و في سائر النسخ: و ما ذكره.

١-٥ (٥) الإرشاد ٣٥٧: ١.

أقول: لو لم يعلم من مذهب العلّامة دوران المنع عن بيع المتنجّس مدار حرمه الانتفاع لم يرد على عبارته إشكال؛ لأنّ المفروض حينئذٍ التزامه بجواز الانتفاع بالإصباغ مع عدم جواز بيعها، إلّا أن يرجع الإشكال إلى حكم العلّامة و أنّه مشكل على مختار المحقّق الثّاني، لا إلى كلامه، و أنّ الحكم مشكل على مذهب المتكلم، فافهم.

ثمّ إنّ ما دفع به الإشكال من جعل الأصباغ قابله للطهاره إنّما ينفع في خصوص الأصباغ، و أمّا مثل بيع الصابون المتنجّس، فلا يندفع الإشكال عنه بما ذكره، و قد تقدّم منه (٢) سابقاً (٣) جواز بيع الدهن المتنجّس ليُعمل صابوناً؛ بناءً على أنّه من فوائده المحلّله.

مع أنّ ما ذكره من قبول الصبغ التطهير بعد الجفاف محلّ نظر؛ لأنّ المقصود من قبوله الطهاره قبولها قبل الانتفاع، و هو مفقود في الأصباغ؛ لأنّ الانتفاع بها و هو الصبغ قبل الطهاره، و أمّا ما يبقى منها بعد الجفاف و هو اللون فهي نفس المنفعه، لا الانتفاع، مع أنّه لا يقبل التطهير، و إنّما القابل هو الثوب.

ص: ٩٦

١- ١) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢٠٤، مع اختلاف.

٢- ٢) في «ف»، «خ»: عنه.

٣- ٣) تقدّم في الصفحة: ٩١.

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

فاعلم أنّ ظاهر الأكثر أصله حرمة الانتفاع بنجس العين، بل ظاهر فخر الدين فى شرح الإرشاد و الفاضل المقداد: الإجماع على ذلك، حيث استدلاً على عدم جواز بيع الأعيان النجسه بأنّها محرّمه الانتفاع، و كلّ ما هو كذلك لا يجوز بيعه؛ قالوا: أمّا الصغرى فإجماعه (١).

و يظهر من الحدائق فى مسأله الانتفاع بالدهن المتنجس (٢) فى غير الاستصباح نسبه ذلك إلى الأصحاب (٣).

و يدلّ عليه ظواهر الكتاب و السنّه:

مثل قوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ (٤)؛ بناءً على ما ذكره الشيخ و العلّامة من إرادته جميع الانتفاعات (٥).

و قوله تعالى: إِنَّمَّا الخَمْرُ وَ المَيْسِرُ وَ الأنصَابُ وَ الأزلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ (٦) الدالّ على وجوب اجتناب كلّ رجس، و هو

ص: ٩٧

١- ١) التنقيح ٥: ٢، و لا يوجد لدينا شرح الإرشاد.

٢- ٢) فى «ف»: النجس.

٣- ٣) الحدائق ١٨: ٨٩.

٤- ٤) المائده: ٣.

٥- ٥) الخلاف ١: ٦٢، كتاب الطهاره، المسأله ١٠، نهايه الأحكام ٢: ٤٦٢.

٦- ٦) المائده: ٩٠.

وقوله تعالى: وَ الرَّجَزَ فَاهْجُرْ (١)؛ بناءً على أنّ هجره لا يحصل إلّا بالاجتناب عنه مطلقاً.

و تعليقه عليه السلام في روايه تحف العقول حرمه بيع وجوه النجس بحرمه الأكل و الشرب و الإمساك و جميع التقلّبات فيه.

و يدلّ عليه أيضاً كلّ ما دلّ من الأخبار و الإجماع على عدم جواز بيع نجس العين (٢)؛ بناءً على أنّ المنع من بيعه لا يكون إلّا مع حرمه الانتفاع به.

هذا، و لكنّ التأمل يقضى بعدم جواز الاعتماد في مقابله أصاله الإباحه، على شيء ممّا ذكر.

أمّا آيات التحريم و الاجتناب و الهجر، فلظهورها في الانتفاعات المقصوده في كلّ نجس بحسبه، و هي في مثل الميتة: الأكل، و في الخمر:

الشرب، و في الميسر: اللعب به، و في الأنصاب و الأزلام: ما يليق بحالهما.

و أمّا روايه تحف العقول، فالمراد بالإمساك و التقلّب فيه (٣) ما يرجع إلى الأكل و الشرب، و إلّا فسيجيء الاتفاق على جواز إمساك نجس العين لبعض الفوائد.

ص: ٩٨

١- ١) المدّثر: ٥.

٢- ٢) تقدّم في مسائل الاكتساب بالأعيان النجسه، فراجع.

٣- ٣) في مصحّحه «ن»: فيها. و تذكير الضمير صحيح أيضاً باعتبار رجوعه إلى «النجس» في الروايه.

و ما دلّ من الإجماع والأخبار على حرمة بيع نجس العين قد يدعى اختصاصه بغير ما يحلّ الانتفاع (١) المعتقد به، أو يمنع (٢) استلزامه لحرمة الانتفاع؛ بناءً على أنّ نجاسة العين مانع مستقلّ عن جواز البيع من غير حاجة إلى إرجاعها إلى عدم المنفعة المحلّله.

و أمّا توهم الإجماع، فمدفوع بظهور كلمات كثير منهم في جواز الانتفاع في الجملة.

قال في المبسوط: إنّ سرجين ما لا يؤكل لحمه و عذره الإنسان و خرؤ الكلاب لا يجوز بيعها، و يجوز الانتفاع بها في الزروع و الكروم و أصول الشجر بلا خلاف (٣)، انتهى.

و قال العلامة في التذكرة: «يجوز اقتناء الأعيان النجسه لفائده» (٤) و نحوها في القواعد (٥).

و قرره على ذلك في جامع المقاصد، و زاد عليه قوله: لكن هذه لا تصيرها مالاً بحيث يقابل بالمال (٦).

و قال في باب الأطعمه و الأشربه من المختلف: إنّ شعر الخنزير يجوز استعماله مطلقاً، مستدلاً بأنّ نجاسته لا تمنع الانتفاع به، لما فيه من

ص: ٩٩

١- ١) في أكثر النسخ زياده: المحلّل.

٢- ٢) في «ف» و «خ» و «م» و «ص»: أو بمنع.

٣- ٣) المبسوط ١٦٧: ٢.

٤- ٤) التذكرة ٥٨٢: ١.

٥- ٥) القواعد ١٢٠: ١.

٦- ٦) جامع المقاصد ١٥: ٤.

المنفعة الخالية عن ضرر عاجل و آجل (١).

وقال الشهيد في قواعده: «النجاسة ما حُرِّم استعماله في الصلاة و الأغذية؛ للاستقذار، أو للتوصل بها إلى الفرار» ثم ذكر أنّ قيد «الأغذية» لبيان مورد الحكم، وفيه تنبيه على الأثر به، كما أنّ في الصلاة تنبيهاً على الطواف (٢)، انتهى.

و هو كالنصّ في جواز الانتفاع بالنجس في غير هذه الأمور.

وقال الشهيد الثاني في الروضة عند قول المصنّف في عداد ما لا يجوز بيعه من النجاسات: "و الدم"، قال: «و إن فرض له نفع حكمي كالصبيغ،" و أبوال و أرواث ما لا يؤكل لحمه"، و إن فرض لهما نفع» (٣).

فإنّ الظاهر أنّ المراد بالنفع المفروض للدم و الأبوال و الأرواث هو النفع المحلّل، و إلّا لم يحسن ذكر هذا القيد في خصوص هذه الأشياء دون سائر النجاسات، و لا ذكر خصوص الصبيغ للدم، مع أنّ الأكل هي المنفعة المتعارفة المنصرف إليها الإطلاق في قوله تعالى:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ

(٤)

و المسوق لها الكلام في قوله تعالى أو دَمًا مَسْفُوحًا (٥).

ص: ١٠٠

١-١) المختلف ١:٦٨٤.

٢-٢) القواعد و الفوائد ٢:٨٥.

٣-٣) الروضة البهية ٣:٢٠٩.

٤-٤) المائدة: ٣.

٥-٥) الأنعام: ١٤٥.

و ما ذكرنا هو ظاهر المحقق الثاني، حيث حكى عن الشهيد، أنه حكى عن العلامة: جواز الاستصباح بدهن الميتة، ثم قال: «و هو بعيد؛ لعموم النهى (١) عن الانتفاع بالميتة» (٢)؛ فإن عدوله عن التعليل بعموم المنع عن الانتفاع بالنجس إلى ذكر خصوص الميتة يدل على عدم العموم في النجس.

و كيف كان، فلا يبقى بملاحظه ما ذكرنا وثوق بنقل الإجماع المتقدم عن شرح الإرشاد و التنقيح (٣) الجابر لروايه تحف العقول الناهيه عن جميع التقلّب في النجس، مع احتمال أن يراد من «جميع التقلّب» جميع أنواع التعاطي، لا- الاستعمالات، و يراد من «إمساكه»:

إمساكه للوجه المحرّم.

و لعلّه للإحاطه بما ذكرنا اختار بعض الأساطين (٤) في شرحه على القواعد جواز الانتفاع بالنجس كالمتنجّس، لكن مع تفصيل لا يرجع إلى مخالفه في محلّ الكلام.

فقال: و يجوز الانتفاع بالأعيان النجسه و المتنجّسه في غير ما ورد النصّ بمنعه، كالميتة النجسه التي لا يجوز الانتفاع بها فيما يسمّى استعمالاً عرفياً؛ للأخبار و الإجماع، و كذا الاستصباح بالدهن المتنجّس تحت الظلال، و ما دلّ على المنع من الانتفاع بالنجس و المتنجّس مخصوص

ص: ١٠١

١-١) في المصدر: لثبوت النهى.

٢-٢) جامع المقاصد ٤: ١٣.

٣-٣) راجع الصفحه: ٩٧.

٤-٤) هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء قدّس سرّه.

أو منزّل على الانتفاع الدالّ على عدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاه، و أمّا من استعمله ليغسله فغير مشمول للأدلّه و يبقى على حكم الأصل (١)، انتهى.

و التقييد ب«ما يسمّى استعمالاً» في كلامه رحمه الله لعلّه لإخراج مثل الإيقاد بالميته، و سدّ ساقية الماء بها، و إطعامها لجوارح الطير، و مراده سلب الاستعمال المضاف إلى الميته عن هذه الأمور؛ لأنّ استعمال كلّ شيء إعماله في العمل المقصود منه عرفاً؛ فإنّ أيقاد الباب و السرير لا يسمّى استعمالاً لهما.

لكن يشكّل بأنّ المنهَى عنه في النصوص «الانتفاع بالميته» الشامل لغير الاستعمال المعهود المتعارف في الشيء؛ و لذا قيد هو قدّس سرّه «الانتفاع» بما يسمّى استعمالاً (٢).

نعم، يمكن أن يقال: إنّ مثل هذه الاستعمالات لا تعدّ انتفاعاً، تنزيلاً لها منزله المعدوم؛ و لذا يقال للشيء: إنّهُ ممّا لا ينتفع به، مع قابليّته للأُمور المذكوره.

فالمنهَى عنه هو الانتفاع بالميته بالمنافع المقصوده التي تعدّ (٣) غرضاً من تملك الميته لو لا كونها ميته، و إن كانت قد تملك لخصوص هذه

ص: ١٠٢

١- ١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٤.

٢- ٢) ما أثبتناه مطابق ل«ش» و قد وردت العبارة في «ف» هكذا: و لذا قيده هو قدّس سرّه بقوله: الانتفاع بما يسمّى استعمالاً، و في «ن» و «خ» و «م» و «ص» و «ع» هكذا: و لذا قيده هو قدّس سرّه الانتفاع بما يسمّى استعمالاً.

٣- ٣) في «ش» زياده: عرفاً.

الأمر، كما قد يشتري اللحم لإطعام الطيور و السباع، لكنّها أغراض شخصيّة، كما قد يشتري الجلاب لإطفاء النار، و الباب للإيقاد و التسخين به.

قال العلماء في النهاية في بيان أنّ الانتفاع ببول غير المأكول في الشرب للدواء منفعه جزئيه لا يعتدّ بها قال: إذ كلّ شيء من المحرّمات لا يخلو عن منفعه كالخمر للتخليل، و العذره للتسميد، و الميتة لأكل جوارح الطير و لم يعتبرها الشارع (١)، انتهى.

ثم إنّ الانتفاع المنفّى في الميتة و إن كان مطلقاً في حيز النفي، إلّا أنّ اختصاصه (٢) بما ادّعيناه من الأغراض المقصوده من الشيء دون الفوائد المترتبه عليه من دون أن تعدّ مقاصد ليس من جهه انصرافه (٣) إلى المقاصد حتّى يمنع انصراف المطلق في حيز النفي، بل من جهه التسامح و الادّعاء العرفي تنزيلاً للموجود منزله المعدوم فإنّه يقال للميتة مع وجود تلك الفوائد فيها: إنّها ممّا لا ينتفع به.

و ممّا ذكرنا ظهر الحال في البول و العذره و المنى، فإنّها ممّا لا ينتفع بها، و إن استفيد منها بعض الفوائد، كالتسميد و الإحراق كما هو سيره بعض الجصاصين من العرب كما يدلّ عليه وقوع السؤال في بعض الروايات عن الجصّ يوقد عليه العذره و عظام الموتى و يجصّص به المسجد، فقال الإمام عليه السلام: «إنّ الماء و النار قد طهّراه» (٤)، بل في

ص: ١٠٣

١-١) نهاية الأحكام ٢:٤٦٣.

٢-٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: اختصاصها.

٣-٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: انصرافها.

٤-٤) الوسائل ٢:١٠٩٩، الباب ٨١ من أبواب النجاسات، الحديث الأوّل.

الروايه إشعار بالتقرير،فتفتن.

و أما ما ذكره من تنزيل ما دلّ على المنع عن الانتفاع بالنجس على ما يؤذن بعدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاه لا من استعمله ليغسله،فهو تنزيل بعيد.

نعم،يمكن أن ينزل على الانتفاع به على وجه الانتفاع بالطاهر، بأن يستعمله على وجه يوجب تلويث بدنه و ثيابه و سائر آلات الانتفاع كالصبغ بالدم و إن بنى على غسل الجميع عند الحاجه إلى ما يشترط فيه الطهاره،و فى بعض الروايات إشاره إلى ذلك.

ففى الكافى بسنده عن الوشاء،قال:«قلت (١)لأبى الحسن عليه السلام:

جُعِلت فِداك إنّ أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها، فقال:حرام؛هى ميته،فقلت:جعلت فداك فيستصبح (٢)بها؟فقال:

أما علمت أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام؟» (٣)بحملها على حرمة الاستعمال على وجه يوجب تلويث البدن و الثياب.

و أما حمل الحرام على النجس كما فى كلام بعض (٤)فلا شاهد عليه.

ص: ١٠٤

١- ١) فى «خ» و«م» و«ع»:قال:قال،و فى المصدر:قال:سألت أبا الحسن عليه السلام، فقلت له.

٢- ٢) فى المصدر:فنصطح.

٣- ٣) الكافى ٦:٢٥٥،الحديث ٣،و الوسائل ١٦:٣٦٤،الباب ٣٢ من أبواب الأَطعمه المحرّمه،الحديث الأوّل.

٤- ٤) الجواهر ٥:٣١٥.

و الروايه فى نجس العين، فلا- ينتقض بجواز الاستصباح بالدهن المتنجس، لاحتمال كون مزاوله نجس العين مبغوضهً (١) للشارع، كما يشير إليه قوله تعالى: وَ الرَّجْرَجَ فَاهْجُرْ (٢).

ثم إن منفعه النجس المحلل للأصل أو للنص قد تجعله (٣) مالاً- عرفاً، إنما أنه منع الشرع عن بيعه، كجلد الميتة إذا قلنا بجواز الاستقاء به لغير الوضوء كما هو مذهب جماعه (٤) مع القول بعدم جواز بيعه؛ لظاهر الإجماعات المحكيه (٥)، و شعر الخنزير إذا جؤزنا استعماله اختياراً، و الكلاب الثلاثه إذا منعا عن بيعها، فمثل هذه أموال لا تجوز المعاوضه عليها، و لا يبعد جواز هبتها؛ لعدم المانع مع وجود المقتضى، فتأمل.

و قد لا- تجعله مالاً- عرفاً؛ لعدم ثبوت المنفعه المقصوده منه له (٦) و إن ترتب عليه الفوائد، كالميتة التى يجوز إطعامها لجوارح الطير و الإيقاد بها، و العذره للتسميد، فإن الظاهر أنها لا تعدّ أموالاً عرفاً، كما اعترف به جامع المقاصد (٧) فى شرح قول العلامة: «و يجوز اقتناء الأعيان النجسه

ص: ١٠٥

١- ١) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: مبغوضاً.

٢- ٢) المدثر: ٥.

٣- ٣) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: يجعلها.

٤- ٤) كالشيخ فى النهايه: ٥٨٧، و المحقق فى الشرائع ٣: ٢٢٧، و العلّامه فى الإرشاد ٢: ١١٣، و الفاضل الآبى فى كشف الرموز ٢: ٣٧٤.

٥- ٥) تقدّمت عن التذكرة و المنتهى و التنقيح، فى الصفحه: ٣١.

٦- ٦) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: منها لها.

٧- ٧) جامع المقاصد ٤: ١٥.

و الظاهر ثبوت حق الاختصاص في هذه الأمور الناشئ إِمَّا عن الحيازه، وإِمَّا عن كون أصلها مالاً للمالك، كما لو مات حيوان له، أو فسد لحم اشتراه للأكل على وجه خرج عن المائيه.

و الظاهر جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض؛ بناءً على صحَّه هذا الصلح، بل و مع (١) العوض؛ بناءً على أنه لا يعدّ ثمنًا لنفس العين حتّى يكون سحتًا بمقتضى الأخبار (٢).

قال في التذكرة: و يصحّ الوصية بما يحلّ الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلم، و الزيت النجس لإشعاله تحت السماء، و الزئبل للانتفاع بإشعاله و التسميد به، و جلد الميتة إن سوغنا الانتفاع به و الخمر المحترمه؛ لثبوت الاختصاص فيها، و انتقالها من يدٍ إلى يد بالإرث و غيره (٣)، انتهى.

و الظاهر أنّ مراده بغير الإرث: الصلح الناقل.

و أمّا اليد الحادثة بعد إعراض اليد الأولى فليس انتقالاً.

لكنّ الإنصاف: أنّ الحكم مشكل.

نعم، لو بذل مالاً على أن يرفع يده عنها ليحوزها الباذل كان حسناً، كما يبذل الرجل المال على أن يرفع اليد عمّا في تصرّفه من

ص: ١٠٦

١- ١) كذا في «ن»، و«ش»، و في غيرهما: بل دفع العوض.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٦١، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، و الحديث الأوّل من الباب ٤٠ منها.

٣- ٣) التذكرة ٤٧٩: ٢.

الأمكنه المشتركه، كمكانه من المسجد و المدرسه و السوق.

و ذكر بعض الأساطين بعد إثبات حق الاختصاص:- أن دفع شيء من المال لافتكاكه يشك في دخوله تحت الاكتساب المحظور، فيبقى على أصاله الجواز (1).

ثم إنه يشترط في الاختصاص بالحيازه قصد الحائر للانتفاع؛ و لذا ذكروا: أنه لو علم كون حيازه الشخص للماء و الكلاً لمجرد العبث، لم يحصل له حق، و حينئذ فيشكل الأمر في ما تعارف في بعض البلاد من جمع العذرات، حتى إذا صارت من الكثره بحيث ينتفع بها في البساتين و الزرع يُدّل له مال فأخذت منه، فإن الظاهر بل المقطوع أنه لم يحزها للانتفاع بها، و إنما حازها لأخذ المال عليها، و من المعلوم:

أن حلّ المال فرع ثبوت الاختصاص المتوقف على قصد الانتفاع المعلوم انتفاؤه في المقام، و كذا لو سبق إلى مكان من الأمكنه المذكوره من غير قصد الانتفاع منها بالسكنى.

نعم، لو جمعها في مكانه المملوك، فبذل له المال على أن يتصرف في ذلك المكان بالدخول لأخذها، كان حسناً.

كما أنه لو قلنا بكفايه مجرد قصد الحيازه في الاختصاص [و إن لم يقصد الانتفاع بعينه (2)] و قلنا (3) بجواز المعاوضه على حق الاختصاص كان أسهل.

ص: ١٠٧

١-١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٤.

٢-٢) ما بين المعقوفتين ساقط من «ن» و «م».

٣-٣) في «ف»، «خ»، «ع»، «ص»: أو قلنا.

النوع الثاني مما يحرم التكبُّب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به

اشاره

و هو على أقسام

ص: ١٠٩

إشاره

وهي أمور

منها:

هياكل العباده المبتدعه - كالصليب و الصنم -

بلا خلافٍ ظاهر، بل الظاهر الإجماع عليه.

و يدلّ عليه مواضع من روايه تحف العقول المتقدمه (١) -، مثل (٢) قوله عليه السلام: «و كلّ أمر يكون فيه الفساد ممّا هو منهى عنه»، وقوله عليه السلام:

«أو شيء يكون فيه وجه من وجوه الفساد»، وقوله عليه السلام: «و كلّ منهى

ص: ١١١

١ - ١) تقدّم في أول الكتاب.

٢ - ٢) في «خ»، «م»، «ع»، «ص»: في مثل.

عنه ممّا يتقرّب به لغير الله»، و قوله عليه السلام: «إنّما حرّم الله الصنّاعه التي هي حرام كلّها ممّا يجيء منها (١) الفساد محضاً، نظير المزامير و البرابط، و كلّ ملهوّ به، و الصلبان و الأصنام... إلى أن قال: فحرام تعليمه و تعلّمه، و العمل به، و أخذ الأجره عليه، و جميع التقلّب فيه من جميع وجوه الحركات... إلخ».

هذا كلّه، مضافاً إلى أنّ أكل المال في مقابل هذه الأشياء أكلٌ له بالباطل، و إلى قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «إنّ الله إذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه» (٢) بناءً على أنّ تحريم هذه الأمور تحريم لمنافعها الغالبه، بل الدائمه؛ فإنّ الصليب من حيث أنّه خشب بهذه الهيئه لا يتنفع به إلّا في الحرام، و ليس بهذه الهيئه ممّا يتنفع به في المحلّل و المحرّم، و لو فرض ذلك كان (٣) منفعه نادره لا يقدر في تحريم العين بقول مطلق، الذي هو المناط في تحريم الثمن.

نعم، لو فرض هيئه خاصّه مشتركه بين هيكل العباده و آله اخرى لعمل محلّل بحيث لا تعدّ (٤) منفعه نادره فالأقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعه المحلّله، كما اعترف به في المسالك (٥).

ص: ١١٢

١- ١) في «ش»: منه.

٢- ٢) عوالي اللآلى ١١٠: ٢، الحديث ٣٠١.

٣- ٣) في «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ص»: كان ذلك.

٤- ٤) في «ن»: لا يعدّ.

٥- ٥) المسالك ١٢٢: ٣ (اعترف به في مسأله آلات اللهو).

فما ذكره بعض الأساطين (١) من أنّ ظاهر الإجماع و الأخبار: أنّه لا فرق بين قصد الجهه المحلله و غيرها، فلعله محمول على الجهه المحلله التي لا دخل للهيئه فيها، أو النادره التي ممّا للهيئه دخل فيه.

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

أقول: إن أراد ب«قصد المادّه» كونها هي الباعته على بذل المال بإزاء ذلك الشيء و إن كان عنوان المبيع المبذول بإزائه الثمن هو ذلك الشيء، فما استظهره من الإجماع و الأخبار حسن؛ لأنّ بذل المال بإزاء هذا الجسم المتشكّل بالشكل الخاصّ من حيث كونه مالاً عرفاً بذل للمال على الباطل.

و إن أراد ب«قصد المادّه» كون المبيع هي المادّه، سواء تعلقّ البيع بها بالخصوص كأن يقول: بعتك خشب هذا الصنم أو في ضمن مجموع مركّب كما لو وزن له وزنه حطب فقال: بعتك، فظهر فيه صنم أو صليب فالحكم ببطلان البيع في الأوّل و في مقدار الصنم في الثاني مشكّل؛ لمنع شمول الأدلّه لمثل هذا الفرد؛ لأنّ المتيقّن من الأدلّه المتقدّمه حرمه المعاوضه على هذه الأمور نظير المعاوضه على غيره (٢) من الأموال العرفيه، و هو ملاحظه مطلق ما يتقوم به مائيه الشيء من المادّه و الهيئه و الأوصاف.

و الحاصل: أنّ الملحوظ في البيع قد يكون مادّه الشيء من غير

ص: ١١٣

١- ١) و هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٧.

٢- ٢) كذا في النسخ، و في مصحّحه «ن»: غيرها.

مدخلية الشكل، ألا ترى أنه لو باعه وزنه (١) نحاس فظهر فيها أنه مكسور، لم يكن له (٢) خيار العيب؛ لأن المبيع هي المادة.

و دعوى أن المال هي المادة بشرط عدم الهيئه، مدفوعه بما صرح به من أنه لو أتلّف الغاصب لهذه (٣) الأمور ضمن موادها (٤).

و حملة على الإلتلاف تدريجاً تمحل (٥).

و في (٦) محكيّ التذكرة أنه إذا كان لمكسورها قيمه و باعها صحيحه لتكسر و كان المشتري ممن يوثق بديانته؛ فإنه يجوز بيعها على الأقوى (٧)، انتهى.

و اختار ذلك صاحب الكفايه (٨) و صاحب الحدائق (٩) و صاحب

ص: ١١٤

١ - ١) الوزنه: مقدار لتحديد الوزن يختلف باختلاف البلدان، ففي بعضها يقدر بثلاثة أرتال، و في بعضها بخمسه أرتال. أنظر محيط المحيط: ٩٦٨، مادة «وزن».

٢ - ٢) في «خ»، «م»، «ع»، «ص»، «ش»: لها.

٣ - ٣) اللام في كلمه «لهذه» مشطوب عليها في «ن».

٤ - ٤) مثل عباره العلامه في القواعد: فإن أحرقت ضمن قيمه الرضاض، راجع القواعد ٢٠٣: ١.

٥ - ٥) في «خ»، «م»، «ع»، «ص»: محتمل.

٦ - ٦) في «ف»، «ن» و «خ»: «و قال في».

٧ - ٧) حكاها عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٣٢: ٤، لكننا لم نقف في التذكرة إلا على ما يلي: «و إن عُيدَ مالاً فالأقوى عندي الجواز مع زوال الصفه المحرّمه»، انظر التذكرة ٤٦٥: ١.

٨ - ٨) كفايه الأحكام: ٨٥.

٩ - ٩) الحدائق ٢٠١: ١٨.

الرياض (١) نافياً عنه الريب (٢).

و لعلّ التقييد في كلام العلامة ب«كون المشتري ممن يوثق بديانته» (٣) لئلا يدخل في باب المساعدة على المحرم؛ فإنّ دفع ما يقصد منه المعصية غالباً مع عدم وثوق بالمدفوع إليه تقويه لوجه من وجوه المعاصي، فيكون باطلاً، كما في روايه تحف العقول.

لكن فيه مضافاً إلى التأمل في بطلان البيع لمجرد الإعانة على الإثم -أنّه يمكن الاستغناء عن هذا القيد (٤) بكسره قبل أن يقبضه إياه، فإنّ الهيئته غير محترمه في هذه الأمور، كما صرحوا به في باب الغصب (٥).

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

و في جامع المقاصد بعد حكمه بالمنع عن بيع هذه الأشياء و إن

ص: ١١٥

١-١) الرياض ٤٩٩:١.

٢-٢) النافي للريب هو صاحب الحدائق، لا صاحب الرياض كما هو ظاهر السياق.

٣-٣) لم نقف عليه في كلام العلامة، كما أشرنا إليه آنفاً.

٤-٤) كذا في «ش»، و في مصحّحه «ن»: هذا الوثوق، و في سائر النسخ: هذا الوجوب.

٥-٥) صرح به العلامة في التذكرة ٣٧٩:٢ و غيرها، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٢٤٧:٦، و المحقّق الأردبيلي في مجمع

الفائده ٥٢٩:١٠؛ كما أنّ مقتضى كلام الشيخ في مسأله غصب آنيه الذهب و الفضّه ذلك، انظر المبسوط ٦١:٣.

أمكن الانتفاع على حالها في غير محرّم (١) منفعه لا تقصد منها قال:

ولا أثر لكون رضاها الباقي بعد كسرها ممّا ينتفع به في المحلّ و يعدّ مالاً، لأنّ بذل المال في مقابلها و هي على هيئتها بذل له في المحرّم، الذي لا يعدّ مالاً عند الشارع. نعم، لو باع رضاها الباقي بعد كسرها قبل أن يكسرها و كان المشتري موثقاً به و أنّه يكسرها أمكن القول بصحّه البيع، و مثله باقى الأمور المحرّمه كأواني النقدين و الصنم (٢)، انتهى.

و منها:

آلات القمار بأنواعه

بلا خلافٍ ظاهراً، و يدلّ عليه جميع ما تقدّم في هياكل العباده.

و يقوى هنا أيضاً جواز بيع المادّه قبل تغيير الهيئه.

و فى المسالك: أنّه لو كان لمكسورها قيمه، و باعها صحيحه لتكسر و كان المشتري ممّن يوثق بديانته ففى جواز بيعها و جهان، و قوّى فى التذكره (٣) الجواز مع زوال الصفه، و هو حسن، و الأكثر أطلقوا

ص: ١١٦

١- ١) فى «ف»، «خ»، «ش»: غير المحرّم.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ١٥.

٣- ٣) التذكره ١: ٤٦٥.

المنع (١)، انتهى.

أقول: إن أراد ب«زوال الصفه»: زوال الهيئه؛ فلا ينبغي الإشكال في الجواز، ولا ينبغي جعله محلاً للخلاف بين العلامه و الأكثر. ثم إن المراد بالقمار مطلق المراهنه بعوض، فكل ما أُعد لها بحيث لا يقصد منه على ما فيه من الخصوصيات غيرها حرمت المعاوضه عليه، و أمّا المراهنه بغير عوض فيجىء (٢) أنه ليس بقمار على الظاهر. نعم، لو قلنا بحرمتها لحق الآله المعدّه لها حكم آلات القمار، مثل ما يعملونه شبه الكره، يسمّى عندنا «تويه» (٣) و الصولجان.

و منها:

آلات اللهو

على اختلاف أصنافها بلا خلاف؛ لجميع ما تقدّم في المسأله السابقه. و الكلام في بيع المادّه كما تقدّم. و حيث إن المراد بآلات اللهو ما أُعد له، توقّف على تعيين معنى

ص: ١١٧

١-١) المسالك ١٢٢:٣.

٢-٢) ظاهر «ف»: فسيجيء.

٣-٣) كذا في «ف» و «خ»، و في «ن»: الترسه التوبه (خ ل)، و في «م» و «ص»: الترسه، و في «ش»: الترسه التوبه (خ ل).

اللَّهُو و حرمة مطلق اللهُو.

إِلَّا أَنَّ الْمُتَيَّقِن (١) منه: ما كان من جنس المزامير و آلات الأغاني، و من جنس الطبول.

و سيأتي معنى اللهُو و حكمه.

و منها:

أواني الذهب و الفضة

إذا قلنا بتحريم اقتنائها و قصد (٢) المعاوضه على مجموع الهيئه و الماده، لا الماده فقط.

و منها:

الدراهم الخارجه المعموله لأجل غشّ الناس

إذا لم يفرض على هيئتها الخاصه منفعه محلله معتدّ بها، مثل التزيّن، أو الدفع إلى الظالم الذي يريد مقداراً من المال كالعشّار

ص: ١١٨

١- ١) كذا في «ش» و مصحّحه «ف»، و في «ن» و «م» و «ع»: المطلوب منه، و في «ص»: المطلوب منه، المتيقّن (خ ل).

٢- ٢) في «خ»، «م»، «ع»، «ص»: أو قصد.

و نحوه بناءً على جواز ذلك و عدم وجوب إتلاف مثل هذه الدراهم و لو بكسرها من باب دفع مادّه الفساد، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام في روايه الجعفي مشيراً إلى درهم-: «اكسر هذا؛ فإنه لا يحلُّ بيعه و لا إنفاقه» (١).

و في روايه موسى بن بكير (٢): «قَطَّعَهُ نَصْفَيْنِ (٣) ثُمَّ قَالَ: أَلْقَهُ فِي الْبَالُوْعَةِ حَتَّى لَا يَبَاعَ شَيْءٌ فِيهِ (٤) غَشٌّ» (٥).

و تمام الكلام فيه في باب الصرف إن شاء الله.

و لو وقعت المعاوضه عليها جهلاً- فتبين الحال لمن صار (٦) إليه، فإن وقع عنوان المعاوضه على الدرهم المنصرف إطلاقه إلى المسكوك بسكّه (٧) السلطان (٨) بطل البيع، و إن وقعت المعاوضه على شخصه

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل ١٢: ٤٧٣، الباب ١٠ من أبواب الصرف، الحديث ٥، مع اختلاف يسير.

٢- (٢) كذا في النسخ، لكن في المصادر الحديثيه: موسى بن بكر.

٣- (٣) في مصححه «ص»: بنصفين.

٤- (٤) كذا في ظاهر «ف» و نسخه بدل «ص» و المصدر، و في «ش»: لا يباع بشيء فيه غشّ، و في سائر النسخ: حتى لا يباع بما فيه غشّ.

٥- (٥) الوسائل ١٢: ٢٠٩، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥، و إليك نصّه: «قال: كُنَّا عِنْدَ أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ إِذَا دَنَانِيرٌ مَصْبُوبَةٌ بَيْنَ يَدَيْهِ، فَنَظَرَ إِلَى دِينَارٍ فَأَخَذَهُ بِيَدِهِ ثُمَّ قَطَّعَهُ بِنَصْفَيْنِ، ثُمَّ قَالَ لِي: أَلْقَهُ فِي الْبَالُوْعَةِ حَتَّى لَا يَبَاعَ شَيْءٌ فِيهِ غَشٌّ».

٦- (٦) كذا في النسخ، و المناسب: صارت.

٧- (٧) كذا في «ف» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: سكه.

٨- (٨) وردت العبارة في «ف» هكذا: «فإن وقع عنوان المعاوضه على الدرهم المشكوك بسكّه السلطان»، و شطب على عبارته «المنصرف إطلاقه إلى».

من دون عنوان، فالظاهر صحه البيع مع خيار العيب إن كانت الماده مغشوشه، وإن كان مجرد تفاوت السكه، فهو خيار التذليس، فتأمل.

و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات، فإن البيع الواقع عليها لا يمكن تصحيحه بإمضائه من جهه الماده فقط و استرداد ما قابل الهيئه من الثمن المدفوع، كما لو جمع بين الخلل و الخمر، لأن كل جزء من الخلل أو الخمر (1) مال لا بد أن يقابل في المعاضه بجزء من المال، ففساد المعامله باعتباره يوجب فساد مقابله من المال لا غير، بخلاف الماده و الهيئه، فإن الهيئه من قبيل القيد للماده جزء عقلي لا خارجي تقابل بمال على حده، ففساد المعامله باعتباره فساد لمعامله الماده حقيقه.

و هذا الكلام مطرد في كل قيد فاسد بذل الثمن الخاص لداعي وجوده.

ص: ١٢٠

(١ - ١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و الخمر.

أشاره

و هو:

تاره على وجه يرجع إلى بذل المال في مقابل المنفعه المحرّمه، كالمعاوضه على العنب مع التزامهما أن لا- يتصرّف فيه إلّا بالتخمير.

و أخرى على وجه يكون الحرام هو الداعي إلى المعاوضه لا غير، كالمعاوضه على العنب مع قصدهما تخميره.

و الأول إمّا أن يكون الحرام مقصوداً لا غير، كبيع العنب على أن يعمله خمراً (١)، و نحو ذلك.

و إمّا أن يكون الحرام مقصوداً مع الحلال، بحيث يكون بذل المال بإزائهما (٢)، كبيع الجاريه المغنّيه بثمرٍ لوحظ فيه وقوع بعضه بإزاء

ص: ١٢١

١- ١) في «ف»: أن يعمل خمراً.

٢- ٢) في «ف»: بإزائهما.

صفه التَغْنَى.

فهنأ مسأئل ثلاث:

أشاره

ص: ١٢٢

المسأله الأولى بيع العنب على أن يُعمل خمراً، و الخشب على أن يُعمل صنماً،

أو آله لهو أو قمار، و إجاره (١) المساكن لبيع أو يحرز فيها الخمر، و كذا إجاره السفن و الحموله لحملها. و لا إشكال في فساد المعامله فضلاً عن حرمة و لا خلاف فيه.

و يدلّ عليه مضافاً إلى كونها إعانه على الإثم، و إلى أنّ الإلزام و الالتزام بصرف المبيع في المنفعه المحرّمه الساقطه في نظر الشارع أكل و إيكال للمال بالباطل خبر جابر، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام أجرته» (٢).

فإنّه إمّا مقيد بما إذا استأجره لذلك، أو يدلّ عليه بالفحوى، بناءً على ما سيجيء من حرمة العقد مع من يعلم أنّه يصرف المعقود عليه في الحرام.

ص: ١٢٣

١- ١) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: أو إجاره.

٢- ٢) الوسائل ١٢٥:١٢، الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

نعم، في مصححه ابن أذينة، قال (١): «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر سفينته أو دابته لمن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنازير، قال: لا بأس» (٢).

لكنها محموله على ما إذا اتفق الحمل من دون أن يؤخذ ركناً أو شرطاً في العقد؛ بناءً على أن خبر جابر نص في ما نحن فيه و ظاهر في هذا، عكس الصحيحه، فيطرح (٣) ظاهر كل نص الآخر، فتأمل، مع أنه لو سلم التعارض كفى العمومات المتقدمه (٤).

و قد يستدل أيضاً في ما نحن فيه بالأخبار المسئول فيها عن جواز بيع الخشب ممن يتخذه صلباناً أو صنماً، مثل مكاتبه ابن أذينة: «عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلباناً؟ قال: لا» (٥).

و رواه عمرو بن الحريث: «عن التوت أبيعته ممن يصنع الصليب أو الصنم؟ قال: لا» (٦).

و فيه: أن حمل تلك الأخبار على صورته اشتراط البائع المسلم على

ص: ١٢٤

١-١) في المصدر: «قال: كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل...».

٢-٢) الوسائل ١٢٦:١٢، الباب ٣٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٣-٣) كذا في «ف» و نسخه بدل «ش»، و في سائر النسخ: يطرح.

٤-٤) و هي روايه تحف العقول، و روايه الفقه الرضوي، و روايه دعائم الإسلام، و النبوي المشهور، المتقدمه كلها في أول الكتاب.

٥-٥) الوسائل ١٢٧:١٢، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٦-٦) الوسائل ١٢٧:١٢، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، و لفظه هكذا: «عن التوت أبيعته ممن يصنع للصليب و الصنم؟ قال: لا».

المشترى أو توأطئهما على الترام صرف المبيع فى الصنم و الصليب، بعيد فى الغايه.

و الفرق بين مؤاجره البيت لباع الخمر فيه، و بيع الخشب على أن يُعمل صليياً أو صنماً لا يكاد يخفى (١)، فإنَّ بيع الخمر فى مكانٍ و صيرورته دُكاناً لذلك منفعه عرفيه يقع الإجاره عليها من المسلم كثيراً كما يؤجرون البيوت لسائر المحرّمات بخلاف جعل العنب خمرأً و الخشب صليياً، فإنّه لا غرض للمسلم فى ذلك غالباً يقصده فى بيع عنبه أو خشبه، فلا يحمل عليه موارد السؤال.

نعم، لو قيل فى المسأله الآتيه بحرمة بيع الخشب ممّن يعلم أنّه يعمله صنماً لظاهر هذه الأخبار صحّ الاستدلال بفحواها على ما نحن فيه، لكنّ ظاهر هذه الأخبار معارض بمثله أو بأصرح منه، كما سيحىء.

ثمّ إنّّه يلحق بما ذكر من بيع العنب و الخشب على أن يعمل- خمرأً و صليياً (٢) بيع كلّ ذى منفعه محلّله على أن يصرف فى الحرام؛ لأنّ حصر الانتفاع بالمبيع (٣) فى الحرام يوجب كون أكل الثمن بإزائه أكلاً للمال بالباطل.

ثمّ إنّّه لا فرق بين ذكر (٤) الشرط المذكور فى متن العقد، و بين

ص: ١٢٥

١-١ فى أكثر النسخ: يختفى.

٢-٢ فى «ف»، «خ»، «ش»: أو صليياً.

٣-٣ كذا فى مصحّحه «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: بالبيع.

٤-٤ ورد فى «ش» فقط.

التواطؤ عليه خارج العقد و وقوع العقد عليه، و لو كان فرقاً فإنّما هو في لزوم الشرط و عدمه، لا فيما هو مناط الحكم هنا.

و من ذلك يظهر أنّه لا- يبنى فساد هذا العقد على كون الشرط الفاسد مفسداً، بل الأظهر فساده و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد؛ لما عرفت من رجوعه في الحقيقه إلى أكل المال في مقابل المنفعه المحرّمه.

و قد تقدّم الحكم بفساد المعاوضه على آلات المحرّم مع كون موادّها أموالاً مشتمله على منافع محلّله، مع أنّ الجزء أقبل للتفكيك بينه و بين الجزء الآخر من الشرط و المشروط، و سيجيء أيضاً في المسأله الآتیه ما يؤيد هذا أيضاً، إن شاء الله.

ص: ١٢٤

المسأله الثانيه يحرم المعاوضه على الجاريه المغنيه، و كل عين مشتمله على صفه يقصد منها الحرام

إذا قَصِدَ منها ذلك، وقصد اعتبارها في البيع على وجه يكون دخيلاً في زياده الثمن كالعبد الماهر في القمار أو اللهو و السرقة (١)، إذا لوحظ فيه هذه الصفه و بُذِلَ بإزائها شيء من الثمن لا ما كان على وجه الداعي.

و يدلّ عليه أنّ بذل شيء (٢) من الثمن بملاحظه الصفه المحرّمه أكل للمال بالباطل.

و التفكيك بين القيد و المقيّد بصحّه العقد في المقيّد و بطلانه في القيد بما قابله من الثمن غير معروف عرفاً، لأنّ القيد أمرٌ معنويٌّ لا يوزّع عليه شيء من المال و إن كان يبذل المال بملاحظه وجوده.

و غير واقع شرعاً، على ما اشتهر من أنّ الثمن لا يوزّع على الشروط، فتعيّن بطلان العقد رأساً.

ص: ١٢٧

١- ١) في مصححه «ن»: أو السرقة.

٢- ٢) في «ش»: الشيء.

وقد ورد النصّ بأنّ: «ثمن الجارية المغنّيه سحت» (١) وأنّه: «قد يكون للرجل الجارية تُلهيه؛ وما ثمنها إلّا كثمن الكلب» (٢).

نعم، لو لم تلاحظ الصفه أصلاً في كمّيّه الثمن، فلا إشكال في الصحّه.

ولو لوحظت من حيث إنّها صفه كمال قد تصرف إلى المحلّ فيزيد لأجلها الثمن، فإن كانت المنفعه المحلّله لتلك الصفه ممّا يعتدّ بها، فلا إشكال في الجواز.

وإن كانت نادره بالنسبه إلى المنفعه المحرّمه، ففي إلحاقها بالعين في عدم جواز بذل المال إلّا لما اشتمل على منفعه محلّله غير نادره بالنسبه إلى المحرّمه، وعدمه لأنّ المقابل بالمبدول هو الموصوف، ولا ضير في زياده ثمنه بملاحظه منفعه نادره وجهان:

أقواهما: الثاني، إذ لا يُعدّ أكلاً للمال بالباطل، والنصّ بأنّ «ثمن المغنّيه سحت» مبنئ على الغالب.

ص: ١٢٨

١-١) الوسائل ١٢:٨٧، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، ولفظه: «إنّ ثمن الكلب و المغنّيه سحت».

٢-٢) الوسائل ١٢:٨٨، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦، باختلاف يسير في اللفظ.

المسأله الثالثه يحرم بيع العنب مَمَّن يعمله خمراً بقصد أن يعمله،

و كذا بيع الخشب بقصد أن يعمله صنماً أو صليباً؛ لأن فيه إعانته على الإثم و العدوان.

ولا إشكال ولا خلاف في ذلك.

أما لو لم يقصد ذلك، فالأكثر على عدم التحريم، للأخبار المستفيضة:

منها: خبر ابن أذينة، قال: «كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له كَرْمٌ (١) يبيع العنب (٢) مَمَّن يعلم أنه يجعله خمراً أو مسكراً؟ فقال عليه السلام: إنَّما باعه حلالاً في الإبان الذي يحلُّ شربه أو أكله، فلا بأس ببيعه» (٣).

ص: ١٢٩

-
- ١-١) الكرم: العنب، و أرض يحوطها حائط فيه أشجار ملتفة لا يمكن زراعه أرضها. أنظر محيط المحيط: ٧٧٧.
 - ٢-٢) في المصدر: أ يبيع العنب و التمر مَمَّن يعلم أنه يجعله خمراً أو سكرأ.
 - ٣-٣) الوسائل ١٦٩: ١٢، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

و روايه أبى كَهْمَس، قال (١): «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام إلى أن قال:- هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمراً» (٢).

إلى غير ذلك مما هو دونهما فى الظهور.

و قد يعارض ذلك (٣) بمكاتبه ابن أذينة: «عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذهُ صُلباناً، قال: لا» (٤).

و روايه عمرو بن حريث: «عن التوت (٥) أبيعهُ ممن يصنع الصليب أو الصنم؟ قال: لا» (٦).

و قد يجمع بينهما و بين الأخبار المجوّزه، بحمل المانع على صورهِ اشتراط جعل الخشب صليباً أو صنماً، أو تواطؤهما عليه.

ص: ١٣٠

١-١ من «ش» و المصدر.

٢-٢ الوسائل ١٢:١٧٠، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٣-٣ فى «ش»: تلك.

٤-٤ الوسائل ١٢:١٢٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٥-٥ كذا فى «ف» و «ع» و مصححه «خ» و نسخه بدل «م» و «ش»، و فى «ن» و «ص»: التوز، و أمّا فى المصادر الحديثيه، فى الكافى و التهذيب و الوسائل: التوت، و فى الوافى: التوز؛ و قال المحدث الكاشانى فى بيانه: «التوز بضم المثناه فوقائيه و الزاى: شجر يصنع به القوس» انظر الوافى ١٧:٢٧٦. و أمّا التوت فهو شجر يأكل ورقه دود القز، و له ثمرٌ أبيض حلواً، و منه ما يثمر ثمرًا حامضاً ثم يشوّد فيحلوا، و يقال له: التوت الشامى، و يقال لثمره: الفرصاد. محيط المحيط: ٧٥، ماده: «توت».

٦-٦ الوسائل ١٢:١٢٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، و لفظه هكذا: «عن التوت أبيعهُ للصليب و الصنم...».

وفيه: أن هذا في غاية البعد؛ إذ لا داعي للمسلم على اشتراط صناعه الخشب صنماً في متن بيعه أو في خارجه، ثم يجيء و يسأل الإمام عليه السلام عن جواز فعل هذا في المستقبل و حرمة! وهل يحتمل أن يريد الراوى بقوله: «أبيع التوت (1) ممن يصنع الصنم والصلب» أبيعته مشروطاً عليه و ملزماً في متن العقد أو قبله أن لا يتصرف فيه إلّا بجعله صنماً؟! فالأولى: حمل الأخبار المانعه على الكراهه؛ لشهاده غير واحد من الأخبار على الكراهه (2) كما أفتى به (3) جماعه (4) ويشهد له روايه الحلبي (5): «عن بيع العصير ممن يصنعه خمرًا، قال: يبيعه (6) ممن يطبخه أو يصنعه خلاً أحبّ إليّ، و لا أرى به بأساً» (7). و غيرها.

أو التزام الحرمة في بيع الخشب ممن يعمله صليياً أو صنماً لظاهر تلك الأخبار، و العمل في مسأله بيع العنب و شبهها على الأخبار المجوّزه.

ص: ١٣١

-
- ١-١) أشرنا إلى اختلاف النسخ فيه، في الصفحه السابقه.
 - ٢-٢) وردت هذه الفقره في «ف» هكذا: «بشهاده غير واحد من الأخبار» ثم شطب عليها.
 - ٣-٣) كذا، و المناسب: بها.
 - ٤-٤) منهم المحقق في الشرائع ٢:١٠، و العلامه في الإرشاد ١:٣٥٧ و غيره، و الشهيد في اللمعه: ١٠٨، و نسبه في الجواهر ٢٢:٣١ إلى المشهور.
 - ٥-٥) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: رفاعه، و الصواب ما أثبتناه.
 - ٦-٦) في «ف» و التهذيب و الوسائل: بعه.
 - ٧-٧) الوسائل ١٧٠:١٢، الباب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩، و فيه: و لا أرى بالأوّل بأساً.

و هذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولاً بالفصل.

و كيف كان، فقد يستدلّ على حرمة البيع ممّن يعلم أنّه يصرف المبيع في الحرام بعموم النهي عن التعاون على الإثم و العدوان. و قد يستشكل في صدق «الإعانه»، بل يمنع؛ حيث لم يقع القصد إلى وقوع الفعل من المُعان؛ بناءً على أنّ الإعانه هي فعل بعض مقدّمات فعل الغير بقصد حصوله منه لا مطلقاً.

و أوّل من أشار إلى هذا، المحقّق الثاني في حاشيه الإرشاد في هذه المسألة؛ حيث إنّه بعد حكاية القول بالمنع مستنداً إلى الأخبار المانعه قال: «و يؤيّدّه قوله تعالى وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ (١) و يشكل بلزوم عدم جواز بيع شيء ممّا يعلم عادة التوصل به إلى محرّم، لو تمّ هذا الاستدلال، فيمنع معامله أكثر الناس. و الجواب عن الآية:

المنع من كون محلّ النزاع معاونه، مع أنّ الأصل الإباحه، و إنّما يظهر المعاونه مع بيعه لذلك» (٢)، انتهى.

و وافقه في اعتبار القصد في مفهوم الإعانه جماعه من متأخري المتأخرين، كصاحب الكفايه (٣) و غيره (٤).

ص: ١٣٢

١-١ (١) المائده: ٢.

٢-٢ (٢) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٠٥.

٣-٣ (٣) كفايه الأحكام: ٨٥.

٤-٤ (٤) لم نقف عليه، و إن نسبه في المستند (٢: ٣٣٦) إلى صريح الفاضلين: الأردبيلي و السبزواري، لكنّا لم نجد التصريح بذلك في كلام الأردبيلي، و سيأتي من المؤلّف قدّس سرّه بعد نقل كلامه عن آيات أحكامه التصريح بأنّه لم يعلّق صدق الإعانه على القصد فقط، انظر الصفحه: ١٣٦ ١٣٧.

هذا، و ربّما زاد بعض المعاصرين (1) على اعتبار القصد اعتبار وقوع المعان عليه في تحقّق مفهوم الإعانة في الخارج، و تخيّل أنّه لو فعل فعلاً بقصد تحقّق الإثم الفلاني من الغير فلم يتحقّق منه، لم يحرم من جهه صدق الإعانة، بل من جهه قصدها؛ بناءً على ما حرّره من حرمة الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحقّقه، و أنّه لو تحقّق الفعل كان حراماً من جهه القصد إلى المحرّم و من جهه الإعانة.

و فيه تأمل، فإنّ حقيقه الإعانة على الشىء هو الفعل بقصد حصول الشىء، سواء حصل أم لا، و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغير بقصد التوصل إليه، فهو داخل في الإعانة على الإثم، و لو تحقّق الحرام لم يتعدّد العقاب.

و ما أبعد ما بين ما ذكره المعاصر و بين ما يظهر من الأكثر من عدم اعتبار القصد! فعن المبسوط: الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه بقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «من أغان على قتل مسلم و لو بشرط كلمه جاء يوم القيامة مكتوباً بين عينيه: آيس من رحمه الله» (2).

ص: ١٣٣

١- ١) هو المحقق النراقي، انظر عوائد الأيام: ٢٦.

٢- ٢) المبسوط ٢: ٢٨٥، و فيه: «لقوله عليه السلام: من أغان... إلخ» و لا ظهور لكلامه في أنّ الحديث من رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم. نعم، رواه ابن ماجه في سننه (٢: ٨٧٤)، كتاب الدّيّات، الحديث (٢٦٢٠) عنه صلّى الله عليه و آله و سلم، و رواه ابن أبي جمهور الأحسائي في عوالي اللآلي (٢: ٣٣٣) في سياق ما روى عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم.

و قد استدلّ في التذكرة على حرمه بيع السلاح من أعداء الدين بأنّ فيه إعانه على الظلم (١).

و استدلّ المحقّق الثانی على حرمه بيع العصير المتنجّس ممّن يستحلّه بأنّ فيه إعانه على الإثم (٢).

و قد استدلّ المحقّق الأردبیلی على ما حکى عنه من القول بالحرمه في مسألتنا-: بأنّ فيه إعانه على الإثم (٣).

و قد قرّره على ذلك في الحدائق، فقال: إنّه جيّد في حدّ ذاته لو سلم من المعارضه بأخبار الجواز (٤).

و في الرياض بعد ذكر الأخبار السابقه الدالّه على الجواز قال:

و هذه النصوص و إن كثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها بل ربّما كان بعضها صريحاً، لكن في مقابلتها للأصول و النصوص المعتضده بالعقول إشكال (٥)، انتهى.

و الظاهر، أنّ مراده ب«الأصول»: قاعده «حرمه الإعانه على الإثم»، و من «العقول»: حكم العقل بوجوب التوصل إلى دفع المنكر مهما أمكن.

و يؤيّد ما ذكره من صدق الإعانه بدون القصد إطلاقها في غير واحد

ص: ١٣٤

١- (١) التذكرة ٥٨٢: ١.

٢- (٢) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٠٤.

٣- (٣) مجمع الفائدة ٥١: ٨.

٤- (٤) الحدائق ٢٠٥: ١٨.

٥- (٥) الرياض ٥٠٠: ١.

ففى النبوى المروى فى الكافى، عن أبى عبد الله عليه السلام: «من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه» (١).

وفى العلوى الوارد فى الطين المروى أيضاً فى الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام: «فإن أكلته و مُتَّ فقد أعنت على نفسك» (٢).

و يدلّ عليه غير واحد ممّا ورد فى أعوان الظلمه، و سيأتى.

و حكى أنّه سئل بعض الأكابر (٣)، و قيل له: «إنى رجلٌ خيَّاطٌ أخيطُ للسلطان ثيابه فهل ترانى داخلاً بذلك فى أعوان الظلمه؟ فقال له:

المُعِين لهم من يبيعك الإبر و الخيوط، و أمّا أنت فمن الظلمه أنفسهم».

و قال المحقق الأردبيلى فى آيات أحكامه فى الكلام على الآية:

«الظاهر أنّ المراد الإعانه (٤) على المعاصى مع القصد، أو على الوجه الذى يصدق أنّها إعانه مثل أن يطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فيعطيه إيّاها، أو يطلب القلم لكتابه ظلم فيعطيه إيّاه،

ص: ١٣٥

١- ١) الكافى ٦: ٢٦٦، الحديث ٨، و الوسائل ١٦: ٣٩٣، الباب ٥٨ من أبواب الأطمعه و الأشربه، الحديث ٧.

٢- ٢) الكافى ٦: ٢٦٦، الحديث ٥، و الوسائل ١٦: ٣٩٣، الباب ٥٨ من أبواب الأطمعه و الأشربه، الحديث ٦، و فيهما: كنت قد أعنت على نفسك.

٣- ٣) فى شرح الشهيدى (٣٣) ما يلى: «أقول: فى شرح النخبه لسبط الجزائرى قدّس سرّه عن البهائى قدّس سرّه: أنّه عبد الله بن المبارك، على ما نقله أبو حامد...، ثمّ نقل عبارته كما فى المتن».

٤- ٤) كذا فى «ش» و المصدر: و فى سائر النسخ: بالإعانه.

و نحو ذلك ممّا يعدّ معونه عرفاً فلا يصدق على التاجر الذي يتجر لتحصيل غرضه أنّه معاون للظالم العاشر في أخذ العشور، ولا على الحاجّ الذي يؤخذ منه المال ظلماً، و غير ذلك ممّا لا يحصى، فلا يعلم صدقها على بيع العنب ممّن يعمله خمراً، أو الخشب ممّن يعمله صنماً؛ و لذا ورد في الروايات الصحيحة جوازه، و عليه الأكثر و نحو ذلك ممّا لا يخفى (١)، انتهى كلامه رفع مقامه.

و لقد دقق النظر حيث لم يعلّق صدق الإعانة على القصد، و لا- أطلق القول بصدقه (٢) بدونها، بل علّقه بالقصد، أو (٣) بالصدق العرفي و إن لم يكن قصد.

لكن أقول: لا شكّ في أنّه إذا لم يكن مقصود الفاعل من الفعل وصول الغير إلى مقصده و لا إلى مقدّمه من مقدّماته بل يترتب عليه الوصول من دون قصد الفاعل فلا يسمّى إعانه، كما في تجاره التاجر بالنسبة إلى أخذ العشور، و مسير الحاجّ بالنسبة إلى أخذ المال ظلماً.

و كذلك لا- إشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله و دعاه إليه وصول (٤) الغير إلى مطلبه الخاصّ، فإنّه يقال: إنّه أعانه على ذلك المطلب، فإن كان عدواناً مع علم المُعين به، صدّق الإعانه على العدوان.

و إنّما الإشكال فيما إذا قصد الفاعل بفعله وصول الغير إلى مقدّمه

ص: ١٣٦

١-١) زبده البيان في أحكام القرآن: ٢٩٧.

٢-٢) كذا في «ن» و«ش»، و في غيرهما: لصدقه.

٣-٣) كذا في «ف» و«ش»، و في سائر النسخ: و بالصدق.

٤-٤) مفعول ل«قصد» و فاعل ل«دعا».

مشاركه بين المعصيه و غيرها مع العلم بصرف الغير إياها إلى المعصيه، كما إذا باعه العنب، فإن مقصود البائع تملك المشتري له و انتفاعه به، فهي (1) إعانه له بالنسبه إلى أصل تملك العنب.

و لذا لو فرض ورود النهى عن معاونه هذا المشتري الخاص في جميع أموره، أو في خصوص تملك العنب حرم بيع العنب عليه مطلقاً (2).

فمسأله بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمراً نظير إعطاء السيف أو العصا لمن يريد قتلاً أو ضرباً، حيث إن الغرض من الإعطاء هو ثبوت بيده و التمكّن منه، كما أن الغرض من بيع العنب تملكه له.

فكل من البيع و الإعطاء بالنسبه إلى أصل تملك الشخص و استقراره في يده إعانه.

إلّا أن الإشكال في أن العلم بصرف ما حصل بإعانه البائع و المعطى في الحرام هل يوجب صدق الإعانه على الحرام أم لا؟ فحاصل محلّ الكلام: هو أن الإعانه على شرط الحرام مع العلم بصرفه في الحرام هل هي إعانه على الحرام أم لا؟ فظهر الفرق بين بيع العنب و بين تجاره التاجر و مسير الحاج، و أن الفرق بين إعطاء السوط للظالم و بين بيع العنب لا وجه له، و أن إعطاء السوط إذا كان إعانه كما اعترف به فيما تقدّم من آيات الأحكام-

ص: ١٣٧

١-١) تأنيث الضمير باعتبار الخبر.

٢-٢) في «ف» و هامش «خ» زياده ما يلي: «لكن نعلم بصرف ما قصد بالبيع إلى الحرام و تخصيصه به».

كان بيع العنب كذلك، كما اعترف به (١) في شرح الإرشاد (٢).

فإذا بنينا على أنّ شرط الحرام حرام مع فعله توجّهاً إلى الحرام كما جزم به بعض (٣) دخل ما نحن فيه في الإعانة على المحرّم، فيكون بيع العنب إعانة على تملك العنب المحرّم مع قصد التوصل به إلى التخمير، وإن لم يكن إعانة على نفس التخمير أو على شرب الخمر.

وإن شئت قلت: إنّ شراء العنب للتخمير حرام، كغرس العنب لأجل ذلك، فالبايع إنّما يعين على الشراء المحرّم.

نعم، لو لم يعلم أنّ الشراء لأجل التخمير لم يحرم وإن علم أنّه سيخمر العنب بإرادته جديده منه. وكذا الكلام في بائع الطعام على من يرتكب المعاصي، فإنّه لو علم إرادته من الطعام المبيع التقوى به عند التملك على المعصية، حرم البيع منه. وأمّا العلم بأنّه يحصل من هذا الطعام قوّه على المعصية يتوصل بها إليها فلا يوجب التحريم.

هذا، ولكنّ الحكم بحرمة الإتيان بشرط الحرام توجّهاً إليه قد يمنع، إلّا من حيث صدق التجزّي، وبيع ليس إعانة عليه، وإن كان إعانة على الشراء، إلّا أنّه في نفسه ليس تجزّياً، فإنّ التجزّي يحصل بالفعل المتلبس بالقصد.

و توهم أنّ الفعل مقدّم له فيحرم الإعانة، مدفوع بأنّه لم يوجد قصد إلى التجزّي حتّى يحرم و إلّا لزم التسلسل، فافهم.

ص: ١٣٨

١-١ (١) شطب في «ف» على عبارته: «كما اعترف به»، و كتب بدله: «بعد اختياره».

٢-٢ (٢) مجمع الفائدة ٨:٥٠.

٣-٣ (٣) مثل المولى النراقى في عوائد الأيام: ٢٥.

نعم، لو ورد النهى بالخصوص عن بعض شروط الحرام كالغرس للخمر دخل الإعانة عليه فى الإعانة على الإثم، كما أنه لو استدللنا بفحوى ما دلّ على لعن الغارس (١) على حرمة التملك للتخمير، حرم الإعانة عليه أيضاً بالبيع.

فتحصّل ممّا ذكرناه أنّ قصد الغير لفعل الحرام معتبر قطعاً فى حرمة فعل المُعين، وأنّ محلّ الكلام هى الإعانة على شرط الحرام بقصد تحقّق الشرط دون المشروط-، وأنها هل تعدّ إعانة على المشروط، فتحرم، أم لا؟ فلا تحرم ما لم تثبت حرمة الشرط من غير جهة التجزى، وأنّ مجرد بيع العنب ممّن يعلم أنّه سيجعله خمراً من دون العلم بقصده ذلك من الشراء ليس محرّماً أصلاً، لا من جهة الشرط ولا من جهة المشروط.

و من ذلك يعلم ما فيما تقدّم عن حاشية الإرشاد من أنّه لو كان بيع العنب ممّن يعمله خمراً إعانة، لزم المنع عن معاملته أكثر الناس (٢).

ثمّ إنّ محلّ الكلام فى ما يعدّ شرطاً للمعصية الصادره عن الغير، فما تقدّم من المبسوط: من حرمة ترك بذل الطعام لخائف التلف مستنداً إلى قوله عليه السلام: «مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ... إلخ» (٣) محلّ تأمل، إلّا أن يريد الفحوى.

و لذا استدلّ فى المختلف بعد حكاية ذلك عن الشيخ بوجوب

ص: ١٣٩

١- (١) الوسائل ١٦٥: ١٢، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤ و ٥.

٢- (٢) تقدّم فى الصفحة: ١٣٢.

٣- (٣) تقدّم فى الصفحة: ١٣٣.

حفظ النفس مع قدره و عدم الضرر (١).

ثم إنه يمكن التفصيل في شروط الحرام المعان عليها (٢):

بين ما ينحصر فائدته و منفعته عرفاً في المشروط المحرّم، كحصول العصا في يد الظالم المستعير لها (٣) من غيره لضرب أحد، فإن ملكه للانتفاع بها (٤) في هذا الزمان ينحصر فائدته عرفاً في الضرب، و كذا من استعار كأساً ليشرب الخمر فيه.

و بين ما لم يكن كذلك، كتمليك (٥) الخمر للعب، فإن منفعة التمليك (٦) و فائدته غير منحصره عرفاً في الخمر حتى عند الخمر.

فيعدّ الأول عرفاً إعانه على المشروط المحرّم، بخلاف الثاني.

و لعلّ من جعل بيع السلاح من أعداء الدين حال قيام الحرب من المساعدة على المحرّم، و جوّز بيع العنب ممّن يعمله خمراً كالفاضلين في الشرائع و التذكرة (٧) و غيرها (٨) نظر إلى ذلك.

و كذلك المحقّق الثاني، حيث منع من بيع العصير المتنجّس على

ص: ١٤٠

١-١ (١) المختلف: ٦٨٦.

٢-٢ (٢) في «ش»: عليه.

٣-٣ (٣) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: له.

٤-٤ (٤) في جميع النسخ: به، و الصواب ما أثبتناه.

٥-٥ (٥) في مصحّحه «ن»: كتملك.

٦-٦ (٦) في مصحّحه «ن»: التملك.

٧-٧ (٧) الشرائع ١٠، ٩: ٢، التذكرة ٥٨٢: ١، لكنهما لم يقتيدا بيع السلاح من أعداء الدين بحال قيام الحرب.

٨-٨ (٨) مثل السبزواری في كفايه الأحكام: ٨٥.

مستحلّه؛ مستنداً إلى كونه من الإعانة على الإيثم، و منع من كون بيع العنب ممّن يعلم أنّه يجعله خمراً من الإعانة (١) فإنّ تملك المستحلّ للعصير منحصر فائدته عرفاً عنده في الانتفاع به حال النجاسة، بخلاف تملك العنب.

و كيف كان، فلو ثبت تميّز موارد الإعانة من العرف فهو، وإلا فالظاهر مدخلية قصد المُعين.

نعم، يمكن الاستدلال على حرمة بيع الشيء ممّن يعلم أنّه يصرف المبيع في الحرام، بأنّ دفع المنكر كرفعه واجب، ولا يتمّ إلا بترك البيع، فيجب. وإليه أشار المحقّق الأردبيلي رحمه الله حيث استدللّ على حرمة بيع العنب في المسألة بعد عموم النهي عن الإعانة بأدله النهي عن المنكر (٢).

و يشهد لهذا (٣) ما ورد من أنّه «لو لا أنّ بنى أمّيه وجدوا من يجبي لهم الصدقات و يشهد جماعتهم ما سلبونا (٤) حقنا» (٥).

دلّ على مذمّة الناس في فعل ما لو تركوه، لم يتحقّق المعصية من

ص: ١٤١

١-١) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢٠٤.

٢-٢) مجمع الفائدة ٤٩: ٨-٥١.

٣-٣) كذا في «ف» و مصححه «م»، و في غيرهما: بهذا.

٤-٤) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: ما سلبوا.

٥-٥) الوسائل ١٤٤: ١٢، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل، و فيه: «لو لا أنّ بنى أمّيه وجدوا لهم من يكتب و يجبي لهم الفىء، و يقاتل عنهم، و يشهد جماعتهم، لما سلبونا حقنا... الحديث».

بنى أمية، فدلّ على ثبوت الذمّ لكلّ ما لو ترك، لم يتحقّق المعصية من الغير.

و هذا و إن دلّ بظاهرة على حرمه بيع العنب و لو مّمّن يعلم أنّه سيجعله خمراً مع عدم قصد ذلك حين الشراء إلّا أنّه لم يقدّم دليل على وجوب تعجيز من يعلم أنّه سيهمّ بالمعصية، و إنّما الثابت من النقل و العقل القاضى بوجوب اللطف و وجوب ردع من همّ بها و أشرف عليها بحيث لو لا الردع لفعّلها أو استمرّ عليها.

ثمّ إنّ الاستدلال المذكور إنّما يحسن مع علم البائع بأنّه لو لم يبعه لم يحصل المعصية؛ لأنّه حينئذٍ قادر على الردع، أمّا لو لم يعلم ذلك، أو علم بأنّه يحصل منه المعصية بفعل الغير، فلا يتحقّق الارتداع بترك البيع، كمن يعلم عدم الانتهاء بنهيّه عن المنكر.

و توهم أنّ البيع حرام على كلّ أحد فلا يسوغ لهذا الشخص فعله معتذراً بأنّه لو تركه لفعّله غيره مدفوع بأنّ ذلك فى ما كان محرّماً على كلّ واحد على سبيل الاستقلال، فلا يجوز لواحد منهم الاعتذار بأنّ هذا الفعل واقع لا محاله و لو من غيرى، فلا ينفع تركى له.

أمّا إذا وجب على جماعة شىء واحد كحمل ثقيل مثلاً بحيث يراد منهم الاجتماع عليه (1)، فإذا علم واحد من حال الباقي عدم القيام به و الاتفاق معه فى إيجاد الفعل كان قيامه بنفسه بذلك الفعل لغواً، فلا يجب، و ما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإنّ عدم تحقّق المعصية من مشترى العنب موقوف على تحقّق ترك البيع من كلّ بائع، فترك المجموع

ص: ١٤٢

(١ - ١) فى «ف» زياده: لعدم حصوله إلّا باجتماعهم.

لبيع سبب واحد لترك المعصية، كما أنّ بيع واحد منهم على البدل شرط لتحقيقها، فإذا علم واحد منهم عدم اجتماع الباقي معه في تحصيل السبب و المفروض أنّ قيامه منفرداً لغو سقط وجوبه.

و أمّا ما تقدّم من الخبر في أتباع بني أمية، فالذمّ فيه إنّما هو على إعانتهم بالأموال المذكورة في الرواية، وسيأتي تحريم كون الرجل من أعوان الظلمه، حتّى في المباحات التي لا دخل لها برئاستهم، فضلاً عن مثل جبايه الصدقات و حضور الجماعات و شبههما ممّا هو من أعظم المحرّمات.

و قد تلخّص ممّا ذكرنا أنّ فعل ما هو من قبيل الشرط لتحقيق المعصية من الغير من دون قصد توصلّ الغير به إلى المعصية غير محرّم؛ لعدم كونها (١) في العرف إعانه مطلقاً، أو على التفصيل الذي احتملناه أخيراً (٢).

و أمّا ترك هذا الفعل، فإن كان سبباً يعنى علّه تامّه لعدم المعصية من الغير كما إذا انحصر العنب عنده و جب؛ لوجوب الردع عن المعصية عقلاً و نقلاً و أمّا لو لم يكن سبباً، بل كان السبب تركه منضمّاً إلى ترك غيره، فإن علم أو ظنّ أو احتمل قيام الغير بالترك و جب قيامه به أيضاً، و إن علم أو ظنّ عدم قيام الغير سقط عنه و جب الترك؛ لأنّ تركه بنفسه ليس برادع حتّى يجب.

ص: ١٤٣

١-١) كذا في جميع النسخ، و لعلّ تأنيث الضمير باعتبار الخبر.

٢-٢) و هو الذي أفاده بقوله: ثمّ إنّهُ يمكن التفصيل في شروط الحرام المعان عليها بين ما ينحصر فائدته عرفاً... إلخ.

نعم، هو جزء للرادع المركب من مجموع تروك أرباب العنب (١)، لكن يسقط وجوب الجزء إذا علم بعدم تحقق الكل في الخارج.

فعلم ممّا ذكرناه في هذا المقام أنّ فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير يقع على وجوه:

أحدها- أن يقع من الفاعل قصداً منه لتوصّل الغير به إلى الحرام، وهذا لا إشكال في حرمة؛ لكونه إعانه.

الثاني- أن يقع منه من دون قصد لحصول الحرام، ولا لحصول ما هو مقدّم له مثل تجاره التاجر بالنسبة إلى معصيه العاشر؛ فإنّه لم يقصد بها تسلّط العاشر عليه الذي هو شرط لأخذ العشر-، وهذا لا إشكال في عدم حرمة.

الثالث- أن يقع منه بقصد حصول ما هو من مقدّمات حصول الحرام من (٢)الغير، لا لحصول نفس الحرام منه.

وهذا قد يكون من دون قصد الغير التوصل (٣)بذلك الشرط إلى الحرام، كبيع العنب من الخمّار المقصود منه تملكه للعنب الذي هو شرط لتخميره لا نفس التخمير مع عدم قصد الغير أيضاً التخمير حال الشراء، وهذا أيضاً لا إشكال في عدم حرمة.

وقد يكون مع قصد الغير التوصل به إلى الحرام أعنى التخمير حال شراء العنب، وهذا أيضاً على وجهين:

ص: ١٤٤

١- ١) في «ف» زياده: نعم هو جزء للتسبيب.

٢- ٢) كذا في «ف»، وفي سائر النسخ: عن.

٣- ٣) في بعض النسخ: المتوصّل.

أحدهما أن يكون ترك هذا الفعل من الفاعل عله تامه لعدم تحقق الحرام من الغير، والأقوى هنا وجوب الترك و حرمة الفعل.
و الثاني أن لا- يكون كذلك، بل يعلم عاده أو يظنّ بحصول الحرام من الغير من غير تأثير لترك ذلك الفعل، و الظاهر عدم وجوب الترك حينئذٍ؛ بناءً على ما ذكرنا من اعتبار قصد الحرام في صدق الإعانة عليه مطلقاً، أو على ما احتملناه من التفصيل (1).
ثم كلّ مورد حكم فيه بحرمة البيع من هذه الموارد الخمسه، فالظاهر عدم فساد البيع؛ لتعلق النهى بما هو خارج عن المعامله، أعنى الإعانة على الإثم، أو المسامحه في الردع عنه.

و يحتمل الفساد؛ لإشعار قوله عليه السلام في روايه التحف المتقدمه بعد قوله: «و كلّ بيع (2) ملهوّ به، و كلّ منهى عنه ممّا يتقرّب به لغير الله أو يقوى به الكفر و الشرك في جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحقّ»: «فهو حرام محرّم بيعه و شراؤه و إمساكه... إلخ» بناءً على أنّ التحريم مسوق لبيان الفساد في تلك الروايه، كما لا يخفى.

لكن في الدلاله تأمل، و لو تمّت لثبت الفساد مع قصد المشتري خاصّه للحرام؛ لأنّ الفساد لا يتبعّض.

ص: ١٤٥

١-١) تقدّم في الصفحه: ١٤٠.

٢-٢) كذا في النسخ و المصدر، إلّا أنّه صُحّح في «ن» و «ش» ب «مبيع».

إشاره

بمعنى أنّ من شأنه أن يقصد منه الحرام و تحرير هذا مقصور على النصّ، إذ لا- يدخل ذلك تحت «الإعانه»، خصوصاً مع عدم العلم بصرف الغير له فى الحرام، كبيع السلاح من أعداء الدين مع عدم قصد تقويهم، بل و عدم العلم باستعمالهم لهذا المبيع (١) الخاصّ فى حرب المسلمين، إلّا أنّ المعروف بين الأصحاب حرمة، بل لا خلاف فيها (٢).

و الأخبار بها مستفيضه:

منها: روايه الحضرمي،

قال: «دخلنا على أبى عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج: ما ترى فى من يحمل إلى الشام من السروج و أدواتها؟ قال: لا بأس، أنتم اليوم بمنزله أصحاب رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم، أنتم فى هدنه، فإذا كانت المباينه حرم عليكم أن تحملوا إليهم السلاح

ص: ١٤٧

١- ١) فى «ف»، «م»، «ش»: البيع.

٢- ٢) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: فيه.

و منها: روايه هند السراج،

قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام:

أصلحك الله! إنى كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم، فلما عرّفنى الله هذا الأمر ضقت بذلك و قلت: لا أحمل إلى أعداء الله، فقال: أحمل إليهم و معهم، فإنّ الله يدفع بهم عدوّنا و عدوّكم يعنى الروم فإذا كان الحرب بيننا (٢) فمن حمل إلى عدوّنا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك» (٣).

و صريح الرويتين اختصاص الحكم بصوره قيام الحرب بينهم و بين المسلمين بمعنى وجود المباينه فى مقابل الهدنه، و بهما يقيد المطلقات جوازاً و (٤) منعاً، مع إمكان دعوى ظهور بعضها فى ذلك، مثل مكاتبه الصيقل (٥): «أشترى السيوف و أبيعها من السلطان أ جائر لى بيعها؟ فكتب:

لا بأس به» (٤).

[منها روايه على بن جعفر]

و روايه على بن جعفر، عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن حمل

ص: ١٤٨

-
- ١- (١) الوسائل ١٢: ٦٩، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول، مع تفاوتٍ يسير.
 - ٢- (٢) فى الكافى و الوسائل زياده: «فلا- تحملوا»، لكنّها لم ترد فى التهذيب. انظر الكافى ٥: ١١٢، الحديث ٢، و التهذيب ٦: ٣٥٤، الحديث ١٠٠٥.
 - ٣- (٣) الوسائل ١٢: ٦٩، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.
 - ٤- (٤) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: أو منعاً.
 - ٥- (٥) هذه الروايه مثال لإطلاق الجواز، و روايه على بن جعفر و وصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم مثالان لإطلاق المنع.
 - ٦- (٦) الوسائل ١٢: ٧٠، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

المسلمين إلى المشركين التجاره، قال: إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس» (١).

[منها ما فى وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام]

و مثله ما فى وصيه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام: «يا علي، كفر بالله العظيم من هذه الأُمَّه عشره (٢) أصناف و عدّ منها بائع السلاح من أهل الحرب» (٣).

فما عن حواشى الشهيد من أنّ المنقول (٤): «أنّ بيع السلاح حرام مطلقاً فى حال الحرب و الصلح و الهدنه، لأنّ فيه تقويه الكافر على المسلم، فلا يجوز على كلّ حال» (٥) شبه الاجتهاد فى مقابل النصّ، مع ضعف دليله، كما لا يخفى.

ثمّ إنّ ظاهر الروايات شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونه و المساعدة أصلاً، بل صريح مورد السؤال فى روايتى الحكم و هند (٦) هو صورته عدم قصد ذلك، فالقول باختصاص حرمة البيع (٧) بصوره قصد المساعدة كما يظهر من بعض العبائر (٨) ضعيف جداً.

و كذلك ظاهرها الشمول لما إذا لم يعلم باستعمال أهل الحرب

ص: ١٤٩

- ١- (١) الوسائل ١٢:٧٠، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.
- ٢- (٢) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: عشر.
- ٣- (٣) الوسائل ١٢:٧١، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.
- ٤- (٤) عبارته «أنّ المنقول» لم ترد فى «ش»، و مشطوب عليها فى «ن».
- ٥- (٥) حكاها السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٣٥ عن حواشى الشهيد على القواعد.
- ٦- (٦) فى النسخ: الهند. هذا و قد تقدّمتا فى أوّل المسأله.
- ٧- (٧) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: باختصاص البيع.
- ٨- (٨) مثل عبارته المحقّق فى المختصر النافع: ١١٦، و الشهيد فى الدروس ٣:١٦٦.

للمبيع في الحرب، بل يكفي مظهره ذلك بحسب غلبه ذلك مع قيام الحرب، بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع.

وحيثُ فالحكم مخالف للأصول، صير إليه للأخبار المذكوره، و عموم روايه تحف العقول المتقدمه فيقتصر فيه على مورد الدليل، و هو السلاح، دون ما لا يصدق عليه ذلك كالمجنّ و الدرّع و المغفّر و سائر ما يَكُنّ وفاقاً للنهايه (1) و ظاهر السرائر (2) و أكثر كتب العلماءه (3) و الشهيدين (4) و المحقق الثاني (5)؛ للأصل، و ما استدللّ به في التذكره (6) من روايه محمد بن قيس، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفئتين من أهل الباطل تلتقيان، أبيعهما السلاح؟ قال: بعهما ما يَكُنّهما: الدرّع و الخفّين و نحوهما» (7).

و لكن يمكن أن يقال: إنّ ظاهر روايه تحف العقول إناطه الحكم على تقوى الكفر و وهن الحقّ، و ظاهر قوله عليه السلام في روايه هند: «مَن

ص: ١٥٠

١-١) النهايه: ٣٦٦.

٢-٢) السرائر ٢: ٢١٦-٢١٧.

٣-٣) التحرير ١: ١٦٠ و القواعد ١: ١٢٠ و نهايه الإحكام ٢: ٤٦٧ و ظاهر المنتهى ٢: ١٠١١.

٤-٤) الدروس ٣: ١٦٦، المسالك ٣: ١٢٣ و الروضه البهيّه ٣: ٢١١.

٥-٥) جامع المقاصد ٤: ١٧.

٦-٦) التذكره ١: ٥٨٧.

٧-٧) الوسائل ١٢: ٧٠، الباب ٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، و فيه: الدرّع و الخفّين و نحو هذا.

حمل إلى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا» (١) أن الحكم منوط بالاستعانه، و الكل موجود فيما يكن أيضاً، كما لا يخفى.

مضافاً إلى فحوى روايه الحكم المانع عن بيع السروج (٢)، و حملها على السيوف السريجه لا يناسبه صدر الروايه، مع كون الراوى سراجاً.

و أمّا روايه محمد بن قيس، فلا دلالة لها على المطلوب؛ لأنّ مدلولها بمقتضى أنّ التفصيل قاطع للشركه-: الجواز فى ما يكنّ، و التحريم فى غيره، مع كون الفئتين من أهل الباطل، فلا بدّ من حملها على فريقين محقونى الدماء، إذ لو كان كلاهما أو أحدهما مهدور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السلاح على صاحبه.

فالمقصود من بيع «ما يكنّ» منهما: تحفظ كل منهما عن صاحبه و ترسه بما يكنّ، و هذا غير مقصود فى ما نحن فيه، بل تحفظ أعداء الدين عن بأس المسلمين خلاف مقصود الشارع، فالتعدى عن مورد الروايه إلى ما نحن فيه يشبه القياس مع الفارق.

و لعلّه لما ذكر قيد الشهيد فيما حكى عن حواشيه على القواعد (٣) إطلاق العلامه جواز بيع ما يكنّ (٤) بصوره الهدنه و عدم قيام الحرب.

ثمّ إنّ مقتضى الاقتصار على مورد النصّ: عدم التعدى إلى

ص: ١٥١

١-١) تقدّم ذكرها فى الصفحه: ١٤٨.

٢-٢) تقدّم ذكرها فى الصفحه: ١٤٧.

٣-٣) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٣٦.

٤-٤) القواعد ١:٢٠.

غير أعداء الدين كقَطّاع الطريق، إلّما أنّ المستفاد من روايه تحف العقول: إناطه الحكم بتقوى الباطل و وهن الحقّ، فلعلّه يشمل ذلك، و فيه تأمل.

ثم إنّ النهى (1) في هذه الأخبار لا يدلّ على الفساد، فلا مستند له سوى ظاهر خبر تحف العقول الوارد في بيان المكاسب الصحيحه و الفاسده. و الله العالم.

ص: ١٥٢

١ - ١) من «ش».

النوع الثالث ممّا يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محلّله معتدّاً بها عند العقلاء

ص: ١٥٣

النوع الثالث ممّا يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محلّله معتدّاً بها عند العقلاء و التحريم فى هذا القسم ليس إلّا من حيث فساد المعامله، و عدم تملك الثمن، و ليس كالاكتساب بالخمير و الخنزير.

و الدليل على الفساد فى هذا القسم على ما صرح به فى الإيضاح (١) كون أكل المال بإزائه أكلاً بالباطل.

و فيه تأمّل؛ لأنّ منافع كثير من الأشياء التى ذكروها فى المقام تقابل عرفاً بمالٍ و لو قليلاً بحيث لا يكون بذل مقدار قليل من المال بإزائه (٢) سفهاً.

فالعمده ما يستفاد من الفتاوى و النصوص (٣) من عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادره و كونها فى نظره كالمعدومه.

قال فى المبسوط: إنّ الحيوان الطاهر على ضربين: ضرب ينتفع به، و الآخر لا ينتفع به إلى أن قال:- وإن كان ممّا لا ينتفع به

ص: ١٥٥

١-١) إيضاح الفوائد ١:٤٠١.

٢-٢) كذا فى النسخ، و المناسب: بإزائها.

٣-٣) فى «ف»: ما يستفاد من الشرع من الفتاوى و النصوص:- من عدم....

فلا يجوز بيعه بلا خلاف، مثل الأسد و الذئب، و سائر الحشرات، مثل:

الحيات، و العقارب، و الفأر، و الخنافس، و الجعلان، و الحدأة، و الرخمة، و النسر، و بُغاث الطير، و كذلك الغزبان (١)، انتهى.

و ظاهر الغنيه الإجماع على ذلك أيضاً (٢).

و يشعر به عبارته التذكرة، حيث استدلل على ذلك بخسّه تلك الأشياء، و عدم نظر الشارع إلى مثلها في التقويم، و لا يثبت يد لأحدٍ عليها، قال: و لا اعتبار بما ورد في الخواص من منافعها؛ لأنها لا تُعدّ مع ذلك مالا، و كذا عند الشافعي (٣)، انتهى.

و ظاهره اتفاقنا عليه.

و ما ذكره من عدم جواز بيع ما لا يُعدّ مالا ممّا لا إشكال فيه، و إنّما الكلام فيما عدّوه من هذا.

قال في محكّي إيضاح النافع و نعم ما قال:- جرت عادة الأصحاب بعنوان هذا الباب و ذكر أشياء معيّنه على سبيل المثال، فإن كان ذلك لأدّن عدم النفع مفروض فيها، فلا نزاع، و إن كان لأنّ ما مثل به لا يصحّ بيعه لأنه محكومٌ بعدم الانتفاع فالمنع متوجّه في أشياء كثيرة (٤)، انتهى.

ص: ١٥٦

١-١) المبسوط ١٦٦:٢.

٢-٢) الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٢٤.

٣-٣) التذكرة ٤٦٥:١.

٤-٤) إيضاح النافع للفاضل القطيفي (لا يوجد لدينا)، لكن حكاها عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤٠:٤.

و بالجمله، فكون الحيوان من المسوخ أو السباع أو الحشرات لا دليل على كونه كالنجاسه مانعاً.

فالمتمتعين فيما اشتمل منها على منفعه مقصوده للعقلاء جواز البيع.

فكلّ ما جاز الوصيه به لكونه مقصوداً بالانتفاع للعقلاء فينبغي جواز بيعه إلّا ما دلّ الدليل على المنع فيه تعبداً.

و قد صرّح في التذكرة بجواز الوصيه بمثل الفيل و الأسد و غيرهما من المسوخ و المؤذيات، و إن منعنا عن بيعها (١).

و ظاهر هذا الكلام أنّ المنع من بيعها على القول به، للتعبّد، لا لعدم الماليه.

ثم إنّ ما تقدم منه قدس سرّه: «من أنّه لا- اعتبار بما ورد في الخواص من منافعها، لأنّها لا تعدّ مالاً مع ذلك» (٢) يشكّل بأنّه إذا اطّلع العرف على خاصيه في إحدى الحشرات معلومه بالتجربه أو غيرها فأى فرق بينها (٣) و بين نبات من الأدويه علم فيه تلك الخاصيه؟ و حينئذ فعدم جواز بيعه (٤) و أخذ المال في مقابله (٥) بملاحظه تلك الخاصيه يحتاج إلى دليل؛ لأنّه حينئذ ليس أكلاً للمال بالباطل.

و يؤيد ذلك ما تقدّم في روايه التحف من أنّ «كلّ شيء يكون لهم

ص: ١٥٧

١- ١) التذكرة ٢: ٤٧٩.

٢- ٢) تقدّم آنفاً عن العلّامة في التذكرة.

٣- ٣) كذا في «ش» و مصححه «م»، و في سائر النسخ: بينه.

٤- ٤) كذا في النسخ، و لعل الصحيح: بيعها.

٥- ٥) كذا في النسخ، و لعل الصحيح: مقابلها.

فيه الصلاح من جهه من الجهات فذلك حلال بيعه... إلخ».

و قد أجاد في الدروس، حيث قال: ما لا نفع فيه مقصوداً للعقلاء، كالحشار و فضلات الإنسان (١).

و عن التنقيح: ما لا نفع فيه بوجه من الوجوه، كالخنافس و الديدان (٢).

و ممّا ذكرنا يظهر النظر في ما ذكره في التذكرة من الإشكال في جواز بيع العلق الذي ينتفع به لامتصاص الدم، و ديدان القزّ التي يصاد بها السمك. ثم استقرب المنع، قال: لندور الانتفاع، فيشبهه (٣) ما لا منفعة فيه؛ إذ كلّ شيء نفع ما (٤)، انتهى.

أقول: و لا مانع من التزام جواز بيع كلّ ما له نفع ما، و لو فرض الشك في صدق المال على مثل هذه الأشياء المستلزم للشك في صدق البيع أمكن الحكم بصحة المعاوضة عليها؛ لعمومات التجاره و الصلح و العقود و الهبه المعوّضه و غيرها، و عدم المانع؛ لأنّه ليس إلّا «أكل المال بالباطل» و المفروض عدم تحققه هنا.

فالعمده في المسأله: الإجماع على عدم الاعتناء بالمنافع النادره، و هو الظاهر من التأمل في الأخبار أيضاً، مثل ما دلّ على تحريم بيع

ص: ١٥٨

١-١) الدروس ١٦٧: ٣.

٢-٢) التنقيح ١٠: ٢.

٣-٣) كذا في «ع» و «ص» و «ش» و مصححه «م»، و في «ف»، «ن»: فيشمله، و في «خ» و «م»: فيشمل، و في المصدر: فأشبهه.

٤-٤) التذكرة ٤٦٥: ١.

ما يحرم منفعتة الغالبه مع اشتماله على منفعة نادره محلله مثل قوله عليه السلام:

«لعن الله اليهود حُرِّمَتْ عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها» (١)؛ بناءً على أنّ للشحوم منفعة نادره محلله على اليهود؛ لأنّ ظاهر تحريمها عليهم تحريم أكلها، أو سائر منافعها المتعارفه.

فلولا- أنّ النادر في نظر الشارع كالمعدوم لم يكن وجه للمنع عن البيع، كما لم يمنع الشارع عن بيع ما له منفعة محلله مساويه للمحرمة في التعارف و الاعتداد[إلا أن يقال: المنع فيها تعبد؛ للنجاسه، لا من حيث عدم المنفعه المتعارفه؛ فتأمل (٢)].

و أوضح من ذلك قوله عليه السلام في روايه تحف العقول في ضابط ما يكتسب به: «و كلّ شيءٍ يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات فذلك كلّه حلال بيعه و شراؤه... إلخ» (٣) إذ لا- يراد منه مجرد المنفعه و إلّا لعمّ (٤) الأشياء كلّها، و قوله في آخره (٥): «إنّما حرّم الله الصناعه التي يجيء منها الفساد محضاً» نظير كذا و كذا إلى آخر ما ذكره فإنّ كثيراً من الأمثله المذكوره هناك لها منافع محلله؛ فإنّ الأشربه المحرّمه كثيراً ما ينتفع بها في معالجه الدوابّ، بل المرضي، فجعلها ممّا يجيء منه الفساد

ص: ١٥٩

١- ١) مستدرک الوسائل ٧٣: ١٣، الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨، عن عوالى اللآلى و دعائم الإسلام.

٢- ٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في «ش».

٣- ٣) تحف العقول: ٣٣٣.

٤- ٤) كذا في «ف»، و «ش»، و في سائر النسخ: يعمّ.

٥- ٥) في مصححه «ف»: آخرها.

محضاً باعتبار عدم الاعتناء بهذه المصالح، لندرتها.

إلّا أنّ الإشكال في تعيين المنفعة النادرة و تمييزها عن غيرها، فالواجب الرجوع في مقام الشك إلى أدلّة التجاره (١) و نحوها (٢) ممّا ذكرنا.

و منه يظهر أنّ الأقوى جواز بيع السباع بناءً على وقوع التذكيه عليها للانتفاع اليّن بجلودها، و قد نصّ في الروايه على بعضها (٣).
و كذا شحومها و عظامها.

و أمّا لحومها: فالمصرّح به في التذكره عدم الجواز معللاً بندور المنفعه المحلله المقصوده منه، كإطعام الكلاب المحترمه و جوارح الطير (٤).

و يظهر أيضاً جواز بيع الهزّه، و هو المنصوص في غير واحد من الروايات (٥) و نسبه في موضع من التذكره إلى علمائنا (٦)، بخلاف القرد؛ لأنّ المصلحه المقصوده منه و هو حفظ المتاع نادر.

ص: ١٦٠

١-١) مثل قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» النساء: ٢٨.

٢-٢) مثل عمومات الصلح و العقود و الهبه المعوضه.

٣-٣) أى على بعض هذه المنافع، راجع الوسائل ٣: ٢٥٦، الباب ٥ من أبواب لباس المصلّى.

٤-٤) لم نقف فيها إلّا على العبارة التاليه: «لحم المذكى ممّا لا يؤكل لحمه لا يصحّ بيعه؛ لعدم الانتفاع به في غير الأكل المحرم، و لو فرض له نفعٌ ما فكذلك؛ لعدم اعتباره في نظر الشرع» انظر التذكره ١: ٤٦٤.

٥-٥) الوسائل ١٢: ٨٣، الباب ١٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، و المستدرک ١٣: ٩٠، الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، عن دعائم الإسلام.

٦-٦) التذكره ١: ٤٦٤.

ثم اعلم أنّ عدم المنفعة المعتدّ بها يستند تاره إلى خِسّه الشيء كما ذكر من الأمثله فى عباره المبسوط (١) و أخرى إلى قلته، كجزءٍ يسير من المال لا يبذل فى مقابله مال، كحبّه حنطه.

و الفرق: أنّ الأوّل لا يملك، و لا يدخل تحت اليد كما عرفت من التذكرة (٢) بخلاف الثانى فإنّه يملك.

و لو غصبه غاصب كان عليه مثله إن كان مثلياً، خلافاً للتذكرة فلم يوجب شيئاً (٣) كغير المثلى.

و ضعّفه بعضٌ بأنّ اللانزم حينئذٍ عدم الغرامه فيما لو غصب صبره تدريجاً (٤)، و يمكن أن يلتزم فيه بما يلتزم فى غير المثلى، فافهم.

ثم إنّ منع حق الاختصاص فى القسم الأوّل مشكل، مع عموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحقُّ به» (٥) مع عدُّ أخذه قهراً ظلماً عرفاً.

ص: ١٦١

١-١) تقدّمت فى الصفحه: ١٥٥-١٥٦.

٢-٢) فى الصفحه: ١٥٦.

٣-٣) التذكرة ٤٦٥:١.

٤-٤) قاله المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٩٠:٤.

٥-٥) عوالى اللآلى ٤٨١:٣.

النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملاً محرماً في نفسه

اشاره

ص: ١٦٣

و هذا النوع و إن كان أفراده هى جميع الأعمال المحرّمه القابله لمقابله المال بها فى الإجاره و الجعاله و غيرهما، إلا أنه جرت عاده الأصحاب بذكر كثيرٍ ممّا من شأنه الاكتساب به من المحرّمات، بل و لغير (1) ذلك مما لم يتعارف الاكتساب به، كالغيبه و الكذب و نحوهما.

و كيف كان، فنقتفى آثارهم بذكر أكثرها فى مسائل مرتبه بترتيب حروف أوائل عنواناتها، إن شاء الله تعالى، فنقول:

ص: ١٦٤

(١ - ١) فى «ش»: و غير ذلك.

المسأله الأولى تدليس الماشطه المرأه التي يراد تزويجها أو الأمه التي يراد بيعها

حرام بلا خلافٍ، كما عن الرياض (١)، و عن مجمع الفائده:الإجماع عليه (٢)، و كذا (٣)فعل المرأه ذلك بنفسها.

[و يحصل بوشم الخدود كما فى المقنعه و السرائر و النهايه،و عن جماعه (٤)].

قال فى المقنعه:و كسب المواشط حلال إذا لم يغششهن و لم يدلّسن فى عملهن،فيصلن شعور النساء بشعور غيرهن من الناس و يشمن الخدود و يستعملن ما لا يجوز فى شريعته الإسلام،فإن وصلن شعرهن بشعر غير الناس لم يكن بذلك بأس،انتهى.و نحوه بعينه عباره

ص: ١٦٥

١-١) الرياض ٥٠٤:١.

٢-٢) مجمع الفائده ٨:٨٤.

٣-٣) كلمه «كذا»ساقطه من «ش».

٤-٤) ما بين المعقوفتين من «ش»،و فى «ف»هكذا:«كما فى المقنعه و النهايه و السرائر و جماعه»،و لم ترد عبارته فى سائر النسخ.

و قال فى السرائر فى عداد المحرمات-:و عمل المواشط (٢) بالتدليس، بأن يَشْمَنَ الخدود و يحْمَرْنَهَا،و ينقشَن بالأيدى و الأرجل، و يصلن شعر النساء بشعر غيرهن، و ما جرى مجرى ذلك (٣)، انتهى.

و حكى نحوه عن الدروس (٤) و حاشيه الإرشاد (٥).

و فى عدّ وشم الخدود من جمله التدليس تأمل؛ لأنّ الوشم فى نفسه زينه.

و كذا التأمل فى التفصيل بين وصل الشعر بشعر الإنسان، و وصله بشعر غيره؛ فإنّ ذلك لا مدخل له فى التدليس و عدمه.

إلا أن يوجه الأول بأنّه قد يكون الغرض من الوشم أن يحدث فى البدن نقطه خضراء حتى يتراءى بياض سائر البدن و صفاؤه أكثر مما كان يرى لو لا هذه النقطه.

و يوجه الثانى بأنّ شعر غير المرأة لا يلتبس على الشعر الأصلي للمرأة، فلا يحصل التدليس به، بخلاف شعر المرأة.

و كيف كان، يظهر من بعض الأخبار المنع عن الوشم و وصل الشعر

ص: ١٦٦

١-١) العبارة المنقوله موافقه لعباره النهايه باختلاف يسير، و ما فى المقنعه أكثر اختلافاً، انظر النهايه: ٣٦٦ و المقنعه: ٥٨٨.

٢-٢) فى «ف»، «ن»، «ع» و مصححه «م»: المواشطه.

٣-٣) السرائر ٢: ٢١٦، و فيه: «و ينقشَن الأيدى»، و كذا صُحِّح فى «ف».

٤-٤) الدروس ٣: ١٦٣.

٥-٥) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٠٦.

بشعر الغير، و ظاهرها المنع و لو فى غير مقام التدليس.

ففى مرسله ابن أبى عمير، عن رجل، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «دخلت ماشطه على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لها: هل تركت عملك أو أقمت عليه؟ قالت: يا رسول الله أنا أعلمه إلا أن تنهاني عنه فأنتهى عنه، قال: افعلى، فإذا مشطت فلا تجلى الوجه بالخرقه، فإنها تذهب بماء الوجه، ولا تصلى شعر (١) المرأة بشعر امرأه غيرها، و أما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل بشعر المرأة».

و فى مرسله الفقيه: «لا بأس بكسب الماشطه إذا لم تشارط و قبلت ما تُعطى، و لا تصل شعر المرأة بشعر [امرأه (٢)] غيرها. و أما شعر المعز فلا بأس بأن يوصل (٣) بشعر المرأة» (٤).

و عن معانى الأخبار بسنده عن على بن غراب، عن جعفر بن محمد صلوات الله عليهما، قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم النامصه و المتمصه، و الواشره و الموتشره، و الواصله و المستوصله، و الواشمه و المستوشمه».

قال الصدوق: «قال على بن غراب: النامصه التى تنتف الشعر،

ص: ١٦٧

١ - ١) فى المصادر الحديثيه: «و لا تصلى الشعر بالشعر» و بهذه الجملة تتم المرسله، انظر الوسائل ١٢: ٩٤، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢. و الظاهر حصول الخلط بين ذيل هذه المرسله و ذيل المرسله الآتية عن الفقيه.

٢ - ٢) الزيادة من المصدر.

٣ - ٣) فى الوسائل: توصله.

٤ - ٤) الفقيه ٣: ١٦٢، الحديث ٣٥٩١، و الوسائل ١٢: ٩٥، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

والمتمصه:التي يفعل ذلك بها،و الواشِـره:التي تشـر أسنان المرأه، و الموشـره:التي يفعل ذلك بها،و الواصـله:التي تصـل شعر المرأه بشعر امرأه غيرها،و المستوصـله:التي يفعل ذلك بها،و الواشمه:التي تشـم في يد المرأه أو في شىء من بدنـها،و هو أن تغرز بدنـها أو ظهر كفـها بإبره حتى تؤثـر فيه،ثم تحشوها بالكحل أو شىء من النوره فتخضـر، و المستوشـمه:التي يفعل بها ذلك» (١).

و ظاهر بعض الأخبار كراهه الوصل و لو بشعر غير المرأه،مثل ما عن عبد الله بن الحسن،قال:«سألته عن القرامـل،قال:و ما القرامـل؟ قلت:صوف تجعله النساء فى رؤوسهن،قال:إن كان صوفاً فلا بأس، و إن كان شعراً فلا خير فيه من الواصـله و المستوصـله» (٢).

و ظاهر بعض الأخبار الجواز مطلقاً،ففى روايه سعد الإسكاف، قال:«سئل أبو جعفر عن القرامـل التى تضعها النساء فى رؤوسهن يصلن شعورهن،قال:لا بأس على المرأه بما تزینت به لزوجها.قلت له:بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لعن الواصـله و المستوصـله،فقال:

ليس هناك،إنما لعن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الواصـله التى تزنى فى شبابها فإذا كبرت قادت النساء إلى الرجال،فتلك الواصـله» (٣).

ص: ١٦٨

١- ١) معانى الأخبار: ٢٥٠، مع اختلاف، الوسائل ١٢:٩٥، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

٢- ٢) الوسائل ١٢:٩٤، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥، و فيه بدل «المستوصله» فى آخر الحديث-: «الموصله».

٣- ٣) الوسائل ١٢:٩٤، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، و فيه أيضاً بدل «المستوصله» فى أول الحديث-: «الموصله».

و يمكن الجمع بين الأخبار بالحكم بكراهه وصل مطلق الشعر كما في روايه عبد الله بن الحسن-، و شدة الكراهه فى الوصل بشعر المرأة.

و عن الخلاف و المنتهى:الإجماع على أنه يكره وصل شعرها بشعر غيرها رجلاً كان أو امرأة (١).

و أمّا ما عدا الوصل مما ذكر فى روايه معانى الأخبار فيمكن حملها (٢) أيضاً على الكراهه، لثبوت الرخصه من روايه سعد فى مطلق الزينه، خصوصاً مع صرف الإمام للنبيّ الوارده فى الواصله عن ظاهره، المتّحد سياقاً مع سائر ما ذكر فى النبيّ.

و لعلّه أولى من تخصيص عموم الرخصه بهذه الأمور.

مع أنه لو لا- الصرف لكان الواجب إمّا تخصيص الشعر بشعر المرأة، أو تقييده بما إذا كان هو أو أحد (٣) أخواته فى مقام التدليس، فلا- دليل على تحريمها فى غير مقام التدليس كفعل المرأة المزوّجه ذلك لزوجها خصوصاً بملاحظه ما فى روايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام:«عن المرأة تحفّ الشعر عن وجهها، قال: لا بأس» (٤).

ص: ١٦٩

١-١) الخلاف ١:٤٩٢، كتاب الصلاة، المسأله ٢٣٤، المنتهى ١:١٨٤.

٢-٢) كذا فى النسخ، و المناسب: حمله.

٣-٣) كذا فى النسخ، و المناسب: إحدى.

٤-٤) الوسائل ١٢:٩٥، الباب ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨، و فيه: من وجهها.

و هذه أيضاً قرينه على صرف إطلاق لعن النامصه (١) في النبوى عن ظاهره، بإرادته التدليس، أو الحمل على الكراهه.

نعم، قد يشكل الأمر فى وشم الأطفال، من حيث إنّه إيذاء لهم بغير مصلحه؛ بناءً على أن لا مصلحه فيه لغير المرأه المزوجه إلّا التدليس بإظهار شدة بياض البدن و صفائه، بملاحظه النقطه الخضراء الكدره فى البدن.

لكن الإنصاف، أنّ كون ذلك تدليساً مشكل، بل ممنوع، بل هو تزيين للمرأه من حيث خلط البياض بالخضره، فهو تزيين، لا موهم لما ليس فى البدن واقعاً من البياض و الصفاء.

نعم، مثل نقش الأيدى و الأرجل بالسواد يمكن أن يكون الغالب فيه إرادته إيهاًم بياض البدن و صفائه.

و مثله الخط الأسود فوق الحاجبين، أو وصل الحاجبين بالسواد لتوهم طولهما و تقوسهما.

ثم إنّ التدليس بما ذكرنا إنما يحصل بمجرد رغبه الخاطب أو المشتري، و إن علما أنّ هذا البياض و الصفاء ليس واقعياً، بل حدث بواسطه هذه الأمور، فلا يقال: إنّها ليست بتدليس؛ لعدم خفاء أثرها على الناظر.

و حيثئذ فينبغى أن يعدّ من التدليس لبس المرأه أو الأمه الثياب الحمر أو الخضمر الموجه لظهور بياض البدن و صفائه، و الله العالم.

ص: ١٧٠

١-١) شطب فى «ف» على عبارته «لعن النامصه» و كتب فى هامشه: اللعن.

ثم إنَّ المرسله المتقدِّمه عن الفقيه (١) دلَّت على كراهه كسب الماشطه مع شرط الأجره المعينه، و حكى الفتوى به (٢) عن المقنع وغيره (٣).

و المراد بقوله عليه السلام: «إذا قبلت ما تعطى» (٤) البناء على ذلك حين العمل، و إنما فلا- يلحق العمل بعد وقوعه ما يوجب كراهته.

ثم إنَّ أولويّه قبول ما يعطى و عدم مطالبه الزائد:

إمّا لأنَّ الغالب عدم نقص ما تُعطى عن أجره مثل العمل، إمّا أنّ مثل الماشطه و الحجام و الختّان و نحوهم كثيراً ما يتوقَّعون أزيد ممّا يستحقُّون خصوصاً من أولى المرءه و الثروه و ربما يبادرون إلى هتك العرض إذا منعوا، و لا يُعطون ما يتوقَّعون من الزيادة أو بعضه إمّا استحياءً و صياناً للعرض. و هذا لا يخلو عن شبهه، فأمرؤا فى الشريعة بالقناعه بما يعطون و ترك مطالبه الزائد، فلا ينافى ذلك جواز مطالبه الزائد و الامتناع عن قبول ما يُعطى إذا اتفق كونه دون أجره المثل.

و إمّا لأنَّ المشارطه فى مثل هذه الأمور لا يليق بشأن كثير من

ص: ١٧١

١-١) تقدّمت فى الصفحه: ١٦٧.

٢-٢) ظاهر العبارة: رجوع الضمير إلى «الكراهه» بعد الإغماض عن الإشكال فى تذكير الضمير لكنّ الذى وقفنا عليه فى المقنع هو الفتوى بمضمون المرسله، من دون إشاره إلى الكراهه المستفاده من مفهومها، فيحتمل أن يكون الضمير راجعاً إلى «المرسله» بتقدير المضاف، أى أفتى بمضمون المرسله، فلاحظ.

٣-٣) انظر المقنع (الجوامع الفقيهه): ٣٠، و الهدايه (الجوامع الفقيهه): ٦٢.

٤-٤) لفظ الحديث: «إذا لم تشارط و قبلت ما تعطى».

الأشخاص؛ لأنّ المماكسه فيها خلاف المروءه، و المسمامحه فيها قد لا تكون مصلحه؛ لكثره طمع هذه الأصناف، فأمروا بترك المشاركه و الإقدام على العمل بأقل ما يعطى و قبوله.

و ترك مطالبه الزائد مستحبّ للعامل، و إن وجب على من عمل له إيفاء تمام ما يستحقّه من اجره المثل، فهو مكلف وجوباً بالإيفاء، و العامل مكلف ندباً بالسكوت و ترك المطالبه، خصوصاً على ما يعتاده هؤلاء من سوء الاقتضاء.

أو (١) لأنّ الأولى فى حق العامل قصد التبرع بالعمل، و قبول ما يعطى على وجه التبرّع أيضاً، فلا ينافى ذلك ما ورد من قوله عليه السلام:

«لا تستعملنّ أجيراً حتى تقاطعه» (٢).

ص: ١٧٢

١- ١) عطف على قوله: «إمّا».

٢- ٢) لم نعثر على خبر باللفظ المذكور، نعم، ورد مؤداه فى الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ٣ من أحكام الإجاره.

المسأله الثانيه تزيين الرجل بما يحرم عليه من لبس الحرير و الذهب

،حرام؛ لما ثبت في محلّه من حرمتها على الرجال، و ما يختص بالنساء من اللباس كالسوار و الخلخال و الثياب المختصه بهن في العادات على ما ذكره في المسالك (١).

و كذا العكس، أعنى تزيين المرأة بما يختص بالرجال كالمُنْطَقَه و العمامه-، و يختلف باختلاف العادات.

و اعترف غير واحد بعدم العثور على دليل لهذا الحكم (٢) عدا النبويّ المشهور، المحكى عن الكافي و العلل: «لعن الله المتشبهين من

ص: ١٧٣

١-١) المسالك ١:١٣٠.

٢-٢) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:٨٥، إلما أنه قال: «و لعلّ دليله الإجماع و أنه نوع غشٌّ»، ثم قال: «و الإجماع غير ظاهر فيما قيل و كذا كونه غشّاً» و لم يتعرّض للنبويّ، و منهم المحدث البحراني في الحقائق ١٨:١٩٨، و حكاه في مفتاح الكرامه (٤:٦٠) عن الكفايه، لكن لم نعر عليه في كفايه الأحكام للسبزواري.

الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال» (١).

و فى دلالتة قصور؛ لأن الظاهر من التشبه (٢) تأثت الذكر و تذكر الأنثى، لا مجرد لبس أحدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشبه.

و يؤيدہ المحكى عن العلل: أن علياً عليه السلام رأى رجلاً به تأنيث (٣) فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال له: «أخرج من مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأنتى سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لعن الله... إلخ» (٤).

و فى روايه يعقوب بن جعفر الوارده فى المساحقه-: أن «فيهن قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء... إلخ» (٥).

و فى روايه أبى خديجه، عن أبى عبد الله عليه السلام: «لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال، و هم: المخثون، و اللائى ينكحن بعضهن بعضاً» (٦).

ص: ١٧٤

١- (١) الكافى ٨: ٧١، الحديث ٢٧، علل الشرائع: ٦٠٢، الحديث ٦٣، الوسائل ١٢: ٢١١، الباب ٨٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢.

٢- (٢) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: التشبيه.

٣- (٣) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: تأثت.

٤- (٤) ليس هذا حديثاً آخر كما يوهمه ظاهر العبارة بل هو قسم آخر من الحديث المحكى عن العلل آنفاً.

٥- (٥) الوسائل ١٤: ٢٦٢، الباب ٢٤ من أبواب النكاح المحرم، الحديث ٥.

٦- (٦) المصدر السابق: الحديث ٦.

نعم في (١) روايه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يجزّ ثيابه؟ قال: إنّي لأكره أن يتشبه بالنساء» (٢).

و عنه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام: «كان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم يزجر الرجل أن يتشبه بالنساء، وينهى المرأة أن تتشبه بالرجال في لباسها» (٣).

و فيهما (٤) خصوصاً الأولى بقرينه المورد ظهور في الكراهه، فالحكم المذكور لا يخلو عن إشكال.

ثم الخشّي يجب عليها ترك الزينتين المختصتين بكلّ من الرجل و المرأة كما صرّح به جماعه (٥) - [لأنّها يحرم عليها لباس مخالفاً في الذكوره و الأنوثه، و هو مردّد بين اللبس، فتجنب عنهما مقدمه] (٦) لأنّهما له (٧) من قبيل المشتبهين المعلوم حرمه أحدهما.

و يشكل بناءً على كون مدرّك الحكم حرمه التشبه بأنّ الظاهر

ص: ١٧٥

١-١) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «و في» بدل «نعم في».

٢-٢) الوسائل ٣: ٣٥٤، الباب ١٣ من أبواب أحكام الملابس، الحديث الأول.

٣-٣) المصدر السابق، الحديث ٢.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: فيها.

٥-٥) منهم السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٦٠، و حكاها صاحب الجواهر عن شرح أستاذه و استجوده، راجع الجواهر ٢٢: ١١٦.

٦-٦) وردت العبارة في «ش» بعنوان نسخه بدل، و وردت في سائر النسخ مع اختلاف في بعض الضمائر و الأفعال من حيث التذكير و التأنيث، و في بعضها عليها علامه (خ ل)، و كلّها لا تخلو عن مسامحه.

٧-٧) لم ترد في «ش»، و المناسب: لها.

من (١) «التشبه» صورته علم المتشبه.

ص: ١٧٤

١-١) في أكثر النسخ: عن.

المسأله الثالثه التشبيب بالمرأه المعروفه المؤمنه المحترمه

و هو كما فى جامع المقاصد: ذكر محاسنها و إظهار شدّه (١) حبّها بالشعر (٢) حرام على ما عن المبسوط (٣) و جماعه، كالفاضلين (٤) و الشهيدين (٥) و المحقّق الثانى (٦).

و استدللّ عليه بلزوم تفضيحها، و هتك حرمتها، و إيذائها و إغراء الفسّاق بها، و إدخال النقص عليها و على أهلها (٧)، و لذا لا ترضى النفوس

ص: ١٧٧

١- (١) على كلمه «شدّه» علامه نسخه بدل فى بعض النسخ: لكّنها موجوده فى المصدر.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤:٢٨.

٣- (٣) المبسوط ٨:٢٢٨.

٤- (٤) المحقّق فى الشرائع ٤:١٢٨، العلامه فى التذكره ١:٥٨٢ و التحرير ١:١٦١ و غيرهما.

٥- (٥) الأوّل فى الدروس ٣:١٦٣، و الثانى فى المسالك (الطبعه الحجرية) ٢:٣٢٣.

٦- (٦) جامع المقاصد ٤:٢٨.

٧- (٧) لم نقف على من استدللّ بجميع الفقرات المذكوره، نعم استدللّ الشهيد الثانى

الأبيّه ذوات الغيره و الحميه أن يذكر ذاكر عشق بعض بناتهم و أخواتهم، بل البعيدات من قراباتهم.

و الإنصاف، أنّ هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحريم، مع كونه (١)أخصّ من المدعى؛ إذ قد لا يتحقّق شيء من المذكورات في التشبيب، بل و أعمّ منه من وجه؛ فإنّ التشبيب بالزوجه قد يوجب أكثر المذكورات.

و يمكن أن يستدلّ عليه بما سيحيىء من عمومات حرمة اللهو و الباطل (٢)، و ما دلّ على حرمة الفحشاء (٣)، و منافاته للعفاف المأخوذ في العدالة (٤).

و فحوى ما دلّ على حرمة ما يوجب و لو بعيداً تهيج القوه

(٧)

بالإيذاء و الاشتهار، و الفاضل الهندي بالإيذاء و إغراء الفساق بها، انظر المسالك ٢:٣٢٣، و كشف اللثام ٣:٣٧٣.

ص: ١٧٨

(١-١) كذا في النسخ، و المناسب: كونها، كما في مصحّحه «ن».

(٢-٢) تأتي في الصفحه: ٢٨٨-٢٩٠.

(٣-٣) مثل قوله تعالى: «و يَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَ الْمُنْكَرِ وَ الْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ» النحل: ٩٠. و قوله تعالى: «إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَ الْآخِرَةِ...» النور: ١٩.

(٤-٤) كما هو مقتضى روايه ابن أبي يعفور: «قال: قلت لأبي عبد الله: بِمَ تُعَرَفُ عَدَالَةُ الرَّجُلِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى تَقْبَلَ شَهَادَتَهُ لَهُمْ وَ عَلَيْهِمْ؟ فَقَالَ: أَنْ تَعْرِفُوهُ بِالسُّتْرِ وَ الْعَفَافِ... إلخ» الوسائل ١٨:٢٨٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، الحديث الأوّل.

الشهويه بالنسبه إلى غير الحليله،مثل:

ما دلّ على المنع عن النظر؛لأنه سهم من سهام إبليس (١).

و المنع عن الخلوه بالأجنبيه؛لأنّ ثالثهما الشيطان (٢).

و كراهه جلوس الرجل في مكان المرأه حتى يبرد المكان (٣).

و برجحان التستر عن نساء أهل الذمّه؛لأنهن يصفن لأزواجهن (٤).

و التستر عن الصبي المميّز الذي يصف ما يرى (٥).

و النهي في الكتاب العزيز عن أن يخضعن بالقول فيطمع الذي في قلبه مرض (٦)،و عن أن يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن (٧).

ص: ١٧٩

١-١) الوسائل ١٣٨:١٤،الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه،الحديث ١ و ٥.

٢-٢) الوسائل ٢٨١:١٣،الباب ٣١ من أبواب أحكام الإجاره.

٣-٣) الوسائل ١٨٥:١٤،الباب ١٤٥ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه.

٤-٤) الوسائل ١٣٣:١٤،الباب ٩٨ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه،الحديث الأول.

٥-٥) الوسائل ١٧٢:١٤،الباب ١٣٠ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه،الحديث ٢.

٦-٦) في قوله تعالى: ﴿يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسِيْتُنَّ كَأَحَدٍ مِّنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقُلْنَ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ الأحزاب:٣٢.

٧-٧) في قوله تعالى: ﴿...وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ...﴾ النور:٣١.

إلى غير ذلك من المحرّمات و المكروهات التي يعلم منها حرمة ذكر المرأة المعيّنه المحترمه (١) بما يهيج الشهوه عليها، خصوصاً ذات البعل التي لم يرض الشارع بتعريضها للنكاح بقول: «رُبّ راغب فيك».

نعم، لو قيل بعدم حرمة التشبيب بالمخطوبه قبل العقد بل مطلق من يراد تزويجها لم يكن بعيداً؛ لعدم جريان أكثر ما ذكر فيها. و المسأله غير صافيه عن الاشتباه و الإشكال.

ثم إنّ المحكى عن المبسوط و جماعه (٢): جواز التشبيب بالحليله، بزياده الكراهه عن المبسوط (٣).

و ظاهر الكلّ جواز التشبيب بالمرأه المبهمه، بأن يتخيّل امرأه و يتشبّب بها، و أما المعروفه عند القائل دون السامع سواء علم السامع إجمالاً بقصد معينه أم لا ففيه إشكال.

و في جامع المقاصد كما عن الحواشى (٤) الحرمة في الصورة الأولى (٥).

و فيه إشكال، من جهه اختلاف الوجوه المتقدمه للتحريم، و كذا إذا لم يكن هنا سامع.

ص: ١٨٠

١- ١) كذا في «ش» و ظاهر «خ»، و في سائر النسخ: المحرّمه.

٢- ٢) مثل المحقق في ظاهر الشرائع ٤: ١٢٨، و الشهيد في ظاهر الدروس ٣: ١٦٣، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٢٨.

٣- ٣) المبسوط ٨: ٢٢٨.

٤- ٤) نقله السيد العاملى في مفتاح الكرامه (٤: ٦٩) عن حواشى الشهيد قدّس سرّه.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤: ٢٨.

و أما اعتبار الإيمان، فاختره في القواعد و التذكرة (١)، و تبعه بعض الأساطين (٢) لعدم احترام غير المؤمنه.

و في جامع المقاصد كما عن غيره حرمة التشيب بنساء أهل الخلاف و أهل الذمه؛ لفحوى حرمة النظر إليهن (٣).

و نقض بحرمة النظر إلى نساء أهل الحرب، مع أنه صرح بجواز التشيب بهن.

و المسألة مشكله، من جهة الاشتباه في مدرك أصل الحكم.

و كيف كان، فإذا شك المستمع في تحقق شروط الحرمة لم يحرم عليه الاستماع، كما صرح به في جامع المقاصد (٤).

و أمّا التشيب بالغلام، فهو محرّم على كل حال كما عن الشهيدين (٥) و المحقق الثاني (٦) و كاشف اللثام (٧) -، لأنه فحش محض، فيشتمل على الإغراء بالقبيح.

ص: ١٨١

١-١ (١) القواعد ١:١٢١، التذكرة ٥٨٢:١.

٢-٢ (٢) و هو كاشف الغطاء قدس سره في شرحه على القواعد (مخطوط): ٢١.

٣-٣ (٣) جامع المقاصد ٤:٢٨، و تستفاد من عبارته الشهيد في الدروس حيث استثنى من حرمة التشيب نساء أهل الحرب، انظر الدروس ٣:١٦٣، و أشار إلى ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٦٨.

٤-٤ (٤) المصدر المتقدم.

٥-٥ (٥) الأوّل في الدروس ٣:١٦٣، و الثاني في المسالك (الطبعة الحجرية) ٢:٣٢٣.

٦-٦ (٦) جامع المقاصد ٤:٢٨.

٧-٧ (٧) كشف اللثام ٢:٣٧٣.

و عن المفاتيح: أن في إطلاق الحكم نظراً (١)، والله العالم.

ص: ١٨٢

١-١) مفاتيح الشرائع ٢:٢٠.

المسأله الرابعه تصوير صور ذوات الأرواح

حرام إذا كانت الصوره مجسّمه بلا خلافٍ فتوى و نصاً.

و كذا مع عدم التجسّم (١)، وفاقاً لظاهر النهايه (٢) و صريح السرائر (٣) و المحكى عن حواشى الشهيد (٤) و الميسّيه (٥) و المسالك (٦) و إيضاح النافع (٧) و الكفايه (٨) و مجمع البرهان (٩) و غيرهم (١٠)؛ للروايات المستفيضه:

ص: ١٨٣

١- (١) ظاهر «ف»: التجسيم.

٢- (٢) النهايه: ٣٦٣.

٣- (٣) السرائر ٢: ٢١٥.

٤- (٤) لا يوجد لدينا، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٤٨.

٥- (٥) لا يوجد لدينا، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٤٨.

٦- (٦) المسالك ٣: ١٢٦.

٧- (٧) لا يوجد لدينا، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٤٨.

٨- (٨) كفايه الأحكام: ٨٥.

٩- (٩) مجمع الفائده ٨: ٥٥.

١٠- (١٠) مثل القاضى فى المهذب ١: ٣٤٤.

مثل قوله عليه السلام: «نهى أن ينقش شيء من الحيوان على الخاتم» (١).

و قوله عليه السلام: «نهى عن تزويق البيوت، قلت: و ما تزويق البيوت؟ قال: تصاوير التماثيل» (٢).

و المتقدم عن تحف العقول: «و صنعه صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الروحاني» (٣).

و قوله عليه السلام فى عده أخبار: «من صور صورته كلفه الله يوم القيامة أن ينفخ فيها و ليس بنافخ» (٤).

و قد يستظهر اختصاصها بالمجسمه، من حيث إن نفخ الروح لا يكون إلّا فى الجسم، و إرادته تجسيم (٥) النقش مقدمه للنفخ ثم النفخ فيه خلاف الظاهر.

و فيه: أن النفخ يمكن تصوّره فى النقش بملاحظه محلّه، بل بدونها كما فى أمر الإمام عليه السلام الأسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فى مجلس الخليفة (٦) أو بملاحظه لون النقش الذى هو فى الحقيقة أجزاء

ص: ١٨٤

١-١) الوسائل ١٢:٢٢١، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢-٢) الوسائل ٣:٥٦٠، الباب ٣ من أبواب المساكن، الحديث الأوّل.

٣-٣) تقدّم فى أوّل الكتاب.

٤-٤) الوسائل ١٢:٢٢٠، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الأحاديث ٦-٩.

٥-٥) فى بعض النسخ: تجسم.

٦-٦) أمالى الصدوق ١:١٢٧، المجلس ٢٩، الحديث ١٩، و عيون أخبار الرضا عليه السلام ١:٩٦، الباب ٨، الحديث الأوّل.

لطيفه من الصبغ.

و الحاصل، أنّ مثل هذا لا يعدّ قرينه عرفاً على تخصيص الصورة (١) بالمجسم (٢).

و أظهر من الكلّ، صحيحه ابن مسلم: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ قال: لا بأس ما لم يكن شيئاً (٣) من الحيوان» (٤)؛ فإنّ ذكر الشمس و القمر قرينه على إرادته مجرد النقش.

و مثل قوله عليه السلام: «من جدّد قبراً أو مثّل مثلاً- فقد خرج عن الإسلام» (٥). فإنّ «المثال» و «التصوير» مترادفان على ما حكاه كاشف اللثام عن أهل اللغة (٦).

مع أنّ الشائع من التصوير و المطلوب منه، هي الصور المنقوشة على أشكال الرجال و النساء و الطيور و السباع، دون الأجسام المصنوعة على تلك الأشكال.

و يؤيّده أنّ الظاهر أنّ الحكمه في التحريم هي حرمة التشبّه بالخالق في إبداع الحيوانات و أعضائها على الإشكال المطبوعه، التي يعجز البشر عن نقشها على ما هي عليه، فضلاً عن اختراعها؛ و لذا منع

ص: ١٨٥

١-١) في «ع»، «ص»: الصور.

٢-٢) في «ف»: بالجسم.

٣-٣) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: شيء.

٤-٤) الوسائل ١٢: ٢٢٠، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

٥-٥) الوسائل ٢: ٨٦٨، الباب ٤٣ من أبواب الدفن، الحديث الأوّل.

٦-٦) كشف اللثام ١: ١٩٩.

بعض الأساطين عن تمكين غير المكلف من ذلك (١).

و من المعلوم أنّ المادة لا دخل لها في هذه الاختراعات العجيبه، فالتشبه إنّما يحصل بالنقش و التشكيل، لا غير.

و من هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الأرواح، فإنّ صور غيرها كثيراً ما تحصل بفعل الإنسان للدواعى الأخر غير قصد التصوير، و لا يحصل به تشبه بحضرة المبدع تعالى عن التشبيه (٢) بل كلّ ما يصنعه الإنسان من التصرف في الأجسام فيقع (٣) على شكل واحد من مخلوقات الله تعالى.

و لذا قال كاشف اللثام على ما حكى عنه في مسأله كراهه الصلاه في الثوب المشتمل على التماثيل -: إنّهُ لو عمّت الكراهه لتماثيل ذى الروح و غيرها كرهت الثياب ذوات الأعلام، لشبه الأعلام بالأخشاب و القصبات و نحوها، و الثياب المحشوّه؛ لشبه طرائقها المخيطة بها، بل الثياب قاطبه؛ لشبه خيوطها بالأخشاب و نحوها (٤)، انتهى.

و إن كان ما ذكره لا يخلو عن نظر كما سيجيء.

هذا، و لكنّ العمده في اختصاص الحكم بذوات الأرواح أصاله الإباحه، مضافاً إلى ما دلّ على الرخصه، مثل صحيحه ابن مسلم

ص: ١٨٦

١- ١) و هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد: ١٢.

٢- ٢) كذا في النسخ، و في مصححه «ن»: الشبيه.

٣- ٣) في مصححه «ن»: يقع.

٤- ٤) كشف اللثام ١: ١٩٤.

السابقه (١)-، وروايه التحف المتقدمه-، و ما ورد فى تفسير قوله تعالى: يَعْمَلُونَ لَهُ مِمَّا يُشَاءُ مِنْ مَحَارِبٍ وَ تَمَائِيلَ (٢) من قوله عليه السلام:

«و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء، و لكنّها تماثيل (٣) الشجر و شبهه» (٤).

و الظاهر، شمولها للمجسم (٥) و غيره، فيها يُقْتَدَ بعض ما مرّ من الإطلاق.

خلافاً لظاهر جماعه، حيث إنهم بين من يحكى عنه تعميمه الحكم لغير ذى الروح و لو لم يكن مجسماً (٦)؛ لبعض الإطلاقات اللازم تقيدها بما تقدّم مثل قوله عليه السلام: «نهى عن تزويق البيوت» (٧)، و قوله عليه السلام: «من مثل مثلاً... إلخ» (٨).

و بين من عبّر بالتماثيل المجسّمه (٩)؛ بناءً على شمول «التمثال» لغير الحيوان كما هو كذلك فخصّ الحكم بالمجسم؛ لأنّ المتيقن من المقيّدات

ص: ١٨٧

١-١) تقدّمت فى الصفحه ١٨٥.

٢-٢) سبأ: ١٣.

٣-٣) لم ترد «تماثيل» فى المصادر الحديثيه.

٤-٤) الوسائل ١٢: ٢٢٠، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٥-٥) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: للجسم.

٦-٦) يستفاد التعميم من إطلاق كلام الحلبي فى الكافي: ٢٨١، و ابن البراج فى المهذب ١: ٣٤٤.

٧-٧) تقدّم فى الصفحه: ١٨٤.

٨-٨) تقدّم فى الصفحه: ١٨٥.

٩-٩) مثل المفيد فى المقنعه: ٥٨٧، و الشيخ فى النهايه: ٣٦٣.

للإطلاقات و الظاهر منها بحكم غلبه الاستعمال و الوجود:- النقوش لا غير.

و فيه: أنّ هذا الظهور لو اعتبر لسقط (١) الإطلاقات عن نهوضها لإثبات حرمه المجسّم؛ فتعين حملها (٢) على الكراهه، دون التخصيص بالمجسّمه.

و بالجمله، «التمثال» في الإطلاقات المانعه مثل قوله: «من مثل مثلاً» إن كان ظاهراً في شمول الحكم للمجسّم، كان كذلك في الأدلّه المرخصه لما عدا الحيوان، كروايه تحف العقول و صحيحه ابن مسلم (٣) و ما في تفسير الآيه (٤).

فدعوى ظهور الإطلاقات المانعه في العموم و اختصاص المقيدات المجوزه بالنقوش تحكّم.

ثم إنّه لو عمّمنا الحكم لغير الحيوان مطلقاً أو مع التجسّم، فالظاهر أنّ المراد به ما كان مخلوقاً لله سبحانه على هيئه خاصه معجبه للناظر، على وجه تميل النفس إلى مشاهدته صورتها المجرده عن الماده أو معها، فمثل تمثال السيف و الرمح و القصور و الأبنيه و السفن ممّا هو مصنوع للعباد و إن كانت في هيئه حسنه معجبه خارج، و كذا مثل تمثال القصبات و الأخشاب و الجبال و الشطوط ممّا خلق (٥) الله لا على هيئه معجبه للناظر

ص: ١٨٨

١-١) في «ف»: سقط.

٢-٢) في هامش «ف» زياده: عند هذا القائل.

٣-٣) راجع الصفحه: ١٨٥.

٤-٤) تقدّم في الصفحه السابقه.

٥-٥) في «ش»: خلقه الله.

بحيث تميل النفس إلى مشاهدتها، و لو بالصور الحاكيه لها؛ لعدم شمول الأدله لذلك كله.

هذا كله مع قصد الحكايه و التمثيل، فلو دعت الحاجه إلى عمل شيء يكون شبيهاً بشيء من خلق الله و لو كان حيواناً من غير قصد الحكايه، فلا بأس قطعاً.

و منه يظهر النظر في ما تقدم عن كاشف اللثام (١).

ثم إن المرجع في «الصوره» إلى العرف، فلا- يقدر في الحرمة نقص بعض الأعضاء. و ليس في ما ورد من رجحان تغيير الصوره بقلع عينها أو كسر رأسها (٢) دلالة على جواز تصوير الناقص.

و لو صَوِّرَ بعض أجزاء الحيوان ففي حرمة نظره، بل منع، و عليه، فلو صَوِّرَ نصف الحيوان من رأسه إلى وسطه، فإن قُعدِرَ الباقي موجوداً بأن فرضه إنساناً جالساً لا يتبين ما دون وسطه حُرْمٌ، و إن قصد النصف لا غير لم يحرم إلّا مع صدق الحيوان على هذا النصف.

و لو بدا له في إتمامه حُرْمٌ الإتمام، لصدق التصوير بإكمال الصوره، لأنه إيجاد لها.

و لو اشتغل بتصوير حيوانٍ فَعَلَّ حراماً، حتى لو بدا له في إتمامه.

و هل يكون ما فَعَلَّ حراماً من حيث التصوير، أو لا يحرم إلّا من حيث التجزى؟ وجهان: من أنه لم يقع إلّا بعض مقدمات الحرام بقصد تحقيقه،

ص: ١٨٩

١- (١) تقدّم في الصفحه: ١٨٦.

٢- (٢) الوسائل ٤٦٢:٣، الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلّى.

و من أنّ معنى حرمة الفعل عرفاً ليس إلّا حرمة الاشتغال به عمداً، فلا تراعى الحرمة بإتمام العمل.

و الفرق بين فعل الواجب المتوقف استحقاق الثواب على إتمامه و بين الحرام، هو قضاء العرف، فتأمل.

بقى الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه.

فالمحكى عن شرح الإرشاد للمحقق الأردبيلي أنّ المستفاد من الأخبار الصحيحة و أقوال الأصحاب: عدم حرمة إبقاء الصور، انتهى.

و قرره الحاكي على هذه الاستفادة (١).

و ممن اعترف بعدم الدليل على الحرمة، المحقق الثانى فى جامع المقاصد مفرعاً على ذلك جواز بيع الصور المعموله، و عدم لحوقها بآلات اللهو و القمار و أواني النقدين (٢)، و صرح فى حاشيه الإرشاد بجواز النظر إليها (٣).

لكن ظاهر كلام بعض القدماء حرمة بيع التماثيل و ابتاعها.

ففى المقنعه بعد أن ذكر فى ما يحرم الاكتساب به الخمر و صناعتها و بيعها قال: و عمل الأصنام و الصلبان و التماثيل المجسمه

ص: ١٩٠

١ - ١) حكاة فى مفتاح الكرامه (٤:٤٩) عن مجمع الفائده فى باب لباس المصلّى، و الموجود فيه قوله: «و يفهم من الأخبار الصحيحه عدم تحريم إبقاء الصور» من دون نسبه إلى الأصحاب، انظر مجمع الفائده ٢:٩٣.

٢ - ٢) جامع المقاصد ٤:١٦.

٣ - ٣) حاشيه الإرشاد: ٢٠٦.

و الشطرنج و النرد و ما أشبه ذلك حرام، و بيعه و ابتياعه حرام (١)، انتهى.

و فى النهايه: و عمل الأصنام و الصلبان و التماثيل المجسيمة و الصور و الشطرنج و النرد و سائر أنواع القمار حتى لعب الصبيان بالجوز و التجاره فيها و التصرف فيها و التكسب بها محظور (٢)، انتهى. و نحوها ظاهر السرائر (٣).

و يمكن أن يستدل للحرمه مضافاً إلى أن الظاهر من تحريم عمل الشئ مبغوضيه وجود المعمول ابتداءً و استدامهً بما تقدم فى صحيحه ابن مسلم من قوله عليه السلام: «لا بأس ما لم يكن حيواناً» (٤)؛ بناءً على أن الظاهر من سؤال الراوى عن التماثيل سؤاله عن حكم الفعل المتعارف المتعلق بها العام البلوى، و هو «الاقتناء»، و أمّا نفس الإيجاد فهو عمل مختص بالنقاش، ألا ترى أنه لو سُئل عن الخمر فأجاب بالحرمه، أو عن العصير فأجاب بالإباحه، انصرف الذهن إلى شربهما، دون صنعتهما، بل ما نحن فيه أولى بالانصراف؛ لأنّ صنعه العصير و الخمر يقع من كلّ أحد، بخلاف صنعه التماثيل.

و بما (٥) تقدم من الحصر فى قوله عليه السلام فى روايه تحف العقول-

ص: ١٩١

١- (١) المقنعه: ٥٨٧.

٢- (٢) النهايه: ٣٦٣.

٣- (٣) السرائر ٢: ٢١٥.

٤- (٤) تقدمت فى الصفحه: ١٨٥، بلفظ «لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان».

٥- (٥) عطف على قوله: و يمكن أن يستدل للحرمه.

«إِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ الصَّنَاعَةَ الَّتِي يَجِيءُ مِنْهَا الْفَسَادُ مُحَضًّا، وَلَا يَكُونُ مِنْهُ وَفِيهِ شَيْءٌ مِنْ وَجْهِ الصَّلَاحِ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: يَحْرَمُ جَمِيعَ التَّقَلُّبِ فِيهِ» (١)، فَإِنَّ ظَاهِرَهُ أَنَّ كُلَّ مَا يَحْرَمُ صَنَعْتَهُ وَمِنْهَا (٢) التَّصَاوِيرُ يَجِيءُ مِنْهَا (٣) الْفَسَادُ مُحَضًّا، فَيَحْرَمُ جَمِيعَ التَّقَلُّبِ فِيهِ بِمَقْتَضَى مَا ذَكَرَ فِي الرَّوَايَةِ بَعْدَ هَذِهِ الْفَقْرَةِ.

وَبِالنَّبَوِيِّ: «لَا تَدْعُ صُورَهُ إِلَّا مَحْوَتَهَا وَلَا كَلْبًا إِلَّا قَتَلْتَهُ» (٤)؛ بِنَاءً عَلَى إِرَادَةِ الْكَلْبِ الْهَرَّاشِ الْمُؤَذَى، الَّذِي يَحْرَمُ اقْتِنَاؤُهُ.

وَمَا عَنِ قَرَبِ الْإِسْنَادِ بِسَنَدِهِ عَنِ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ أَخِيهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «سَأَلْتَهُ عَنِ التَّمَاثِيلِ هَلْ يَصْلَحُ أَنْ يَلْعَبَ بِهَا؟ قَالَ: لَا» (٥).

وَبِمَا وَرَدَ فِي إِنْكَارِ أَنَّ الْمَعْمُولَ لِسَلِيمَانَ عَلَى نَبِيِّنَا وَآلِهِ وَعَلَيْهِ السَّلَامُ هِيَ تَمَثِيلُ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ (٦)؛ فَإِنَّ الْإِنْكَارَ إِنَّمَا يَرْجِعُ إِلَى مَشِيئَتِهِ (٧) سَلِيمَانَ لِلْمَعْمُولِ

ص: ١٩٢

-
- ١- ١) لم يرد ما بين المعقوفتين في «ش»، و في «ن» عليه علامه (ز) أى زائد، و وردت في نسخه «ف» في الهامش.
 - ٢- ٢) كذا في النسخ- في الموضوعين و المناسب: منه.
 - ٣- ٣) كذا في النسخ- في الموضوعين و المناسب: منه.
 - ٤- ٤) الوسائل ٣: ٥٦٢، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٨، و فيه: قال أمير المؤمنين عليه السلام: بعثنى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى المدينة، فقال: لا تدع صورته إلا محوتها ولا قبراً إلا سويته، ولا كلباً إلا قتلته.
 - ٥- ٥) قرب الإسناد: ٢٦٥، الحديث ١١٦٥، و الوسائل ١٢: ٢٢١، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.
 - ٦- ٦) الوسائل ٣: ٥٦١، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٤، ٦.
 - ٧- ٧) في «ف»: إلى أن مشيئته.

كما هو ظاهر الآيه (١) دون أصل العمل، فدلّ على كون مشيئه وجود التمثال من المنكرات التي لا تليق بمنصب النبوه.

و بمفهوم صحيحه زراه عن أبي جعفر عليه السلام: «لا بأس بأن يكون التماثيل في البيوت إذا غُيّرت رؤوسها و تُرك ما سوى ذلك» (٢).

و روايه المثنى عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّ علياً عليه السلام يكره (٣) الصور في البيوت» (٤) بضميمه ما ورد في روايه أخرى مرويه في باب الربا: «أنّ علياً عليه السلام لم يكن يكره الحلال» (٥).

و روايه الحلبي المحكيه عن مكارم الأخلاق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أهديت إليّ طنفسه من الشام فيها تماثيل طائر، فأمرت به فغيّر رأسه فجعل كهيته الشجر» (٦).

هذا، و في الجميع نظر:

أما الأول، فلأنّ الممنوع هو إيجاد الصورة، و ليس وجودها مبغوضاً حتى يجب رفعه.

ص: ١٩٣

١-١ (١) سبأ: ١٣.

٢-٢ (٢) الوسائل ٣: ٥٦٤، الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٣.

٣-٣ (٣) في المصدر: كره.

٤-٤ (٤) الوسائل ٣: ٥٦١، الباب ٣ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٣.

٥-٥ (٥) الوسائل ١٢: ٤٤٧، الباب ١٥ من أبواب الربا، ذيل الحديث الأوّل، و لفظه هكذا: «و لم يكن عليّ عليه السلام يكره الحلال».

٦-٦ (٦) مكارم الأخلاق: ١٣٢، و الوسائل ٣: ٥٦٥، الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٧.

نعم، قد يفهم الملازمه من سياق الدليل أو من خارج، كما أنّ حرمة إيجاد النجاسه فى المسجد يستلزم مبعوضيه وجودها فيه، المستلزم لوجوب رفعها.

و أما الروايات، فالصحيحه الأولى (١) غير ظاهره فى السؤال عن الاقتناء؛ لأنّ عمل الصور ممّا هو مركز فى الأذهان، حتى أنّ السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفه حرمة عملها؛ إذ لا يحتمل حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله.

و أمّا الحصر فى روايه تحف العقول، فهو بقرينه فقره السابقه منها، الوارده فى تقسيم الصناعات إلى ما يترتب عليه الحلال و الحرام، و ما لا- يترتب عليه إلّا الحرام إضافي بالنسبه إلى هذين القسمين، يعنى لم يحرم من القسمين إلّا ما ينحصر فائدته فى الحرام و لا يترتب عليه إلّا الفساد.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ الحصر وارد فى مساق التعليل و إعطاء الضابطه للفرق بين الصنائع، لا- لبيان حرمة خصوص القسم المذكور.

و أمّا النبوى، فسياقه ظاهر فى الكراهه، كما يدلّ عليه عموم الأمر بقتل الكلاب، و قوله عليه السلام فى بعض هذه الروايات: «و لا قبراً إلّا سويته» (٢).

ص: ١٩٤

١- ١) أى: صحيحه محمد بن مسلم، المتقدمه فى الصفحه: ١٨٥.

٢- ٢) هذا شطر من الحديث النبوى المتقدم كما فى المصادر الحديثيه و قد أورده المؤلف قدّس سرّه سابقاً بدون هذه الفقره، و ظاهر عبارته هنا أنّه شطر من حديث آخر؛ و يحتمل بعيداً وقوع التحريف فى العبارة، بأن يكون الصحيح: «فى

و أما روايه على بن جعفر، فلا تدلّ إلّا على كراهه اللعب بالصوره، و لا نمنعها، بل و لا الحرمة إذا كان اللعب على وجه اللهو.

و أمّا ما فى تفسير الآيه، فظاهره رجوع الإنكار إلى مشيئه سليمان على نبينا و آله و عليه السلام لعملهم، بمعنى إذنه فيه، أو إلى تقريره لهم فى العمل.

و أمّا الصحيحه (١)، فالبأس فيها محمول على الكراهه لأجل الصلاه أو مطلقاً، مع دلالتة على جواز الاقتناء، و عدم وجوب المحو.

و أمّا ما ورد من «أنّ علياً عليه السلام لم يكن يكره الحلال»، فمحمول على المباح المتساوى طرفاه؛ لأنّه صلوات الله عليه كان يكره المكروه قطعاً.

و أما روايه الحلبي، فلا دلالة لها على الوجوب أصلاً.

و لو سُئِلَ الظهور فى الجميع، فهى معارضه بما هو أظهر و أكثر، مثل: صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: «ربما قمت أصلى و بين يديّ الوساده فيها تماثيل طير فجعلت عليها ثوباً» (٢).

و روايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل طير أو سبّع، أ يصلّى فيه؟ قال: لا بأس» (٣).

و عنه، عن أخيه عليه السلام: «عن البيت فيه صوره سمكه أو طير

(٢)

ذيل هذه الروايه» بدل قوله: «بعض هذه الروايات».

ص: ١٩٥

١-١) أى صحيحه زراره المتقدمه فى الصفحه: ١٩٣.

٢-٢) الوسائل ٣: ٤٦١، الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلّى، الحديث ٢.

٣-٣) الوسائل ٣: ٤٦٣، الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلّى، الحديث ١٠، باختلاف يسير.

يعبث به أهل البيت، هل يصلّى فيه؟ قال: لا، حتى يُقطع رأسه و يفسد» (١).

و رواه أبى بصير، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الوساده و البساط يكون فيه التماثيل، قال: لا بأس به يكون فى البيت.

قلت: التماثيل (٢)؟ قال: كل شىء يوطأ فلا بأس به» (٣). و سياق السؤال مع عموم الجواب يأبى عن تقييد الحكم بما يجوز عمله، كما لا يخفى.

و رواه أخرى لأبى بصير، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

إننا نبسط عندنا الوسائد فيها التماثيل و نفرشها (٤)؟ قال: لا. بأس منها بما يبسط و يفرش و يوطأ، و إنما يكره منها ما نصب على الحائط و على السرير» (٥).

و عن قرب الإسناد، عن على بن جعفر، عن أخيه عليه السلام، قال:

«سألته عن رجل كان فى بيته تماثيل أو فى ستر و لم يعلم بها و هو يصلّى فى ذلك البيت، ثم علم، ما عليه؟ قال عليه السلام: ليس عليه

ص: ١٩٦

١-١) الوسائل ٣:٤٦٣، الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلّى، الحديث ١٢، مع اختلاف.

٢-٢) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: ما التماثيل.

٣-٣) الوسائل ٣:٥٦٤، الباب ٤ من أبواب أحكام المساكن، الحديث ٢.

٤-٤) كذا فى «ف» و المصدر، و فى «ن» و «خ» و «م» و «ع» و «ش»: نفرشها، و فى «ص»: نفرشها، نفرشها (خ ل).

٥-٥) الوسائل ١٢:٢٢٠، الباب ٩٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، مع اختلاف.

فيما لم يعلم شيء، فإذا علم فلينزح الستر، وليكسر رؤوس التماثيل» (١).

فإنَّ ظاهره: أنَّ الأمر بالكسر، لأجل كون البيت ممَّا يُصلى فيه؛ ولذلك لم يأمر عليه السلام بتغيير ما على الستر و اكتفى بنزعه.

و منه يظهر أنَّ ثبوت البأس في صحيحه زاراه السابقه (٢) مع عدم تغيير الرؤوس إنَّما هو لأجل الصلاه.

و كيف كان، فالمستفاد من جميع ما ورد من الأخبار الكثيره في كراهه الصلاه في البيت الذي فيه التماثيل إلَّا (٣) إذا غيرت، أو كانت بعين واحده، أو القى عليها ثوب (٤) جواز اتخاذاها. و عمومها يشمل المجسمه و غيرها.

و يؤيد الكراهه: الجمع بين اقتناء الصور و التماثيل في البيت و اقتناء الكلب و الإناء المجتمع فيه البول في الأخبار الكثيره:

مثل ما روى عنهم عليهم السلام مستفيضاً عن جبرئيل علي نبينا و آله و عليه السلام:

«أنا لا ندخل بيتاً فيه صوره إنسان، ولا بيتاً يبال فيه، ولا بيتاً فيه كلب» (٥).

ص: ١٩٧

١- ١) قرب الإسناد: ١٨٦، الحديث ٦٩٢، و الوسائل ٣: ٣٢١، الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلي، الحديث ٢٠.

٢- ٢) تقدمت في الصفحه: ١٩٣.

٣- ٣) إلَّا من «ش» و مصححه «ن».

٤- ٤) انظر الوسائل ٣: ٣١٧، الباب ٤٥ من أبواب لباس المصلي، و ٤٦١، الباب ٣٢ من أبواب مكان المصلي.

٥- ٥) الوسائل ٣: ٤٦٥، الباب ٣٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ٣.

و فى بعض الأخبار إضافة الجنب إليها (١)، والله العالم بأحكامه.

ص: ١٩٨

١ - ١) الوسائل ٣: ٤٦٥، الباب ٣٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ٦.

المسألة الخامسة التطفيف

حرام، ذكره في القواعد في المكاسب (١)، ولعله استطراد، أو المراد اتخاذه كسباً، بأن ينصب نفسه كياناً أو وزاناً، فيطفّف للبائع.

و كيف كان، فلا إشكال في حرمة، ويدلُّ عليه (٢) الأدلة الأربعة.

ثم إنَّ البخس في العدِّ و الذرع يلحق به حكماً، وإن خرج عن موضوعه.

و لو وازن الربوى بجنسه فطفّف في أحدهما:

فإن جرت المعاوضة على الوزن المعلوم الكلّي، فيدفع الموزون على أنّه بذلك الوزن، اشتغلت ذمته بما نقص.

و إن جرت على الموزون المعين باعتقاد المشتري أنّه بذلك الوزن، فسدت المعاوضة في الجميع؛ للزوم الربا.

و لو جرت عليه على أنّه بذلك الوزن، بجعل (٣) ذلك عنواناً للعوض

ص: ١٩٩

١-١) القواعد ١٢١: ١.

٢-٢) كذا، و المناسب: عليها.

٣-٣) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: يجعل.

فحصل الاختلاف بين العنوان و المشار إليه، لم يبعد الصحة.

و يمكن ابتناؤه على أنّ لاشتراط المقدار مع تخلفه قسطاً من العوض أم لا؟ فعلى الأول يصح، دون الثانى.

ص: ٢٠٠

المسأله [السادسه التنجيم

اشاره

حرام، و هو كما فى جامع المقاصد (١) الإخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكيه و الاتصالات الكوكبيه.

و توضيح المطلب يتوقف على الكلام فى مقامات:

الأول:

الظاهر أنه لا يحرم الإخبار عن الأوضاع الفلكيه المبتنيه على سير الكواكب

كالخسوف الناشئ عن حيلوله الأرض بين التيرين، و الكسوف الناشئ عن حيلوله القمر أو غيره بل يجوز الإخبار بذلك، إمّا جزماً إذا استند إلى ما يعتقد به برهاناً، أو ظناً إذا استند إلى الأمارات.

و قد اعترف بذلك جمله مّمّن أنكر التنجيم، منهم السيد المرتضى و الشيخ أبو الفتح الكراجكى فيما حكى عنهما [حيث حكى عنهما (٢)]

ص: ٢٠١

١- (١) جامع المقاصد ٤:٣١.

٢- (٢) لم يرد فى «ش» و «م».

فى رد الاستدلال على إصابتهم فى الأحكام بإصابتهم فى الأوضاع ما حاصله:

إن الكسوفات و اقتران الكواكب و انفصالها من باب الحساب و سير الكواكب، و له أصول صحيحه و قواعد سديده، و ليس كذلك ما يدعونه من تأثير الكواكب فى الخير و الشر و النفع و الضرر، و لو لم يكن الفرق بين الأمرين (١) إلا الإصابه الدائمه المتصله فى الكسوفات و ما يجرى مجراها، فلا يكاد يبين (٢) فيها خطأ، و أنّ الخطأ الدائم المعهود إنّما هو فى الأحكام (٣) حتى أنّ الصواب فيها عزيز، و ما يتفق فيها من الإصابه قد يتفق من المخمّن أكثر منه [فحمل (٤) أحد الأمرين على الآخر بهت و قلّه دين (٥)] انتهى المحكى (٦) من كلام السيد رحمه الله (٧).

و قد أشار إلى جواز ذلك فى جامع المقاصد (٨) مؤيداً ذلك بما ورد

ص: ٢٠٢

- ١-١) عبارته «بين الأمرين» ساقطه من «ن»، «ف» و «م».
- ٢-٢) فى النسخ: تبين، و فى «خ»: يتبين. و الصواب ما أثبتناه من المصدر.
- ٣-٣) فى «خ» و مصحّحه «ع» و المصدر: الأحكام الباقية.
- ٤-٤) هذا جواب «لو» فى قوله: «و لو لم يكن... إلخ» (شرح الشهيدى).
- ٥-٥) لم يرد ما بين المعقوفتين فى «ف»، «ن»، «م»، و فى «ع»، «خ»، «ص»: «...قلّه دين و حياء»، و ما أثبتناه من «خ»، «ش» و المصدر.
- ٦-٦) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٨٠:٤.
- ٧-٧) رسائل الشريف المرتضى (المجموعه الثانيه): ٣١١، و أنظر كنز الفوائد ٢: ٢٣٥ (نصوص مفقوده من نسخه الكتاب).
- ٨-٨) جامع المقاصد ٣٢:٤.

من كراهه السفر و التزويج (١) في برج العقرب (٢).

لكن ما ذكره السيد رحمه الله من الإصابه الدائمه في الإخبار عن الأوضاع محل نظر؛ لأنّ خطأهم في الحساب في غايه الكثره، و لذلك لا يجوز الاعتماد في ذلك على عدولهم، فضلاً عن فساقهم؛ لأنّ حسابهم مبتنيه (٣) على أمور نظريه مبتنيه على نظريات أُخر، إلّا فيما هو كالبيدهي مثل إخبارهم بكون القمر في هذا اليوم في برج العقرب، و انتقال الشمس من (٤) برج إلى برج في هذا اليوم و إن كان يقع الاختلاف بينهم فيما يرجع إلى تفاوت يسير، و يمكن الاعتماد في مثل ذلك على شهاده عدلين منهم، إذا احتاج الحاكم لتعيين أجل دين أو نحوه.

الثاني:

يجوز الإخبار بحدوث (٥) الأحكام عند (٦) الاتصالات و الحركات المذكوره

بأن يحكم بوجود كذا في المستقبل عند الوضع (٧) المعين من

ص: ٢٠٣

-
- ١-١) كذا في النسخ، و الصواب: و التزويج و القمر في العقرب، كما في جامع المقاصد و لفظ الروايات.
 - ١-٢) انظر الوسائل ٨٠:١٤، الباب ٥٤ من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، و ٢٦٦:٨، الباب ١١ من أبواب آداب السفر.
 - ٣-٣) كذا في النسخ، و في مصححه «ن»: مبتن، و لعل الأصح: حساباتهم مبتنيه.
 - ٤-٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: عن.
 - ٥-٥) في نسخه بدل «ع»، «ف»، «ن»: بترتيب.
 - ٦-٦) في «م»، «ع»، «ص»: عن الاتصالات، و في «خ»: من الاتصالات.
 - ٧-٧) في نسخه بدل «ش»: مستنداً إلى الوضع.

القرب و البعد و المقابله و الاقتران بين الكوكبين إذا كان على وجه الظن المستند إلى تجربه محصّله أو منقوله في وقوع تلك الحاثه بإرادته الله عند الوضع الخاص، من دون اعتقاد ربط بينهما أصلاً.

بل الظاهر حينئذٍ جواز الإخبار على وجه القطع إذا استند إلى تجربه قطعيه؛ إذ لا حرج على من حكّم قطعاً بالمطر في هذه الليله؛ نظراً إلى ما جرّبه من نزول كلبه من (١)السطح إلى داخل البيت مثلاً كما حكى: أنه أتفق ذلك لمروّج هذا العلم، بل محييه «نصير المله و الدين» حيث نزل في بعض أسفاره على طحانٍ، له طاحونه خارج البلد، فلما دخل منزله صعد السطح لحراره الهواء، فقال له صاحب المنزل: انزل و نمّ في البيت تحفظاً من المطر، فنظر المحقّق إلى الأوضاع الفلكيه، فلم ير شيئاً فيما هو مظنه للتأثير في المطر، فقال صاحب المنزل: إنّ لى كلباً ينزل في كلّ ليله يحسّ المطر فيها إلى البيت، فلم يقبل منه المحقّق ذلك، و بات فوق السطح، فجاءه المطر في الليل، و تعجب المحقّق (٢).

ثم إنّ ما سيجيء في عدم جواز تصديق المنجم يراد به غير هذا، أو ينصرف إلى غيره؛ لما عرفت من معنى التنجيم.

الثالث:

الإخبار عن الحادثات و الحكم بها مستنداً إلى تأثير الاتصالات

ص: ٢٠٤

١- ١) كذا في «ف»، و في غيره: عن.

٢- ٢) وردت القضية في قصص العلماء: ٣٧٤-٣٧٥، فراجع.

المذكوره فيها بالاستقلال أو بالمدخلية، و هو المصطلح عليه بالتنجيم.

فظاهر الفتاوى و النصوص حرمة مؤكده، فقد أرسل المحقق فى المعتبر- عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه «من صدق منجماً أو كاهناً فقد كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه و آله و سلم» (١). و هو يدل على حرمة حكم المنجم بأبلغ وجه.

و فى روايه نصر بن قابوس، عن الصادق عليه السلام: «أن المنجم ملعون، و الكاهن ملعون، و الساحر ملعون» (٢).

و فى نهج البلاغه: أنه صلوات الله عليه لما أراد المسير إلى بعض أسفاره، فقال له بعض أصحابه: إن سرت فى هذا الوقت خشيت أن لا تظفر بمرادك من طريق علم النجوم-، فقال عليه السلام له: «أ تزعم أنك تهدى إلى الساعه التى من سار فيها انصرف عنه السوء؟ و تخوف الساعه التى من سار فيها حاق به الضر، فمن صدقك بهذا (٣)، فقد كذب القرآن، و استغنى عن الاستعانه بالله تعالى فى نيل المحبوب، و دفع المكروه (٤)...

إلى أن قال:- أيها الناس إياكم و تعلم النجوم إلا ما يهتدى به فى برّ أو بحر؛ فإنها تدعو إلى الكهانه [و المنجم كالكاهن (٥)] و الكاهن (٦)

ص: ٢٠٥

١- ١) المعتبر ٦٨٨: ٢.

٢- ٢) الوسائل ١٠٣: ١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

٣- ٣) فى غير «ف»: بهذا القول.

٤- ٤) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: المكروب.

٥- ٥) أثبتناه من المصدر.

٦- ٦) فى «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ش»: فالكاهن.

كالساحر، والساحر كالكافر، والكافر في النار... إلخ» (١).

و قريب منه ما وقع (٢) بينه وبين منجم آخر نهاه عن المسير أيضاً، فقال عليه السلام له: «أ تدرى ما فى بطن هذه الدابه أ ذكر أم أنتى؟ قال:

إِنْ حَسِبْتُ عَلِمْتَ، قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فَمَنْ صَدَّقَكَ بِهَذَا الْقَوْلِ فَقَدْ كَذَّبَ بِالْقُرْآنِ (٣) إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنزِلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ... الآية، ما كان محمد صلى الله عليه وآله وسلم يدعى ما ادعيت؛ أ تزعم أنك تهدي إلى الساعة التي من سار فيها صرف عنه السوء، و الساعة التي من سار فيها حاق به الضر؛ من صدقك [بهذا (٤)] استغنى [بقولك (٥)] عن الاستعانه بالله في هذا الوجه، و أحوج إلى الرغبه إليك فى دفع المكروه عنه» (٦).

و فى روايه عبد الملك بن أعين المرويه عن الفقيه:- «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى قد ابتليت بهذا العلم (٧) فأريد الحاجه، فإذا نظرت إلى الطالع و رأيت الطالع الشر جلست و لم أذهب فيها، و إذا

ص: ٢٠٦

١- ١) نهج البلاغه: ١٠٥، الخطبه ٧٩.

٢- ٢) فى «خ»، «م»، «ع»، «ص»: ما وقع بعينه، و شُطب فى «ن» على «بعينه».

٣- ٣) فى «ش» زياده: قال الله.

٤- ٤) أثبتنا «بهذا» من «ع» و هامش «ن»، «ص».

٥- ٥) أثبتنا «بقولك» من هامش «ن».

٦- ٦) الوسائل ٢٦٩: ٨، الباب ١٤ من أبواب آداب السفر إلى الحج و غيره، الحديث ٤، مع اختلاف.

٧- ٧) فى «ش» و المصدر: «بالنظر فى النجوم» بدل «بهذا العلم».

رأيت الطالع الخير ذهبت في الحاجه. فقال لي: تقضى؟ قلت: نعم، قال: أحرق كتبك» (١).

و في روايه مفضل بن عمر (٢) المرويه عن معاني الأخبار في قوله تعالى: وَإِذِ ابْتَلَىٰ إِبْرَاهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِمَاتٍ قَالَ: «وَأَمَّا الْكَلِمَاتُ، فَمِنْهَا مَا ذَكَرْنَاهُ، وَمِنْهَا الْمَعْرِفَةُ بِقَدَمِ بَارئِهِ وَتَوْحِيدِهِ وَتَنْزِيهِهِ عَنِ الشَّبِيهِ حَتَّىٰ نَظَرَ إِلَى الْكَوَاكِبِ وَالْقَمَرِ وَالشَّمْسِ وَاسْتَدَلَّ بِأُقُولٍ كُلِّ مِنْهَا عَلَىٰ حَدُوثِهِ وَبِحُدُوثِهِ عَلَىٰ مَحْدَثِهِ، ثُمَّ أَعْلَمَهُ (٣) أَنَّ الْحَكْمَ بِالنُّجُومِ خَطَأً» (٤).

ثم إن مقتضى الاستفصال في روايه عبد الملك المتقدمه بين القضاء بالنجوم بعد النظر و عدمه: أنه لا بأس بالنظر إذا لم يقض به بل أريد به مجرد التّفوّل إن فهم الخير، والتحدّر بالصدق إن فهم الشر، كما يدل عليه ما عن المحاسن، عن أبيه عن ابن أبي عمير، عن عمر بن أذينه (٥) عن سفيان بن عمر، قال: «كنت أنظر في النجوم و أعرفها و أعرف الطالع فيدخلني من ذلك شيء، فشكوت ذلك إلى

ص: ٢٠٧

-
- ١- (١) الفقيه ٢: ٢٦٧، الحديث ٢٤٠٢، و رواه في الوسائل ٨: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب آداب السفر إلى الحج، الحديث الأول.
 - ٢- (٢) في النسخ: «فضيل بن عمرو»، و الصحيح ما أثبتناه، طبقاً للمصدر.
 - ٣- (٣) كذا في «ف»، و في مصححه «ن»: «علم» و في سائر النسخ: «أعلم»، و في المصدر: «علمه».
 - ٤- (٤) معاني الأخبار: ١٢٧، باختلاف يسير.
 - ٥- (٥) في النسخ: «عمرو بن أذينه»، و الصواب ما أثبتناه، كما في كتب الأخبار و التراجم.

أبى الحسن (١) عليه السلام فقال: إذا وقع فى نفسك من ذلك (٢) شىء فتصدّق على أوّل مسكين، ثم امض، فإنّ الله تعالى يدفع عنك (٣).

و لو حكم بالنجوم على جهه أنّ مقتضى الاتصال الفلانى و الحركة الفلانية الحادثة الواقعيه، و إن كان الله يمحو ما يشاء و يثبت، لم يدخل أيضاً فى الأخبار الناهيه؛ لأنها ظاهره فى الحكم على سبيل البتّ، كما يظهر من قوله عليه السلام: «فمن صدّقك بهذا فقد استغنى عن الاستعانه بالله فى دفع المكروه» (٤) بالصدقه و الدعاء و غيرهما من الأسباب؛ نظير تأثير نحوسه الأيام الوارده فى الروايات، و ردّ نحوستها بالصدقه (٥).

إلّا أنّ جوازه مبنى على جواز اعتقاد الاقتضاء فى العلويات للحوادث السفليّة، و سيجىء إنكار المشهور لذلك، و إن كان يظهر ذلك من المحدث الكاشانى (٦).

و لو أخبر بالحوادث بطريق جريان العاده على وقوع الحادثة عند الحركة الفلانية من دون اقتضاء لها أصلاً، فهو أسلم.

ص: ٢٠٨

١- ١) فى المحاسن: أبى عبد الله عليه السلام.

٢- ٢) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: عن ذلك، و لم يرد فى المصدر.

٣- ٣) المحاسن: ٣٤٩، الحديث ٢٦، و الوسائل ٨: ٢٧٣، الباب ١٥ من أبواب آداب السفر، الحديث ٣.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحه: ٢٠٥.

٥- ٥) الوسائل ٨: ٢٧٢، الباب ١٥ من أبواب آداب السفر.

٦- ٦) يظهر ذلك ممّا أفاده فى بيان قول الصادق عليه السلام: «ما عظم الله بمثل البداء»، انظر الوافى، ٥٠٧: ١-٥٠٨، الباب ٥٠ أبواب معرفه مخلوقاته و أفعاله سبحانه.

قال فى الدروس: و لو أخبر بأنّ الله تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم، و إن كره (١)، انتهى.

الرابع:

اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات،

و الربط يتصور على وجوه:

الأول:

الاستقلال فى التأثير بحيث يمتنع التخلف عنها،

امتناع تخلف المعلول عن العله العقليه.

و ظاهر كثير من العبارات كون هذا كفراً.

قال السيد المرتضى رحمه الله فيما حكى عنه:-: و كيف يشتهه على مسلم بطلان أحكام النجوم (٢)؟ و قد أجمع المسلمون قديماً و حديثاً على تكذيب المنجمين و الشهاده بفساد مذهبهم و بطلان أحكامهم، و معلوم من دين الرسول ضرورةً تكذيب ما يدعيه المنجمون و الإزراء عليهم و التعجيز لهم، و فى الروايات عنه صلّى الله عليه و آله و سلم [من ذلك] (٣) ما لا يحصى كثره، و كذا عن علماء أهل بيته و خيار أصحابه، و ما اشتهر بهذه الشهره فى دين الإسلام، كيف يفتى بخلافه منتسب إلى المله و مصلّ

ص: ٢٠٩

١-١) الدروس ١٦٥:٣.

٢-٢) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: التنجيم.

٣-٣) أثبتناه من المصدر.

إلى قبله؟ (١)، انتهى.

وقال العلامة في المنتهى بعد ما أفتى بتحريم التنجيم و تعلم النجوم مع اعتقاد أنها مؤثره، أو أنّ لها مدخلاً في التأثير و النفع (٢) قال: و بالجمله، كل من اعتقد ربط الحركات النفسانية و الطبيعیه بالحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية كافر (٣)، انتهى.

و قال الشهيد رحمه الله في قواعده: كل من اعتقد في الكواكب أنّها مدبره لهذا العالم و موجه له، فلا ريب أنّه كافر (٤).

و قال في جامع المقاصد: و اعلم أنّ التنجيم مع اعتقاد أنّ للنجوم تأثيراً في الموجودات السفليّه و لو على وجه المدخله حرام، و كذا تعلم النجوم على هذا النحو، بل هذا الاعتقاد في نفسه كفر، نعوذ بالله منه (٥)، انتهى.

و قال شيخنا البهائي: ما زعمه المنجمون من ارتباط بعض الحوادث السفليه بالأجرام العلويه، إن زعموا أنّها هي العلة المؤثره في تلك الحوادث بالاستقلال، أو أنّها شريكه في التأثير (٦)، فهذا لا يحلّ للمسلم اعتقاده،

ص: ٢١٠

١-١) رسائل الشريف المرتضى (المجموعه الثانيه): ٣١٠.

٢-٢) في المصدر: أو أنّ لها مدخلاً في التأثير بالنفع و الضرر.

٣-٣) المنتهى ١٠١٤: ٢.

٤-٤) القواعد و الفوائد ٢: ٣٥.

٥-٥) جامع المقاصد ٤: ٣٢.

٦-٦) لم يرد «التأثير» في أصل النسخ، لكنّه استدرک في هامش بعضها.

و علم النجوم المبتنى (١) على هذا كفر، و على هذا حمل ما ورد من التحذير عن علم النجوم و النهى عن اعتقاد صحته (٢)، انتهى.

و قال فى البحار: لا- نزاع بين الأئمّه فى أنّ من اعتقد أنّ الكواكب هى المدبّرّه لهذا العالم و هى الخالقّه لما فيه من الحوادث و الخيرات و الشرور، فإنّه يكون كافراً على الإطلاق (٣)، انتهى.

و عنه فى موضع آخر: أنّ القول بأنّها علّه فاعليه بالإرادّه و الاختيار و إن توقف تأثيرها على شرائط أخر كفر (٤)، انتهى.

بل ظاهر الوسائل نسبه دعوى ضروره الدين على بطلان التنجيم و القول بكفر معتقده إلى جميع علمائنا، حيث قال: قد صرح علماءنا بتحريم علم النجوم و العمل بها و بكفر من اعتقد تأثيرها أو مدخليتها فى التأثير، و ذكروا أنّ بطلان ذلك من ضروريات الدين (٥)، انتهى.

بل يظهر من المحكى عن ابن أبى الحديد أنّ الحكم كذلك عند علماء العامه أيضاً، حيث قال فى شرح نهج البلاغه: إنّ المعلوم ضروره من الدين إبطال حكم النجوم، و تحريم الاعتقاد بها، و النهى و الزجر عن تصديق المنجمين، و هذا معنى قول أمير المؤمنين عليه السلام: «فمن صدّقك

ص: ٢١١

١- ١) فى «ف»، «ن»، «خ»، «م»، «ع»: المبنى.

٢- ٢) الحديقه الهلاليه: ١٣٩.

٣- ٣) البحار ٢٩٩: ٥٩-٣٠٠.

٤- ٤) البحار ٣٠٨: ٥٨.

٥- ٥) الوسائل ١٠١: ١٢، فى هامش عنوان الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به.

بهذا فقد كذب القرآن، واستغنى عن الاستعانه بالله» (1)، انتهى.

ثم لا فرق في أكثر العبارات المذكوره بين رجوع الاعتقاد المذكور إلى إنكار الصانع جلّ ذكره كما هو مذهب بعض المنجّمين و بين تعطيله تعالى عن التصرف في الحوادث السفليه بعد خلق الأجرام العلويه على وجه تتحرك على النحو المخصوص، سواء قيل بقدمها كما هو مذهب بعض آخر أم قيل بحدوثها و تفويض التدبير إليها كما هو المحكى عن ثالث منهم و بين أن لا يرجع إلى شىء من ذلك، بأن يعتقد أنّ حركه الأفلاك تابعه لإرادته الله، فهى مظاهر لإرادته الخالق تعالى، و مجبوله على الحركه على طبق اختيار الصانع جلّ ذكره كالآله أو بزياده أنّها مختاره باختيار هو عين اختياره، تعالى عما يقول الظالمون! لكن ظاهر ما تقدم فى بعض الأخبار من أنّ المنجّم بمنزله الكاهن الذى هو بمنزله الساحر الذى هو بمنزله الكافر (2) من عدا الفرق الثلاث الأول؛ إذ الظاهر عدم الإشكال فى كون الفرق الثلاث من أكفر الكفار، لا بمنزلتهم.

و منه يظهر: أنّ ما رتبّه عليه السلام على تصديق المنجّم: من كونه تكذيباً للقرآن و كونه موجباً للاستغناء عن الاستعانه بالله فى جلب الخير و دفع الشر، يراد منه إبطال قوله، بكونه مستلزماً لما هو فى الواقع مخالف للضروره من كذب القرآن و الاستغناء عن الله كما هو طريقه

ص: ٢١٢

١-١) شرح نهج البلاغه ٢١٢:٦.

٢-٢) تقدم نصه عن نهج البلاغه فى الصفحه: ٢٠٥.

كَلَّ مستدلّ: من إنهاء بطلان التالى إلى ما هو بديهى البطلان عقلاً أو شرعاً أو حساً أو عادة و لا يلزم من مجرد ذلك الكفر، و إنّما يلزم ممن التفت إلى الملازمه و اعترف باللائم، و إلّما فكل من أفتى بما هو مخالف لقول الله واقعاً إما لعدم تفتنه لقول الله، أو لدلالته يكون مكذباً للقرآن.

و أمّا قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «من صدق منجماً أو كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمد» (١)، فلا يدلّ أيضاً على كفر المنجم، و إنّما يدلّ على كذبه، فيكون تصديقه تكديباً للشارع المكذب له؛ و يدلّ عليه عطف «الكاهن» عليه.

و بالجمله، فلم يظهر من الروايات تكفير المنجم بالمعنى الذى تقدم للتنجيم فى صدر عنوان المسأله كفراً حقيقياً؛ فالواجب الرجوع فيما يعتقد المنجم إلى ملاحظه مطابقتة لأحد (٢) موجبات الكفر من إنكار الصانع، أو غيره ممّا علم من الدين بديهه.

و لعله لذا اقتصر الشهيد فيما تقدم من القواعد (٣) فى تكفير المنجم على من يعتقد فى الكواكب أنّها مدبّره لهذا العالم و موجد له، و لم يكفّر غير هذا الصنف كما سيجىء تتمه كلامه السابق و لا شك أنّ هذا الاعتقاد إنكار، إما للصانع، و إما لما هو ضرورى الدين من فعله تعالى، و هو إيجاد العالم و تدبيره.

ص: ٢١٣

١-١) تقدم عن المعبر فى الصفحه: ٢٠١.

٢-٢) كذا فى النسخ، و المناسب: لإحدى.

٣-٣) تقدم فى الصفحه: ٢١٠.

بل الظاهر من كلام بعض (١) اصطلاح لفظ «التنجيم» فى الأول، قال السيد شارح النخبه: إنَّ المنجّم من يقول بقدم الأفلاك و النجوم، و لا- يقولون بمفلكك و لا خالق؛ و هم فرقه من الطبيعيين يستمطرون بالأنواء (٢) معدودون من فرق الكفر فى مسفورات الخاصه و العامه، يعتقدون فى الإنسان أنّه كسائر الحيوانات يأكل و يشرب و ينكح ما دام حياً، فإذا مات بطل و اضمحلّ، و ينكرون جميع الأصول الخمسه، انتهى. ثم قال رحمه الله: و أما هؤلاء الذين يستخرجون بعض أوضاع السيارات و ربّما يتخرصون عليها بأحكام مبهمه متشابهه ينقلونها تقليداً لبعض ما وصل إليهم من كلمات الحكماء الأقدمين مع صحه عقائدهم الإسلاميه فغير معلوم دخولهم فى المنجّمين الذين ورد فيهم من المطاعن ما ورد (٣)، انتهى.

أقول: فيه (٤) مضافاً إلى عدم انحصار الكفار من المنجّمين فى

ص: ٢١٤

١- ١) الظاهر أنّ المراد به السيد شارح النخبه فى ظاهر كلامه الآتى.

٢- ٢) فى مجمع البحرين (١: ٤٢٢ نوا): الأنواء، و هى جمع «نوء» بفتح نون و سكون واو فهمزه، و هو النجم. قال أبو عبيده نقلاً عنه- هى ثمانيه و عشرون نجماً، معروفه المطالع فى أزمنه السنه إلى أن قال:- و كانت العرب فى الجاهليه إذا سقط منها نجم و طلع الآخر، قالوا: لا- بدّ أن يكون عند ذلك رياح و مطر، فينسبون كل غيث يكون عند ذلك إلى النجم الذى يسقط حيثذ، فيقولون: «مُطِرْنَا بنوء كذا»، و انظر لسان العرب ١٤: ٣١٦ نوا.

٣- ٣) شرح النخبه للسيد عبد الله، حفيد السيد نعمه الله الجزائرى (لا يوجد لدينا).

٤- ٤) فى «ف»: أقول لكن فيه.

من ذكر، بل هم على فرق ثلاث كما أشرنا إليه؛ وسيجيء التصريح به من البحار في مسأله السحر-: أن النزاع المشهور بين المسلمين في صحة التنجيم و بطلانه هو المعنى الذى ذكره أخيراً كما عرفت من جامع المقاصد (١)-، و المطاعن الوارده فى الأخبار المتقدمه و غيرها كلها أو جلها على هؤلاء، دون المنجم بالمعنى الذى ذكره أولاً.

و ملخص الكلام: أن ما ورد فيهم من المطاعن لا صراحه فيها بكفرهم، بل ظاهر ما عرفت خلافه.

و يؤيده ما رواه فى البحار عن محمد و هارون ابنى سهل النوبختى أنهما كتبا إلى أبى عبد الله عليه السلام: «نحن ولد نوبخت المنجم، و قد كنا كتبنا إليك هل يحل النظر فيها؟ فكتبت: نعم، و المنجمون يختلفون فى صفه الفلك، فبعضهم يقولون: إن الفلك فيه النجوم و الشمس و القمر إلى أن قال-: فكتب عليه السلام: نعم ما لم يخرج من التوحيد» (٢).

الثانى

الثانى (٣):

أنها (٤) تفعل الآثار المنسوبة إليها و الله سبحانه هو المؤثر الأعظم،

ص: ٢١٥

١- ١) تقدم كلامه فى الصفحه: ٢٠٦.

٢- ٢) البحار ٢٥٠: ٥٨، الحديث ٣٦.

٣- ٣) أى الوجه الثانى من الوجوه المتصوره فى اعتقاد ربط الحركات الفلكيه بالكائنات.

٤- ٤) مرجع الضمير إما «النجوم» المعلوم من المقام، و إما «الحركات الفلكيه» المذكوره بعد قوله: الرابع.

كما يقوله بعضهم، على ما ذكره العلامة وغيره.

قال العلامة في محكى شرح فصّ الياقوت (١):

اختلف قول المنجمين على قولين، أحدهما: قول من يقول إنها حيّه مختاره، الثانى: قول من يقول إنها موجه. و القولان باطلان (٢).

وقد تقدم عن المجلسى رحمه الله: أنّ القول بكونها فاعله بالإرادته والاختيار وإن توقف تأثيرها على شرائط أخر كفر (٣) وهو ظاهر أكثر العبارات المتقدمه.

ولعل وجهه أنّ نسبه الأفعال التى دلت ضروره الدين على استنادها إلى الله تعالى كالخلق والرزق والإحياء والإماتة وغيرها إلى غيره تعالى مخالف لضروره الدين.

لكن ظاهر شيخنا الشهيد فى القواعد العدم، فإنه بعد ما ذكر الكلام الذى نقلناه منه سابقاً، قال: وإن اعتقد أنّها تفعل الآثار المنسوبة إليها والله سبحانه هو المؤثر الأعظم فهو مخطئ؛ إذ لا حياه

ص: ٢١٦

١- ١) قال العلامة قدس سرّه فى مقدمه الشرح ما لفظه: «وقد صنف شيخنا الأقدم وإمامنا الأعظم، أبو إسحاق إبراهيم بن نوبخت قدس روحه الزكيه ونفسه العليه مختصراً سمّاه: الياقوت». وأورده فى الذريعه (٢٧١: ٢٥) بعنوان: الياقوت، و ذكر اختلاف الأقوال فى اسم مؤلفه؛ إلى أن قال: «و على الياقوت شروح منها للعلامة اسمه: أنوار الملكوت... ومنها شرح عبد الحميد المعتزلى ابن أبى الحديد، قال فى الرياض: فى البال أنّها تسمى: فصّ الياقوت».

٢- ٢) أنوار الملكوت: ١٩٩.

٣- ٣) تقدّم فى الصفحه: ٢١١.

لهذه الكواكب ثابتة بدليل عقلى و لا نقلى (١)، انتهى.

و ظاهره أنّ عدم القول بذلك لعدم المقتضى له، و هو الدليل، لا لوجود المانع منه، و هو انعقاد الضروره على خلافه، فهو ممكن غير معلوم الوقوع.

و لعل وجهه: أنّ الضرورى عدم نسبه تلك الأفعال إلى فاعل مختار باختيار مستقل مغاير لاختيار الله كما هو ظاهر قول المفوضه أما استنادها إلى الفاعل بإرادته الله المختار بعين مشيئته و اختياره حتى يكون كآله بزياده الشعور و قيام الاختيار به بحيث يصدق: أنه فعله و فعل الله فلا؛ إذ المخالف للضروره إنكار نسبه الفعل إلى الله تعالى على وجه الحقيقه، لا إثباته لغيره أيضاً بحيث يصدق: أنه فعله.

نعم، ما ذكره الشهيد رحمه الله من عدم الدليل عليه حق؛ فالقول به تخرّص، و نسبه فعل الله إلى غيره بلا دليل، و هو قبيح.

و ما ذكره قدس سرّه كأنّ مأخذه ما فى الاحتجاج عن هشام بن الحكم، قال: «سأل الزنديق أبا عبد الله عليه السلام فقال: ما تقول فى من يزعم أنّ هذا التدبير الذى يظهر فى هذا العالم تدبير النجوم السبعه؟ قال عليه السلام: يحتاجون إلى دليل أنّ هذا العالم الأكبر و العالم الأصغر من تدبير النجوم التى تسبح فى الفلك و تدور حيث دارت متعبه (٢) لا تفترو سائرته لا تقف ثم قال: وإنّ لكلّ (٣) نجم منها مؤكل مدبّر، فهى

ص: ٢١٧

١-١) القواعد و الفوائد ٢:٣٥.

٢-٢) كذا فى المصدر و مصححه «ف»، و فى «ش»: منقبه، و فى سائر النسخ: سبعه.

٣-٣) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: و إنّ كلّ نجم منها مؤكل مدبّر.

بمنزله العبيد المأمورين المنهيين؛ فلو كانت قديمه أزيله لم تتغير من حال إلى حال...الخبر» (١).

و الظاهر، أنّ قوله: «بمنزله العبيد المأمورين المنهيين» يعنى فى حركاتهم، لا- أنّهم مأمورون بتدبير العالم بحركاتهم، فهى مُدبّره باختياره المنبعث عن أمر الله تعالى.

نعم، ذكر المحدث الكاشانى فى الوافى فى توجيه البداء كلاماً، ربما يظهر منه مخالفه المشهور، حيث قال:

فاعلم أنّ القوى المنطبعه الفلكيه لم تحط بتفاصيل ما سيقع من الأمور دفعه واحده؛ لعدم تناهى تلك الأمور، بل إنّما تنقش فيها الحوادث شيئاً فشيئاً، فإنّ ما يحدث فى عالم الكون و الفساد إنّما هو من لوازم حركات الأفلاك و نتائج بركاتهما، فهى تعلم أنّه كلّما كان كذا كان كذا (٢) انتهى موضع الحاجه.

و ظاهره أنّها فاعله بالاختيار لملزومات الحوادث.

و بالجمله، فكفر المعتقد بالربط على هذا الوجه الثانى لم يظهر من الأخبار و مخالفته (٣) لضروره الدين لم يثبت أيضاً؛ إذ ليس المراد العليّه التامه، كيف! و قد حاول المحدث الكاشانى بهذه المقدمات إثبات البداء.

الثالث:

استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار.

ص: ٢١٨

١-١ (١) الاحتجاج ٩٣:٢-٩٤.

٢-٢ (٢) الوافى ٥٠٧:١-٥٠٨، الباب ٥٠ من أبواب معرفه مخلوقاته و أفعاله سبحانه.

٣-٣ (٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: مخالفتها.

و ظاهر كلمات كثير ممن تقدم كون هذا الاعتقاد كفراً، إلا أنه قال شيخنا المتقدم في القواعد بعد الوجهين الأولين: و أما ما يقال من استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار و غيرها من العاديات بمعنى أن الله تعالى أجرى عادته أنها إذا كانت على شكل مخصوص أو وضع مخصوص يفعل (١) ما ينسب إليها، و يكون ربط المسببات بها كربط مسببات الأدوية و الأغذية بها مجازاً باعتبار الربط العادى، لا الربط العقلى الحقيقى فهذا لا يكفر معتقده (٢) لكنه مخطئ، و إن كان أقل خطأ من الأول؛ لأن وقوع هذه الآثار عندها ليس بدائم و لا أكثرى (٣)، انتهى (٤).

و غرضه من التعليل المذكور: الإشارة إلى عدم ثبوت الربط العادى؛ لعدم ثبوته بالحس كالحرارته الحاصله بسبب النار و الشمس، و بروده القمر و لا بالعاده الدائمه و لا الغالبه؛ لعدم العلم بتكرر الدفعات كثيراً حتى يحصل العلم أو الظن.

ثم على تقديره، فليس فيه دلالة على تأثير تلك الحركات فى الحوادث، فلعل الأمر بالعكس، أو كلاتهما مستندتان إلى مؤثر ثالث، فتكونان من المتلازمين فى الوجود.

ص: ٢١٩

١-١) كذا فى النسخ، و فى المصدر: تفعل.

٢-٢) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: بمعتقده.

٣-٣) كذا فى المصدر و «خ» و «ش»، إلا أن فيه بدل «أكثرى»: «أكثر»، و فى سائر النسخ كما يلى: لأن وقوع هذه الأشياء ليس بلازم و لا أكثرى.

٤-٤) القواعد و الفوائد ٢:٣٥.

و بالجمله، فمقتضى ما ورد من أنه «أبى الله أن يجرى الأشياء إلّا بأسبابها» (١) كون كلّ حادث مسبباً. و أما أنّ السبب هي الحركة الفلكية أو غيرها، فلم يثبت، و لم يثبت أيضاً كونه مخالفاً لضروره الدين.

بل في بعض الأخبار ما يدل بظاهره على ثبوت التأثير للكواكب، مثل ما في الاحتجاج، عن أبان بن تغلب في حديث اليماني الذي دخل على أبي عبد الله عليه السلام و سمّاه باسمه الذي لم يعلمه أحد، و هو سعد فقال له: «يا سعد و ما صناعتك؟ قال: إنا أهل بيت ننظر في النجوم إلى أن قال عليه السلام: - ما اسم النجم الذي إذا طلع هاجت الإبل؟ قال: ما أدري (٢) قال: صدقت. قال: ما اسم النجم الذي إذا طلع هاجت البقر؟ قال: ما أدري، قال: صدقت. فقال: ما اسم النجم الذي إذا طلع هاجت الكلاب؟ قال: ما أدري، قال: صدقت (٣). فقال:

ما زحل عندكم؟ فقال سعد: نجم نحس! فقال أبو عبد الله عليه السلام:

لا تقل هذا، هو نجم أمير المؤمنين عليه السلام، و هو نجم الأوصياء،

ص: ٢٢٠

١- ١) الكافي ١: ١٨٣، الحديث ٧، و فيه: إلّا بأسباب.

٢- ٢) في المصدر: «فقال اليماني لا أدري» و كذا ما بعده.

٣- ٣) وردت العبارة في «ش» و المصدر من هنا إلى آخر هذه الفقرة كما يلي: «صدقت في قولك: لا أدري، فما زحل عندكم في النجوم؟ فقال سعد (اليماني): نجم نحس، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا تقل هذا، فإنّه نجم أمير المؤمنين، و هو نجم الأوصياء، و هو النجم الثاقب الذي قال الله تعالى في كتابه».

و هو النجم الذى قال الله تعالى: النَّجْمُ الثَّاقِبُ « (١).

و فى روايه المدائنى المرويه عن الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إِنَّ اللَّهَ خَلَقَ نَجْمًا فِي الْفَلَكَ السَّابِعِ، فَخَلَقَهُ مِنْ مَاءٍ بَارِدٍ، وَخَلَقَ سَائِرَ النُّجُومِ الْجَارِيَاتِ مِنْ مَاءٍ حَارٍّ، وَهُوَ نَجْمُ الْأَوْصِيَاءِ وَالْأَنْبِيَاءِ، وَهُوَ نَجْمُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَأْمُرُ بِالْخُرُوجِ مِنَ الدُّنْيَا وَالزَّهْدِ فِيهَا، وَيَأْمُرُ بِافْتِرَاشِ التُّرَابِ وَتَوَسُّدِ اللَّبَنِ وَلِبَاسِ الْخَشْنِ وَأَكْلِ الْجَشْبِ؛ وَ مَا خَلَقَ اللَّهُ نَجْمًا أَقْرَبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مِنْهُ...الخبر» (٢).

و الظاهر، أنّ أمر النجم بما ذكر من المحاسن كناية عن اقتضائه لها.

الرابع:

أن يكون ربط الحركات بالحوادث من قبيل ربط الكاشف بالمكشوف

(٣)

، و الظاهر أنّ هذا الاعتقاد لم يقل أحد بكونه كفرًا.

قال شيخنا البهائى رحمه الله بعد كلامه المتقدم (٤) الظاهر فى تكفير من قال بتأثير الكواكب أو مدخليتها ما هذا لفظه:

و إن قالوا: إنّ اتصالات تلك الأجرام و ما يعرض لها من الأوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم، مما يوجد الله سبحانه بقدرته و إرادته، كما أنّ حركات النبض و اختلافات أوضاعه علامات يستدل بها الطبيب على ما يعرض للبدن: من قرب الصحة، و اشتداد

ص: ٢٢١

١- (١) الاحتجاج ٢: ١٠٠، و الآيه من سوره الطارق: ٣.

٢- (٢) روضه الكافى: ٢٥٧، الحديث ٣٦٩.

٣- (٣) كذا فى «ف» و فى غيره: و المكشوف.

٤- (٤) تقدم فى الصفحه: ٢١٠.

المرض، ونحوه، وكما يستدل باختلاج بعض الأعضاء على بعض الأحوال المستقبله، فهذا لا مانع منه ولا حرج في اعتقاده، وما روى في صحه علم النجوم و جواز تعلمه محمول على هذا المعنى (١)، انتهى.

و مما (٢) يظهر منه خروج هذا عن مورد طعن العلماء على المنجمين ما تقدم من قول العلامة رحمه الله إن المنجمين بين قائل بحياه الكواكب و كونها فاعله مختاره، و بين من قال إنَّها موجب (٣).

و يظهر ذلك من السيد رحمه الله حيث قال بعد إطاله الكلام في التشنيع عليهم ما هذا لفظه المحكى: و ما فيهم أحد يذهب إلى أن الله تعالى أجرى العاده بأن يفعل عند قرب بعضها من بعض، أو بعده أفعالاً من غير أن يكون للكواكب أنفسها تأثير في ذلك. قال: و من ادعى منهم هذا المذهب الآن، فهو قائل بخلاف ما ذهب إليه القدماء و متجمل (٤) بهذا المذهب عند أهل الإسلام (٥)، انتهى.

لكن ظاهر المحكى عن ابن طاوس: إنكار السيد رحمه الله لذلك، حيث إنه بعد ما (٦) ذكر أن للنجوم (٧) علامات و دلالات على الحادثات،

ص: ٢٢٢

١- ١) الحديقه الهلاليه: ١٣٩.

٢- ٢) كذا في «خ» و «ش»، و في سائر النسخ: ممن.

٣- ٣) تقدم في الصفحه: ٢١٦.

٤- ٤) في «خ» و «م»: متحمل، و في مصححه «ص»: متحل.

٥- ٥) رسائل الشريف المرتضى (المجموعه الثانيه): ٣٠٢، و حكاه في مفتاح الكرامه ٤: ٧٦.

٦- ٦) عبارته «إنه بعد ما» من «ف» و «ش» فقط.

٧- ٧) في «ن» و «خ»: النجوم.

لكن يجوز للقادر الحكيم تعالى أن يغيرها بالبرّ والصدقه والدعاء وغير ذلك من الأسباب، و جَوَزَ تعلم علم النجوم والنظر فيه والعمل به إذا لم يعتقد أنّها مؤثّره، وحمل أخبار النهى على ما إذا اعتقد أنّها كذلك ثم (١) أنكر على علم الهدى تحريم ذلك، ثم ذكر لتأييد ذلك أسماء جماعه من الشيعة كانوا عارفين به، انتهى (٢).

و ما ذكره رحمه الله حق إلّا أنّ مجرد كون النجوم دلالات و علامات لا يجدى مع عدم الإحاطه بتلك العلامات و معارضاتها، و الحكم مع عدم الإحاطه لا يكون قطعياً، بل و لا ظنياً.

و السيد علم الهدى إنّما أنكر من المنجم أمرين:

أحدهما اعتقاد التأثير و قد اعترف به ابن طاوس.

و الثانى غلبه الإصابه فى أحكامهم كما تقدّم منه ذلك فى صدر المسأله (٣) و هذا أمر معلوم بعد فرض عدم الإحاطه بالعلامات و معارضاتها.

و لقد أجاد شيخنا البهائى أيضاً، حيث أنكر الأمرين، و قال بعد كلامه المتقدم فى إنكار التأثير و الاعتراف بالأماره و العلامه- :اعلم أنّ الأمور التى يحكم بها المنجمون من الحوادث الاستقباليه أصول، بعضها مأخوذه من أصحاب الوحي سلام الله عليهم، و بعضها يدعون لها التجربه،

ص: ٢٢٣

١- ١) لم ترد «ثم» فى «ش».

٢- ٢) انتهى ما حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:٧٤) ملخصاً عن السيد ابن طاوس فى كتاب فرج المهموم، و أنظر الباب الأوّل منه إلى الباب الخامس.

٣- ٣) فى الصفحه: ٢٠٢.

و بعضها مبتنٍ على أمور متشعبه (١) لا تفي القوّه البشريه بضبطها و الإحاطه بها، كما يومئ إليه قول الصادق عليه السلام: «كثيره لا يدرك و قليله لا يُنتج» (٢)، و لذلك وُجد الاختلاف في كلامهم و تَطَرَّق الخَطَأ إلى بعض أحكامهم، و من اتفق له الجرى على الأصول الصحيحه صح كلامه و صدقت أحكامه لا محاله، كما نطق به الصادق عليه السلام، و لكن هذا أمر عزيز المنال لا يظفر به إلّا القليل، و الله الهادي إلى سواء السبيل (٣)، انتهى.

و ما أفاده رحمه الله أولاً من الاعتراف بعدم بطلان كون الحركات الفلكيه أمارات و علامات، و آخراً من عدم النفع في علم النجوم إلّا مع الإحاطه التامه، هو الذي صرح به الصادق عليه السلام في روايه هشام الآتية (٤) بقوله: «إنّ أصل الحساب حق، و لكن لا يعلم ذلك إلّا من علم مواليد الخلق».

و يدلّ أيضاً على كلّ من الأمرين، الأخبار المتكثره.

فما يدلّ على الأوّل، و هو ثبوت الدلاله و العلامه (٥) في الجملة (٦).

ص: ٢٢٤

١- ١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: منشعبه.

٢- ٢) الوسائل ١٠١: ١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل، و فيه: و قليله لا ينتفع به.

٣- ٣) الحديث الهالقيه: ١٤١.

٤- ٤) تأتي في الصفحه: ٢٣١.

٥- ٥) في «ف»: و العلاميه.

٦- ٦) عبارته «في الجملة» من «ش» فقط.

مضافاً إلى ما تقدم من روايه سعد المنجم (١) المحموله بعد الصرف عن ظاهرها الدالّ على سببيه طلوع الكواكب لهيجان الإبل و البقر و الكلاب على كونه أماره و علامه عليه المرويّ في الاحتجاج عن (٢) روايه الدهقان المنجم الذي استقبل أمير المؤمنين حين خروجه إلى نهران، فقال له عليه السلام: «يومك هذا يوم صعب، قد انقلب منه كوكب، و انقذ من برجك النيران، و ليس لك الحرب بمكان» فقال عليه السلام له: «أيها الدهقان المنبئ عن الآثار، المحذّر عن الأقدار».

ثم سأله عن مسائل كثيره من النجوم، فاعترف الدهقان بجهلها إلى أن قال عليه السلام له: أما قولك: «انقذ من برجك النيران، فكان الواجب أن تحكم به لي، لا- عَلَيَّ، أمّا نوره و ضياؤه فعندي، و أمّا حريقه و لهبه فذهب عني، فهذه مسأله عميقه، فاحسبها إن كنت حاسباً» (٣).

و في روايه أخرى: أنه عليه السلام قال له: «احسبها إن كنت عالماً بالأكوار و الأدوار، قال: لو علمت هذا لعلمت أنك تُحصي عقود القصب في هذه الأجمه» (٤).

و في الروايه الآتية (٥) لعبد الرحمن بن سيابه: «هذا حساب إذا

ص: ٢٢٥

١-١) تقدمت في الصفحه: ٢٢٠.

٢-٢) كذا في النسخ، و المناسب: من.

٣-٣) الاحتجاج ٣٥٦-١: ٣٥٧.

٤-٤) فرج المهموم: ١٠٤، و عنه البحار ٢٣١: ٥٨، ذيل الحديث ١٣.

٥-٥) يأتي صدرها في الصفحه: ٢٢٦.

حسبه الرجل و وقف عليه عرف القصبة التي في وسط الأجمه و عدد ما عن يمينها و عدد ما عن يسارها و عدد ما خلفها و عدد ما أمامها، حتى لا يخفى عليه شيء من قصب الأجمه» (١).

و في البحار: وجد في كتاب عتيق، عن عطاء، قال: «قيل لعليّ ابن أبي طالب عليه السلام: هل كان للنجوم أصل؟ قال: نعم، نبى من الأنبياء قال له قومه: إننا لا نؤمن بك حتى تعلمنا بدء الخلق و آجالهم (٢). فأوحى الله عزّ و جلّ إلى غمامه، فأمطرتهم [و استنقع حول الجبل (٣)] ماءً صافٍ (٤)، ثم أوحى الله عزّ و جلّ إلى الشمس و القمر و النجوم أن تجرى في [ذلك (٥)] الماء. ثم أوحى الله عزّ و جلّ إلى ذلك النبي أن يرتقى هو و قومه على الجبل فقاموا على الماء، حتى عرفوا بدء الخلق و آجالهم بمجاري (٦) الشمس و القمر و النجوم و ساعات الليل و النهار، و كان أحدهم يعرف متى يموت، و متى يمرض، و من ذا الذي يولد له، و من ذا الذي لا يولد له، فبقوا كذلك برهه من دهرهم.

ثم إنّ داود على نبينا و آله و عليه السلام قاتلهم على الكفر، فأخرجوا إلى

ص: ٢٢٦

-
- ١-١) الكافي ٨: ١٩٥، الحديث ٢٣٣، و فيه: «حتى لا يخفى عليه من قصب الأجمه واحده».
 - ٢-٢) في البحار: آجاله، و كذا في ما يأتي.
 - ٣-٣) ما بين المعقوفتين من «ش» و المصدر.
 - ٤-٤) كذا في المصدر، و في النسخ: ماءً صافياً.
 - ٥-٥) أثبتناه من المصدر.
 - ٦-٦) في أكثر النسخ: و مجارى.

داود عليه السلام فى القتال من لم يحضر أجله، و من حضر أجله خلفوه فى بيوتهم، فكان يُقتل من أصحاب داود و لا يُقتل من هؤلاء أحد، فقال داود: ربُّ أقاتل على طاعتك و يقاتل هؤلاء على معصيتك، يُقتل أصحابى و لا يُقتل من هؤلاء أحد! فأوحى الله عزَّ و جلَّ إليه: أنى علمتهم بدء الخلق و آجالهم، و إنما أخرجوا إليك من لم يحضره (١) أجله، و من حضر أجله خلفوه فى بيوتهم، فمن ثمَّ يُقتل من أصحابك و لا يُقتل منهم أحد، قال داود عليه السلام: ربُّ على ماذا علمتهم؟ قال: على مجارى الشمس و القمر و النجوم و ساعات الليل و النهار، قال: فدعا الله عزَّ و جلَّ فحبس الشمس عليهم فزاد النهار و اختلطت الزيادة بالليل و النهار (٢) فلم يعرفوا قدر الزيادة فاختلف حسابهم. قال على عليه السلام: فمن ثمَّ كره النظر فى علم النجوم» (٣).

و فى البحار أيضاً عن الكافى بالإسناد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سُئل عن النجوم، فقال: لا يعلمها إلا أهل بيت من العرب

ص: ٢٢٧

١- ١) فى «ف»، «خ» و «م»: لم يحضر.
٢- ٢) فى «ش»: «فزاد فى النهار، و اختلطت الزيادة فى الليل و النهار و لم يعرفوا...» و مثله فى مصححه «ص»، و فى سائر النسخ: «فزاد فى الليل و النهار، و لم يعرفوا...» و ما أثبتناه مطابق لما أورده فى البحار، و أمَّا عبارته فرج المهموم فهكذا: «فزاد الوقت و اختلط الليل بالنهار، فاختلف حسابهم...».

٣- ٣) البحار ٢٣٦: ٥٨، الحديث ١٧، نقلاً عن فرج المهموم: ٢٣، مع اختلافات اخرى غير ما أشرنا إليها.

و أهل بيت من الهند» (١).

و بالإسناد (٢) عن محمد بن سالم (٣) قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام (٤):

قوم يقولون النجوم أصح من الرؤيا و كان ذلك صحيحاً (٥) حين لم يردّ الشمس على يوشع بن نون و أمير المؤمنين عليه السلام، فلما ردّ الله الشمس عليهما ضل فيها (٦) علماء (٧) النجوم» (٨).

و خبر يونس، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك! أخبرني عن علم النجوم ما هو؟ قال (٩): علم من علوم الأنبياء، قال

ص: ٢٢٨

١- (١) البحار ٢٤٣:٥٨، الحديث ٢٣ عن الكافي ٣٣٠:٨، الحديث ٥٠٨، و رواه في الوسائل ١٠٣:١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

٢- (٢) ظاهر العبارة: أنّ هذا الحديث أيضاً مثل سابقه نقله في البحار عن الكافي، و ليس كذلك، بل نقله في البحار عن فرج المهموم بإسناده عن الكليني في كتاب تعبير الرؤيا.

٣- (٣) كذا في النسخ، و في البحار: «محمد بن سام» و في فرج المهموم: «محمد بن غانم».

٤- (٤) كذا في البحار أيضاً، لكن في فرج المهموم هكذا: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: عندنا قوم يقولون: النجوم أصح من الرؤيا؟ فقال عليه السلام: كان ذلك صحيحاً قبل أن ترد الشمس... إلخ».

٥- (٥) في البحار: و ذلك كانت صحيحه.

٦- (٦) لم ترد «فيها» في «فرج المهموم»، و الظاهر أنّها زائده.

٧- (٧) في البحار: علوم علماء النجوم.

٨- (٨) البحار ٢٤٢:٥٨، الحديث ٢٢، نقلاً عن فرج المهموم: ٨٧.

٩- (٩) في البحار: فقال: هو علم من علم الأنبياء، و في فرج المهموم: فقال: هو علم الأنبياء.

فقلت: كان على بن أبي طالب عليه السلام يعلمه؟ قال: كان أعلم الناس به... الخبير» (١).

و خبر الريان (٢) بن الصلت، قال: «حضر عند أبي الحسن الرضا عليه السلام الصباح بن نصر الهندي، و سأله عن النجوم، فقال: هو علم في أصله حق (٣) و ذكروا أنّ أول من تكلم به (٤) إدريس على نبينا و آله و عليه السلام و كان ذو القرنين به (٥) ماهراً؛ و أصل هذا العلم من الله (٦) عزّ و جلّ» (٧).

و عن معلّى بن خنيس، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن النجوم أحقّ هي؟ فقال: نعم، إنّ الله عزّ و جلّ بعث المشتري إلى الأرض في صورته رجل، فأتى (٨) رجلاً من العجم فعلمه (٩) فلم يستكملوا ذلك،

ص: ٢٢٩

-
- ١- ١) كذا في النسخ، و الظاهر زيادته: «الخبير»؛ إذ الحديث مذکور بتمامه، انظر البحار ٥٨: ٢٣٥، الحديث ١٥، و فرج المهموم: ٢٣ ٢٤.
 - ٢- ٢) كذا في «ف»، و في غيره: ريان.
 - ٣- ٣) في البحار و مصدره: هو علم في أصل صحيح.
 - ٤- ٤) في البحار و مصدره: تكلم في النجوم.
 - ٥- ٥) كذا في «ش» و فرج المهموم، و في سائر النسخ: بها.
 - ٦- ٦) في البحار: من عند الله.
 - ٧- ٧) البحار ٥٨: ٢٤٥، الحديث ٢٦، نقلاً عن فرج المهموم: ٩٤.
 - ٨- ٨) كذا في النسخ، و في المصدر: فأخذ.
 - ٩- ٩) إلى هنا من روايه «المعلّى» و ما بعده من روايه «الريان بن الصلت» السابقة، و قد حصل الخلط بينهما، راجع المصدر السابق، و الكافي ٨: ٣٣٠، الحديث ٥٠٧، و الوسائل ١٠٢: ١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

فأتى بلد الهند فعلم رجلاً منهم، فمن هناك صار علم النجوم [بها (١)]، وقد قال قوم: هو علم من علوم الأنبياء، خصوا به لأسباب شتى، فلم يستدرك المنجمون الدقيق منها، فشاب الحق بالكذب» (٢).

إلى غير ذلك مما يدل على صحة علم النجوم في نفسه.

و أما ما دل على كثرة الخطأ و الغلط في حساب المنجمين،

اشاره

فهى كثيره:

منها: ما تقدم في الروايات السابقه،

مثل قوله عليه السلام في الروايه الأخيره: «فشاب الحق بالكذب»، وقوله عليه السلام: «ضلّ فيها علماء النجوم» (٣)، وقوله عليه السلام في تخطئه ما ادّعه المنجم من أنّ زحل عندنا كوكب نحس-: «إنّه كوكب أمير المؤمنين و الأوصياء صلوات الله و سلامه عليه و عليهم» (٤).

و تخطئه أمير المؤمنين عليه السلام للدهقان الذى حكم بالنجوم بنحوسه اليوم الذى خرج فيه أمير المؤمنين عليه السلام (٥).

و منها: خبر عبد الرحمن بن سبابه،

قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

جعلت فداك! إنّ الناس يقولون: إنّ النجوم لا يحلّ النظر فيها، و هى تعجبني؛ فإن كانت تضرّ بدينى، فلا حاجه لى فى شىء يضرّ بدينى،

ص: ٢٣٠

١-١) الزيادة من البحار.

٢-٢) انظر الهامش رقم (٩) فى الصفحه السابقه.

٣-٣) ذيل روايه محمد بن سالم، المتقدمه آنفاً.

٤-٤) ذيل حديث اليماني، المتقدم فى الصفحه: ٢٢٢.

٥-٥) تقدمت فى الصفحه: ٢٢٥.

و إن كانت لا تضرّ بديني فوالله إنّى لأشتهيها و أشتهى النظر فيها (١)؟ فقال: ليس كما يقولون، لا تضرّ بدینک، ثم قال: إنّکم تنظرون فی شیء كثيره لا يدرك و قليله لا ينفع...الخبر» (٢).

و منها: خبر هشام،

قال: «قال لی أبو عبد الله عليه السلام: كيف بصرک بالنجوم؟ قلت: ما خلّفت بالعراق أبصر بالنجوم منى»، ثم سأله عن أشياء لم يعرفها، ثم قال: «فما بال العسكرين يلتقيان فى هذا حاسب و فى ذاك حاسب، فيحسب هذا لصاحبه بالظفر، و يحسب هذا لصاحبه بالظفر، فيلتقيان فيهزم أحدهما الآخر، فأين كانت النجوم؟ قال: فقلت: [لا (٣)] أو الله ما أعلم ذلك. قال: فقال عليه السلام: صدقت، إنّ أصل الحساب حق، و لكن لا يعلم ذلك إلّا من علم مواليد الخلق كلهم» (٤).

و منها: المروى فى الاحتجاج،

عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث أنّ زنديقاً قال له: ما تقول فى علم النجوم؟ قال عليه السلام: «هو علم قلت منفعه و كثرت مضارّه [لأنّه (٥)] لا يدفع به المقدور و لا يتقى به المحذور، إنّ خبر المنجم بالبلاء لم ينجّه التحرز عن (٦) القضاء، و إنّ خبر

ص: ٢٣١

١- ١) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: النظر إليها.

٢- ٢) الوسائل ١٠١: ١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٣- ٣) من المصدر.

٤- ٤) الوسائل ١٠٢: ١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٥- ٥) من المصدر.

٦- ٦) فى المصدر: من.

هو بخير لم يستطع تعجيله، وإن حدث به سوء لم يمكنه صرفه، والمنجّم يضاد الله في علمه بزعمه أنه يرد قضاء الله عن خلقه...الخبر» (١).

إلى غير ذلك من الأخبار الداله على أنّ ما وصل إليه المنجّمون أقل قليل من أمارات الحوادث من دون وصول إلى معارضاتها.

و من تتبع هذه الأخبار لم يحصل له ظنّ بالأحكام المستخرجه عنها، فضلاً عن القطع.

نعم، قد يحصل من تجربه المنقوله خلفاً عن سلف الظنّ بل العلم بمقارنه حادث من الحوادث لبعض الأوضاع الفلكيه.

فالأولى، التجنب عن الحكم بها، ومع الارتكاب فالأولى الحكم على سبيل التقريب، وأنه لا يبعد أن يقع كذا عند كذا.

والله المسدّد.

ص: ٢٣٢

١- (١) الاحتجاج ٢: ٩٥، و رواه في الوسائل ١٠٤: ١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

المسأله السابعه حفظ كتب الضلال

حرام فى الجملة بلا خلاف، كما فى التذكره و عن المنتهى (١).

و يدلّ عليه مضافاً إلى حكم العقل بوجوب قطع ماده الفساد، و الذمّ المستفاد من قوله تعالى: **وَمِنَ الدّٰاسِ مَن يَشْتَرِى لَهٗوُ** **الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللّٰهِ (٢)** و الأمر بالاجتناب عن قول الزور (٣):-

قوله عليه السلام فى ما تقدم من روايه تحف العقول: «إنّما حرّم الله تعالى الصناعه التى يجىء منها الفساد محضاً... إلخ»، بل قوله عليه السلام قبل ذلك:

«أو ما يقوى به الكفر فى جميع وجوه المعاصى، أو باب يوهن به الحق... إلخ» (٤).

ص: ٢٣٣

١-١) التذكره ٥٨٢:١، المنتهى ١٠١٣:٢.

٢-٢) لقمان:٦.

٣-٣) فى قوله تعالى: **وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ الْحَجَّ:٣٠.**

٤-٤) تقدمت فى أول الكتاب.

وقوله عليه السلام في روايه عبد الملك المتقدمه حيث شكّا إلى الصادق عليه السلام: «أنى ابتليت بالنظر فى النجوم، فقال عليه السلام:

أ تقضى؟ قلت: نعم، قال: أحرق كتبك» (١) بناءً على أنّ الأمر للوجوب دون الإرشاد للخلاص من الابتلاء بالحكم بالنجوم.

و مقتضى الاستفصال فى هذه الروايه: أنّه إذا لم يترتب على إبقاء كتب الضلال مفسده لم يحرم.

و هذا أيضاً مقتضى ما تقدم من إناطه التحريم بما يجيء منه الفساد محضاً.

نعم، المصلحه الموهومه أو المحقّقه النادره لا اعتبار بها، فلا يجوز الإبقاء بمجرد احتمال ترتب مصلحه على ذلك مع كون الغالب ترتب المفسده، و كذلك المصلحه النادره الغير المعتد بها.

و قد تحصيل من ذلك: أنّ حفظ كتب الضلال لا يحرم إلّا من حيث ترتب مفسده الضلاله قطعاً أو احتمالاً قريباً، فإن لم يكن كذلك أو كانت المفسده المحقّقه معارضه بمصلحه أقوى، أو عارضت المفسده المتوقعه مصلحه أقوى، أو أقرب وقوعاً منها، فلا دليل على الحرمة، إلّا أن يثبت إجماع، أو يلتزم بإطلاق عنوان معقد نفى الخلاف الذى لا يقصر عن نقل الإجماع.

ص: ٢٣٤

١- ١) الوسائل ٢٤٨: ٨، الباب ١٤ من أبواب آداب السفر إلى الحجّ، الحديث الأوّل، و تقدمت فى الصفحه: ٢٠٦-٢٠٧.

و حينئذٍ فلا- بدّ من تنقيح هذا العنوان و أنّ المراد بالضلال ما يكون باطلاً- في نفسه؟ فالمراد الكتب المشتمله على المطالب الباطله، أو أنّ المراد به مقابل الهدايه؟ فيحتمل أن يراد بكتبه ما وضع لحصول الضلال، و أن يراد ما أوجب الضلال و إن كان مطالبها حقّه، كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتمله على ظواهر منكره يدّعون أنّ المراد غير ظاهرها، فهذه أيضاً كتب ضلال على تقدير حقيّتها.

ثم (١) الكتب السماويه المنسوخه غير المحرّفه لا تدخل في كتب الضلال.

و أمّا المحرّفه كالتوراه و الإنجيل على ما صرّح به جماعه (٢) فهي داخله في كتب الضلال بالمعنى الأوّل بالنسبه إلينا، حيث إنّها لا توجب للمسلمين بعد بداهه نسخها ضلاله، نعم، توجب الضلاله لليهود و النصارى قبل نسخ دينهما (٣)، فالأدله المتقدمه لا تدلّ على حرمة حفظها (٤).

قال رحمه الله في المبسوط في باب الغنيمه من الجهاد-: فإن كان في المغنم كُتُبٌ، نُظِرَ، فإن كانت مباحه يجوز إقرار اليد عليها

ص: ٢٣٥

١- ١) في «ص»: نعم.

٢- ٢) منهم العلّامه في التذكره ١: ٥٨٢، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ١٢، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٢٦.

٣- ٣) في «ف»، «خ»، «م»، «و» «ن»: دينها.

٤- ٤) في «ف»: حفظهما.

مثل كتب الطب و الشعر و اللغه و المكاتبات فجميع ذلك غنيمه، و كذلك المصاحف و علوم الشريعة، الفقه و الحديث؛ لأنّ هذا مال يباع و يشتري، و إن كانت كتباً لا يحل إمساكها كالكفر و الزندقه و ما أشبه ذلك فكلّ ذلك لا يجوز بيعه، فإن كان ينتفع بأوعيته كالجلود و نحوها فإنها غنيمه، و إن كان ممّا لا ينتفع بأوعيته كالكاغذ فإنّه يمزق و لا يحرق (١) إذ ما من كاغذ إلّا و له قيمه، و حكم التوراه و الإنجيل هكذا كالكاغذ، فإنّه (٢) يمزق؛ لأنّه كتاب مُعَيَّر مُبَدَّل (٣)، انتهى.

و كيف كان، فلم يظهر من معقد نفى الخلاف إلّا حرمة ما كان موجباً للضلال، و هو الذى دلّ عليه الأدلّه المتقدمه.

نعم، ما كان من الكتب جامعاً للباطل فى نفسه من دون أن يترتب عليه ضلاله لا يدخل تحت الأموال، فلا يقابل بالمال؛ لعدم المنفعه المحلله المقصوده فيه، مضافاً إلى آيتى «لهو الحديث» (٤) و«قول

ص: ٢٣٦

-
- ١ - ١) فى «ش» و «هامش ن»: «فإنّها تمزق و لا - تحرق»، و فى «ف»، «م» و «ع»: «فإنّها تمزق و تحرق»، و فى «ن» و «خ»: «فإنّها تمزق و تحرق»، و الصواب ما أثبتناه من مصححه «ن» و المصدر.
 - ٢ - ٢) كذا فى المبسوط أيضاً، و المناسب تشنيه الضمائر، كما لا يخفى.
 - ٣ - ٣) المبسوط ٣٠: ٢، مع حذف بعض الكلمات.
 - ٤ - ٤) لقمان: ٦.

الزور» (١)، أما وجوب (٢) إتلافها فلا دليل عليه.

و ممّا ذكرنا ظهر حكم تصانيف المخالفين في الأصول و الفروع و الحديث و التفسير و أصول الفقه، و ما دونها من العلوم؛ فإنّ المناطق في وجوب الإتلاف جريان الأدلّه المتقدّمه؛ فإنّ الظاهر عدم جريانها في حفظ شيء من تلك الكتب إلّا القليل ممّا ألف في خصوص إثبات الجبر و نحوه، و إثبات تفضيل الخلفاء أو فضائلهم، و شبه ذلك.

و ممّا ذكرنا أيضاً يعرف وجه ما استثنوه في المسأله من الحفظ للنقض و الاحتجاج على أهلها، أو الاطلاع على مطالبهم ليحصل به التقيه أو غير ذلك.

و لقد أحسن جامع المقاصد، حيث قال: إنّ فوائد الحفظ كثيره (٣).

و ممّا ذكرنا أيضاً يعرف حكم ما لو كان بعض الكتاب موجباً للضلال؛ فإنّ الواجب رفعه و لو بمحو جميع الكتاب، إلّا أن يزاحم مصلحه وجوده لمفسده وجود الضلال.

و لو كان باطلاً في نفسه كان خارجاً عن الماليه، فلو قوبل بجزء

ص: ٢٣٧

١- ١) الحجّ: ٣٠.

٢- ٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في أصل النسخ: «حرمة إتلافها»، و الظاهر أنّها من غلط النساخ أو من سهو القلم.

٣- ٣) جامع المقاصد ٢٦: ٤.

من العوض المبذول، يبطل المعاوضه بالنسبه إليه.

ثم الحفظ المحرّم يراد به الأعم من الحفظ بظهر القلب، و النسخ، و المذاكره، و جميع ما له دخل في بقاء المطالب المضلّه.

ص: ٢٣٨

المسألة الثامنة الرشوه

إشاره

حرام، و في جامع المقاصد و المسالك: أن على تحريمها إجماع المسلمين (١).

و يدل عليه: الكتاب (٢)، و السنه.

و في المستفيضه: «أنه كفر بالله العظيم، أو شرك».

ففي روايه الأصمغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام، قال: «أيما والٍ احتجب عن حوائج الناس، احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه، و إن أخذ هديّه كان غلواً، و إن أخذ رشوه فهو مشرك (٣)» (٤).

ص: ٢٣٩

- ١-١) جامع المقاصد ٣٥:٤، المسالك ١٣٦:٣.
- ٢-٢) قوله تعالى: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» البقره: ١٨٨، قال الجوهري: قوله تعالى: «وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ» يعنى الرشوه، انظر الصحاح ٢٣٤٠:٦ «دلو».
- ٣-٣) كذا في «ف» و المصدر، و في النسخ: فهو شرك.
- ٤-٤) الوسائل ٦٣:١٢، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

و عن الخصال في الصحيح عن عمّار بن مروان، قال: «كُلُّ شَيْءٍ غُلِّ من الإمام فهو سُحْتٌ، و السحت أنواع كثيرة، منها: ما أصيب من أعمال الولاة الظلمه، و منها: أُجور القضاة، و أُجور الفواجر، و ثمن الخمر، و النبيذ المسكر، و الربا بعد البينه، و أمّا الرشا في الأحكام يا عمّار فهو الكفر باللّه العظيم» (١). و مثلها رواه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (٢).

و في روايه يوسف بن جابر: «لعن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم مَنْ نظر إلى فرج امرأه لا تحلّ له، و رجلاً خان أخاه في امرأته، و رجلاً احتاج الناس إليه لفقّه فسألهم الرشوه» (٣).

و ظاهر هذه الروايه سؤال الرشوه لبذل فقّهه، فتكون ظاهره (٤) في حرمه أخذ الرشوه للحكم بالحق أو للنظر في أمر المترافعين، ليحكم بعد ذلك بينهما بالحق من غير اجره.

و هذا المعنى هو ظاهر تفسير الرشوه في القاموس بالجعل (٥)، و إليه

ص: ٢٤٠

-
- ١ - ١) الخصال ٣٢٩:١، باب الستة، الحديث ٢٦، و فيه: «فأمّا الرشا يا عمّار في الأحكام، فإنّ ذلك الكفر باللّه العظيم و برسوله»، و رواه في الوسائل ١٢:٦٤، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.
 - ٢ - ٢) الوسائل ١٨:١٦٢، الباب ٨ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٣.
 - ٣ - ٣) الوسائل ١٨:١٦٣، الباب ٨ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٥.
 - ٤ - ٤) في النسخ: فيكون ظاهراً.
 - ٥ - ٥) القاموس المحيط ٤:٣٣٤.

نظر المحقق الثانى، حيث فسر فى حاشيه الإرشاد (1) الرشوه بما يبذله المتحاكمان (2).

و ذكر فى جامع المقاصد: أنّ الجعل من المتحاكمين للحاكم رشوه (3)، [و هو صريح الحلى أيضاً فى مسأله تحريم أخذ الرشوه مطلقاً و إعطائها، إلّا إذا كان على إجراء حكم صحيح، فلا يحرم على المعطى (4).

هذا، (5) [و لكن عن مجمع البحرين: قلما تستعمل الرشوه إلّا فيما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشيه باطل (6).

و عن المصباح: هى ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد (7).

و عن النهايه: أنّها الوصله إلى الحاجه بالمصانعه، و الرشى: الذى يعطى ما يعينه على الباطل، و المرتشى: الآخذ، و الرائش: هو الذى يسعى بينهما، يستزيد لهذا و [يستنقص (8) لهذا (9).

ص: ٢٤١

١-١) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٠٦، و فيه: ما يبذله أحد المتخاصمين.

٢-٢) فى «ش»: أحد المتحاكمين.

٣-٣) جامع المقاصد ٣٧:٤.

٤-٤) السرائر ١٦٦:٢.

٥-٥) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «ف».

٦-٦) مجمع البحرين ١٨٤:١.

٧-٧) المصباح المنير ٢٢٨:١.

٨-٨) كذا فى المصدر، و فى النسخ: يُنقص.

٩-٩) النهايه لابن الأثير ٢٢٦:٢.

وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ عَمُومِ الرِّشَا لِمَطْلُوقِ الْجَعْلِ عَلَى الْحُكْمِ مَا تَقَدَّمَ فِي رِوَايَةِ عِمَارِ بْنِ مَرْوَانَ (١) مِنْ جَعْلِ الرِّشَاءِ فِي الْحُكْمِ مَقَابِلًا لِأَجُورِ الْقَضَاءِ، خُصُوصًا بِكَلِمَةِ «أَمَّا».

نعم، لا- يختص بما يبذل على خصوص الباطل، بل يعم ما يبذل لحصول غرضه، وهو الحكم له حقاً كان أو باطلاً، وهو ظاهر ما تقدم عن المصباح و النهاية.

و يمكن حمل روايه يوسف بن جابر (٢) على سؤال الرشوه للحكم للراشى حقاً أو باطلاً- أو يقال: إنَّ المراد الجُعل، فأُطلق عليه الرشوه تأكيداً للحرمة.

و منه يظهر حرمة أخذ الحاكم للجُعل من المتحاكمين مع تعيين الحكومه عليه، كما يدلُّ عليه قوله عليه السلام: «احتاج الناس إليه لفقهاء» (٣).

و المشهور المنع مطلقاً، بل في جامع المقاصد: دعوى النص و الإجماع (٤)، و لعله لحمل الاحتياج في الروايه على الاحتياج إلى نوعه، و لإطلاق ما تقدّم (٥) في روايه عمّار بن مروان: من جعل أجور القضاء

ص: ٢٤٢

١-١) تقدمت في الصفحة: ٢٤٠.

٢-٢) تقدمت في الصفحة: ٢٤٠.

٣-٣) ذيل روايه يوسف بن جابر المتقدمه في الصفحة: ٢٤٠.

٤-٤) ظاهر العبارة يفيد: أنّ في جامع المقاصد دعوى النصّ و الإجماع على الحرمة مطلقاً، سواء تعين عليه الحكم أو لا، لكن الموجود فيه ادعاء النصّ و الإجماع على مطلق الحرمة، انظر جامع المقاصد ٤:٣٦.

٥-٥) في «ف» ما يلي: «...و لإطلاق ما تقدّم، و يدلُّ أيضاً على حرمة الجعل ما تقدّم في روايه عمّار بن مروان... إلخ».

من السحت (١) بناءً على أنّ الأجر في العرف يشمل الجعل وإن كان بينهما فرق عند المشرع.

و ربّما يستدلّ على المنع بصحيحه ابن سنان، قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاضٍ بين قريتين (٢) يأخذ على القضاء الرزق من السلطان، قال عليه السلام: ذلك السحت» (٣).

و فيه: أنّ ظاهر الرواية كون القاضي منصوباً من قبل السلطان، الظاهر بل الصريح في سلطان الجور؛ إذ ما يؤخذ من العادل لا يكون سحتاً قطعاً، ولا شك أنّ هذا المنسوب غير قابل للقضاء، فما يأخذه سيحت من هذا الوجه. و لو فرض كونه قابلاً للقضاء لم يكن رزقه من بيت المال أو من جائزه السلطان محرماً قطعاً، فيجب إخراجه عن العموم.

إلّا أن يقال: إنّ المراد الرزق من غير بيت المال، وجعله على القضاء بمعنى المقابله قرينه على إرادته العوض.

و كيف كان، فالأولى في الاستدلال على المنع ما ذكرناه.

خلافاً لظاهر المقنعه (٤) و المحكى عن القاضي (٥) من (٦) الجواز.

ص: ٢٤٣

١-١) تقدّمت في الصفحه: ٢٤٠.

٢-٢) في «ن» و «ش»: فريقيين.

٣-٣) الوسائل ١٦١: ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث الأوّل.

٤-٤) المقنعه: ٥٨٨، و كلامه صريح في جواز أخذ الأجر، فراجع.

٥-٥) المهذب ٣٤٦: ١.

٦-٦) كذا في «ف»، و لم ترد «من» في سائر النسخ.

و لعله (١) للأصل، و ظاهر روايه حمزه بن حمران، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من استأكل بعلمه افتقر، قلت: إن في شيعتك قوماً يتحملون علومكم و يثونها في شيعتكم فلا يُعدّون منهم البرّ و الصله و الإكرام؟ فقال عليه السلام: ليس أولئك بمستأكلين، إنّما ذاك الذي يفتى بغير علم و لا هدى من الله، ليبتل به الحقوق، طمعاً في حطام الدنيا... الخير» (٢).

و اللام في قوله: «ليبتل به الحقوق» إمّا للغايه أو للعاقبه، و على الأول: فيدلّ على حرمه أخذ المال في مقابل الحكم بالباطل، و على الثاني: فيدلّ على حرمه الانتصاب للفتوى من غير علم طمعاً في الدنيا.

و على كل تقدير، فظاهرها حصر الاستيكال المذموم في ما كان لأجل الحكم بالباطل، أو مع عدم معرفه الحقّ، فيجوز الاستيكال مع الحكم بالحق.

و دعوى كون الحصر إضافياً بالنسبه إلى الفرد الذي ذكره السائل فلا يدلّ إلّا على عدم الذم على هذا الفرد، دون كلّ من كان غير المحصور فيه خلاف الظاهر.

و فضل في المختلف، فجوّز أخذ الجعل و الأجره مع حاجه القاضى

ص: ٢٤٤

١-١) لم يرد في «ف».

٢-٢) كذا في النسخ و الظاهر زياده: «الخبر»؛ إذ الحديث مذکور بتمامه، انظر الوسائل ١٠٢: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٢، و معانى الأخبار: ١٨١.

و عدم تعين القضاء عليه، و منعه مع غناه أو عدم الغنى عنه (١).

و لعل اعتبار عدم تعين القضاء لما تقرر عندهم من حرمة الأجره على الواجبات العينيه، و حاجته لا تسوّغ أخذ الأجره عليها، و إنّما يجب على القاضى و غيره رفع حاجته من وجوه أُخر.

و أمّا اعتبار الحاجه، فلظهور اختصاص أدلّه المنع بصوره الاستغناء، كما يظهر بالتأمّل فى روايتى يوسف و عمّار المتقدمتين (٢).

و لا مانع من التكسب بالقضاء من جهه و جوبه الكفائى، كما هو أحد الأقوال فى المسأله الآتیه فى محلها إن شاء الله.

و أمّا الارتزاق من بيت المال، فلا إشكال فى جوازه للقاضى مع حاجته، بل مطلقاً إذا رأى الإمام المصلحه فيه، لما سيجىء من الأخبار الوارده فى مصارف الأراضى الخراجيه.

و يدلّ عليه ما كتبه أمير المؤمنين عليه السلام إلى مالك الأشر من قوله عليه السلام: «و افسح له أى للقاضى فى البذل (٣) ما يزيح علته و تقلّ معه حاجته إلى الناس» (٤).

و لا فرق بين أن يأخذ الرزق من السلطان العادل، أو من الجائر، لما سيجىء من حليّه بيت المال لأهله و لو خرج من يد الجائر.

ص: ٢٤٥

١-١ (١) المختلف: ٣٤٢.

٢-٢ (٢) تقدمتا فى الصفحه: ٢٤٠.

٣-٣ (٣) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: بالبذل.

٤-٤ (٤) نهج البلاغه: ٤٣٥، الكتاب ٥٣.

و أما ما تقدم في صحيحه ابن سنان (١)، من المنع من أخذ الرزق من السلطان، فقد عرفت الحال فيه.

و أما الهدية، و هي ما يبذله على وجه الهبة ليورث الموّده الموجه للحكم له حقاً كان أو باطلاً و إن لم يقصد المبدول له الحكم إلماً بالحق إذا عرف و لو من القرائن أنّ الأوّل (٢) قصد الحكم له على كلّ تقدير، فيكون الفرق بينها و بين الرشوه: أنّ الرشوه تبذل لأجل الحكم، و الهدية تبذل لإيراث الحب المحرّك له على الحكم على وفق مطلبه فالظاهر حرمتها؛ لأنّها رشوه أو بحكمها بتنتيخ المناطق.

و عليه يحمل ما تقدم من قول أمير المؤمنين عليه السلام: «و إن أخذ يعنى الوالى هديه كان غلواً» (٣) و ما ورد من «أنّ هدايا العمّال غلول» (٤)، و فى آخر: «سُحّت» (٥).

و عن عيون الأخبار، عن مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى تفسير قوله تعالى أَكَالُونَ لِلسُّحْتِ (٦) قال

ص: ٢٤٦

١- ١) فى الصفحه: ٢٤٣.

٢- ٢) فى هامش «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و «ش»: الباذل (خ ل).

٣- ٣) راجع الصفحه: ٢٣٩.

٤- ٤) أو ردهما فى المبسوط (٨: ١٥١) عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم بلفظ: «هدية العمال..». و فى الوسائل عن أمالى الطوسى مسنداً، عن جابر، عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم أنّه قال: «هدية الأمراء غلول»، انظر الوسائل ١٨: ١٦٣، الباب ٨ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٦.

٥- ٥) أو ردهما فى المبسوط (٨: ١٥١) عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم بلفظ: «هدية العمال..». و فى الوسائل عن أمالى الطوسى مسنداً، عن جابر، عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم أنّه قال: «هدية الأمراء غلول»، انظر الوسائل ١٨: ١٦٣، الباب ٨ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٦.

٦- ٦) المائده: ٤٢.

«هو الرجل يقضى لأخيه حاجته، ثم يقبل هديته» (١).

و للروايه توجيهات تكون الروايه على بعضها محموله على ظاهرها من التحريم، و على بعضها محموله على المبالغه فى رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجه إليه، لئلا يقع فى الرشوه يوماً.

و هل تحرم الرشوه فى غير الحكم؟ بناءً على صدقها كما يظهر ممّا تقدم عن المصباح و النهايه (٢) كأن يبذل له مالاً على أن يصلح أمره عند الأمير.

فإن كان أمره منحصراً فى المحرم أو مشتركاً بينه و بين المحلل لكن بذل على إصلاحه حراماً أو حلالاً، فالظاهر حرمة لا لأجل الرشوه لعدم الدليل عليه عدا بعض الإطلاقات المنصرف إلى الرشا فى الحكم بل لأنه أكلٌ للمال بالباطل، فتكون الحرمة هنا لأجل الفساد، فلا يحرم القبض فى نفسه، وإنما يحرم التصرف لأنه باقٍ على ملك الغير.

نعم، يمكن أن يستدل على حرمة بفحوى إطلاق ما تقدم فى هديّته الولاه و العمال (٣).

ص: ٢٤٧

١-١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢:٢٨، الباب ٣١، الحديث ١٦، و رواه عنه فى الوسائل ١٢:٦٤، الباب ٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١، و فيهما: يقضى لأخيه الحاجه.

٢-٢) تقدم فى الصفحه: ٢٤١.

٣-٣) يعنى به روايتى أصبغ و عمّار المتقدمتين فى أوّل العنوان، و ما تقدّم آنفاً من أن: «هدايا العمال غلول».

و أما بذل المال على وجه الهدية الموجهه لقضاء الحاجة المباحه فلا حظر فيه، كما يدل عليه ما ورد في أنّ الرجل يبذل الرشوه ليتحرك من منزله ليسكنه؟ قال: «لا بأس» (١).

و المراد المنزل المشترك، كالمدرسه و المسجد و السوق و نحوها.

و ممّا يدلّ على التفصيل في الرشوه بين الحاجه المحرّمه و غيرها، روايه الصيرفي، قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام و سأله حفص الأعمور، فقال: «إنّ عمّال (٢) السلطان يشترون منّا القرب و الإداوه (٣) فيوكّلون الوكيل حتى يستوفيه منّا، فترشوه حتى لا يظلمنا؟ فقال: لا بأس بما تصلح به مالك. ثم سكت ساعه، ثم قال: إذا أنت رشوته يأخذ منك أقلّ من الشرط؟ قلت: نعم، قال: فسدت رشوتك» (٤).

و ممّا يُعدُّ من الرشوه أو يلحق بها المعامله المشتمله على المحاباه كبيعه من القاضى ما يساوى عشره دراهم بدرهم.

فإن لم يقصد من المعامله إلّا المحاباه التى فى ضمنها، أو قصد المعامله لكن جعل المحاباه لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل ما تواطئا عليه من الشروط غير المصرّح بها فى العقد-

ص: ٢٤٨

١- ١) الوسائل ٢٠٧: ١٢، الباب ٨٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، و نص الحديث كما يلى: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرشو الرجل الرشوه على أن يتحول من منزله فيسكنه؟ قال: لا بأس به».

٢- ٢) لم يرد فى المصدر.

٣- ٣) كذا، و فى الوسائل: الأداوى، و هو جمع إداوه: إناء صغير من جلد.

٤- ٤) الوسائل ٤٠٩: ١٢، الباب ٣٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

فهى الرشوه.

و إن قصد أصل المعامله و حابى فيها لجلب قلب القاضى،فهو كالهديّه ملحقه بالرشوه.

و فى فساد المعامله المحابى فيها وجه قوى.

ثم إنّ كلّ ما حكم بحرمة أخذه و جب على الآخذ ردّه و ردّ بدله مع التلف إذا قصد مقابله بالحكم،كالجعل و الأجره حيث حكم بتحريمهما.

و كذا الرشوه؛لأنها حقيقه جعل على الباطل؛و لذا فسره (١) فى القاموس بالجعل (٢).

و لو لم يقصد بها المقابله،بل أعطى مجاناً ليكون داعياً على الحكم و هو المسمّى بالهديه فالظاهر عدم ضمانه؛لأنّ مرجعه إلى هبه مجانيه فاسده،إذ الداعى لا يعدّ عوضاً،و«ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده».

و كونها من «السحت»إنّما يدلّ على حرمة الآخذ،لا على الضمان.

و عموم «على اليد»مختصّ بغير اليد المتفرعه على التسليط المجانى؛ و لذا لا يضمن بالهبه الفاسده فى غير هذا المقام.

و فى كلام بعض المعاصرين (٣):أنّ احتمال عدم الضمان فى الرشوه

ص: ٢٤٩

١- ١) كذا فى النسخ،و المناسب:فسرها.

٢- ٢) القاموس المحيط ٤:٣٣٤،مادّه «الرشوه».

٣- ٣) لم نقف عليه،نعم استشكل صاحب الجواهر فى الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة،باعتبار تسليطه،انظر الجواهر

٢٢:١٤٩.

مطلقاً غير بعيد معللاً بتسليط المالك عليها مجاناً، قال: ولأنها تشبه المعاوضه، و«ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده».

ولا يخفى ما بين تعليبيه من التنافى؛ لأنّ شبهها بالمعاوضه يستلزم الضمان؛ لأنّ المعاوضه الصحيحه توجب ضمان كل منهما ما وصل إليه بعوضه الذي دفعه، فيكون مع الفساد مضموناً بعوضه الواقعي، وهو المثل أو القيمه. وليس في المعاوضات ما لا يضمن بالعوض بصحيحه حتّى لا يضمن بفساده.

نعم، قد يتحقق عدم الضمان في بعض المعاوضات بالنسبه إلى غير العوض، كما أنّ العين المستأجره غير مضمونه في يد المستأجر بالإجاره؛ فربّما يدعى: أنّها غير مضمونه إذا قبض بالإجاره الفاسده.

لكن هذا كلام آخر (1) والكلام في ضمان العوض بالمعاوضه الفاسده.

والتحقيق: أنّ كونها معاوضه أو شبيهه بها وجه لضمان العوض فيها، لا لعدم الضمان.

ص: ٢٥٠

١ - ١) في هامش «ش» هنا ما يلي: قد ثبت فسادها بما ذكرناه في باب الغصب من أنّ المراد من «ما لا يضمن بصحيحه» أن يكون عدم الضمان مستنداً إلى نفس العقد الصحيح، لمكان «الباء». وعدم ضمان العين المستأجره ليس مستنداً إلى الإجاره الصحيحه، بل إلى قاعده الأمانه المالكيه و الشرعيه؛ لكون التصرف في العين مقدمه لاستيفاء المنفعه مأذوناً فيه شرعاً، فلا يترتب عليه الضمان، بخلاف الإجاره الفاسده؛ فإنّ الإذن الشرعي فيها مفقود، والإذن المالكى غير مثمر؛ لكونه تبعياً، و لكونه لمصلحه القابض، فتأمل، كذا في بعض النسخ.

لو ادعى الدافع أنها هديه ملحقه بالرشوه فى الفساد و الحرمة، و ادعى القابض أنها هبه صحيحه لداعى القربه أو غيرها،احتمل تقديم الأول؛لأنّ الدافع أعرف بنيته،و لأصالة الضمان فى اليد إذا كانت الدعوى بعد التلف.و الأقوى تقديم الثانى،لأنه يدعى الصحه.

و لو ادعى الدافع أنها رشوه أو اجره على المحرم،و ادعى القابض كونها هبه صحيحه،احتمل أنه كذلك؛لأنّ الأمر يدور بين الهبه الصحيحه و الإجاره الفاسده.

و يحتمل العدم؛إذ لا-عقد مشترك هنا اختلفا فى صحته و فساده، فالدافع منكر لأصل العقد الذى يدّعيه القابض،لا لصحته،فيحلف على عدم وقوعه،و ليس هذا من مورد التداعى،كما لا يخفى (١).

و لو ادعى الدافع أنها رشوه،و القابض أنها هديه فاسده لدفع الغرم عن نفسه بناءً على ما سبق من أنّ الهدية المحرمة لا توجب الضمان ففى تقديم الأول لأصالة الضمان فى اليد،أو الآخر لأصالة عدم سبب الضمان و منع أصالة الضمان،وجهان

ص: ٢٥١

١-١) عبارته:«و ليس هذا من مورد التداعى كما لا يخفى»مشطوب عليها فى«ف».

أقواهما الأول؛ لأنّ عموم خبر «على اليد» [\(١\)](#) يقضى بالضمان، إلّا مع تسليط المالك مجاناً، والأصل عدم تحققه، وهذا حاكم على أصاله عدم سبب الضمان، فافهم.

ص: ٢٥٢

١ - ١) عوالى اللآلى ٢:٣٤٥، الحديث ١٠. ورواه عنه و عن تفسير أبى الفتوح، العلامه النورى فى مستدرک الوسائل ٧:١٤، الباب الأول من أبواب كتاب الوديعه، الحديث ١٢.

المسأله [التاسعه سبّ المؤمنين

حرام فى الجملة بالأدله الأربعة؛ لأنه ظلم و إيذاء و إذلال.

ففى روايه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر و أكل لحمه معصيه و حرمة ماله كحرمة دمه» (١).

و فى روايه السكونى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «سباب المؤمن كالمشرف على الهلكه» (٢).

و فى روايه أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «جاء رجل من تميم إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال له: أوصنى، فكان فيما أوصاه: لا تسبوا فتكتسبوا العداوه» (٣).

ص: ٢٥٣

١- ١) الوسائل ٦٠٩: ٨، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٢- ٢) الوسائل ٦١١: ٨، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٤.

٣- ٣) الوسائل ٦١٠: ٨، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢، و فيه: «فتكسبوا العداوه لهم»، و فى الكافى (٢: ٣٦٠): «فتكسبوا العداوه بينهم».

و فى روايه ابن الحجاج، عن أبى الحسن عليه السلام فى رجلين يتسابان، قال: «البادى منهما أظلم، و وزره على صاحبه ما لم يعتذر إلى المظلوم» (١).

و فى مرجع الضمائر اغتشاش، و يمكن الخطأ من الراوى.

و المراد و الله أعلم أنّ مثل وزر صاحبه عليه لإيقاعه إياه فى السبّ، من غير أن يخفف عن صاحبه شىء، فإذا اعتذر إلى المظلوم عن سبّه و إيقاعه إياه فى السبّ برأ من الوزرين.

ثم إنّ المرجع فى السبّ إلى العرف.

و فشره فى جامع المقاصد بإسناد ما يقتضى نقصه إليه، مثل الوضيع و الناقص (٢).

و فى كلام بعض آخر: أنّ السبّ و الشتم بمعنى واحد (٣).

و فى كلام ثالث: أنّ السبّ أن تصف الشخص بما هو إزراءٌ و نقص، فيدخل فى النقص كلُّ ما يوجب الأذى، كالقذف و الحقيير و الوضيع و الكلب و الكافر و المرتد، و التعبير بشىء من بلاء الله تعالى

ص: ٢٥٤

١- ١) الوسائل ٨: ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشرة، الحديث الأوّل، و فيه: «و وزره و وزر صاحبه عليه» و على هذا فلا اغتشاش فى الضمائر، كما لا يخفى. و على فرض صحه ما نقله قدّس سرّه يمكن التخلّص عمّا قاله من الاغتشاش بإرجاع ضمير «و وزره» على «السبّ» المستفاد من المقام، نظير قوله تعالى «اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى» .

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٢٧.

٣- ٣) صرّح به كاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): ٢٠.

كالأجذم والأبرص (١).

ثم الظاهر أنه لا يعتبر في صدق السبّ مواجهه المسبوب. نعم، يعتبر فيه قصد الإهانه و النقص، فالنسبه بينه و بين الغيبه عموم من وجه.

و الظاهر تعدد العقاب في ماده الاجتماع؛ لأنّ مجرد ذكر الشخص بما يكرهه لو سمعه و لو لا لقصد الإهانه غيبه محرمه، و الإهانه محرم آخر.

ثم إنه يستثنى من «المؤمن» المظاهر بالفسق، لما سيجيء في الغيبه (٢): من أنه لا حرمة له.

و هل يعتبر في جواز سبّه كونه من باب النهي عن المنكر فيشترط بشروطه، أم لا؟ ظاهر النصوص و الفتاوى كما في الروضه (٣) الثاني، و الأحوط الأوّل.

و يستثنى منه المبتدع أيضاً؛ لقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «إذا رأيتم أهل (٤) البدع من بعدى فأظهروا البراءه منهم، و أكثروا من سبّهم و الوقيعه فيهم» (٥).

و يمكن أن يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر المسبوب عرفاً، بأن لا يوجب قول هذا القائل في حقّه مذله و لا نقصاً، كقول الوالد لولده

ص: ٢٥٥

١- ١) قد وردت العبارة باختلاف يسير في مفتاح الكرامه ٤:٦٨ في تفسير السبّ من غير أن يسنده إلى أحد، فراجع.

٢- ٢) يجيء في الصفحة: ٣٤٣.

٣- ٣) الروضه البهيه ٩: ١٧٥.

٤- ٤) في المصدر: أهل الريب و البدع.

٥- ٥) الوسائل ١١: ٥٠٨، الباب ٣٩ من أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما، الحديث الأوّل، وفيه: «و أكثروا من سبّهم و القول فيهم و الوقيعه، و باهتوهم كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام.. إلخ».

أو السيد لعبده عند مشاهدته ما يكرهه: «يا حمار»، وعند غيظه:

«يا خبيث»، و نحو ذلك، سواء لم يتأثر المقول فيه (١) بذلك بأن لم يكرهه أصلاً أم تأثر به؛ بناءً على أنّ العبرة بحصول الذلّ و النقص فيه عرفاً.

و يشكل الثاني بعموم أدلّه حرمة الإيذاء (٢).

نعم، لو قال السيد ذلك في مقام التأديب جاز؛ لفحوى جواز الضرب.

و أما الوالد: فيمكن استفادته الجواز في حقه ممّا ورد من مثل قولهم عليهم السلام: «أنت و مالك لأبيك» (٣)، فتأمل.

مضافاً إلى استمرار السير به بذلك، إلّا أن يقال: إنّ استمرار السير إنّما هو مع عدم تأثر السامع و تأذيه بذلك.

و من هنا يوهن التمسك بالسيره في جواز سبّ المعلم للمتعلّم؛ فإنّ السيره إنّما نشأت في الأزمنة السابقة من عدم تألم المتعلّم بشتّم المعلم لعدّ نفسه أدون من عبده، بل ربما كان يفتخر بالسب؛ لدلالته على كمال لطفه. و أمّا زماننا هذا الذي يتألم المتعلّم فيه من المعلم ممّا لم يتألم به من شركائه في البحث من القول و الفعل، فجِلُّ إيذائه يحتاج إلى الدليل، و الله الهادي إلى سواء السبيل.

ص: ٢٥٦

١- ١) كذا في ظاهر «ف» و مصححه «ن»، و في «م»، «ع» و «ص»: القول فيه، و شطب عليه في «خ»، و موضعه بياض في «ش».

٢- ٢) مثل قوله تعالى «و الَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَ الْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا...» الأحزاب: ٥٧، و راجع الوسائل ٥٨٧: ٨، الباب ١٤٥ من أبواب أحكام العشرة.

٣- ٣) الوسائل ١٩٧: ١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ضمن الحديث ٨.

المسأله العاشره السحر

اشاره

حرام فى الجملة بلا خلاف، بل هو ضرورى كما سيجىء و الأخبار به مستفيضه:

منها ما تقدم من أن الساحر كالكافر (١).

و منها قوله عليه السلام: «من تعلم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر، و كان آخر عهده بربه [و حده أن يقتل (٢)] إلا أن يتوب» (٣).

و فى روايه السكونى، عن الصادق عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «ساحر المسلمين يقتل، و ساحر الكفار لا يقتل».

قيل: يا رسول الله لم لا يقتل ساحر الكفار؟ قال: لأنّ الشرك أعظم من السحر؛ و لأنّ السحر و الشرك مقرونان» (٤).

و فى نبوى آخر: «ثلاثه لا يدخلون الجنة: مُدْمِنُ خَمْرٍ، و مُدْمِنُ سِحْرٍ،

ص: ٢٥٧

١- ١) تقدم فى الصفحه: ٢٠٥، فى مسأله التنجيم.

٢- ٢) من «ش» و «ص» و المصدر.

٣- ٣) الوسائل ١٠٧: ١٢، الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

٤- ٤) الوسائل ١٠٦: ١٢، الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

و قاطع رحم» (١).

إلى غير ذلك من الأخبار (٢).

ثم إن الكلام هنا يقع في مقامين:

الأول: في المراد بالسحر.

و هو لغه على ما عن بعض أهل اللغة هو (٣) -: ما لطف مأخذه و دقّ (٤).

و عن بعضهم: أنه صرف الشيء عن وجهه (٥).

و عن ثالث: أنه الخدع (٦).

و عن رابع: «أنه إخراج الباطل في صورته الحق» (٧).

و قد اختلفت عبارات الأصحاب في بيانه:

فقال العلّامة رحمه الله في القواعد و التحرير -: إنّه كلام يتكلم به أو يكتبه، أو رُقِيَهُ، أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن المسحور أو قلبه

ص: ٢٥٨

١- (١) الوسائل ١٠٧:١٢، الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢- (٢) راجع الوسائل ١٠٣:١٢، الباب ٢٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧، و أحاديث أخر غير النبيين المذكورين من الباب ٢٥.

٣- (٣) كذا في النسخ، و الظاهر زياده «هو».

٤- (٤) الصحاح ٦٧٩:٢، مادّه «سحر».

٥- (٥) النهايه لابن الأثير ٣٤٦:٢، مادّه «سحر».

٦- (٦) الصحاح ٦٧٩:٢.

٧- (٧) نقله السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٩ عن ابن فارس في مجمله.

أو عقله من غير مباشرة (١).

و زاد في المنتهى: أو عقد (٢).

و زاد في المسالك: أو أقسام أو عزائم يحدث بسببها ضرر على الغير (٣).

و زاد في الدروس: الدُّخْنُ و التصوير و النَّفْثُ و تصفيه النَّفْسُ (٤).

و يمكن أن يدخل جميع ذلك في قوله في القواعد: «أو يعمل شيئاً».

نعم ظاهر المسالك و محكى (٥) الدروس: أنَّ المعبر في السحر الإضرار.

فإن أُريد من «التأثير» في عباره القواعد و غيرها خصوص الإضرار بالمسحور فهو، وإلا كان أعم.

ثم إنَّ الشهيدين رحمهما الله عدّا من السحر: استخدام الملائكة، و استتزال الشياطين في كشف الغائبات و علاج المصاب، و استحضارهم

ص: ٢٥٩

١- (١) القواعد ١:٢١، التحرير ١:١٦١.

٢- (٢) المنتهى ١٠١٤:٢.

٣- (٣) المسالك ١٢٨:٣.

٤- (٤) الدروس ١٦٣:٣.

٥- (٥) كذا في النسخ، و لعلَّ الأصحَّ: «و صريح الدروس»، حيث إنَّه قدس سرّه نقل آنفاً عن الدروس بلا واسطه، فلا وجه لإسناده هنا إلى الحكاية؛ مع أنّ عباره الدروس صريحه في اعتبار الإضرار. وإلا أنّ عباره المسالك أيضاً صريحه في ذلك؛ فراجع.

و تلبسهم (١) بيدن صبىً أو امرأه، وكشف الغائبات على (٢) لسانه (٣).

و الظاهر أنّ المسحور فى ما ذكره هى الملائكة و الجن و الشياطين، و الإضرار بهم يحصل بتسخيرهم و تعجيزهم من المخالفه له (٤) و إجنائهم إلى الخدمه.

و قال فى الإيضاح: إنه استحداث الخوارق، إمّا بمجرد التأثيرات النفسانيه، و هو السحر، أو بالاستعانه بالفلكيات فقط، و هو دعوه الكواكب، أو بتمزيج القوى السماويه بالقوى الأرضيه، و هى الطلسمات، أو على سبيل الاستعانه بالأرواح الساذجه، و هى العزائم، و يدخل فيه التّيزنجات؛ و الكلّ حرام فى شريعه الإسلام، و مستحلّه كافر (٥)، انتهى.

و تبعه على هذا التفسير فى محكى التنقيح (٦) و فسّر «التّيزنجات» فى الدروس بإظهار غرائب خواص الامتراجات و أسرار التّيزين (٧).

و فى الإيضاح: أمّا ما كان على سبيل الاستعانه بخواص الأجسام السفليه فهو علم الخواص، أو الاستعانه بالنّسب الرياضيه فهو علم

ص: ٢٦٠

١-١ فى «ص»: تلبسهم، تلبسهم (خ ل)، و فى «م»: تلبسهم.

٢-٢ فى «ش» و الدروس: عن لسانه.

٣-٣ انظر المصدرين المتقدمين.

٤-٤ لم ترد «له» فى «ف»، و فى «م»، «خ»، «ع» و «ص»: به.

٥-٥ انظر إيضاح الفوائد ١:٤٠٥، و العبارة المنقوله هنا هى عبارة التنقيح باختلاف يسير، و تغيير بعض الضمائر.

٦-٦ التنقيح ١٢:٢.

٧-٧ الدروس ١٦٤:٣.

الْحَيْلِ وَ جَزَّ الْأَثْقَالِ، وَ هَذَا لَيْسَا مِنَ السَّحْرِ (١)، أَنْتَهَى.

وَ مَا جَعَلَهُ خَارِجاً قَدْ أَدْخَلَهُ غَيْرَهُ، وَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ دَلَالَةٌ عَلَيْهِ، وَ سَيَجِيءُ الْمَحْكِي (٢) وَ الْمُرَوِي (٣).

وَ لَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا التَّعْرِيفَ أَعَمُّ مِنَ الْأَوَّلِ (٤)؛ لِعَدَمِ اعْتِبَارِ مَسْحُورٍ فِيهِ فَضْلاً عَنِ الْإِضْرَارِ بِبَدَنِهِ أَوْ عَقْلِهِ.

وَ عَنِ الْفَاضِلِ الْمَقْدَادِ فِي التَّنْقِيحِ: أَنَّهُ عَمَلٌ (٥) يَسْتَفَادُ مِنْهُ مَلِكُهُ نَفْسَانِيَةً يَقْتَدِرُ بِهَا عَلَى أَعْمَالِ غَرِيبِهِ بِأَسْبَابِ خَفِيَّتِهِ (٦).

وَ هَذَا يَشْمَلُ عِلْمِي الْخَوَاصِّ وَ الْحَيْلِ.

وَ قَالَ فِي الْبَحَارِ بَعْدَ مَا نَقَلَ عَنِ أَهْلِ اللَّغَةِ «أَنَّهُ مَا لَطَّفَ وَ خَفِيَ سَبِيهٌ»: إِنَّهُ فِي عَرَفِ الشَّرْعِ مَخْتَصٌّ بِكُلِّ أَمْرٍ يَخْفَى سَبِيهٌ (٧) وَ يُتَخَيَّلُ عَلَى غَيْرِ حَقِيقَتِهِ، وَ يَجْرِي مَجْرَى التَّمْوِيهِ وَ الْخَدَاعِ (٨)، أَنْتَهَى.

وَ هَذَا أَعَمُّ مِنَ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ بَعْدَ ذَلِكَ مَا حَاصِلُهُ

أَنَّ السَّحْرَ عَلَى أَقْسَامٍ:

ص: ٢٦١

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٤٠٥:١.

٢-٢ (٢) المراد ما يحكيه بعد أسطر عن الفاضل المقداد في «التنقيح».

٣-٣ (٣) المراد ما يرويه عن الاحتجاج من حديث الزنديق الذي سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل كثيرة، و سيأتي في الصفحة: ٢٦٣.

٤-٤ (٤) أي التعريف الذي تقدم عن العلامة و الشهيدين قدس سرهم.

٥-٥ (٥) في المصدر: علم يستفاد منه حصول ملكه..

٦-٦ (٦) التنقيح ١٢:٢، و نقله عن بعض.

٧-٧ (٧) في أكثر النسخ: سببها.

٨-٨ (٨) البحار ٢٧٧:٥٩.

(١)

الذين كانوا فى قديم الدهر، و هم قوم كانوا يعبدون الكواكب، و يزعمون أنّها المدبّره لهذا العالم، و منها تصدر (٢) الخيرات و الشرور و السعادات و النحوسات.

ثم ذكر أنّهم على ثلاثه مذاهب:

فمنهم: من يزعم أنّها الواجبه لذاتها الخالقه للعالم.

و منهم: من يزعم أنّها قديمه؛ لقدم العله المؤثره فيها.

و منهم: من يزعم أنّها حادثه مخلوقه فعاله مختاره فوّض خالقها أمر العالم إليها.

و الساحر عند هذه الفرق من يعرف القوى العالیه الفعّاله بسائطها و مرّكباتها، و يعرف ما يليق بالعالم السفلى و يعرف معدّاتها ليعدّها و عوائقها ليرفعها بحسب الطاقه البشريه، فيكون متمكناً من استجذاب (٣) ما يخرق العاده.

الثانى

الثانى (٤) سحر أصحاب الأوهام

و النفوس القويّه.

الثالث الاستعانه بالأرواح الأرضيه،

و قد أنكرها بعض الفلاسفه، و قال بها الأكابر منهم. و هى فى أنفسها مختلفه، فمنهم خيره، و هم مؤمنو الجنّ، و شريره، و هم كفّار الجنّ و شياطينهم.

الرابع التخيلات و الأخذ بالعيون،

مثل راكب السفينه يتخيل نفسه ساكناً و الشطّ متحرّكاً.

- ١-١) في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و«ع»: الكذابين، وفي المصدر: الكلدانيين و الكذابين.
- ٢-٢) كذا في المصدر، وفي «ش»: «تصدير»، وفي سائر النسخ: تقدير.
- ٣-٣) كذا في «ف» و المصدر، وفي سائر النسخ: استحداث.
- ٤-٤) في «ف» زياده: ثم قال: الثاني..

الخامس الأعمال العجيبه التي تظهر من تركيب الآلات المركبه على نسب الهندسه،

كرقاص يرقص، و فارسان يقتتلان.

السادس الاستعانه بخواص الأدوية،

مثل أن يجعل فى الطعام بعض الأدوية المبلّده أو المزليه للعقل، أو الدخن المسكر، أو عصاره البنج المجعول فى الملبّس (١). و هذا ممّا لا سبيل إلى إنكاره، و أثر المغناطيس شاهد (٢).

السابع تعليق القلب،

و هو أن يدعى الساحر أنّه يعرف علم الكيمياء (٣) و علم السيمياء (٤) و الاسم الأعظم حتى يميل إليه العوام، و ليس له أصل.

الثامن النميمه

(٥)

،انتهى الملخص منه.

و ما ذكره من وجوه السحر بعضها قد تقدم عن الإيضاح (٦) و بعضها قد ذكر فى ما ذكره فى الاحتجاج من حديث الزنديق الذى

ص: ٢٦٣

١ - ١) بصيغه المفعول من باب التفعيل، يراد منه هنا ما يقال [له]: «نُقِل» فى لغه الفرس و الترك، و هو قسم من أقسام الحلويات (شرح الشهيدى: ٥٩).

٢ - ٢) كذا فى النسخ، و فى المصدر: مشاهد.

٣ - ٣) الكيمياء علم يراد به تحويل بعض المعادن إلى بعض، و على الخصوص تحويلها إلى الذهب. (محيط المحيط: ٨٠١، ماده «كمى»).

٤ - ٤) فى «ش»: الليمياء، و علم السيمياء: علم يطلق على غير الحقيقى من السحر، و حاصله إحداث مثالات خياليه لا وجود لها فى الحسّ، و قد يطلق على إيجاد تلك المثالات بصورها فى الحسّ، و تكون صوراً فى جوهر الهواء. (محيط المحيط: ٤٤٣، ماده «سوم»).

٥ - ٥) البحار ٢٧٨: ٥٩، ٢٩٧.

٦ - ٦) تقدم فى الصفحه: ٢٦٠.

سأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل كثيرة:

منها: ما ذكره بقوله: أخبرني عن السحر ما أصله؟ وكيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه و ما يفعل؟ قال أبو عبد الله عليه السلام: «إنَّ السحر على وجوه شتى، منها:

بمنزله الطب، كما أنَّ الأطباء وضعوا لكل داء دواءً، فكذلك علم (١) السحر، احتالوا لكل صفة آفة، و لكل عافية عاهه، و لكل معنى حيله.

و نوع آخر منه خطفه و سرعه و مخاريق و خفه. و نوع منه ما يأخذه أولياء الشياطين منهم.

قال: فمن أين علم الشياطين السحر؟ قال: من حيث علم الأطباء الطب، بعضه بتجربه و بعضه بعلاج.

قال: فما تقول في الملكين هاروت و ما روت، و ما يقول الناس:

إنَّهما يعلمان الناس السحر؟ قال: إنَّما هما موضع ابتلاء و موقف فتنه، تسبيحهما: اليوم لو فعل الإنسان كذا و كذا لكان كذا، و لو تعالج بكذا و كذا لصار كذا، فيتعلمون منهما ما يخرج عنهما، فيقولان لهم: إنَّما نحن فتنه، فلا تأخذوا عنَّا ما يضركم و لا ينفعكم.

قال: أفيقدر الساحر على أن يجعل الإنسان بسحره في صورة كلب أو حمار أو غير ذلك؟ قال: هو أعجز من ذلك، و أضعف من أن يغير خلق الله! إنَّ من أبطل ما ركبه الله تعالى و صور غيره (٢) فهو شريك الله في خلقه،

ص: ٢٦٤

١-١) كذا في أكثر النسخ و المصدر، و في «ص» و «ش»: علماء.

٢-٢) في المصدر: و صورته، و غيره.

تعالى الله عن ذلك علوّاً كبيراً، لو قدر الساحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهَرَمَ و الآفه و الأمراض، و لنفى البياض عن رأسه و الفقر عن ساحته. و إنّ من أكبر السحر النميمه، يفرّق بها بين المتحابين، و يجلب العداوه على المتصافين، و يسفك بها الدماء، و يهدم بها الدور، و يكشف بها الستور، و النمام شرّ من وطأ الأرض بقدمه، فأقرب أقاويل السحر من الصواب أنّه بمنزله الطب، إنّ الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعه النساء فجاءه الطيب فعالجه بغير ذلك فأبرأه.. الحديث» (١).

ثم لا يخفى أنّ الجمع بين ما ذكر في معنى السحر في غايه الإشكال، لكن المهم بيان حكمه، لا موضوعه.

المقام الثاني في حكم الأقسام المذكوره.

فنقول: أمّا الأقسام الأربعة المتقدمه من الإيضاح، فيكفي في حرمتها مضافاً إلى شهاده المحدّث المجلسي رحمه الله في البحار بدخولها في المعنى المعروف للسحر عند أهل الشرع، فيشملها الإطلاقات دعوى فخر المحققين في الإيضاح (٢) كون حرمتها من ضروريات الدين، و أنّ مستحلها كافر (٣) [و هو ظاهر الدروس أيضاً فحكم بقتل مستحلها (٤)(٥)]،

ص: ٢٦٥

١-١) الاحتجاج ٢:٨١، مع اختلاف.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١:٤٠٥، و عبارته خاليه من دعوى الضروره.

٣-٣) في «ن»، «خ»، «م»، «ع»، و «ص» زياده: و دعوى الشهيدين في الدروس و المسالك أنّ مستحلّه يقتل.

٤-٤) الدروس ٣:١٦٤.

٥-٥) ما بين المعقوفتين ساقط من «ف».

فإننا وإن لم نطمئن بدعوى الإجماعات المنقولة، إلا أن دعوى ضروره الدين مما يوجب الاطمئنان بالحكم، و اتفاق العلماء عليه في جميع الأعصار.

نعم، ذكر شارح النخبه أن ما كان من الطلسمات مشتتلاً على إضرار أو تمويه على المسلمين، أو استهانه بشيء من حرمت الله كالقرآن و أبعاضه و أسماء الله الحسنی، و نحو ذلك فهو حرام بلا ريب، سواء عُدَّ من السحر أم لا، و ما كان للأغراض كحضور الغائب، و بقاء العماره، و فتح الحصون للمسلمين، و نحوه فمقتضى الأصل جوازه، و يُحكى عن بعض الأصحاب (١)، و ربّما يستندون في بعضها (٢) إلى أمير المؤمنين عليه السلام، و السند غير واضح. و الحق في الدروس تحريم عمل الطلسمات بالسحر، و وجهه غير واضح، انتهى (٣).

و لا وجه أوضح من دعوى الضروره (٤) من فخر الدين، و الشهيد قدس سرهما.

ص: ٢٦٦

-
- ١- ١) مثل الشهيدین و الفاضل الميسی و المحقق الأردبیلی، كما يأتي في الصفحة: ٢٧٢.
 - ٢- ٢) أي في بعض الطلسمات، و لعل مراده بما يسند إليه عليه السلام طلسم «جُنه الأسماء» على ما في بعض الشروح.
 - ٣- ٣) شرح النخبه للسید عبد الله حفيد المحدث الجزائري (لا يوجد لدينا).
 - ٤- ٤) نسبه دعوى الضروره إليهم مع خلق كلامهم عنها إنما هي بلحاظ حكمهم بقتل مستحله، حيث إنه لا يكون إلا إذا كانت حرمة من المسلمات و الضروريات (شرح الشهيدى: ٥٩).

و أمّا غير تلك الأربعة، فإن كان ممّا يضر بالنفس المحترمه، فلا- إشكال أيضاً في حرمة، و يكفى في الضرر صيرف نفس المسحور عن الجريان على مقتضى إرادته، فمثل إحداث حبّ مُفرطٍ في الشخص يُعدّ سحراً.

روى الصدوق في الفقيه في باب عقاب المرأة على أن تسحر زوجها بسنده عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه صلوات الله عليهم قال: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم لامرأة سألته: أنّ لى زوجاً و به غلظه عليّ و أنّى صنعت شيئاً لأعطفه عليّ؟ فقال لها رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:»

أفّ لك! كدّرت البحار و كدّرت الطين، و لعنتك الملائكة الأخيار، و ملائكة السماوات و الأرض. قال: فصامت المرأة نهارها و قامت ليلها و حلقت رأسها و لبست المسوح، فبلغ ذلك النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم فقال: إنّ ذلك لا يقبل منها» (١).

بناءً على أنّ الظاهر من قولها: «صنعت شيئاً» المعالجه بشيء غير الأدعية و الصلوات و نحوها؛ و لذا فهم الصدوق منها السحر، و لم يذكر في عنوان سحر المرأة غير هذه الرواية.

و أمّا ما لا يضرّ، فإن قصد به دفع (٢) ضرر السحر أو غيره من المضار الدنيوية أو الأخروية، فالظاهر جوازه مع الشك في صدق اسم السحر عليه؛ للأصل، بل فحوى ما سيجيء من جواز دفع الضرر بما علم كونه سحراً، و إلّا فلا دليل على تحريمه، إلّا أن يدخل في «اللّهو»

ص: ٢٦٧

١- (١) الفقيه ٣: ٤٤٥، الحديث ٤٥٤٤.

٢- (٢) في «ن»، «خ»، «م»، «ص» و «ش»: رفع.

نعم، لو صحَّ سند روايه الاحتجاج (١) صحَّ الحكم بحرمة جميع ما تضمنته، وكذا لو عمل بشهادته من تقدم كالفاضل المقداد و المحدّث المجلسي رحمهما الله بكون جميع ما تقدم من الأقسام داخلاً في السحر (٢) أتجه الحكم بدخولها تحت إطلاقات المنع عن السحر.

لكن الظاهر استناد شهادتهم إلى الاجتهاد، مع معارضته بما تقدم من الفخر من إخراج علمي الخواصّ و الحيل من السحر (٣) و ما تقدم من تخصيص صاحب المسالك و غيره السحر بما يحدث ضرراً (٤)، بل عرفت تخصيص العلّامة له بما يؤثّر في بدن المسحور أو قلبه أو عقله.

فهذه شهادته من هؤلاء على عدم عموم لفظ «السحر» لجميع ما تقدم من الأقسام.

و تقديم شهادته الإثبات لا- يجرى في هذا الموضوع؛ لأنّ الظاهر استناد المثبتين إلى الاستعمال، و النافين إلى الاطلاع على كون الاستعمال مجازاً للمناسبة.

و الأحوط الاجتناب عن جميع ما تقدم من الأقسام في البحار (٥)، بل لعله لا يخلو عن قوه؛ لقوه الظن من خبر الاحتجاج و غيره.

ص: ٢٦٨

١-١) تقدمت في الصفحة: ٢٦٣.

٢-٢) تقدّم كلامهما في الصفحة: ٢٦١.

٣-٣) تقدم في الصفحة: ٢٦٠ ٢٦١.

٤-٤) تقدم عنه و عن الشهيد الأوّل في الصفحة: ٢٥٩.

٥-٥) تقدّم عنه في الصفحات: ٢٦١ ٢٦٣.

و يمكن أن يستدل له مضافاً إلى الأصل بعد دعوى انصراف الأدلة إلى غير ما قصد به غرض راجح شرعاً بالأخبار:

منها: ما تقدم في خبر الاحتجاج.

و منها: ما في الكافي عن القمّي، عن أبيه، عن شيخ من أصحابنا الكوفيين، «قال: دخل عيسى بن شفيق (١) على أبي عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! أنا رجل كانت صناعتى السحر، و كنت آخذ عليه الأجر و كان معاشى، و قد حججت منه، و قد منّ الله عليّ بلقائك، و قد تبت إلى الله عزّ و جلّ من ذلك، فهل لى فى شىء من ذلك مخرج؟ فقال له أبو عبد الله عليه السلام: حلّ و لا تعقد» (٢).

و كأنّ الصدوق رحمه الله فى العلل أشار إلى هذه الرواية، حيث قال:

«روى أنّ توبه الساحر أن يحلّ و لا يعقد» (٣).

و ظاهر المقابلة بين الحلّ و العقد فى الجواز و العدم كون كل منهما

ص: ٢٦٩

١- ١) فى أكثر نسخ الكتاب: «شفيق» و فى «ش»: «السقفي»، و فى «ف»: «شفيق» و يحتمل «مشفيق» و قد اختلفت المصادر أيضاً فى ضبط هذه الكلمة، ففى الكافي مثل ما أثبتناه، و فى الفقيه ٣: ١٨٠، الحديث ٣٦٧٧، و التهذيب ٦: ٣٦٤، الحديث ١٠٤٣، الطبعه الحديثه-، و الوسائل: «شفيق»، و فى الطبعه القديمه للتهذيب: «سيفى».

٢- ٢) الكافي ٥: ١١٥، باب الصناعات، الحديث ٧، و روى عنه فى الوسائل ١٢: ١٠٥، الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٣- ٣) علل الشرائع ٢: ٥٤٦، الباب ٣٣٨، ذيل الحديث الأوّل.

بالسحر، فحمل «الحل» على ما كان بغير السحر من الدعاء والآيات ونحوهما كما عن بعض (١) لا يخلو عن بعد.

و منها: ما عن العسكري، عن آباءه عليهم السلام في قوله تعالى وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ قال: «كان بعد نوح قد كثرت السحرة و الممّوهون، فبعث الله ملكين إلى نبي ذلك الزمان بذكر (٢) ما يسحر به السحرة، و ذكر ما يبطل به سحرهم و يردّ به كيدهم، فتلقاه النبي عن الملكين و أداه إلى عباد الله بأمر الله، و أمرهم أن يقضوا (٣) به على السحر، و أن يبطلوه، و نهاهم عن (٤) أن يسحروا به الناس. و هذا كما يقال: إن السم ما هو؟ و إن ما يدفع به غائله السم ما هو (٥) ثم يقال للمتعلّم: هذا السم فمن رأيتَه سَمَّ فادفع غائلته بهذا، و لا تقتل بالسم (٦) إلى أن قال - وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ ذَلِكَ السَّحْرَ وَ إِبْطَالَهُ حَتَّى يَقُولَا لِلْمَتَعَلِّمِ إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ وَ امْتِحَانٌ لِلْعِبَادِ، لِيَطِيعُوا اللَّهَ فِي مَا يَتَعَلَّمُونَ مِنْ هَذَا وَ يَبْطُلُوا بِهِ كَيْدَ السَّحْرَةِ

ص: ٢٧٠

١-١) و هو العلامه قدّس سرّه في المنتهى ١٠١٤:٢.

٢-٢) في بعض النسخ: يذكر.

٣-٣) في المصدر: أن يقفوا.

٤-٤) لم ترد «عن» في غير «ش».

٥-٥) هذه الفقرة في المصدر كما يلي: و هذا كما يدلّ على السم ما هو و على ما يدفع به غائله السم.

٦-٦) ما بين المعقوفتين: ليس في المصدر، و عبارته: «ثمّ يقال للمتعلّم» ليس في «ف».

و لا يسحروهم، فَلَا تَكْفُرُ (١) باستعمال هذا السحر و طلب الإضرار و دعاء الناس إلى أن يعتقدوا أنك تحيي و تميت و تفعل ما لا يقدر عليه إلّا الله عزّ و جلّ؛ فإنّ ذلك كفر إلى أن قال- وَ يَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَ لَا يَنْفَعُهُمْ؛ لأنّهم إذا تعلموا ذلك السحر ليسحروا به و يضرّوا به، فقد تعلموا ما يضرّ بدينهم و لا ينفعهم (٢). الحديث (٣).

و فى روايه [على بن (٤)] محمد بن الجهم، عن مولانا الرضا عليه السلام فى حديث قال: «و أمّا هاروت و ما روت فكانا ملكين علّما الناس السحر ليحترزوا به عن سحر السحرة و يُبطلوا به كيدهم، و ما علّما أحداً من ذلك شيئاً حتى (٥) قالاً: إنّما نحن فتنه فلا تكفر؛ فكفر قوم باستعمالهم لهما أمر و بالاحتراز منه (٦) [و جعلوا يفرّقون بما تعلموه بين المرء و زوجته؛ قال الله تعالى وَ مَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ يعنى بعلمه (٧)].

ص: ٢٧١

١- ١) فى «ش»: «و لا تسحروهم فلا تكفروا»، و فى «خ»، «م» و «ع»: «و لا تسحروهم فلا تكفروا»، و فى «ف»: «و لا يسحروهم فلا يكفروا»، و فى «ن»: «و لا تسحروهم فتكفروا»، و ما أثبتناه من المصدر و مصححه «ص».

٢- ٢) فى «ش» زياده: فيه.

٣- ٣) الوسائل ١٠٦: ١٢، الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، مع اختلافات اخرى غير ما أشرنا إليها.

٤- ٤) ساقط من جميع النسخ، أثبتناه من المصدر و الكتب الرجاليه.

٥- ٥) فى بعض النسخ: إلّا (خ ل).

٦- ٦) ساقط من أكثر النسخ، إلّا أنّه استدرك فى بعضها.

٧- ٧) الوسائل ١٠٧: ١٢، الباب ٢٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥، و الآيه من سوره البقره: ١٠٢.

هذا كله، مضافاً إلى أنّ ظاهر أخبار «الساحر» إرادته من (١) يُخشى ضرره، كما اعترف به بعض الأساطين (٢) واستقرب لذلك جواز الحَلّ به بعد أن نسبه إلى كثير من أصحابنا.

لكنه مع ذلك كله، فقد منع العلامة في غير واحد من كتبه (٣) والشهيد رحمه الله في الدروس (٤) والفاضل الميسي (٥) والشهيد الثاني رحمه الله (٦) من حَلّ السحر به، وعلهم حملوا ما دلّ على الجواز مع اعتبار سنده على حاله الضروره و انحصار سبب الحَلّ فيه، لا مجرد دفع الضرر مع إمكانه بغيره من الأدعيه و التعويذات (٧)؛ ولذا ذهب جماعه منهم الشهيديان و الميسي (٨) و غيرهم (٩) إلى جواز تعلّمه لئيتوقى به من السحر و يُدفع به دعوى المتتبى.

و ربّما حمل أخبار الجواز الحاكيه لقصه هاروت و ما روت على

ص: ٢٧٢

-
- ١- ١) في «ف»: إرادته أن.
 - ٢- ٢) هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٢٣.
 - ٣- ٣) كالمنتهى ١٠١٤: ٢، و القواعد ١٢١: ١، و التذكرة ٥٨٢: ١.
 - ٤- ٤) الدروس ١٦٤: ٣.
 - ٥- ٥) لا يوجد لدينا كتابه: «الميسي».
 - ٦- ٦) لم يصرح بالمنع، و لعله يستفاد من مفهوم كلامه، انظر المسالك ١٢٨: ٣.
 - ٧- ٧) في هامش «ن» ما يلي: «إذ إبطال السحر رفع مسببه، كما يشهد به التعبير بالحل، مثلاً إطفاء النار التي سحر الساحر بدختها، أو حَلّ الخيط المعقود سحراً، أو محو المكتوب، أو إظهار المدفون كذلك ليس إبطالاً للسحر، صح».
 - ٨- ٨) تقدمت الإشارة إلى موارد كلامهم آنفاً.
 - ٩- ٩) مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ٧٩، و المحدث الكاشاني في المفاتيح ٢: ٢٤.

جواز ذلك في الشريعة السابقه (١)، وفيه نظر.

ثم الظاهر أنّ التسخيرات بأقسامها داخله في السحر على جميع تعاريفه، وقد عرفت أنّ الشهيدين مع أخذ الإضرار في تعريف السحر ذكراً أنّ استخدام الملائكة و الجن من السحر (٢)، و لعل وجه دخوله تضرّر المسخّر بتسخيره.

و أمّا سائر التعاريف، فالظاهر شمولها لها، و ظاهر عباره الإيضاح (٣) أيضاً دخول هذه في معقد دعواه الضروره على التحريم؛ لأنّ الظاهر دخولها في الأقسام و العزائم و النّفث. و يدخل في ذلك تسخير الحيوانات من الهوامّ و السباع و الوحوش و غير ذلك خصوصاً الإنسان.

و عمل السيمياء ملحق بالسحر اسماً أو حكماً، و قد صرح بحرمة الشهيد في الدروس (٤). و المراد به على ما قيل (٥) -: إحداث خيالات لا وجود لها في الحسّ يوجب تأثيراً في شيء آخر.

ص: ٢٧٣

١- ١) قاله السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٧٣:٤.

٢- ٢) راجع الصفحه: ٢٥٩.

٣- ٣) تقدمت في الصفحه: ٢٦٠.

٤- ٤) الدروس ١٦٤:٣.

٥- ٥) لم نقف على القائل، راجع الصفحه ٢٦٣، الهامش ٤.

المسأله [الحاديه عشره الشغبذه حرام

بلا خلاف.

و هي الحركه السريعه بحيث يوجب على الحس الانتقال من الشىء إلى شبيهه، كما ترى النار المتحركه على الاستداره دائره متصله؛ لعدم إدراك السكونات المتخلله بين الحركات.

و يدلّ على الحرمة بعد الإجماع، مضافاً إلى أنه من الباطل و اللّهُو-: دخوله فى السحر فى الروايه المتقدمه عن الاحتجاج (١)، المنجبر و منها بالإجماع المحكى (٢).

و فى بعض التعاريف المتقدمه (٣) للسحر ما يشملها.

ص: ٢٧٤

١-١) تقدّمت فى الصفحه: ٢٦٣ ٢٦٤.

٢-٢) صرّح العلامه فى المنتهى (٢:١٠١٤) بعدم الخلاف، و هكذا المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة (٨:٨١)، و فى الجواهر (٢٢:٩٤) دعوى الإجماع المحكى و المحصل.

٣-٣) مثل ما تقدم عن البحار فى تعريف ما جعله قسماً رابعاً لأقسام السحر، راجع الصفحه: ٢٦٢.

المسألة [الثانية عشره الغش حرام

بلا خلاف، و الأخبار به متواتره، نذكر بعضها تيمناً:

فعن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم بأسانيد متعددة: «ليس من المسلمين من غشهم» (١).

و في روايه العيون [بأسانيد (٢)] قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:

«ليس منا من غش مسلماً، أو ضرّه، أو ماكره» (٣).

و في عقاب الأعمال، عن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «من غش مسلماً في بيع أو شراء فليس منّا، و يحشر مع اليهود يوم القيامة؛ لأنه من غش الناس فليس بمسلم إلى أن قال: -و من غشنا فليس منا قالها

ص: ٢٧٥

١- (١) الوسائل ٢٠٨: ١٢، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- (٢) من «ش»، و لم ترد في «ف»، و وردت في أكثر النسخ بعد قوله: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم».

٣- (٣) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢٩: ٢، الحديث ٢٦، و رواه عنه في الوسائل ٢١١: ١٢، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

ثلاثاً-، و من غش أخاه المسلم نزع الله بركة رزقه، و أفسد (١) عليه معيشته، و وكله إلى نفسه» (٢).

و فى مرسله هشام (٣) عن أبى عبد الله عليه السلام: «أنه قال لرجل يبيع الدقيق: إياك و الغش فإنه (٤) من غش غش فى ماله، فإن لم يكن له مال غش فى أهله» (٥).

و فى روايه سعد الإسكاف، عن أبى جعفر عليه السلام، قال: مرّ النبى صلّى الله عليه و آله و سلم فى سوق المدينه بطعام، فقال لصاحبه: ما أرى طعامك إلا طيباً (٦) فأوحى الله عزّ و جلّ إليه: أن يدسّ يده فى الطعام ففعل، فأخرج طعاماً رديئاً، فقال لصاحبه: ما أراك إلا و قد جمعت خيانه و غشاً للمسلمين» (٧).

ص: ٢٧٤

١- ١) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: و سدّ.

٢- ٢) عقاب الأعمال: ٣٣٤ ٣٣٧، باب يجمع عقوبات الأعمال، الحديث الأوّل، و رواه عنه فى الوسائل ١٢: ٢١٠، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

٣- ٣) كذا فى النسخ، و الصواب: «عيسى بن هشام» كما فى الوسائل، و التهذيب (٧: ١٢)، الحديث (٥١)، هذا و قال المحدّث العاملى فى ذيل هذا الحديث: و رواه الشيخ بإسناده عن عيسى «عيسى (خ ل)» بن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام.

٤- ٤) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: فإنّ.

٥- ٥) الوسائل ١٢: ٢٠٩، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

٦- ٦) فى المصدر زياده: و سأله عن سعره.

٧- ٧) الوسائل ١٢: ٢٠٩، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

و روايه موسى بن بكر (١) عن أبي الحسن عليه السلام: «أنه أخذ ديناراً من الدنانير المصبوبه بين يديه ثم قطعها بنصفين (٢) ثم قال لى (٣):

ألقه فى البالوعه حتى لا يباع بشىء (٤) فيه غش..الخبر (٥)» (٦).

و قوله: «فيه غش» جمله ابتدائيه، و الضمير فى «لا يباع» راجع إلى الدينار.

و فى روايه هشام بن الحكم، قال: «كنت أبيع السابرى فى الظلال، فمرّ بى أبو الحسن عليه السلام فقال: يا هشام إن البيع فى الظلال غش، و الغش لا يحل» (٧).

و فى روايه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري طعاماً فيكون أحسن له و أنفق له أن يبله من غير أن يلمس زيادته (٨) فقال: إن كان بيعاً لا يصلحه إلّا ذلك و لا ينفقه غيره من غير أن يلمس فيه زياده، فلا بأس، و إن كان إنّما يغش به المسلمين فلا يصلح» (٩).

ص: ٢٧٧

-
- ١-١) فى النسخ: موسى بن بكر، و الصواب ما أثبتناه من المصدر و كتب الرجال.
 - ١-٢) كذا فى المصدر، و فى النسخ: فقطعها نصفين.
 - ١-٣) ليس فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: لى.
 - ١-٤) فى الوسائل: شىء.
 - ١-٥) كذا فى أكثر النسخ و الظاهر زياده: «الخبر»؛ إذ الحديث مذکور بتمامه.
 - ١-٦) الوسائل ١٢: ٢٠٩، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.
 - ١-٧) الوسائل ١٢: ٢٠٨، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
 - ١-٨) فى أكثر النسخ: زياده.
 - ١-٩) الوسائل ١٢: ٤٢١، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

و روايته الأخرى، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عنده لوانان من الطعام (١) سَعْرهما بشيء (٢)، و أحدهما أجود من الآخر، فيخلطهما جميعاً ثم يبيعهما بسعر واحد؟ فقال: لا يصلح له أن يغش المسلمين حتى يبينه» (٣).

و روايه داود بن سرحان، قال: «كان معي جرابان من مسك، أحدهما رطب و الآخر يابس، فبدأت بالرطب فبعته، ثم أخذت اليابس أبيعته، فإذا أنا لا - اعطى باليابس الثمن الذى يسوى، و لا يزيدونى على ثمن الرطب، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك: أ يصلح لى أن أنديه؟ قال: لا، إلا أن تعلمهم، قال: فنديته ثم أعلمتهم، قال:

لا بأس» (٤).

ثم إن ظاهر الأخبار هو كون الغش بما يخفى، كمزج اللبن بالماء، و خلط الجيد بالردىء فى مثل الدهن، و منه وضع الحرير فى مكان بارد ليكتسب ثقلاً، و نحو ذلك.

ص: ٢٧٨

١- ١) فى المصدر: من طعام واحد.

٢- ٢) كذا فى «ن»، و فى «ش»: سَعْرهما شَتَّى، و فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: سَعْرهما شىء، فالأول مطابق للفقهاء و الوسائل، و الثانى للتهذيب، و الثالث للكافى. أنظر الفقيه ٣: ٢٠٧، الحديث ٣٧٧٤، و التهذيب ٧: ٣٤، الحديث ١٤٠، و الكافى ٥: ١٨٣، الحديث ٢.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٤٢٠، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٤٢١، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤، و فى آخره: فقال: لا بأس به إذا أعلمتهم.

و أما المزج و الخلط بما لا يخفى فلا يحرم؛ لعدم انصراف «الغش» إليه، و يدلّ عليه مضافاً إلى بعض الأخبار المتقدمه:- صحّحه ابن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام: «أنه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، و بعضه أجود من بعض، قال: إذا رؤيا جميعاً فلا بأس ما لم يغطّ الجيد الرديء» (١).

و مقتضى هذه الروايه بل روايه الحلبي الثانيه (٢)، و روايه سعد الإسكاف (٣) أنه لا يشترط في حرمه الغش كونه ممّا لا يعرف إلّا من قبل البائع، فيجب الإعلام بالعيب غير الخفى، إلّا أن تُنزّل الحرمة في موارد الروايات الثلاث على ما إذا تعمد الغش برجاء التلبس (٤) على المشتري و عدم التفطن له و إن كان من شأن ذلك العيب أن يتفطن له؛ فلا تدلّ الروايات على وجوب الإعلام إذا كان العيب من شأنه التفطن له، فقصر المشتري و سامح في الملاحظه.

ثم إنّ غشّ المسلم إنّما هو بيع المعشوش عليه مع جهله، فلا فرق بين كون الاغتشاش بفعله أو بغيره؛ فلو حصل اتفاقاً أو لغرض فيجب الإعلام بالعيب الخفى.

و يمكن أن يمنع صدق الأخبار المذكوره إلّا على ما إذا قصد التلبس، و أمّا ما هو ملتبس في نفسه فلا يجب عليه الإعلام.

ص: ٢٧٩

١- (١) الوسائل ١٢:٤٢٠، الباب ٩ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأول.

٢- (٢) المتقدمه في الصفحه السابقه.

٣- (٣) المتقدمه في الصفحه: ٢٧٦.

٤- (٤) في «ش»: التلبس.

نعم، يحرم عليه إظهار ما يدلّ على سلامته من ذلك؛ فالعبرة في الحرمة بقصد تليس الأمر على المشتري، سواء كان العيب خفياً أم جلياً كما تقدم لا بكتمان العيب مطلقاً، أو خصوص الخفى و إن لم يقصد التليس. و من هنا منع في التذكرة من كون بيع المعيب مطلقاً مع عدم الإعلام بالعيب غشاً (١).

و في التفصيل المذكور في روايه الحلبي (٢) إشاره إلى هذا المعنى؛ حيث إنّه عليه السلام جوّز بلّ الطعام بدون قيد الإعلام إذا لم يقصد به الزيادة و إن حصلت به، و حرّمه مع قصد الغش.

نعم، يمكن أن يقال في صورته تعيب المبيع بخروجه عن مقتضى خلقته الأصليه بعيب خفى أو جليّ: أنّ التزام البائع بسلامته عن العيب مع علمه به غشّ للمشتري، كما لو صرح باشتراط السلامه؛ فإنّ العرف يحكمون على البائع بهذا الشرط مع علمه بالعيب أنّه غاشّ.

ثم إنّ الغشّ يكون بإخفاء الأدنى في الأعلى كمزج الجيّد بالردىء، أو غير المراد في المراد كإدخال الماء في اللبن، و بإظهار الصفه الجيّد المفقوده واقعاً، و هو التديس، أو بإظهار الشئ على خلاف جنسه كبيع المّمّوه على أنّه ذهب أو فضه.

ثم إنّ في جامع المقاصد ذكر في الغش بما يخفى بعد تمثيله له بمزج اللبن بالماء وجهين في صحه معامله و فسادها، من حيث

ص: ٢٨٠

١-١) التذكرة ٥٣٨: ١.

٢-٢) المتقدمه في الصفحه: ٢٧٧.

إنَّ المحرّم هو الغش و المبيع عين مملوكة ينتفع بها، و من أنّ المقصود بالبيع هو اللّبن، و الجارى عليه العقد هو المشوب.

ثم قال: و فى الذكري فى باب الجماعه ما حاصله، أنّه لو نوى الاقتداء بإمام معيّن على أنّه زيد فبان عمرواً، أنّ فى الحكم نظراً، و مثله ما لو قال: بعتك هذا الفرس، فإذا هو حمار (1) و جعل منشأ التردد تغليب الإشارة أو الوصف (2)، انتهى.

و ما ذكره من وجهى الصحّح و الفساد جارٍ فى مطلق العيب؛ لأنّ المقصود هو الصحّح، و الجارى عليه العقد هو المعيب، و جعله من باب تعارض الإشارة و الوصف مبنى على إرادته الصحّح من عنوان المبيع، فيكون قوله: «بعتك هذا العبد» بعد تبين كونه أعمى بمنزله قوله: «بعتك هذا البصير».

و أنت خير بأنّه ليس الأمر كذلك كما سيحىء فى باب العيب-، بل وصف الصحه ملحوظ على وجه الشرطيه و عدم كونه مقوّماً للمبيع، كما يشهد به العرف و الشرع.

ثم لو فرض كون المراد من عنوان المشار إليه هو الصحّح، لم يكن إشكال فى تقديم العنوان على الإشارة بعد ما فرض رحمه الله أنّ المقصود بالبيع هو اللّبن و الجارى عليه العقد هو المشوب؛ لأنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد؛ و لذا اتفقوا على بطلان الصرف فيما إذا تبين أحد العوضين معيّباً من غير الجنس.

ص: ٢٨١

١- (١) الذكري: ٢٧١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٢٥: ٤.

و أمّا التردد في مسأله تعارض الإشاره و العنوان، فهو من جهه اشتباه ما هو المقصود بالذات بحسب الدلاله اللفظيه، فإنّها مردده بين كون متعلق القصد (١) أولاً و بالذات هو العين الحاضره و يكون اتصافه بالعنوان مبنياً على الاعتقاد، و كون متعلقه هو العنوان و الإشاره إليه باعتبار حضوره.

أما على تقدير العلم بما هو المقصود بالذات و مغايرته للموجود الخارجى كما فيما نحن فيه فلا يتردد أحد في البطلان.

و أما وجه تشبيه مسأله الاقتداء في الذكرى بتعارض الإشاره و الوصف في الكلام مع عدم الإجمال في التيه، فباعتبار عروض الاشتباه للناوى بعد ذلك في ما نواه؛ إذ كثيراً ما يشتبه على الناوى أنّه حضر في ذهنه العنوان و نوى الاقتداء به معتقداً لحضوره المعترف في إمام الجماعة، فيكون الإمام هو المعنون بذلك العنوان و إنّما أشار إليه معتقداً لحضوره، أو (٢) أنّه نوى الاقتداء بالحاضر و عنونه بذلك العنوان لإحراز معرفته بالعداله، أو تعنون به بمقتضى الاعتقاد من دون اختيار.

هذا، ثم إنّّه قد يستدل على الفساد كما نسب إلى المحقق الأردبيلي رحمه الله (٣) بورود النهى عن هذا البيع، فيكون المغشوش منهياً عن بيعه، كما أُشير إليه في روايه قطع الدينار و الأمر بإلقائه

ص: ٢٨٢

١- ١) في «ف» و «خ» و نسخه بدل سائر النسخ: العقده.

٢- ٢) في «ص»، «ن»، «خ» و «م»: و أنّه.

٣- ٣) مجمع الفائدة ٨: ٨٣.

فى البالوعه، معللاً بقوله: «حتى لا يباع بشيء» (١) ولأنّ نفس البيع غش منهى عنه.

و فىه نظر، فإنّ النهى عن البيع لكونه مصداقاً لمحرم هو الغش لا- يوجب فساده، كما تقدم فى بيع العنب على من (٢) يعمله خمرًا (٣).

و أما النهى عن بيع المغشوش لنفسه فلم يوجد فى خبر.

و أما خبر الدينار، فلو عمل به خرجت (٤) المسأله عن مسأله الغش؛ لأنّه إذا وجب إتلاف الدينار و إلقاءه فى البالوعه كان داخلاً فى ما يكون المقصود منه حراماً، نظير آلات اللهو و القمار، و قد ذكرنا ذلك فى ما يحرم الاكتساب به لكون المقصود منه محرّماً (٥)، فىحمل «الدينار» على المضروب من غير جنس النقدين أو من غير الخالص منهما لأجل التلبيس على الناس، و معلوم أنّ مثله بهيئته لا يقصد منه إلّا التلبيس، فهو آله الفساد لكل من دفع إليه، و أين هو من اللبن الممزوج بالماء و شبهه؟

ص: ٢٨٣

١- ١) تقدمت الروايه فى الصفحه: ٢٧٧.

٢- ٢) فى «ش»: ممن، (خ ل).

٣- ٣) راجع المسأله الثالثه، فى حرمه بيع العنب ممن يعمله خمرًا بقصد أن يعمله، فى الصفحه: ١٢٩ و ما بعدها.

٤- ٤) فى النسخ: خرج.

٥- ٥) راجع البحث حول ما يقصد منه المتعاملان المنفعه المحرّمه، فى الصفحه: ١٢١ و ما بعدها.

فالأقوى حينئذٍ في المسأله: صحه البيع في غير القسم الرابع، ثم العمل على ما تقتضيه القاعده عند تبين الغش. فإن كان قد عُش في إظهار وصف مفقود كان فيه خيار التدليس، و إن كان من قبيل شوب اللبن بالماء، فالظاهر هنا خيار العيب؛ لعدم خروجه بالمزج عن مسمى اللبن، فهو لبن معيوب. و إن كان من قبيل التراب الكثير في الحنطه، كان له حكم تبعض الصفقه، و نقص الثمن بمقدار التراب الزائد؛ لأنه غير متمول، و لو كان شيئاً متمولاً بطل البيع في مقابله.

المسأله [الثالثه عشر الغناء،

اشاره

لا خلاف فى حرمة فى الجملة،

و الأخبار بها مستفيضه،

اشاره

و ادعى فى الايضاح تواترها (١).

منها: ما ورد مستفيضاً فى تفسير «قول الزور» فى قوله تعالى «وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ»

(٢)

ففى صحيحه الشحام (٣) و مرسله ابن أبى عمير (٤) و موثقه أبى بصير (٥) المرويات عن الكافى، و روايه عبد الأعلى المحكيه

ص: ٢٨٥

١- (١) ايضاح الفوائد ٤٠٥:١.

٢- (٢) الحجج: ٣٠.

٣- (٣) الكافى ٤٣٥:٦، باب النرد و الشطرنج، الحديث ٢، و عنه فى الوسائل ١٢:٢٢٥، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٤- (٤) الكافى ٤٣٦:٦، باب النرد و الشطرنج، الحديث ٧، و عنه فى الوسائل ١٢:٢٢٧، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

٥- (٥) الكافى ٤٣١:٦، باب الغناء، الحديث الأول، و عنه فى الوسائل ١٢:٢٢٧، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

عن معانى الأخبار (١) وحسنه هشام المحكيه عن تفسير القمي رحمه الله (٢):

تفسير «قول الزور» بالغناء.

و منها: ما ورد مستفيضاً في تفسير «لهو الحديث»

(٣)

، كما في صحيحه ابن مسلم (٤) وروايه مهرا بن محمد (٥) وروايه الوشاء (٦) وروايه الحسن ابن هارون (٧) وروايه عبد الأعلى السابقة (٨).

و منها: ما ورد في تفسير «الزور» في قوله تعالى وَ الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ

(٩)

كما في صحيحه ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام تاره بلا واسطه و أخرى بواسطه أبي الصباح الكناني (١٠).

وقد يخدش في الاستدلال بهذه الروايات بظهور الطائفة الأولى

ص: ٢٨٦

١- ١) معانى الأخبار: ٣٤٩، و عنه في الوسائل ١٢: ٢٢٩، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٠.

٢- ٢) راجع تفسير القمي ٢: ٨٤، و الوسائل ١٢: ٢٣٠، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢٦.

٣- ٣) في قوله تعالى «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ» لقمان: ٦.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٢٢٦، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٥- ٥) نفس المصدر، الحديث ٧.

٦- ٦) الوسائل ١٢: ٢٢٧، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

٧- ٧) الوسائل ١٢: ٢٢٨، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٦.

٨- ٨) المتقدمه آنفاً.

٩- ٩) الفرقان: ٧٢.

١٠- ١٠) الوسائل ١٢: ٢٢٦، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥ و ٣.

بل الثانيه فى أن الغناء من مقوله الكلام، لتفسير قول الزور به.

و يؤيده ما فى بعض الأخبار، من أن من قول الزور أن تقول للذى يغنى: أحسنت (١). و يشهد له قول على بن الحسين عليهما السلام فى مرسله الفقيه الآتية فى الجارية التى لها صوت: «لا بأس (٢) لو اشتريتها فذكرتك الجنة، يعنى بقراءة القرآن و الزهد و الفضائل التى ليست بغناء» (٣)، و لو جعل التفسير من الصدوق دلّ على الاستعمال أيضاً.

و كذا «لهو الحديث» بناءً على أنه من إضافة الصفه إلى الموصوف، فيختص الغناء المحرّم بما كان مشتملاً على الكلام الباطل، فلا تدلّ على حرمة نفس الكيفيه و لو لم يكن فى كلام باطل.

و منه تظهر الخدشه فى الطائفة الثالثه، حيث إنّ مشاهد الزور التى مدح الله تعالى من لا يشهداها، هى مجالس التغنى بالأباطيل من الكلام.

فالإنصاف، أنّها لا تدلّ على حرمة نفس الكيفيه إلّا من حيث إشعار «لهو الحديث» بكون اللهو على إطلاقه مبغوضاً لله تعالى.

ص: ٢٨٧

١ - ١) الوسائل ٢٢٩، ١٢، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢١، و إليك نصّه: «قال: سألته عن قول الزور، قال: منه قول الرجل للذى يغنى: أحسنت».

٢ - ٢) فى المصدر: ما عليك.

٣ - ٣) الفقيه ٤٠٦، الحديث ٥٠٩٧، و عنه فى الوسائل ٨٦: ١٢، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

و كذا الزور بمعنى الباطل، و إن تحقّقاً (١) في كيفية الكلام، لا في نفسه، كما إذا تغنى في كلام حق، من قرآن أو دعاء أو مرثية.

و بالجمله، فكل صوت يُعدّ في نفسه مع (٢) قطع النظر عن الكلام المتصوّت به لهواً و باطلاً فهو حرام.

و مما يدلّ على حرمة الغناء من حيث كونه لهواً و باطلاً و لغواً:

روايه عبد الأعلى و فيها ابن فضال قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغناء، و قلت: إنهم يزعمون: أنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم، حيونا حيونا نحيتكم، فقال: كذبوا، إنّ الله تعالى يقول وَ مَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَ الْأَرْضَ وَ مَا بَيْنَهُمَا لِأَعِينٍ. لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهُوَ لَاتَّخِذْنَا مِنْ لَدُنَّا إِنْ كُنَّا فَاعِلِينَ. بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَ لَكُمْ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ (٣)، ثم قال: ويل لفلان مما يصف! رجل لم يحضر المجلس.. الخبر (٤)» (٥).

فإنّ الكلام المذكور المرخص فيه بزعمهم ليس بالباطل و اللهو اللذين يكذب الإمام عليه السلام رخصه النبي صلّى الله عليه و آله و سلم فيه، فليس الإنكار الشديد المذكور و جعل ما زعموا الرخصه فيه من اللهو و الباطل

ص: ٢٨٨

١-١) كذا في النسخ، و على فرض مطابقتها لما صدر من قلم المؤلف قدّس سرّه، فمرجع ضمير التثنيه هو «اللهو» و «الزور».

٢-٢) في «ف»، «ن» و «خ»: و مع.

٣-٣) الأنبياء: ١٦، ١٧، ١٨.

٤-٤) كذا في النسخ و الظاهر زياده: «الخبر»؛ لأنّ الخبر المذكور بتمامه.

٥-٥) الوسائل ٢٢٨: ١٢، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥.

إلّا من جهه التغنى به.

و روايه يونس، قال: «سألت الخراساني عليه السلام عن الغناء، وقلت:

إنّ العباسي زعم أنّك (١) ترخص في الغناء، فقال: كذب الزنديق! ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء، فقلت له: إنّ رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فسأله عن الغناء فقال له: إذا (٢) ميز الله بين الحق و الباطل فأين يكون الغناء؟ قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت» (٣).

و روايه محمد بن أبي عباد و كان مستهتراً (٤) بالسمع، و يشرب (٥) النبيذ قال: «سألت الرضا عليه السلام عن السماع، قال: لأهل الحجاز (٦) فيه رأى، و هو في حيز الباطل و اللّهُ، أما سمعت الله عزّ و جلّ يقول وَ إِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا» (٧).

و الغناء من السماع، كما نص عليه في الصحاح (٨)، و قال أيضاً

ص: ٢٨٩

-
- ١-١) في المصدر: إنّ العباسي ذكر عنك أنّك.
 - ٢-٢) في المصدر: يا فلان إذا..
 - ٣-٣) الوسائل ١٢:٢٢٧، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٣.
 - ٤-٤) في العيون: مشتهراً.
 - ٥-٥) في «ش»، «ف»، «ن» و العيون: بشرب.
 - ٦-٦) في الوسائل زياده: العراق (خ ل).
 - ٧-٧) الوسائل ١٢:٢٢٩، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٩، و الآيه من سوره الفرقان: ٧٢. و أنظر عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ١٢٨، الحديث ٥.
 - ٨-٨) الصحاح ٦:٢٤٤٩، ماده «غنى».

جارية مُسمعه، أى مغنيه (١).

و فى روايه الأعمش الوارده فى تعداد الكبائر قوله: «و الملاهى التى تصدّ عن ذكر الله (٢) كالغناء و ضرب الأوتار» (٣).

و قوله عليه السلام و قد سئل عن الجاربه المغنيه:- «قد يكون للرجل جاربه تُلهيه، و ما ثمنها إلّا كثمن الكلب» (٤).

و ظاهر هذه الأخبار بأسرها حرمه الغناء من حيث اللّهُو و الباطل، فالغناء و هى من مقوله الكيفيه للأصوات، كما سيجىء-، إن كان مساوياً للصوت اللّهُوى و الباطل كما هو الأقوى، و سيجىء فهو، و إن كان أعم و جب تقييده بما كان من هذا العنوان، كما أنّه لو كان أخص و جب التعدى عنه إلى مطلق الصوت الخارج على وجه اللّهُو.

و بالجمله، فالمحرّم هو ما كان من لحن أهل الفسوق و المعاصى التى (٥) ورد النهى عن قراءه القرآن بها (٦) سواء كان مساوياً للغناء

ص: ٢٩٠

١- (١) الصحاح ١٢٣٢: ٣، ماده «سمع».

٢- (٢) فى المصدر زياده: مكروهه.

٣- (٣) الخصال: ٦١٠، أبواب المائه فما فوقه، ذيل الحديث ٩، و عنه الوسائل ١١: ٢٦٢، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٦.

٤- (٤) الوسائل ١٢: ٨٨، الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦، و إليك نصّه: «سئل أبو الحسن الرضا عليه السلام عن شراء المغنيه، قال: قد تكون للرجل الجاربه تُلهيه، و ما ثمنها إلّا ثمن كلب.. الحديث».

٥- (٥) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: الذى.

٦- (٦) الوسائل ٤: ٨٥٨، الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن، الحديث الأول.

أو أعم أو أخص، مع أنّ الظاهر أنّ ليس الغناء إلّا هو و إن اختلفت فيه عبارات الفقهاء و اللغويين:

فعن المصباح: أنّ الغناء الصوت (١). و عن آخر: أنّه مدّ الصوت (٢)، و عن النهايه عن الشافعى: أنّه تحسين الصوت (٣) و ترفيقه. و عنها أيضاً:

أنّ كل من رفع صوتاً و والاه فصوته عند العرب غناء (٤).

و كلّ هذه المفاهيم مما يعلم عدم حرمتها و عدم صدق الغناء عليها، فكلها إشارة إلى المفهوم المعين عرفاً.

و الأحسن من الكل ما تقدم من الصحاح (٥)، و يقرب منه المحكى عن المشهور بين الفقهاء (٦) من أنّه مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب.

و الطرب على ما فى الصحاح -: خفّه تعترى الإنسان لشده حزن أو سرور (٧) و عن الأساس للزمخشرى: خفّه لسرور أو همّ (٨).

ص: ٢٩١

١-١) المصباح المنير: ٤٥٥، ماده «غن».

٢-٢) لم نظفر على قائله، و جعله المحقق النراقى ثامن الأقوال من دون إسناد إلى قائلٍ معيّن، انظر المستند ٢:٣٤٠.

٣-٣) فى المصدر: تحسين القراءة.

٤-٤) النهايه؛ لابن الأثير ٣:٣٩١.

٥-٥) فى الصفحه: ٢٨٩.

٦-٦) انظر مفاتيح الشرائع ٢:٢٠.

٧-٧) الصحاح ١:١٧١، ماده «طرب».

٨-٨) أساس البلاغه: ٢٧٧، ماده «طرب».

و هذا القيد (١) هو المدخل للصوت في أفراد اللهو، وهو الذى أرادہ الشاعر بقوله: «أَطْرَبًا و أنت قِنْسَرِيَّ» (٢) أى شيخ كبير، و إلّا فمجرد السرور أو الحزن لا يبعد عن الشيخ الكبير.

و بالجمله، فمجرد مدّ الصوت لا مع الترجيع [المطرب، أو و لو مع الترجيع (٣)] لا يوجب كونه لهوًا.

و من اكتفى (٤) بذكر الترجيع كالقواعد (٥) أراد به المقتضى للإطراب.

قال فى (٦) جامع المقاصد فى الشرح: - ليس مجرد مدّ الصوت محرماً و إن مالت إليه النفوس ما لم ينته إلى حدّ يكون مطرباً بالترجيع المقتضى للإطراب (٧)، انتهى.

ص: ٢٩٢

١- ١) فى شرح الشهيدى (٦٨) ما يلى: فى التعبير مسامحه، و المراد من القيد الخفه الناشئه من السرور أو الحزن.
٢- ٢) و تمام البيت: و الدهر بالإنسان دوّارِيّ أفنى القرون، و هو قَعَسَ رى قاله العجّاج كما فى ديوانه: ٣١٤، و فى لسان العرب: الطرب خفّه تلحق الإنسان عند السرور و عند الحزن، و المراد به فى هذا البيت السرور، يخاطب نفسه فيقول: أ تطرب إلى اللهو طرب الشبان و أنت شيخ مسنّ؟ انظر لسان العرب ١١٧: ٥، مادّه «قنسر».

٣- ٣) الزيادة من «ش».

٤- ٤) فى «ف»: اكتفى فى التعريف.

٥- ٥) القواعد ٢٣٦: ٢، باب الشهادات.

٦- ٦) وردت «فى» فى «ص» و «ع» فقط.

٧- ٧) جامع المقاصد ٢٣: ٤.

ثم إنَّ المراد بالمطرب ما كان مطرباً في الجملة بالنسبة إلى المغنّي أو المستمع، أو ما كان من شأنه الإطراب و مقتضياً له لو لم يمنع عنه مانع من جهة قبح الصوت أو غيره.

و أمّا لو اعتبر الإطراب فعلاً خصوصاً بالنسبة إلى كلّ أحد، و خصوصاً بمعنى الخفّه لشده السرور أو الحزن فيشكل بخلوّ أكثر ما هو غناء عرفاً عنه.

و كأنّ هذا هو الذى دعا الشهيد الثانى إلى أن زاد فى الروضه و المسالك بعد تعريف المشهور قوله: «أو ما يسمى فى العرف غناء» (١) و تبعه فى مجمع الفائده (٢) و غيره (٣).

و لعل هذا أيضاً دعا صاحب مفتاح الكرامه إلى زعم أنّ «الإطراب» فى تعريف الغناء غير «الطرب» المفسر فى الصحاح بخفّه لشده سرور أو حزن (٤) و إن توهمه (٥) صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا.

ص: ٢٩٣

١- (١) الروضه البهيه ٢١٢:٣، المسالك ١٢٦:٣.

٢- (٢) مجمع الفائده ٥٧:٨، نقله عن بعض الأصحاب، و ظاهره تلقّيه بالقبول.

٣- (٣) الحدائق ١٠١:١٨.

٤- (٤) تقدّم فى الصفحه: ٢٩١.

٥- (٥) فى شرح الشهيدى (٦٨): قضيه الإتيان ب «إن» الوصلية و التعبير بالتوهم مخالفه الطريحي فى ما ذكره من المغايره حيث إنّ هذا التعبير لا- يكون إلّا فى مقام ذكر المخالف و عليه يكون مرجع ضمير المفعول فى «تَوَهَّمَه»: الاتحاد المدلول عليه بالكلام السابق، و لكن لا يخفى عليك أنّه ليس فى المجمع ما يدلّ على الاتحاد و عدم المغايره، انتهى، و أنظر مجمع البحرين ١٠٩:٢.

و استشهد (١) على ذلك بما فى الصحاح من أن التطريب فى الصوت:

مدّه و تحسينه (٢).

و ما عن المصباح من أن طرّب فى صوته:مدّه و رجّعه (٣).

و فى القاموس:الغناء ككساء من الصوت ما طرّب به، و أنّ التطريب:الإطراب، كالتطرب و التغنى (٤).

قال رحمه الله:فتحّـيـل من ذلك أنّ المراد بالتطريب و الإـطراب غير الطرب بمعنى الخفه لشده حزن أو سرور كما توهمه صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا (٥) فكأنّه قال فى القاموس:الغناء من الصوت ما مُيِّد و حُسِّن و رُجِّع، فانطبق على المشهور؛ إذ الترجيع تقارب ضروب حركات الصوت و النفس، فكان لازماً للإطراب و التطريب (٦)، انتهى كلامه رحمه الله (٧).

وفيه:أنّ الطرب إذا كان معناه على ما تقدم من الجوهري و الزمخشري (٨) هو ما يحصل للإنسان من الخفّه، لا جرم يكون المراد

ص: ٢٩٤

١- ١) أى صاحب مفتاح الكرامه.

٢- ٢) الصحاح ١:١٧٢، ماده «طرب».

٣- ٣) المصباح المنير: ٣٧٠.

٤- ٤) القاموس المحيط ٤:٣٧٢، و ١:٩٧.

٥- ٥) انظر الهامش ٥ فى الصفحه السابقه.

٦- ٦) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ:التطرب.

٧- ٧) مفتاح الكرامه ٤:٥٠.

٨- ٨) تقدم عنهما فى الصفحه: ٢٩١.

بالإطراب و التطريب إيجاد هذه الحالة، وإلّا لزم الاشتراك اللفظي، مع أنّهم لم يذكروا للطرب معنى آخر ليشتق منه لفظ «التطريب» و «الإطراب».

مضافاً إلى أنّ ما ذكر في معنى التطريب من الصّحاح و المصباح إنّما هو للفعل القائم بذي الصوت، لا الإطراب القائم بالصوت، و هو المأخوذ في تعريف الغناء عند المشهور، دون فعل الشخص، فيمكن أن يكون معنى «تطريب الشخص في صوته»: إيجاد سبب الطرب بمعنى الخفّه بمدّ الصوت و تحسينه و ترجيعه، كما أنّ تفرّيح الشخص:

إيجاد سبب الفرح بفعل ما يوجهه، فلا ينافي ذلك ما ذكر في معنى الطرب.

و كذا ما في القاموس من قوله: «ما طُرب به» يعني ما أُوجد به الطرب.

مع أنّه لا مجال لتوهم كون التطريب بمادته بمعنى التحسين و الترجيع؛ إذ لم يتوهم أحد كون الطرب بمعنى الحسن و الرجوع، أو كون التطريب هو نفس المدّ، فليست هذه الأمور إلّا أسباباً للطرب يراد إيجادها من فعل (1) هذه الأسباب.

هذا كلّّه، مضافاً إلى عدم إمكان إرادته [ما ذكر من (2)] المدّ و التحسين و الترجيع من «المطرب (3)» في قول الأكثر: «إنّ الغناء مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب» كما لا يخفى. مع أنّ مجرد المدّ

ص: ٢٩٥

١-١) في النسخ: يراد من إيجادها فعل.

٢-٢) مشطوب عليه في «ف».

٣-٣) كذا في «ف»، «ن»، و في سائر النسخ: الطرب.

و الترجيع و التحسين لا يوجب الحرمة قطعاً؛ لما مر و سيجىء.

فتبين من جميع ما ذكرنا أنّ المتعين حمل «المطرب» فى تعريف الأكثر للغناء على الطرب بمعنى الخفّه، و توجيه كلامهم: بإرادته ما يقتضى الطرب و يعرض له بحسب وضع نوع ذلك الترجيع، و إن لم يطرب شخصه لمانع، من غلظه الصوت و مَجَّ (١) الأسماع له.

و لقد أجاد فى الصحاح حيث فسّر الغناء بالسماع، و هو المعروف عند أهل العرف، و قد تقدم فى روايه محمد بن أبى عباد المستهتر بالسماع - (٢).

و كيف كان، فالمحصّل من الأدلّه المتقدمه حرمة الصوت المُرجّع فيه على سبيل اللهو؛ فإنّ اللهو كما يكون بآله من غير صوت كضرب الأوتار و نحوه و بالصوت فى الآله كالمزمار و القصب و نحوهما فقد يكون بالصوت المجرد.

فكل صوت يكون لهواً بكيفيته و معدوداً من ألحان أهل الفسوق و المعاصى فهو حرام، و إن فرض أنّه ليس بغناء. و كل ما لا يُعدّ لهواً فليس بحرام، و إن فرض صدق الغناء عليه، فرضاً غير محقق؛ لعدم الدليل على حرمة الغناء إلّا من حيث كونه باطلاً و لهواً و لغواً و زوراً.

ثم إن «اللهو» يتحقق بأمرين:

أحدهما قصد التلهى و إن لم يكن لهواً.

و الثانى كونه لهواً فى نفسه عند المستمعين و إن لم يقصد به

ص: ٢٩٦

١ - ١) فى «ن»، «خ»، «م»، «ع»، و «ص»: مجه.

٢ - ٢) تقدمت فى الصفحه: ٢٨٩.

ثم إن المرجع في «اللهو» إلى العرف،

و الحاكم بتحقيقه هو الوجدان؛ حيث يجد الصوت المذكور مناسباً لبعض آلات اللّهُو و للرقص (١) و لحضور ما تستلذه القوى الشهويه، من كون المعنى جاريه أو مردأ و نحو ذلك، و مراتب الوجدان المذكور مختلفه في الوضوح و الخفاء، فقد يحس (٢) بعض الترجيع من مبادئ الغناء و لم يبلغه.

[لا فرق بين استعمال هذه الكيفيه في كلام حقّ أو باطل]

و ظهر مما ذكرنا أنّه لا فرق بين استعمال هذه الكيفيه في كلام حقّ أو باطل، فقراءه القرآن و الدعاء و المراثي بصوت يُرَجَّع فيه على سبيل اللّهُو لا- إشكال في حرمتها و لا في تضاعف عقابها؛ لكونها معصيه في مقام الطاعه، و استخفافاً بالمقرّ و المدعوّ و المرثي.

و من أوضح تسويلات الشيطان: أنّ الرجل المتستّر (٣) قد تدعوه نفسه لأجل التفرّج و التنزّه و التلذذ إلى ما يوجب نشاطه و رفع الكساله عنه من الزممه الملهيه، فيجعل ذلك في بيت من الشعر المنظوم في الحكم و المراثي و نحوها، فيتغنى به، أو يحضر عند من يفعل ذلك.

و ربّما يُعَدّ مجلساً لأجل إحضار أصحاب الألحان، و يسمّيه «مجلس المرثيه» فيحصل له بذلك ما لا يحصل له من ضرب الأوتار من النشاط و الانبساط، و ربّما يبكي في خلال ذلك لأجل الهموم المركوزه

ص: ٢٩٧

١-١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و الرقص.

٢-٢) كذا في النسخ، و الظاهر: يحسب.

٣-٣) المتستّر: و هو مقابل المستهتر.

فى قلبه،الغائبه (١)عن خاطره،من فقد (٢)ما تستحضره القوى الشهويّه، و يتخيّل أنّه بكى فى المرثيه و فاز بالمرتبّه العالیه،و قد أشرف على النزول إلى دركات الهاويه؛فلا ملجأ إلّا إلى الله من شرّ الشيطان و النفس الغاويه.

[عروض بعض الشبهات فى الحكم أو الموضوع أو اختصاص الحكم ببعض الموضوع]

اشاره

و ربّما يجزئ (٣)على هذا عروض الشبهه فى الأزمئه المتأخره فى هذه المسأله،تاره من حيث أصل الحكم،و أُخرى من حيث الموضوع، و ثالثه من اختصاص الحكم ببعض الموضوع.

أما الأوّل:

[أى فى أصل الحكم]

فلأنّه حكى عن المحدث الكاشانى أنّه خصّ الحرام منه بما اشتمل على محرّم من خارج مثل اللعب بآلات اللّهُو،و دخول الرجال،و الكلام بالباطل و إلّا فهو فى نفسه غير محرّم.

و المحكى من كلامه فى الوافى أنّه بعد حكايه الأخبار التى يأتى بعضها قال:الذى يظهر من مجموع الأخبار الوارده اختصاص حرمة الغناء و ما يتعلق به من الأجر و التعليم و الاستماع و البيع و الشراء،كلها بما (٤)كان على النحو المتعارف (٥)فى زمن الخلفاء (٦)،من دخول الرجال

ص: ٢٩٨

١- ١) فى «ف»:الفائته.

٢- ٢) فى شرح الشهيدى (٧١):الظاهر أنّه من متعلقات الهموم،يعنى الهموم الناشئه من فقد..إلخ.

٣- ٣) كذا فى «ف»،«ن»و«ش»،و فى «خ»،«م»،«ع»و«ص»:يجزئ،و فى هامش «ن»،«خ»،«م»،«ع»و«ش»:يجزئ(خ ل).

٤- ٤) فى «ف»،«خ»،«ع»و«ص»:مما.

٥- ٥) ص«ش»:المعهود المتعارف.

٦- ٦) فى هامش «ص»و فى المصدر:فى زمن بنى أميه و بنى العباس.

عليهنّ و تكلمهنّ بالباطل و لعبهنّ بالملاهي من العيدان و القصب و غيرهما، دون ما سوى ذلك من أنواعه، كما يشعر به قوله عليه السلام:

«ليست بالتي يدخل عليها الرجال» (١) إلى أن قال:- و على هذا فلا- بأس بالتغنى (٢) بالأشعار المتضمنه لذكر الجنة و النار و التشويق إلى دار القرار، و وصف نعم الله الملك الجبار، و ذكر العبادات، و الترغيب (٣) في الخيرات، و الزهد في الفانيات، و نحو ذلك، كما أشير إليه في حديث الفقيه بقوله: «فذكرتك (٤) الجنة» (٥) و ذلك لأنّ هذا كلّ ذكر الله، و ربّما تَقَشَعِرُّ مِنْهُ جُلُودُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ ثُمَّ تَلِينُ جُلُودُهُمْ وَ قُلُوبُهُمْ إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ (٦).

و بالجمله، فلا- يخفى على أهل الحجي بعد سماع هذه الأخبار تمييز حق الغناء عن باطله، و أنّ أكثر ما يتغنى به الصوفيه (٧) في محافلهم من قبيل الباطل (٨)، انتهى.

أقول: لولا استشهاده بقوله: «ليست بالتي يدخل عليها الرجال»

ص: ٢٩٩

- ١- ١) هذا قسم من روايه أبي بصير، الآتيه في الصفحه: ٣٠٥.
- ٢- ٢) في «ص» و المصدر: بسماع التغنى.
- ٣- ٣) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: و الرغبات.
- ٤- ٤) كذا في «ص»، و في النسخ: ذكرتك.
- ٥- ٥) راجع الصفحه: ٢٨٧.
- ٦- ٦) اقتباس من سوره الزمر، الآيه ٢٣.
- ٧- ٧) في «ص» و المصدر: المتصوفه.
- ٨- ٨) الوافي ٢١٨: ١٧، ٢٢٣.

أمكن بلا تكلف تطبيق كلامه على ما ذكرناه من أنّ المحرم هو الصوت اللّهوى الذى يناسبه اللعب بالملاهى و التكلم بالأباطيل و دخول الرجال على النساء، لحظّ (١) السمع و البصر من شهوه الزنا، دون مجرد الصوت الحسن الذى يذكر أمور الآخرة و ينسى شهوات الدنيا.

إلا أنّ استشهاده بالروايه: «ليست بالتى يدخل عليها الرجال» ظاهر فى التفصيل بين أفراد الغناء لا من حيث نفسه، فإنّ صوت المغنّيه التى تزفّ العرائس على سبيل اللّهو لا محاله؛ و لذا لو قلنا بإباحته فيما يأتى كنا قد خصصناه بالدليل.

و نسب القول المذكور إلى صاحب الكفايه أيضاً، و الموجود فيها بعد ذكر الأخبار المتخالفه جوازاً و منعاً فى القرآن و غيره:-

أنّ الجمع بين هذه الأخبار يمكن بوجهين:

أحدهما تخصيص تلك الأخبار الوارده المانعه بما عدا القرآن، و حمل ما يدلّ على ذمّ التغنّى بالقرآن على قراءه تكون على سبيل اللّهو، كما يصنعه الفساق فى غنائهم. و يؤيّد به روايه عبد الله بن سنان المذكوره: «اقرأوا القرآن بألحان العرب، و إياكم و لحن أهل الفسق و الكبائر» [و سيجىء من بعدى أقوام (٢)] يرجعون القرآن ترجيع الغناء» (٣).

ص: ٣٠٠

١-١) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: لحق.

٢-٢) فى ما عدا «ش» بدل ما بين المعقوفتين: و قوله.

٣-٣) الوسائل ٤: ٨٥٨، الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن، الحديث الأول، مع تفاوت يسير.

و ثانيهما أن يقال و حاصل ما قال -حمل الأخبار المانعه على الفرد الشائع في ذلك الزمان، قال: و الشائع في ذلك الزمان الغناء على سبيل اللّهُو من الجوارى و غيرهن في مجالس الفجور و الخمور و العمل بالملاهى و التكلم بالباطل و إسماعهن الرجال، فحمل المفرد المعرف يعنى لفظ «الغناء» على تلك الأفراد الشائعه في ذلك الزمان غير بعيد.

ثم ذكر روايه عليّ بن جعفر الآتيه (١) و روايه «اقرأوا القرآن» المتقدمه، و قوله: «ليست بالتي يدخل عليها الرجال» (٢) مؤيداً لهذا الحمل.

قال: إنّ فيه إشعاراً بأنّ منشأ المنع في الغناء هو بعض الأمور المحرّمه المقترنه به كالاتهاء و غيره إلى أن قال: -إنّ في عده من أخبار المنع عن الغناء إشعاراً بكونه لهواً باطلاً، و صدق ذلك في القرآن و الدعوات و الأذكار المقرّوه بالأصوات الطيبه المذكّره المهيجه للأشواق إلى العالم الأعلى محلّ تأمل.

على أنّ التعارض واقع بين أخبار الغناء و الأخبار الكثيره المتواتره الدالّه على فضل قراءه القرآن و الأدعيه و الأذكار (٣) مع عمومها لغه، و كثرتها، و موافقتها للأصل، و النسبه بين الموضوعين عموم من وجه، فإذا لا ريب في تحريم الغناء على سبيل اللّهُو و الاقتران (٤) بالملاهى و نحوهما.

ص: ٣٠١

١- ١) تأتي في الصفحه: ٣٠٤.

٢- ٢) الآتيه في الصفحه: ٣٠٥.

٣- ٣) في «ص» زياده: «بالصوت الحسن» و الظاهر أنّها زيدت لاقتضاء السياق.

٤- ٤) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: الإقران.

ثم إن ثبت إجماع في غيره، وإلا بقي حكمه على الإباحه، وطريق الاحتياط واضح (١)، انتهى.

أقول: لا يخفى أنّ الغناء على ما استفدنا من الأخبار، بل فتاوى الأصحاب و قول أهل اللغة هو من الملاهى، نظير ضرب الأوتار و النفخ فى القصب و المزمار، و قد تقدم التصريح بذلك فى روايه الأعمش الوارده فى الكبائر فلا يحتاج فى حرمة إلى أن يقترن بالمحرمات الأخر، كما هو ظاهر بعض ما تقدم من المحدثين المذكورين (٢).

نعم، لو فرض كون الغناء موضوعاً لمطلق الصوت الحسن كما يظهر من بعض ما تقدم فى تفسير معنى التطريب (٣) توجه ما ذكره، بل (٤) لا أظن أحداً يفتى بإطلاق حرمة الصوت الحسن.

و الأخبار بمدح الصوت الحسن و أنّه من أجمل الجمال، و استحباب القراءه و الدعاء به، و أنّه حليه القرآن، و اتصاف الأنبياء

ص: ٣٠٢

١- ١) كفايه الأحكام: ٨٦، مع اختلاف كثير. قال الشهيدى فى الشرح (٧١): ينبغى نقل عباره كفايه الأحكام بعين ألفاظها كى ترى أنّ المصنّف كيف غيّر فى النقل فحصل من جهته ما تراه من الإغلاق و الاضطراب، حتى لا تغتبر فى المنقول بعظم شأن الناقل، بل تراجع إلى الكتاب المنقول منه، كما أوصى بذلك كاشف اللثام فى وصاياه، و لعمري أنّه أجاد فيما أوصاه.

٢- ٢) الكاشانى و السبزوارى.

٣- ٣) مثل ما تقدم عن الصحاح فى الصفحه: ٢٩٤.

٤- ٤) كذا فى النسخ، و المناسب: لكن لا أظنّ.

و الأئمة صلوات الله عليهم [به (١)] في غايه الكثره (٢) وقد جمعها في الكفايه بعد ما ذكر: أن غير واحد من الأخبار يدل على جواز الغناء في القرآن، بل استحبابه؛ بناءً على دلالة الروايات على استحباب حسن الصوت و التحزين و الترجيع به، و الظاهر أن شيئاً منها لا يوجد بدون الغناء على ما استفيد من كلام أهل اللغه و غيرهم على ما فصلناه في بعض رسائلنا (٣)، انتهى.

و قد صرح في شرح قوله عليه السلام: «أقروا القرآن بألحان العرب» أن اللحن هو الغناء (٤).

و بالجمله، فنسبه الخلاف إليه في معنى الغناء أولى من نسبه التفصيل إليه، بل ظاهر أكثر كلمات المحدث الكاشاني أيضاً ذلك؛ لأنه في مقام نفي التحريم عن الصوت الحسن المذكور لأمر الآخرة المنسى لشهوات الدنيا.

نعم، بعض كلماتهما ظاهره في ما نسب إليهما من التفصيل في الصوت اللهوى الذي ليس هو عند التأمل تفصيلاً، بل قولاً بإطلاق

ص: ٣٠٣

١- ١) به «من مصححه» فقط.

٢- ٢) قد أورد هذه الروايات الكليني قدس سره في الكافي ٢: ٦١٤ في باب ترتيل القرآن بالصوت الحسن، و أورد بعضها في الوسائل ٤: ٨٥٩، الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن؛ لكن لم نقف على خبر يدل على استحباب الدعاء بالصوت الحسن، فراجع.

٣- ٣) كفايه الأحكام: ٨٥.

٤- ٤) لم نجد التصريح بذلك في كفايه الأحكام، فراجع، و يحتمل بعيداً قراءه «صرح» بصيغه المجهول.

جواز الغناء و أنه لا حرمه فيه أصلاً، وإنما الحرام ما يقترب به من المحرمات، فهو على تقدير صدق نسبته إليهما في غاية الضعف لا شاهد له يقيد الإطلاقات الكثيره المدعى تواترها، إلا بعض الروايات التي ذكرها (١):

منها: ما عن الحميرى بسند لم يُبَعِد في الكفايه إلحاقه بالصحاح (٢) عن علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن الغناء في الفطر والأضحى والفرح، قال: لا بأس ما لم يُعص به» (٣).

و المراد به ظاهراً ما لم يصر الغناء سبباً للمعصيه و لا مقدّمه للمعاصي المقارنه له.

و في كتاب علي بن جعفر، عن أخيه، قال: «سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر والأضحى والفرح؟ قال: لا بأس ما لم يزم به» (٤).

و الظاهر أنّ المراد بقوله: «لم يزم به» (٥) أي لم يلعب (٦) معه بالمزمار، أو ما لم يكن الغناء بالمزمار و نحوه من آلات الأغاني.

ص: ٣٠٤

١-١) ليس في النسخه التي بأيدينا من كفايه الأحكام أثر من الروايات التاليه، و لم نقف عليها في الوافي أيضاً في أبواب وجوه المكاسب.

٢-٢) لم تُذكر هذه الروايه في كفايه الأحكام، فضلاً عن الكلام في سندها.

٣-٣) قرب الإسناد: ٢٩٤، الحديث ١١٥٨، و عنه في الوسائل ١٢: ٨٥، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٤-٤) مسائل علي بن جعفر: ١٥٦، الحديث ٢١٩.

٥-٥) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: ما لم يزم.

٦-٦) في «ش»: أي ما لم يزم.

و روايه أبى بصير، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام (١) عن كسب المغنّيات، فقال: التي يدخل عليها الرجال حرام، و التي تدعى إلى الأعراس لا بأس به، و هو قول الله عزّ و جلّ و منّ الناس من يشتري لهو الحديث ليضلّ عن سبيل الله» (٢).

و عن أبى بصير، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال عليه السلام:

أجر المغنّيه التي تزفّ العرائس ليس به بأس، ليست بالتي يدخل عليها الرجال» (٣).

فإنّ ظاهر الثانيه و صريح الأولى: أنّ حرمة الغناء منوط بما يقصد منه، فإن كان المقصود إقامة مجلس اللّهو حرم، و إلّا فلا.

و قوله عليه السلام فى الروايه: «و هو قول اللّهم» إشاره إلى ما ذكره من التفصيل، و يظهر منه (٤) أنّ كلا- الغنائين من لهو الحديث، لكن يقصد بأحدهما إدخال الناس فى المعاصى و الإخراج عن سبيل الحق و طريق الطاعه، دون الآخر.

و أنت خبير بعدم مقاومه هذه الأخبار للإطلاقات؛ لعدم ظهور يعتد به فى دلالتها، فإنّ الروايه الأولى لعلى بن جعفر ظاهره فى تحقّق المعصيه بنفس الغناء، فيكون المراد بالغناء مطلق الصوت المشتمل على

ص: ٣٠٥

١ - ١) كذا فى الوسائل أيضاً، و فى «ص» و الكافى (٥: ١١٩، الحديث الأوّل)، و التهذيب (٦: ٣٥٨، الحديث ١٠٢٤)، و الاستبصار (٣: ٦٢، الحديث ٢٠٧): سألت أبا جعفر عليه السلام.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٨٤، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٣ - ٣) الوسائل ١٢: ٨٥، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

٤ - ٤) فى شرح الشهيدى (٧٦): يعنى من قوله عليه السلام: «و هو قول الله».

الترجيع، و هو قد يكون مطرباً ملهياً فيحرم، و قد لا ينتهى إلى ذلك الحد فلا يُعصى به.

و منه يظهر توجيه الروايه الثانيه لعلّى بن جعفر، فإنّ معنى قوله:

«لم يزم به» لم يرجع فيه ترجيع المزمّار، أو لم يقصد منه قصد المزمّار، أو أنّ المراد من «الزمر» التّغنى على سبيل اللّهُو.

و أما روايه أبى بصير مع ضعفها سنداً بعلّى بن أبى حمزه البطائنى فلا تدلّ إلّا على كون غناء المغنّيه التى يدخل (1) عليها الرجال داخلاً فى لهو الحديث فى الآيه، و عدم دخول غناء التى تدعى إلى الأعراس فيه (2)، و هذا لا يدلّ على دخول ما لم يكن منهما (3) فى القسم المباح، مع كونه من لهو الحديث قطعاً. فإذا فرضنا أنّ المغنّى يغنى بإشعار باطله، فدخول هذا فى الآيه أقرب من خروجه.

و بالجملة، فالمذكور فى الروايه (4) تقسيم غناء المغنّيه باعتبار ما هو الغالب من أنّها تطلب (5) للتغنى، إمّا فى المجالس المختصه بالنساء كما فى الأعراس-، و إمّا للتغنى فى مجالس الرجال.

نعم، الإنصاف أنّه لا يخلو (6) من إشعار بكون المحرّم هو الذى يدخل فيه الرجال على المغنّيات، لكن المنصف لا يرفع اليد عن

ص: ٣٠٦

١- ١) فى «ف»، «خ»، «م»، «ع» و ظاهر «ن»: لم يدخل.

٢- ٢) كذا فى مصححه «ص» و «ن»، و فى سائر النسخ: فيها.

٣- ٣) فى «خ»، «م»، «ع»، «ص» و «ش» و ظاهر «ن»: منها.

٤- ٤) كذا فى «ش» و مصححه «ص»، و فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: الآيه.

٥- ٥) كذا فى «ص» و «ش»، و فى غيرهما: من أنّه يُطلب.

٦- ٦) كذا فى النسخ، و المناسب: أنّها لا تخلو، كما فى مصححه «ص».

الإطلاقات لأجل هذا الإشعار، خصوصاً مع معارضته بما هو كالصريح في حرمه غناء المغنّيه و لو لخصوص مولاها، كما تقدم من قوله عليه السلام:

«قد يكون للرجل الجارية تُلهيه، و ما ثمنها إلّا ثمن الكلب» (١)، فتأمل.

و بالجمله، فضعف هذا القول بعد ملاحظه النصوص أظهر من أن يحتاج إلى الإظهار. و ما أبعد بين هذا و بين ما سيجيء من فخر الدين (٢) من عدم تجويز الغناء بالأعراس (٣)؛ لأنّ الروایتين و إن كانتا نصّين في الجواز، إلّا أنّهما لا تقاومان الأخبار المانعه؛ لتواترها (٤).

و أما ما ذكره في الكفايه من تعارض أخبار المنع للأخبار الوارده في فضل قراءه القرآن (٥) فيظهر فساده عند التكلّم في التفصيل.

و أمّا الثانی و هو الاشتباه فی الموضوع :-

فهو ما ظهر من بعض من لا خبره له من طلبه زماننا تقليداً لمن سبقه من أعياننا من منع صدق الغناء في المراثي، و هو عجيب! فإنّه إن أراد أنّ الغناء مما يكون لمواد الألفاظ دخل فيه، فهو تكذيب للعرف و اللغه.

أمّا اللغه فقد عرفت، و أمّا العرف فلأنه لا ريب أنّ من سمع من بعيد صوتاً مشتملاً على الإطراب المقتضى للرقص أو ضرب آلات

ص: ٣٠٧

١-١) تقدّم في الصفحه: ٢٩٠.

٢-٢) يجيء في الصفحه: ٣١٤ عنه و عن جماعه من الأعلام، فلا وجه لتخصيصه بالذكر، اللهم إلّا بملاحظه التعليل المذكور.

٣-٣) في مصححه (ص): «في الأعراس. و هو الأنسب».

٤-٤) التعليل من فخر الدين بتفاوت في العبارة، انظر إيضاح الفوائد ١: ٤٠٥.

٥-٥) لم نجد التصريح بالتعارض، لكن يستفاد من مضمون كلامه، انظر كفايه الأحكام: ٨٥ ٨٦.

اللهو لا يتأمل في إطلاق الغناء عليه إلى أن يعلم مواد الألفاظ.

و إن أراد أنّ الكيفيه التي يقرأ بها للمرثيه لا يصدق عليها تعريف الغناء، فهو تكذيب للحس.

و أما الثالث و هو اختصاص الحرمة ببعض أفراد الموضوع :-

فقد حكى في جامع المقاصد قولاً لم يسمّ قائله باستثناء الغناء في المراثي نظير استثنائه في الأعراس و لم يذكر وجهه (1)، وربما وجهه بعض من متأخري المتأخرين (2) بعمومات (3) أدلّه الإيكاء و الرثاء، و قد أخذ ذلك مما تقدم من صاحب الكفايه من الاستدلال بإطلاق أدلّه قراءه القرآن (4).

و فيه: أنّ أدلّه المستحبات لا تقاوم أدلّه المحرمات، خصوصاً التي تكون من مقدماتها؛ فإنّ مرجع أدلّه الاستحباب إلى استحباب إيجاد الشيء بسببه المباح، لا بسببه المحرّم، ألا ترى أنّه لا يجوز إدخال السرور في قلب المؤمن و إجابته بالمحرمات، كالزنا و اللواط و الغناء؟ و السرّ في ذلك أنّ دليل الاستحباب إنّما يدلّ على كون الفعل لو خلّى و طبعه خالياً عما يوجب لزوم أحد طرفيه، فلا ينافي ذلك طرؤ عنوان من الخارج يوجب لزوم فعله أو تركه كما إذا صار مقدمه لواجب، أو صادفه عنوان محرم فأجابه المؤمن و إدخال السرور في

ص: ٣٠٨

١-١) جامع المقاصد ٢٣:٤.

٢-٢) مثل المحقق النراقي في المستند ٦٤٤:٢.

٣-٣) في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، و«ص»: لعمومات.

٤-٤) في شرح الشهيدى (٧٧): ليس في كفايه الأحكام من الاستدلال به أثر في كتابي التجاره و الشهاده.

قلبه ليس فى نفسه شىء ملزم لفعله أو تركه، فإذا تحقق فى ضمن الزنا فقد طرأ عليه عنوان ملزم لتركه، كما أنه إذا أمر به الوالد أو السيد طرأ عليه عنوان ملزم لفعله.

و الحاصل: أنّ جهات الأحكام الثلاثة أعنى الإباحه و الاستحباب و الكراهه لا تراحم جهه الوجوب أو الحرمة، فالحكم لهما مع اجتماع جهتهما مع إحدى الجهات الثلاث.

و يشهد بما ذكرنا من عدم تأدى المستحبات فى ضمن المحرّمات قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «اقرأوا القرآن بالحن العرب، و إِيّاكم و لحن أهل الفسق (١) و الكبائر، و سيجىء بعدى أقوام يرجعون ترجيع الغناء و النوح و الرهبانية، لا يجوز تراقبهم، قلوبهم مقلوبه، و قلوب من يعجبه شأنهم» (٢).

قال فى الصحاح: اللحن واحد الألحان و اللحن، و منه الحديث:

«اقرأوا القرآن بلحن العرب»، و قد لحن فى قراءته: إذا طرّب بها و غرّد، و هو أَلحن الناس إذا كان أحسنهم قراءه أو غناء، انتهى (٣).

و صاحب الحدائق جعل اللحن فى هذا الخبر بمعنى اللغه، أى بلغه العرب (٤) و كأنه أراد باللغه «اللهجه»، و تخيّل أنّ إبقاءه على معناه يوجب ظهور الخبر فى جواز الغناء فى القرآن.

ص: ٣٠٩

١- ١) فى النسخ: الفسوق، و صحّحناه على ما ورد فى الصفحة: ٢٩٦ و ٣٠٥.

٢- ٢) الوسائل ٤: ٨٥٨، الباب ٢٤ من أبواب قراءه القرآن، الحديث الأوّل، مع تفاوتٍ يسير.

٣- ٣) الصحاح ٦: ٢١٩٣، مادّه «لحن».

٤- ٤) الحدائق ١١٤: ١٨.

وفيه: ما تقدم من أن مطلق اللحن إذا لم يكن على سبيل اللهو ليس غناء، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «وإياكم ولحن أهل الفسق» نهى عن الغناء في القرآن.

ثم إن في قوله: «لا يجوز تراقيهم» إشاره إلى أن مقصودهم ليس تدبر معاني القرآن، بل هو مجرد الصوت المطرب.

و ظهر مما ذكرنا أنه لا- تنافى بين حرمة الغناء في القرآن و ما ورد من قوله صلوات الله عليه: «وَرَجَّعْ بِالْقُرْآنِ صَوْتَكَ، فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الصَّوْتِ الْحَسَنَ» (١) فإن المراد بالترجيع ترديد الصوت في الحلق، و من المعلوم أن مجرد ذلك لا يكون غناء إذا لم يكن على سبيل اللهو، فالمقصود من الأمر بالترجيع أن لا يقرأ كقراءة عبائر الكتب عند المقابلة، لكن مجرد الترجيع لا يكون غناء؛ و لذا جعله نوعاً منه في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«يرجعون القرآن ترجيع الغناء».

و في محكى شمس العلوم: أن الترجيع ترديد الصوت مثل ترجيع أهل الألحان و القراءة و الغناء (٢)، انتهى.

و بالجمله، فلا- تنافى بين الخبرين، و لا بينهما و بين ما دلّ على حرمة الغناء حتى في القرآن، كما تقدم زعمه من صاحب الكفايه تبعاً في بعض ما ذكره من عدم اللهو في قراءة القرآن و غيره لما ذكره

ص: ٣١٠

١- (١) الوسائل ٤: ٨٥٩، الباب ٢٤ أبواب قراءة القرآن، الحديث ٥.

٢- (٢) شمس العلوم و دواء كلام العرب من الكلوم في اللغة ثمانية عشر جزءاً، كما في كشف الظنون، و في بغية الوعاة: في ثمانية أجزاء، و هو لنشوان بن سعيد ابن نشوان اليمنى الحميرى، المتوفى سنة ٥٧٣، انظر الذريعة ١٤: ٢٢٤.

المحقق الأردبيلى رحمه الله، حيث إنه بعد ما وجه استثناء المراثى و غيرها من الغناء، بأنه ما ثبت الإجماع إلّا فى غيرها، والأخبار ليست بصحيحه صريحه فى التحريم مطلقاً أيد استثناء المراثى بأنّ البكاء و التفجّع مطلوب مرغوب، و فيه ثواب عظيم، و الغناء معين على ذلك، و أنه متعارف دائماً فى بلاد المسلمين من زمن المشايخ إلى زماننا هذا من غير تكبير. ثم أيدّه بجواز النياحه و جواز أخذ الأجر عليها، و الظاهر أنّها لا تكون إلّا معه، و بأنّ تحريم الغناء للطرب على الظاهر، و ليس فى المراثى طرب، بل ليس إلّا الحزن (١)، انتهى.

و أنت خبير بأنّ شيئاً مما ذكره لا ينفع فى جواز الغناء على الوجه الذى ذكرناه.

أمّا كون الغناء معيناً على البكاء و التفجّع، فهو ممنوع؛ بناءً على ما عرفت من كون الغناء هو «الصوت اللّهوى»، بل و على ظاهر تعريف المشهور من «الترجيع المطرب»؛ لأنّ الطرب الحاصل منه إن كان سروراً فهو منافٍ للتفجّع، لا معين، و إن كان حزناً فهو على ما هو المركوز فى النفس الحيوانيه من فقد المشتبهات النفسانيه، لا على ما أصاب سادات الزمان، مع أنه على تقدير الإعانه لا ينفع فى جواز الشىء كونه مقدمه لمستحب أو مباح، بل لا بدّ من ملاحظه عموم (٢) دليل الحرمة له، فإن كان فهو، و إلّا فيحكم بإباحته، للأصل.

و على أى حال، فلا يجوز التمسك فى الإباحه بكونه مقدمه لغير حرام؛

ص: ٣١١

١- (١) مجمع الفائدة ٦١: ٨-٦٣.

٢- (٢) كلمه «عموم» من «ش».

لما عرفت.

ثم إنّه يظهر من هذا و ممّا (١) ذكر أخيراً من أنّ المراثى ليس فيها طرب أنّ نظره إلى المراثى المتعارفه لأهل الديانه التى لا يقصدونها إلّما للتفجّع، و كأنّه لم يحدث فى عصره المراثى التى يكتفى بها أهل اللّهُو و المترفون من الرجال و النساء (٢) عن حضور مجالس اللّهُو و ضرب العود و الأوتار و التغنّى بالقصب و المزمار، كما هو الشائع فى زماننا الذى قد أخبر النبى صلّى الله عليه و آله و سلم بنظيره فى قوله: «يتخذون القرآن مزامير» (٣)، كما أنّ زياره سيدنا و مولانا أبى عبد الله عليه السلام صار سفرها من أسفار اللّهُو و النزّه لكثير من المترفين، و قد أخبر النبى صلّى الله عليه و آله و سلم بنظيره فى سفر الحج، و أنّه «يحج أغنياء أمتى للنزّه، و الأوساط للتجاره، و الفقراء للسمع» (٤) و كأن كلامه صلّى الله عليه و آله و سلم كالكتاب العزيز وارد فى موردٍ و جارٍ فى نظيره.

و الذى أظن أنّ ما ذكرنا فى معنى الغناء المحرّم من أنّه «الصوت اللّهُوى» أنّ (٥) هؤلاء (٦) و غيرهم غير مخالفين فيه، و أمّا ما لم يكن

ص: ٣١٢

١-١ (١) كذا فى «ف»، و فى غيره: و ما.

٢-٢ (٢) فى أكثر النسخ زياده: بها.

٣-٣ (٣) الوسائل ٢٧٨: ١١، الباب ٤٩ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢٢، و لفظه: «يتعلّمون القرآن لغير الله فيتخذونه مزامير».

٤-٤ (٤) نفس المصدر.

٥-٥ (٥) لا يخفى أنّ العبارة لا تخلو من إغلاق.

٦-٦ (٦) الكاشانى و السيزوارى و الأردبيلى.

على جهة (١) اللّهُ المناسب لسائر آياته، فلا دليل على تحريمه لو فرض شمول «الغناء» له؛ لأنّ مطلقات الغناء منزّله على ما دلّ على إناطه الحكم فيه باللّهُ و الباطل من الأخبار المتقدمه، خصوصاً مع انصرافها في أنفسها كأخبار المغنّيه إلى هذا الفرد.

بقى الكلام فيما استثناء المشهور من الغناء،

إشاره

و هو أمران:

أحدهما الحداء بالضم كدعاء: صوت يرجع فيه للسير بالإبل.

و في الكفايه: أنّ المشهور استثناءه (٢) و قد صرح بذلك في شهادات الشرائع و القواعد، و في الدروس (٣).

و على تقدير كونه من الأصوات اللّهُويه كما يشهد به استثناءؤهم إيّاه عن الغناء بعد أخذهم الإطراب في تعريفه فلم أجد ما يصلح لاستثناؤه مع تواتر الأخبار بالتحريم، عدا روايه نبويه ذكرها في المسالك (٤) من تقرير النبي صلّى الله عليه و آله و سلم لعبد الله بن رواحه حيث حدا للإبل، و كان حسن الصوت (٥). و في دلالتة و سنده ما لا يخفى.

الثاني - غناء المغنّيه في الأعراس إذا لم يكتنف بها

الثاني - غناء المغنّيه في الأعراس إذا لم يكتنف بها (٦) محرّم آخر

- من التكلّم بالأباطيل، و اللعب بآلات الملاهى المحرّمه، و دخول

ص: ٣١٣

١- ١) في «ف»: «وجه».

٢- ٢) كفايه الأحكام: ٨٦.

٣- ٣) الشرائع ١٢٨: ٤، القواعد ٢٣٦: ٢، الدروس ١٢٦: ٢.

٤- ٤) المسالك (الطبعة الحجرية) ٣٢٣: ٢.

٥- ٥) رواها البيهقي في سننه ٢٢٧: ١٠، و فيه: أنّه صلّى الله عليه و آله و سلم قال لعبد الله ابن رواحه: «حرّك بالنوق» فاندفع يرتجز، و كان عبد الله جيّد الحداء.

٦- ٦) كذا في النسخ، و في مصححه «ص»: به. و هو المناسب.

الرجال على النساء و المشهور استثناءه؛ للخبرين المتقدمين عن أبي بصير في أجر المغنّيه التي تزفّ العرائس (١)، و نحوهما ثالث عنه أيضاً (٢)، و إباحه الأجر لازمه لإباحه الفعل.

و دعوى: أنّ الأجر لمجرد الزفّ لا للغناء عنده، مخالفه للظاهر.

لكن في سند الروايات «أبو بصير» و هو غير صحيح (٣)، و الشهره على وجه توجب الانجبار غير ثابتة؛ لأنّ المحكى عن المفيد رحمه الله (٤) و القاضى (٥) و ظاهر الحلبي (٦) و صريح الحلبي و التذكرة و الإيضاح (٧)، بل كل من لم يذكر الاستثناء بعد التعميم: المنع.

لكن الإنصاف، أنّ سند الروايات و إن انتهت إلى «أبي بصير» إلّا أنّه لا يخلو من وثوق، فالعمل بها تبعاً للأكثر غير بعيد، و إن كان الأحوط كما في الدروس (٨) الترك. و الله العالم.

ص: ٣١٤

-
- ١-١) تقدّما في الصفحة: ٣٠٥.
 - ٢-٢) الوسائل ١٢: ٨٤، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.
 - ٣-٣) حكمه قدّس سرّه بعدم صحه الروايات معللاً بأنّ في سندها «أبا بصير» فيه ما لا يخفى.
 - ٤-٤) لم يصرح المفيد قدّس سرّه بذلك، بل هو ممن لم يذكر الاستثناء بعد التعميم، انظر المقنعه: ٥٨٨.
 - ٥-٥) عدّه في المكروهات، انظر المهذب ١: ٣٤٦.
 - ٦-٦) الكافي في الفقه: ٢٨١.
 - ٧-٧) السرائر ٢: ٢٢٤، التذكرة ٢: ٥٨١، إيضاح الفوائد ١: ٤٠٥.
 - ٨-٨) لم نقف عليه في الدروس، و نسبه إليه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤: ٥٣، انظر الدروس ٣: ١٦٢.

إشاره

حرام بالأدلة الأربعة، و يدلّ عليه من الكتاب قوله تعالى:

وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا

(١)

فجعل المؤمن أخاً، و عرضه كلحمه، و التفكّه به أكلاً، و عدم شعوره بذلك بمنزله حاله موته.

و قوله تعالى: وَيَلُّ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ (٢) و قوله تعالى: لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ (٣) و قوله تعالى: إِنَّ الَّذِينَ يُجْتَنُونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٤).

و يدلّ عليه من الأخبار ما لا يحصى:

فمنها: ما روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلم بعدّه طرق: «أَنَّ الْغَيْبَةَ أَشَدُّ مِنَ الزَّانَا، وَأَنَّ الرَّجُلَ يَزْنِي فَيَتُوبُ وَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِ، وَ أَنَّ صَاحِبَ

ص: ٣١٥

١-١ (١) الحجرات: ١٢.

٢-٢ (٢) الهمزة: ١.

٣-٣ (٣) النساء: ١٤٨.

٤-٤ (٤) النور: ١٩.

الغيبه لا يغفر له حتى يغفر له صاحبه» (١).

و عنه صَلَّى الله عليه و آله و سلم: أنه خطب يوماً فذكر الربا و عظم شأنه، فقال:

«إن الدرهم يصيبه الرجل من الربا أعظم (٢) من ستته و ثلاثين زنيه، و إن أربى الربا عرض الرجل المسلم» (٣).

و عنه صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «من اغتاب مسلماً أو مسلمه لم يقبل الله صلاته و لا- صيامه أربعين صباحاً، إلا أن يغفر له صاحبه» (٤).

و عنه صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «من اغتاب مؤمناً بما فيه لم يجمع الله بينهما في الجنة، و من اغتاب مؤمناً بما ليس فيه انقطعت العصمه بينهما، و كان المغتاب خالداً في النار و بش المصير» (٥).

و عنه صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «كذب من زعم أنه وُلِدَ من حلال و هو يأكل لحوم الناس بالغيبه، فاجتنب (٦) الغيبه فإنها إدام كلاب النار» (٧).

ص: ٣١٦

١ - ١) الوسائل ٥٩٨: ٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٩، مع اختلاف في العبارة، و لعله قدس سره أراد النقل بالمعنى.

٢ - ٢) في تنبيه الخواطر: أعظم عند الله في الخطيئه.

٣ - ٣) تنبيه الخواطر: ١٢٤، و نقل ذيله المحدث النورى في مستدرک الوسائل ١١٩: ٩، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٥.

٤ - ٤) مستدرک الوسائل ١٢٢: ٩، الباب ١٣٢، الحديث ٣٤، و فيه بدل «أربعين صباحاً»: «أربعين يوماً و ليله».

٥ - ٥) الوسائل ٦٠٢: ٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٠.

٦ - ٦) في المصدر: اجتنبوا.

٧ - ٧) مستدرک الوسائل ١٢١: ٩، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣١.

و عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم: «من مشى فى غيبه أخيه (١) و كشف عورته كانت أوّل خطوه خطاها وضعها فى جهنم» (٢).

و روى: «أنّ المغتاب إذا تاب فهو آخر من يدخل الجنه، و إن لم يتب فهو أوّل من يدخل النار» (٣).

و عنه عليه السلام: «أنّ الغيبه حرام على كلّ مسلم... و أنّ الغيبه لتأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب» (٤).

و أكل الحسنات إمّا أن يكون على وجه الإحباط، أو لاضمحلال ثوابها فى جنب عقابه، أو لأنها تنقل الحسنات إلى المغتاب، كما فى غير واحد من الأخبار.

و منها النبوى: «يؤتى بأحد يوم القيامة فيوقف بين يدي الربّ عزّ و جلّ، و يُدفع إليه كتابه، فلا يرى حسناته فيه، فيقول: إلهى ليس هذا كتابى لا- أرى فيه حسناتى! فيقال له: إنّ ربك لا يضلّ و لا ينسى، ذهب عملك باغتيال الناس، ثم يؤتى بآخر و يُدفع إليه كتابه فيرى فيه طاعات كثيره، فيقول: إلهى ما هذا كتابى فإنى ما عملت هذه الطاعات!

ص: ٣١٧

١-١) فى المصدر: فى عيب أخيه.

٢-٢) الوسائل ٦٠٢: ٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢١.

٣-٣) البحار ٢٥٧: ٧٥، ضمن الحديث ٤٨، عن مصباح الشريعه، و رواه باختلاف فى اللفظ المحدّث النورى فى مستدرک الوسائل ١٢٦: ٩، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٥٠، عن لبّ اللباب، للقطب الراوندى.

٤-٤) البحار ٢٥٧: ٧٥، الحديث ٤٨.

فيقال له: إن فلاناً اغتابك فدفع حسناته إليك... الخبر (١)» (٢).

و منها: ما ذكره كاشف الريبه رحمه الله من (٣) روايه عبد الله (٤) ابن سليمان النوفلى الطويله عن الصادق عليه السلام، و فيها: عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «أدنى الكفر أن يسمع الرجل من أخيه كلمه فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها، أولئك لا خلاق لهم»، و حدّثنى أبى، عن آباءه، عن على عليه السلام أنه: «من قال فى مؤمن ما رأته عيناه أو سمعت أذناه مما يشينه و يهدم مروّته، فهو من الذين قال الله عزّ و جلّ:

إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (٥).

ثم ظاهر هذه الأخبار كون الغيبه من الكبائر كما ذكره جماعه (٦) بل أشد من بعضها. و عدّ فى غير واحد من الأخبار من الكبائر الخيانه (٧)، و يمكن إرجاع الغيبه إليها، فأى خيانه أعظم

ص: ٣١٨

١- ١) كذا فى النسخ، و الظاهر زياده «الخبر»؛ إذ الحديث مذکور بتمامه.

٢- ٢) مستدرک الوسائل ٩: ١٢١، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣٠، مع اختلاف فى بعض الألفاظ.

٣- ٣) كلمه «من» من «ن» و «ش».

٤- ٤) فى «ص» و «ش»: عن عبد الله.

٥- ٥) كشف الريبه: ١٣٠، الحديث ١٠ من الخاتمه (ما كتبه الصادق عليه السلام إلى عبد الله النجاشى)، و عنه فى الوسائل ١٢: ١٥٥، الباب ٤٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.

٦- ٦) منهم الشهيد الثانى فى الروضه البهيه ٣: ١٢٩، و كشف الريبه: ٥٢؛ و نسبه السيد المجاهد فى المناهل (٢٦١) إلى المقدس الأردبيلى أيضاً و استجوده.

٧- ٧) الوسائل ١١: ٢٦١-٢٦٢، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٣ و ٣٦.

من التفكّه بلحم الأبخ على غفله منه و عدم شعور؟ و كيف كان، فما سمعناه من بعض من عاصرناه من الوسوسة فى عدّها من الكبائر أظنها فى غير المحل.

ثم إنّ ظاهر الأخبار اختصاص حرمة الغيبة بالمؤمن، فيجوز اغتياب المخالف، كما يجوز لعنه.

و توهّم عموم الآيه كـبعض الروايات (١) لمطلق المسلم، مدفوع بما علم بضروره المذهب من عدم احترامهم و عدم جريان أحكام الإسلام عليهم إلّا قليلاً ممّا يتوقف استقامه نظم معاش المؤمنين عليه، مثل عدم انفعال ما يلاقيهم بالرطوبه، و حلّ ذبائحهم و مناكحتهم (٢) و حرمة دمائهم لحكمه دفع الفتنة، و نسايمهم (٣)؛ لأنّ لكلّ قوم نكاحاً، و نحو ذلك.

مع أنّ التمثيل المذكور فى الآيه مختص بمن ثبت اخوّته، فلا يعمّ من وجب التبرى عنه.

و كيف كان، فلا إشكال فى المسأله بعد ملاحظه الروايات الوارده فى الغيبه، و فى حكمه حرمتها، و فى حال غير المؤمن فى نظر الشارع.

ثم الظاهر دخول الصبى المميّز المتأثر بالغيبه لو سمعها؛ لعموم بعض الروايات المتقدمه و غيرها الداله على حرمة اغتياب الناس و أكل

ص: ٣١٩

١- ١) مثل النبويين المتقدمين: «من اغتاب مسلماً أو مسلمه...» و «إنّ أربى الربا عرض الرجل المسلم» و نحوهما.

٢- ٢) فى «ف»: مناكحتهم.

٣- ٣) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»: فسادهم.

لحومهم (١) مع صدق «الأخ» عليه، كما يشهد به قوله تعالى: وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ (٢) مضافاً إلى إمكان الاستدلال بالآية (٣) وإن كان الخطاب للمكلفين؛ بناءً على عدّ أطفالهم منهم تغليبا، وإمكان دعوى صدق «المؤمن» عليه مطلقاً أو في الجملة.

و لعله لما ذكرنا صرّح في كشف الريبه بعدم الفرق بين الصغير و الكبير (٤)، و ظاهره الشمول لغير المميّز أيضاً.

و منه يظهر حكم المجنون، إلّا أنّه صرّح بعض الأساطين (٥) باستثناء من لا عقل له و لا تمييز؛ معللاً بالشك في دخوله تحت أدلّه الحرمة. و لعله من جهه أنّ الإطلاقات منصرفه إلى من يتأثر لو سمع، و سيّضح ذلك زياده على ذلك.

ص: ٣٢٠

١-١) مثل قول الصادق عليه السلام: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه و لا يخذله و لا يغتابه و لا يغشّه و لا يحرمه»، و قول أمير المؤمنين عليه السلام: «يا نوف! كذب من زعم أنّه ولد من حلال و هو يأكل لحوم الناس بالغيبه»، انظر الوسائل ٥٩٧: ٨-٦٠٠، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٥ و ١٦.

٢-٢) البقره: ٢٢٠.

٣-٣) و هي قوله تعالى: ﴿وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا...﴾ الحجرات: ١٢.

٤-٤) كشف الريبه: ١١١.

٥-٥) صرّح به كاشف الغطاء قدّس سرّه في شرحه على القواعد (مخطوط): ٣٦.

الأول الغيبه: اسم مصدر ل «اغتَاب» أو مصدر ل «غَاب».

ففى المصباح: اغتابه، إذا ذكره بما يكرهه من العيوب و هو حقّ، و الإسم: الغيبه (١).

و عن القاموس: غابه، أى عابه و ذكره بما فيه من السوء (٢).

و عن النهاية: أن يُذكر الإنسان فى غيبته بسوء مما يكون فيه (٣).

و الظاهر من الكل خصوصاً القاموس المفسّر لها أولاً بالعيب أنّ المراد ذكره فى مقام الانتقاص، و المراد بالموصول (٤) هو نفس النقص الذى فيه.

و الظاهر من «الكراهه» فى عبارته المصباح كراهه وجوده، و لكنّه غير مقصود قطعاً. فالمراد إمّا كراهه ظهوره و لو لم يكره وجوده كالميل إلى القبائح و إمّا كراهه ذكره بذلك العيب.

و على هذا التعريف دلّت جملة من الأخبار، مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلم و قد سأله أبو ذر عن الغيبه: «أنّها ذكرك أخاك

ص: ٣٢١

١-١) المصباح المنير: ٤٥٨، مادّه «غيب».

٢-٢) القاموس المحيط ١: ١١٢، مادّه «غيب».

٣-٣) النهاية لابن الأثير ٣: ٣٩٩، مادّه «غيب».

٤-٤) أى «ما» الموصوله فى التعاريف المتقدّمه.

بما يكرهه» (١).

و في نبويّ آخر، قال صلى الله عليه وآله وسلم: «أ تدرّون ما الغيبه؟ قالوا:

الله و رسوله أعلم، قال: ذكر ك أخاك بما يكره» (٢).

و لذا قال في جامع المقاصد: أن حقيقه (٣) الغيبه على ما في الأخبار أن تقول في أخيك ما يكرهه (٤) مما هو فيه (٥).

و المراد ب«ما يكرهه» كما تقدم في عبارته المصباح ما يكره ظهوره، سواء كره وجوده كالبرص و الجذام، أم لا، كالميل إلى القبائح.

و يحتمل أن يراد بالموصول نفس الكلام الذي يذكر الشخص به، و يكون كراهته إما لكونه إظهاراً للغيب، و إما لكونه صادراً على جهه المذمه و الاستخفاف و الاستهزاء و إن لم يكن الغيب مما يكره إظهاره؛ لكونه ظاهراً بنفسه، و إما لكونه مشعراً بالذم و إن لم يقصد المتكلم الذم به، كالألقاب المشعره بالذم.

قال في الصحاح: الغيبه أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمّه لو سمعه (٦). و ظاهره التكلم بكلام يغمّه لو سمعه.

ص: ٣٢٢

١- (١) الوسائل ٨: ٥٩٨، الباب ١٥١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٩، و فيه: بما يكره.

٢- (٢) تنبيه الخواطر: ١٢٦، و كشف الريبه: ٥٢.

٣- (٣) في «ش» و المصدر: حد الغيبه.

٤- (٤) في المصدر زياده: لو سمعه.

٥- (٥) جامع المقاصد ٢٧: ٤.

٦- (٦) الصحاح ١: ١٩٦، ماده «غيب».

بل فى كلام بعض من قارب عصرنا أنّ الإجماع و الأخبار متطابقان على أنّ حقيقه الغيبه أن يذكر الغير بما يكره لو سمعه، سواء كان بنقص فى نفسه أو بدنه، أو دينه أو دنياه، أو فى ما يتعلق به من الأشياء (١).

و ظاهره أيضاً إرادته الكلام المكروه.

و قال الشهيد الثانى فى كشف الريبه: أنّ الغيبه ذكر الإنسان فى حال غيبته بما يكره نسبتته إليه مما يُعدّ نقصاً فى العرف بقصد الانتقاص و الذم (٢).

و يخرج على هذا التعريف ما إذا ذكر الشخص بصفات ظاهره يكون وجودها نقصاً مع عدم قصد انتقاصه بذلك، مع أنه داخل فى التعريف عند الشهيد رحمه الله أيضاً؛ حيث عدّ من الغيبه ذكر بعض الأشخاص بالصفات المعروف بها، كالأعمش و الأعور، و نحوهما. و كذلك ذكر عيوب الجاربه التى يراد شراؤها إذا لم يقصد من ذكرها إلا بيان الواقع، و غير ذلك مما ذكره هو و غيره من المستثنيات.

و دعوى أنّ قصد الانتقاص يحصل بمجرد بيان النقائص، موجه لاستدراك ذكره بعد قوله: «مما يُعدّ نقصاً».

و الأولى بملاحظه ما تقدم من الأخبار و كلمات الأصحاب بناءً على إرجاع «الكراهه» إلى الكلام المذكور به، لا إلى الوصف ما تقدم من أنّ الغيبه أن يذكر الإنسان بكلام يسوؤه، إمّا بإظهار عيبه المستور و إن لم يقصد انتقاصه، و إمّا بانتقاصه بعيب غير مستور،

ص: ٣٢٣

١- ١) لم نقف على قائله.

٢- ٢) كشف الريبه: ٥١.

إمّا بقصد المتكلم، أو بكون الكلام بنفسه منقّصاً له، كما إذا اتصف الشخص بالألقاب المشعّره بالذم.

نعم، لو أُرْجعت «الكراهه» إلى الوصف الذى يُسند إلى الإنسان تعين إرادته كراهه ظهورها، فيختص بالقسم الأوّل، وهو ما كان إظهاراً لأمر مستور.

و يؤيد هذا الاحتمال، بل يعينه، الأخبار المستفيضه الداله على اعتبار كون المقول مستوراً غير منكشف، مثل قوله عليه السلام فى ما رواه العياشى بسنده عن ابن سنان: «الغيبه أن تقول فى أخيك ما فيه ممّا قد ستره الله عليه» (١).

و رواه داود بن سرحان المرويه فى الكافى قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغيبه، قال: هو أن تقول لأخيك فى دينه ما لم يفعل، و تبثّ عليه أمراً قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حدّ» (٢).

و رواه أبان عن رجل لا يعلمه (٣) إلّا يحيى الأزرق قال:

قال لى أبو الحسن عليه السلام: «من ذكر رجلاً من خلفه بما هو فيه ممّا عرفه الناس لم يغبه، و من ذكره من خلفه بما هو فيه ممّا لا يعرفه

ص: ٣٢٤

١- ١) تفسير العياشى ١: ٢٧٥، الحديث ٢٧٠، و عنه الوسائل ٨: ٦٠٢، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٢، مع اختلاف.

٢- ٢) الكافى ٢: ٣٥٧، الحديث ٣، و عنه الوسائل ٨: ٦٠٤، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأوّل.

٣- ٣) فى المصدر: لا نعلمه.

الناس فقد اغتابه، و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته» (١).

و حسنه عبد الرحمن بن سيابه بابن هاشم قال، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الغيبه أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه، و أما الأمر الظاهر مثل الحدّه و العجله فلا، و البهتان أن تقول فيه ما ليس فيه» (٢).

و هذه الأخبار كما ترى صريحه في اعتبار كون الشيء غير منكشف.

و يؤيد ذلك ما في الصحاح من أنّ الغيبه أن يتكلّم خلف إنسان مستور بما يغمّه لو سمعه، فإن كان صدقاً سُمّي غيبه، و إن كان كذباً سُمّي بهتاناً (٣).

فإن أراد من «المستور» من حيث ذلك المقول وافق الأخبار، و إن أراد مقابل المتجاهر احتمل الموافقه و المخالفه.

و الملخص من مجموع ما ورد في المقام: أنّ الشيء المقول إن لم يكن نقصاً، فلا يكون ذكر الشخص حينئذٍ غيبه، و إن اعتقد المقول فيه كونه نقصاً عليه، نظير ما إذا نفى عنه الاجتهاد و ليس ممن يكون ذلك نقصاً في حقه إلّا أنّه معتقد باجتهاد نفسه. نعم، قد يحرم هذا من وجه آخر.

و إن كان نقصاً شرعاً أو عرفاً بحسب حال المغتاب فإن كان مخفياً

ص: ٣٢٥

١-١) الوسائل ٦٠٤:٨، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٢-٢) الوسائل ٦٠٤:٨، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢.

٣-٣) الصحاح ١٩٦:١، ماده «غيب».

للسامع بحيث يستنكف عن ظهوره للناس، و أراد القائل تنقيص المغتاب به، فهو المتيقن من أفراد الغيبه. و إن لم يرد القائل التنقيص فالظاهر حرمة؛ لكونه كشفاً لعوره المؤمن، و قد تقدم الخبر: «من مشى في غيبه أخيه و كشف عورته» (١).

و في صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قلت [له (٢)]: عوره المؤمن على المؤمن حرام؟ قال: نعم. قلت: تعنى سفليته (٣)؟ قال: ليس حيث تذهب إنما هو (٤) إذاعه سرّه» (٥).

و في روايه محمد بن فضيل (٦) عن أبي الحسن عليه السلام: «و لا تديعنّ عليه شيئاً تشينه به و تهدم به مروّته، فتكون من الذين قال الله عزّ و جلّ:

إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ» (٧).

و لا يقيد إطلاق النهي بصوره قصد الشين و الهدم من جهه الاستشهاد بآيه حبّ شياع الفاحشه، بل الظاهر أنّ المراد مجرد فعل ما يوجب شياعها؛ مع أنّه لا فائده كثيره في التنبيه على دخول القاصد

ص: ٣٢٦

١- ١) تقدّم في الصفحه: ٣١٧.

٢- ٢) من المصدر.

٣- ٣) في الكافي (٢: ٣٥٩): سفليه، و في الوسائل: سفليته.

٤- ٤) في الكافي: هي.

٥- ٥) الوسائل ٨: ٦٠٨، الباب ١٥٧ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأول.

٦- ٦) في «ف»، «خ»، «م»، «ن» و «ع»: ابن يعقل.

٧- ٧) الوسائل ٨: ٦٠٩، الباب ١٥٧ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٤، و الآيه من سوره النور: ١٩.

لإشاعه الفاحشه فى عموم الآيه، و إنما يحسن التنبيه على أن قاصد السب قاصد للمسبب و إن لم يقصده بعنوانه.

و كيف كان، فلا إشكال من حيث النقل و العقل فى حرمه إذاعه ما يوجب مهانه المؤمن و سقوطه عن أعين الناس فى الجملة، و إنما الكلام فى أنها غيبه أم لا؟ مقتضى الأخبار المتقدمه بأسرها ذلك، خصوصاً المستفيضه الأخيره (١)؛ فإن التفصيل فيها بين الظاهر و الخفى إنما يكون مع عدم قصد القائل المذمه و الانتقاص، و أمّا مع قصده فلا فرق بينهما فى الحرمه.

و المنفى فى تلك الأخبار و إن كان تحقّق موضوع الغيبه دون الحكم بالحرمه، إلّا أن ظاهر سياقها نفى الحرمه فيما عداها (٢)؛ أيضاً، لكن مقتضى ظاهر التعريف المتقدم عن كاشف الريبه (٣) عدمه؛ لأنه اعتبر قصد الانتقاص و الذم. إلّا أن يراد اعتبار ذلك فيما يقع على وجهين، دون ما لا يقع إلّا على وجه واحد؛ فإنّ قصد ما لا ينفك عن الانتقاص قصد له.

و إن كان المقول نقصاً ظاهراً للسامع، فإن لم يقصد القائل الذم و لم يكن الوصف من الأوصاف المشعره بالذمّ نظير الألقاب المشعره به-، فالظاهر أنه خارج عن الغيبه؛ لعدم حصول كراهه للمقول فيه،

ص: ٣٢٧

١- ١) هى روايات ابن سنان، و داود بن سرحان، و أبان، و عبد الرحمن، المتقدمات فى الصفحه: ٣٢٤-٣٢٥.

٢- ٢) عبارته «فيما عداها» مشطوب عليها فى «ن».

٣- ٣) تقدم فى الصفحه: ٣٢٣.

لا من حيث الإظهار، ولا من حيث ذم المتكلم، ولا من حيث الإشعار.

و إن كان من الأوصاف المشعره بالذم أو قصد المتكلم التعيير و المذمه بوجوده، فلا- إشكال في حرمه الثانى، بل و كذا الأول؛ لعموم ما دلّ على حرمه إيذاء المؤمن و إهانته (١) و حرمه التنازب بالألقاب (٢) و حرمه تعيير المؤمن على صدور معصيه منه، فضلاً عن غيرها؛ ففى عده من الأخبار: «من عيّر مؤمناً على معصيه لم يمت حتى يرتكبه» (٣).

و إنّما الكلام فى كونهما (٤) من الغيبه؛ فإنّ ظاهر المستفيضه المتقدمه عدم كونهما منها.

و ظاهر ما عداها من الأخبار المتقدمه (٥)؛ بناءً على إرجاع «الكراهه» فيها إلى كراهه الكلام الذى يُذكر به الغير، و كذلك كلام أهل اللغه عدا الصحاح على بعض احتمالاته-: كونهما غيبه.

و العمل بالمستفيضه لا يخلو عن قوّه، و إن كان ظاهر الأكثر

ص: ٣٢٨

١- ١) انظر الوسائل ٥٨٧: ٨-٥٨٨، الباب ١٤٥ و ١٤٦ من أبواب أحكام العشره.

٢- ٢) قال سبحانه و تعالى: «وَلَا تَنَابَرُوا بِالْأَلْقَابِ...» الحجرات: ١١، و أنظر الوسائل ١٣٢: ١٥، الباب ٣٠ من أبواب أحكام الأولاد.

٣- ٣) انظر الوسائل ٥٩٦: ٨، الباب ١٥١ من أبواب أحكام العشره.

٤- ٤) مرجع ضمير التثنيه الكلام المشعر بالذم و إن لم يُقصد به، و ما قُصد به الذم و إن لم يشعر الكلام به، و ما فى بعض النسخ: «كونها» بدل «كونهما» سهو، و هكذا فيما يأتى.

٥- ٥) مثل قوله صلى الله عليه و آله و سلم فى تعريف الغيبه: «ذكر ك أخاك بما يكره» فى النبويين المتقدمين فى الصفحه: ٣٢١-٣٢٢.

خلافه؛ فيكون ذكر الشخص بالعيوب الظاهره الذى لا يفيد (١) السامع اطلاعاً لم يعلمه، ولا يعلمه عادة من غير خبر مخبر ليس (٢) غيبه، فلا يحرم إلماً إذا ثبتت الحرمة من حيث المذمّه و التعيير، أو من جهه كون نفس الاتصاف بتلك الصفة ممّا يستنكفه المغتاب و لو باعتبار بعض التعبيرات فيحرم من جهه الإيذاء و الاستخفاف و الّدم و التعيير.

[ثم الظاهر المصرّح به فى بعض الروايات: عدم الفرق فى ذلك على ما صرح به غير واحد (٣) بين ما كان نقصاناً (٤) فى بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه، حتى فى ثوبه أو داره أو دابته، أو غير ذلك. وقد روى عن مولانا الصادق عليه السلام الإشاره إلى ذلك بقوله: «وجوه الغيبه تقع بذكر عيب فى الخلق و الفعل و المعامله و المذهب و الجهل و أشباهه» (٥).

ص: ٣٢٩

١-١) كذا فى «ش»، و أمّا سائر النسخ، ففى بعضها: «التى لا تفيد» و فى بعضها الآخر: «التى لا يفيد».

٢-٢) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: ليست.

٣-٣) منهم الشهيد الثانى فى كشف الريبه: ٦٠، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٦٤: ٢٢.

٤-٤) ما بين المعقوفتين لم يرد فى «ف»، إلماً أنّ فى الهامش بخط مغاير لخط النسخه ما مفاده: هنا سقط، و المناسب للسياق ما يلى: «ثم لا فرق فى حرمة ذكر الغيبه بين كون المقول فى بدنه».

٥-٥) مستدرک الوسائل ١١٨: ٩، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٩، و فيه: «و وجوه الغيبه تقع بذكر عيب فى الخلق و الخلق و العقل و الفعل و المعامله و المذهب و الجهل و أشباهه».

قيل (١): أمّا البدن، فكذلك فيه العَمَش، و الحَوْل، و العَوْر، و القَرَع، و القَصِير و الطول، و السواد و الصفره، و جميع ما يتصور أن يوصف به مما يكرهه.

و النسب، بأن (٢) يقول: أبوه فاسق أو خبيث أو خسيس أو إسكاف أو حائك، أو نحو ذلك مما يكره.

و أمّا الخُلُق، فبأن يقول (٣): إنّه سيء الخُلُق، بخيل، مرء (٤) متكبر، شديد الغضب، جبان، ضعيف القلب، و نحو ذلك.

و أمّا في أفعاله المتعلقة بالدين، فكقولك: سارق، كذاب، شارب، خائن، ظالم، متهاون بالصلاه، لا يحسن الركوع و السجود، و لا يجتنب من النجاسات، ليس باراً بوالديه، لا يحرس نفسه من الغيبه و التعرض لإعراض الناس.

و أمّا أفعاله المتعلقة بالدنيا، فكقولك: قليل الأدب، متهاون بالناس، لا يرى لأحد عليه حقاً، كثير الكلام، كثير الأكل، نؤوم (٥) يجلس في غير موضعه.

ص : ٣٣٠

١-١) القائل هو الشيخ ورام بن أبي فراس في مجموعته (تنبيه الخواطر: ١٢٥) و الشهيد الثاني في كشف الرية: ٦٠-٦١.

٢-٢) في مصححه «ص» و «ش»: و أمّا النسب فبأن...

٣-٣) في بعض النسخ: تقول.

٤-٤) مرء: بفتح الميم و تشديد الراء من المرء، بمعنى المجادله، لا بضم الميم و تخفيف الراء [من] الرياء؛ لأنّه من قبيل الأفعال و الكلام... بخلاف الأوّل، فإنّه من الأخلاق (شرح الشهيدى: ٨٤).

٥-٥) نؤوم على وزن «فَعول» بمعنى: كثير النوم.

و أما في ثوبه، فكقولك: إنه واسع الكَمِّ، طويل الذيل، وسخ الثياب، و نحو ذلك (١).

ثم إن ظاهر النص و إن كان منصرفاً إلى الذكر باللسان، لكن المراد به حقيقه الذكر، فهو مقابل الإغفال، فكل ما يوجب التذكر للشخص من القول و الفعل و الإشارة و غيرها فهو ذكر له.

و من ذلك المبالغه في تهجين المطلب الذى ذكره بعض المصنفين، بحيث يفهم منها الإزراء بحال ذلك المصنف؛ فإن قولك: «إن هذا المطلب بديهي البطلان» تعريض لصاحبه بأنه لا يعرف البديهيات، بخلاف ما إذا قيل: «إنه مستلزم لما هو بديهي البطلان»؛ لأن فيه تعريضاً بأن صاحبه لم ينتقل إلى الملازمه بين المطلب و بين ما هو بديهي البطلان، و لعل الملازمه نظريه.

و قد وقع من بعض الأعلام بالنسبه إلى بعضهم ما لا بدّ له من الحمل و التوجيه، أعوذ بالله من الغرور، و إعجاب المرء بنفسه، و حسده على غيره، و الاستيكال بالعلم.

ثم إن دواعى الغيبه كثيره، روى عن مولانا الصادق عليه السلام التنبيه عليها إجمالاً بقوله عليه السلام: «أصل الغيبه تتنوع بعشره أنواع:

شفاء غيظ، و مساعدته قوم، و تصديق خبر بلا كشف، و تهمه، و سوء ظنّ، و حسد، و سُخْرِيه، و تعجب (٢) و تبرّم، و تزّين... الخبر» (٣).

ص: ٣٣١

١- ١) إلى هنا ينتهى ما أورده الشهيد الثانى قدّس سرّه فى كشف الريبه: ٦١.

٢- ٢) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: تعجيب.

٣- ٣) مستدرک الوسائل ١١٧: ٩، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٩.

ثم إن ذكر الشخص قد يتضح كونها غيبه، وقد يخفى على النفس لحبّ أو بغض، فيرى أنه لم يغتب و قد وقع في أعظمها! و من ذلك: أنّ الإنسان قد يغتم بسبب ما يُبتلى به أخوه في الدين لأجل أمر يرجع إلى نقص في فعله أو رأيه، فيذكره المغتم في مقام التأسف عليه بما يكره ظهوره للغير، مع أنّه كان يمكنه بيان حاله للغير على وجه لا يذكر اسمه، ليكون قد أحرز ثواب الاغتمام على ما أصاب المؤمن، لكن الشيطان يخدعه و يوقعه في ذكر الاسم.

بقى الكلام في أنّه هل يعتبر في الغيبه حضور مخاطب عند المعتاب، أو يكفي ذكره عند نفسه؟ ظاهر الأكثر الدخول، كما صرح به بعض المعاصرين (1).

نعم، ربما يستثنى من حكمها عند من استثنى ما لو علم اثنان صفه شخص فيذكر أحدهما بحضره الآخر. و أمّا على ما قويناه من الرجوع في تعريف الغيبه إلى ما دلّت عليه المستفيضه المتقدمه من كونها «هتك ستر مستور» (2)، فلا يدخل ذلك في الغيبه.

و منه يظهر أيضاً أنّه لا يدخل فيها ما لو كان الغائب مجهولاً. عند المخاطب مردداً بين أشخاص غير محصوره، كما إذا قال: «جاءني اليوم رجل بخيل دنىء ذميم»؛ فإنّ (3) ظاهر تعريف الأكثر (4) دخوله،

ص: ٣٣٢

١- ١) لم نقف عليه.

٢- ٢) راجع الصفحه: ٣٢٤ و ٣٢٥.

٣- ٣) كذا في النسخ، و الأنسب: لكن.

٤- ٤) تعريف الأكثر هو: «أن يُذكر الإنسان بكلام يسوؤه»، انظر الصفحه: ٣٢٢.

و إن خرج عن الحكم؛ بناءً على اعتبار التأثير عند السامع، و ظاهر المستفيضة المتقدمه عدم الدخول.

نعم، لو قصد المذمّه و التعيير حرم من هذه الجبهه، فيجب على السامع نهى المتكلم عنه، إلّا إذا احتمل أن يكون الشخص متجاهراً بالفسق، فيحمل فعل المتكلم على الصحه، كما سيجيء في مسأله الاستماع (١).

و الظاهر أنّ الذم و التعيير لمجهول العين لا يجب الردع عنه، مع كون الذم و التعيير في موقعهما، بأن كان مستحقاً لهما، و إن لم يستحق مواجهته بالذم أو ذكره عند غيره بالذم.

هذا كلّ لو كان الغائب المذكور مشتبهاً على الإطلاق، أمّا لو كان مردداً بين أشخاص، فإن كان بحيث لا يكره كلّهم ذكر واحد مبهم منهم كان كالمشتبه على الإطلاق، كما لو قال: «جاءني عجمي أو عربيّ كذا و كذا» إذا لم يكن بحيث يكون الذم راجعاً إلى العنوان، كأن يكون في المثالين تعريض إلى ذمّ تمام العجم أو العرب.

و إن كان بحيث يكره كلّهم ذكر واحد مبهم منهم، كأن يقول:

«أحد ابني زيد، أو أحد أخويه كذا و كذا» (٢) ففي كونه اغتياًباً لكلّ منهما؛ لذكرهما بما يكرهانه من التعريض؛ لاحتمال كونه هو المعيوب، و عدمه؛

ص: ٣٣٣

١- ١) سيجيء في الصفحه ٣٥٩.

٢- ٢) في غير نسخه «ش» زياده ما يلي: «فإنّ ذكر كل واحد منهما على وجه يحتمل السامع توجه النقص عليه مما يكرهه كل واحد. و لذا لو قال: أحد هذين الرجلين صدر منه القبيح الفلاني، كان ذلك مكروهاً لكلّ منهما»، لكن شطب عليها في «ف»، و أُشير في بعضها إلى كونها زائده، و في بعضها الآخر عليها علامه (خ ل).

لعدم تهتك ستر المعيوب منهما، كما لو قال: «أحد أهل البلد الفلاني كذا و كذا» وإن كان فرق بينهما من جهة كون ما نحن فيه محرماً من حيث الإساءة إلى المؤمن بتعريضه للاحتمال دون المثال، أو كونه اغتياًباً للمعيوب الواقعي منهما، وإساءة بالنسبة إلى غيره؛ لأنه تهتك بالنسبة إليه؛ لأنه إظهار في الجملة لعيبه بتقليل مشاركته في احتمال العيب فيكون الاطلاع عليه قريباً، وأما الآخر فقد أساء بالنسبة إليه، حيث عرّضه لاحتمال العيب، وجوه (١):

قال في جامع المقاصد: و يوجد في كلام بعض الفضلاء أنّ من شرط الغيبه أن يكون متعلقها محصوراً، وإلا فلا تُعدّ غيبه، فلو قال عن أهل بلده غير محصوره ما لو قاله عن شخص واحد كان غيبه (٢)، لم يحتسب غيبه (٣)، انتهى.

أقول: إن أراد أنّ ذمّ جمع غير محصور لا يُعدّ غيبه و إن قصد انتقاص كل منهم، كما لو قال: «أهل هذه القرية، أو هذه البلده كلّهم كذا و كذا»، فلا إشكال في كونه غيبه محرّمه، ولا وجه لإخراجه عن موضوعها أو حكمها.

و إن أراد أنّ ذمّ المردد بين غير المحصور لا يُعدّ غيبه، فلا بأس كما ذكرنا-، و لذا ذكر بعض تبعاً لبعض الأساطين (٤) في مستثنيات

ص: ٣٣٤

١- ١) من مصحّحه «ص» و «ش».

٢- ٢) كذا في «خ» و ظاهر «م»، و في سائر النسخ: غيبته.

٣- ٣) جامع المقاصد ٢٧: ٤.

٤- ٤) صرّح به كاشف الغطاء قدّس سرّه في شرحه على القواعد (مخطوط): ٣٦، و فيه: «و منها تعليق الذم بطائفه أو أهل بلده أو قريه مع قيام القرينه على عدم إرادته... إلخ».

الغيبه ما لو علّق الذمّ بطائفه أو أهل بلده أو أهل قريه مع قيام القرينه على عدم إرادته الجميع، كذمّ العرب أو العجم أو أهل الكوفه أو البصره و بعض القرى (١)، انتهى.

و لو أراد الأغلب، ففي كونه اغتياًباً لكلّ منهم و عدمه، ما تقدّم في المحصور.

و بالجمله، فالمدار في التحريم غير المدار في صدق الغيبه، و بينهما عموم من وجه.

ص: ٣٣٥

١-١) العبارة من الجواهر ٢٢:٦٥.

و مقتضى كونها من حقوق الناس توقّف رفعها على إسقاط صاحبها.

أمّا كونها من حقوق الناس: فلأنه ظلم على المغتاب، وللأخبار فى أنّ «من حقّ المؤمن على المؤمن أن لا يغتابه» (١) وأنّ «حرمه عرض المسلم كحرمه دمه و ماله» (٢).

و أمّا توقّف رفعها على إبراء ذى الحقّ، فللمستفيضه المعتضده بالأصل

ص: ٣٣٦

١- ١) مثل ما ورد عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلم: «للمؤمن على المؤمن سبعة حقوق واجبه من الله عزّ و جلّ إلى أن قال-: و أن يحرم غيبته» انظر الوسائل ٨:٥٤٦، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٣، و ما ورد عن الإمام الرضا عليه الصلاه و السلام لَمّا سئل ما حقّ المؤمن على المؤمن، قال: «من حقّ المؤمن على المؤمن المودّه له فى صدره إلى أن قال و لا يغتابه» انظر مستدرک الوسائل ٩:٤٥، الباب ١٠٥ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٦.

٢- ٢) لم نقف على خبر يصرح بأنّ «حرمه عرض المسلم كحرمه دمه»، نعم ورد: «المؤمن حرام كآله، عرضه و ماله و دمه»، انظر مستدرک الوسائل ٩:١٣٦، الباب ١٣٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأوّل، و ورد أيضاً: «سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصيه، و حرمه ماله كحرمه دمه»، انظر الوسائل ٨:٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣، و كلا الخبرين خصوصاً الثانى منهما لا يدلّان على المطلوب، كما لا يخفى.

منها: ما تقدّم من أنّ الغيبة لا تُغفّر حتى يَغفّر صاحبها (١)، [و أنّها ناقله للحسنات و السيئات (٢)(٣)].

و منها: ما حكاه غير واحد عن الشيخ الكراجكي بسنده المتصل إلى علي بن الحسين، عن أبيه (٤) عن أمير المؤمنين عليهم السلام، قال:

قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: «للمؤمن على أخيه ثلاثون حقاً لا براءه له منها إلّا بأدائها، أو العفو إلى أن قال:- سمعت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم يقول: إنّ أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة، فيقضى له عليه (٥)» (٦).

و النبويّ المحكي في السرائر و كشف الرية: «من كانت لأخيه

ص: ٣٣٧

١- ١) تقدم في الصفحة: ٣١٦.

٢- ٢) راجع الصفحة: ٣١٧.

٣- ٣) لم يرد في «ش»، و استدرك في هامش «ف»، و في «ن»، «خ»، «م»، و «ع» عليه علامه (خ ل).

٤- ٤) في النسخ ما عدا «ش» زياده: «عن آباءه». و هو سهو، و السند كما في كثر الفوائد: حدثني الحسين بن محمد بن علي الصيرفي، قال: حدثني أبو بكر محمد بن علي الجعابي، قال: حدثنا أبو محمد القاسم بن محمد بن جعفر العلوي، قال: حدثني أبي، عن أبيه، عن آباءه، عن علي عليه السلام... و سيأتي بهذا السند في الصفحة: ٣٦٥ أيضاً.

٥- ٥) في النسخ: و يقضى له عليه، و في المصدر: فيقضى له و عليه، و سوف يأتي معنى «يقضى له عليه» في الصفحتين: ٣٤٠ و ٣٦٦.

٦- ٦) كثر الفوائد ١: ٣٠٦، و عنه كشف الرية: ١١٥، و الوسائل ٨: ٥٥٠، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٢٤.

عنده مظلّمه فى عرض أو مال فليستحللها من قبل أن يأتى يوم ليس هناك درهم ولا دينار، فيؤخذ من حسناته، فإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فيتزايد (١) على سيئاته» (٢).

و فى نبويّ آخر: «من اغتاب مسلماً أو مسلمة لم يقبل الله صلّاته ولا صيامه أربعين يوماً و ليله، إلّا أن يغفر له صاحبه» (٣).

و فى الدعاء التاسع و الثلاثين من أدعيه الصحيحه السجديه (٤) و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها (٥) ما يدلّ على هذا المعنى أيضاً. و لا فرق فى مقتضى الأصل و الأخبار بين التمكن من الوصول إلى صاحبه و تعذره؛ لأنّ تعذّر البراءه لا يوجب سقوط الحق، كما فى غير هذا المقام.

لكن روى السكونى (٦) عن أبى عبد الله عليه السلام عن

ص: ٣٣٨

١- ١) كذا فى النسخ، و فى كشف الريبه: فتريد.

٢- ٢) السرائر ٢: ٦٩، فيه قسم من صدر الحديث، بلفظ: «من كانت عنده مظلّمه من أخيه فليستحلله»، و أورد تمامه فى كشف الريبه: ١١٠، بتفاوت يسير.

٣- ٣) مستدرک الوسائل ٩: ١٢٢، الباب ١٣٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣٤.

٤- ٤) حيث قال عليه السلام فى الفقره الرابعه من الدعاء-: «اللهم و أيما عبد من عبيدك أدركه منى درك أو مسه من ناحيتى أذى... إلخ».

٥- ٥) و هو قوله عليه السلام: «فأيما عبد من عبيدك أو أمه من إمائك كانت له قبلى مظلّمه... إلى أن قال: أو غيبه اغتبت به... فقصرت يدي و ضاق وسعى عن ردّها إليه و التحلّل منه... إلخ».

٦- ٦) كذا فى النسخ، و هو سهو؛ لأنّ راوى الخبر هو «حفص بن عمر» كما فى الكافى (٢: ٣٥٧)، أو «حفص بن عمير» كما فى الوسائل، و أمّا روايه السكونى فوردت فى باب الظلم، و سيدكرها المؤلف قدّس سرّه فى الصفحه: ٣٤٠.

النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم: أن «كفاره الاغتيال أن تستغفر لمن اغتبتته كلما (١) ذكرته» (٢). و لو صح سنده أمكن تخصيص الإطلاقات المتقدمة به، فيكون الاستغفار طريقاً أيضاً إلى البراءة. مع احتمال العدم أيضاً؛ لأن كون الاستغفار كفاره لا يدل على البراءة، ففعله كفاره للذنب من حيث كونه حقاً لله تعالى، نظير كفاره قتل الخطأ التي لا توجب براءة القاتل، إلا أن يدعى ظهور السياق في البراءة.

قال في كشف الريبه بعد ذكر النبويين الأخيرين المتعارضين:-

ويمكن الجمع بينهما بحمل الاستغفار له على من لم تبلغ غيبته المغتاب، فينبغي له الاقتصار على الدعاء والاستغفار؛ لأن في محالته إثارة للفتنة و جلباً للضغائن، و في حكم من لم تبلغه من لم يقدر على الوصول إليه لموت أو غيبه، و حمل المحال على من يمكن التوصل إليه مع بلوغه الغيبه (٣).

أقول: إن صحَّ النبوي الأ-خير سنداً فلا-مانع عن العمل به، بجعله طريقاً إلى البراءة مطلقاً في مقابل الاستبراء، و إلا تعيّن طرحه و الرجوع إلى الأصل و إطلاق الأخبار المتقدمة، و تعذر الاستبراء أو وجود المفسده فيه لا يوجب وجود مبرئ آخر.

ص: ٣٣٩

١-١) في «ف» و «م»: كما.

٢-٢) الوسائل ٦٠٥: ٨، الباب ١٥٥ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأول، و نصّه: عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سئل النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم ما كفاره الاغتيال؟ قال: تستغفر الله لمن اغتبتته كلما ذكرته».

٣-٣) كشف الريبه: ١١١.

نعم، أرسل بعض من قارب عصرنا (١) عن الصادق عليه السلام: «أنك إن اغتبت فبلغ المغتاب فاستحل منه، وإن لم يبلغه فاستغفر الله له».

و في روايه السكوني المرويّه في الكافي في باب الظلم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «من ظلم أحداً ففاته، فليستغفر الله له؛ فإنه كفّاره له» (٢).

و الإنصاف، أنّ الأخبار الواردة في هذا الباب كلّها غير نقيّة السند، و أصاله البراءه تقتضى عدم وجوب الاستحلال و لا الاستغفار، و أصاله بقاء الحق الثابت للمغتاب (بالفتح) على المغتاب (بالكسر) تقتضى عدم الخروج منه إلّا بالاستحلال خاصه، لكن المثبت لكون الغيبه حقاً بمعنى وجوب البراءه منه ليس إلّا الأخبار غير النقيّة السند، مع أنّ السند لو كان نقيّاً كانت الدلاله ضعيفه؛ لذكر حقوق أخر في الروايات، لا قائل بوجوب البراءه منها.

و معنى القضاء يوم القيامه لذيها على من عليها: المعامله معه معامله من لم يراع حقوق المؤمن، لا العقاب عليها، كما لا يخفى على من لاحظ الحقوق الثلاثين المذكوره في روايه الكراجكى (٣).

ص: ٣٤٠

١ - ١) هو النراقى الكبير قدّس سرّه أرسله في جامع السعادات ٢: ٣١٤، و أورد العلامة المجلسى قدّس سرّه هذا المرسل في البحار (٢٥٧: ٧٥، الحديث ٤٨) عن مصباح الشريعه.

٢ - ٢) الكافي ٢: ٣٣٤، الحديث ٢٠، و عنه الوسائل ١١: ٣٤٣، الباب ٧٨ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٥.

٣ - ٣) انظر الصفحات: ٣٣٧ و ٣٦٥-٣٦٦.

فالقول بعدم كونه حقًا للناس بمعنى وجوب البراءة، نظير الحقوق الماليه، لا- يخلو عن قوّه، وإن كان الاحتياط في خلافه، بل لا يخلو عن قرب؛ من جهة كثره الأخبار الداله على وجوب الاستبراء منها، بل اعتبار سند بعضها (1).

و الأحوط الاستحلال إن تيسّر، وإلّا فلاستغفار.

غفر الله لمن اغتبناه و لمن اغتابنا بحقّ محمدٍ و آله الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

ص: ٣٤١

١- ١) مثل الدعاء التاسع و الثلاثين من الصحيفة السجّديه، المتقدم في أدلّه وجوب الاستحلال (الصفحة: ٣٣٨)، و من البديهي أنّ الصحيفة وصلت إلينا بسند معتبر عن سيّد الساجدين زين العابدين صلوات الله و سلامه عليه و على آباءه الطاهرين و أبناءه المعصومين.

الثالث فيما استثنى من الغيبه و حكم بجوازها بالمعنى الأعم

فاعلم أنّ المستفاد من الأخبار المتقدمه و غيرها أنّ حرمه الغيبه لأجل انتقاص المؤمن و تأذيه منه، فإذا فرض هناك مصلحه راجعه إلى المغتاب بالكسر، أو بالفتح، أو ثالث دلّ العقل أو الشرع على كونها أعظم من مصلحه احترام المؤمن بترك ذلك القول فيه، ووجب كون الحكم على طبق أقوى المصلحتين، كما هو الحال في كلّ معصيه من حقوق الله و حقوق الناس، و قد نبه عليه غير واحد.

قال في جامع المقاصد بعد ما تقدّم عنه في تعريف الغيبه:-

إنّ ضابط الغيبه المحرمه: كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن، أو التفكّه به، أو إضحاك الناس منه، و أمّا ما كان لغرض صحيح فلا يحرم، كنصح المستشير، و التظلم و سماعه، و الجرح و التعديل، و ردّ من ادّعى نسباً ليس له، و القدح في مقاله باطله خصوصاً في الدين (1)، انتهى.

و في كشف الريبه: اعلم أنّ المرخص في ذكر مساءه الغير هو غرض صحيح في الشرع لا يمكن التوصل إليه إلاّ به (2)، انتهى (3).

ص: ٣٤٢

١- (١) جامع المقاصد ٢٧:٤.

٢- (٢) كذا في المصدر، و العبارة في النسخ كما يلي: اعلم أنّ المرخص في ذكر مساويئ الغير غرض صحيح لا يمكن التوصل إليه إلاّ بها.

٣- (٣) كشف الريبه: ٧٧.

و على هذا، فموارد الاستثناء لا تنحصر في عدد. نعم،

الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة:

أحدهما:

ما إذا كان المغتاب متجاهراً بالفسق؛

فإن من لا يبالي بظهور فسقه بين الناس لا يكره ذكره بالفسق. نعم، لو كان في مقام ذمه كرهه من حيث المذمه، لكن المذمه على الفسق المتجاهر به لا تحرم، كما لا يحرم لعنه.

و قد تقدم (١) عن الصحاح أخذ «المستور» في المغتاب.

و قد ورد في الأخبار المستفيضه جواز غيبه المتجاهر:

منها: قوله عليه السلام في روايه هارون بن الجهم: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له و لا غيبه» (٢).

و قوله عليه السلام: «من ألقى جلباب الحياء فلا غيبه له» (٣).

و روايه أبى البخترى: «ثلاثة ليس لهم حرمه: صاحب هوى مبتدع، و الإمام الجائر، و الفاسق المعلن بفسقه» (٤).

و مفهوم قوله عليه السلام: «من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدّثهم فلم

ص: ٣٤٣

١- ١) في الصفحة: ٣٢٢.

٢- ٢) الوسائل ٦٠٤: ٨، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٤.

٣- ٣) الاختصاص: ٢٤٢ و عنه مستدرک الوسائل ١٢٩: ٩، الباب ١٣٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣.

٤- ٤) الوسائل ٦٠٥: ٨، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٥، وفيه: المعلن بالفسق.

يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممن كملت مروّته [و ظهر عدله] (١) و وجبت اخوّته، و حرمت غيبته» (٢).

و فى صحيحه ابن أبى يعفور الوارده فى بيان العداله، بعد تعريف العداله:- «أنّ الدليل على ذلك أن يكون ساتراً لعيوبه حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته» (٣) دلّ (٤) على ترتّب حرمة التفتيش على كون الرجل ساتراً، فتنتفى عند انتفائه.

و مفهوم قوله عليه السلام فى روايه علقمه المحكيه عن المحاسن (٥):-

«من لم تره بعينك يرتكب ذنباً و لم يشهد عليه شاهدان فهو من أهل العداله و الستر، و شهادته مقبوله و إن كان فى نفسه مذنباً، و من اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولايه الله تعالى، داخل فى ولايه الشيطان... الخبر» (٦)، دلّ على ترتّب حرمة الاغتياب و قبول الشهاده على كونه من أهل الستر و كونه من أهل العداله على طريق اللّفّ و النشر أو على اشتراط الكلّ بكون الرجل غير مرئى منه المعصيه و لا مشهوداً عليه بها،

ص: ٣٤٤

١- ١) من «ص» و «ش» و المصدر.

٢- ٢) الوسائل ٨: ٥٩٧، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢، مع اختلاف.

٣- ٣) الوسائل ١٨: ٢٨٨، الباب ٤١ من أبواب الشهادات، مع اختلاف.

٤- ٤) كذا، و المناسب: دلّت.

٥- ٥) كذا، و الظاهر أنّه مصحّف «المجالس»، انظر أمالى الصدوق: ٩١، المجلس ٢٢، الحديث ٣، و قد رواها فى الوسائل عنه، لا غير.

٦- ٦) الوسائل ٨: ٦٠١، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٠، باختلاف يسير.

و مقتضى المفهوم جواز الاغتياب مع عدم الشرط، خرج منه غير المتجاهر.

و كون قوله: «من اغتابه... إلخ» جمله مستأنفه غير معطوفه على الجزاء، خلاف الظاهر.

ثم إن مقتضى إطلاق الروايات جواز غيبه المتجاهر فى ما تجاهر به، و لو مع عدم قصد غرض صحيح، و لم أجد من قال باعتبار قصد الغرض الصحيح، و هو ارتداعه عن المنكر.

نعم، تقدّم عن الشهيد الثانى احتمال اعتبار قصد النهى عن المنكر فى جواز سبّ المتجاهر، مع اعترافه بأنّ ظاهر النص و الفتوى عدمه (١).

و هل يجوز اغتياب المتجاهر فى غير ما تجاهر به؟ صرح الشهيد الثانى و غيره بعدم الجواز (٢)، و حكى عن الشهيد أيضاً (٣).

و ظاهر الروايات النافيه لاحترام المتجاهر و غير الساتر (٤) هو الجواز، و استظهره فى الحدائق من كلام جمله من الأعلام (٥) و صرح به بعض الأساطين (٦).

ص: ٣٤٥

١- ١) قد تقدم فى حرمه سبّ المؤمنين نقل ذلك عن الروضه البهيّه، فراجع الصفحه: ٢٥٥.

٢- ٢) كشف الريه: ٧٩، و صرح بذلك قبل الشهيد الثانى المحقق الثانى فى رسالته فى العدالة، انظر رسائل المحقق الكركى، (المجموعه الثانيه): ٤٥.

٣- ٣) القواعد و الفوائد ١٤٨: ٢.

٤- ٤) انظر الوسائل ٦٠٤: ٨، الباب ١٥٤ من أبواب أحكام العشره.

٥- ٥) راجع الحدائق ١٦٦: ١٨.

٦- ٦) صرح به كاشف الغطاء قدّس سرّه فى شرحه على القواعد (مخطوط) الورقه: ٣٥، و فيه: و منها ذكر المتجاهرين بالفسق؛ فإنّهم لا حرمه لهم و لو فى غير ما تجاهروا به.

و ينبغي إحقاق ما يتستّر به بما يتجاهر فيه إذا كان دونه في القبح، فمن تجاهر باللواط و العياذ بالله جاز اغتياؤه بالتعرض للنساء الأجانب (١)، و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتياؤه بالسرقه، و من تجاهر بكونه جلد السلطان يقتل الناس و ينكلهم جاز اغتياؤه بشرب الخمر، و من تجاهر بالقبائح المعروفه جاز اغتياؤه بكل قبيح؛ و لعلّ هذا هو المراد ب«من ألقى جلباب الحياء»، لا من تجاهر بمعصيه خاصه و عدّ مستوراً بالنسبه إلى غيرها، كبعض عمال الظلمه.

ثم المراد بالمتجاهر من تجاهر بالقبيح بعنوان أنّه قبيح، فلو تجاهر به مع إظهار محمل له لا يعرف فساده إلّا القليل كما إذا كان من عمال الظلمه و ادّعى في ذلك عذراً مخالفاً للواقع، أو غير مسموع منه-، لم يعد متجاهراً.

نعم، لو كان اعتذاره واضح الفساد لم يخرج عن المتجاهر.

و لو كان متجاهراً عند أهل بلده أو محلته مستوراً عند غيرهم، هل يجوز ذكره عند غيرهم؟ ففيه إشكال، من إمكان (٢) دعوى ظهور روايات الرخصه في من لا يستنكف عن الاطلاع على عمله مطلقاً، فربّ متجاهر في بلد، متستّر في بلاد الغربه أو في طريق الحجّ و الزياره؛ لئلا يقع عن عيون الناس.

و بالجملة، فحيث كان الأصل في المؤمن الاحترام على الإطلاق، و جب الاقتصار على ما تيقن خروجه.

ص: ٣٤٦

١-١) كذا في النسخ، و المناسب: الأجنبيةات.

٢-٢) كذا في النسخ، و لم يذكر وجه الجواز؛ و لعلّه تركه لوضوحه.

فالأحوط الاقتصار على ذكر المتجاهر بما لا يكرهه لو سمعه و لا يستنكف من ظهوره للغير.

نعم، لو تأذى من ذمّه بذلك دون ظهوره، لم يقدح في الجواز؛ و لذا جاز سبّه بما لا يكون كذباً.

و هذا هو الفارق بين «السب» و «الغيبه»؛ حيث إنّ مناط الأوّل المذمّه و التنقيص فيجوز، و مناط الثاني إظهار عيوبه فلا يجوز إلّا بمقدار الرخصه.

الثاني:

تظلم المظلوم و إظهار ما فعل به الظالم و إن كان متسترّاً به

كما إذا ضربه في الليل الماضي و شتمه، أو أخذ ماله جاز ذكره بذلك عند من لا يعلم ذلك منه؛ لظاهر قوله تعالى: **وَلَمَنِ اتُّنَصَرَ** **بَعِيدَ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مِمَّا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ**. **إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ** (١) و قوله تعالى: **لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ** (٢) فعن تفسير القمي: «أى لا- يحب أن يجهر الرجل بالظلم و السوء و يظلم إلّا من ظلم، فأطلق له أن يعارضه بالظلم» (٣).

و عن تفسير العياشي، عنه صلوات الله عليه: «من أضاف قوماً فأساء ضيافتهم (٤) فهو ممن ظلم، فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه» (٥).

ص: ٣٤٧

١-١ (١) الشورى: ٤١-٤٢.

١-٢ (٢) النساء: ١٤٨.

١-٣ (٣) تفسير القمي ١: ١٥٧.

١-٤ (٤) في النسخ: إضافتهم، و ما أثبتناه من المصدر.

١-٥ (٥) تفسير العياشي ١: ٢٨٣، الحديث ٢٩٦.

و هذه الروايه و إن وجب توجيهها، إمّا بحمل الإساءه على ما يكون ظلماً و هتكاً لا احترامهم أو بغير ذلك، إلّا أنّها دالّه على عموم «مَنْ ظَلِمَ» فى الآيه الشريفه، و أنّ كلّ من ظلم فلا جناح عليه فيما قال فى الظالم.

و نحوها فى وجوب (1) التوجيه روايه أخرى فى هذا المعنى محكيه عن المجمع: «أنّ الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته، فلا جناح عليه فى أن يذكره بسوء (2) ما فعله» (3).

و يؤيد الحكم فيما نحن فيه أنّ فى منع المظلوم من هذا الذى هو نوع من التشقى حرجاً عظيماً؛ و لأنّ فى تشريع الجواز مظنه ردع الظالم، و هى مصلحه خاليه عن مفسده، فيثبت الجواز؛ لأنّ الأحكام تابعه للمصالح.

و يؤيده ما تقدم من عدم الاحترام للإمام الجائر (4)؛ بناءً على أنّ عدم احترامه من جهه جورّه، لا من جهه تجاهره، و إلّا لم يذكره فى مقابل «الفاسق المعلن بالفسق». و فى النبوى: «لصاحب الحق مقال» (5).

و الظاهر من جميع ما ذكر عدم تقييد جواز الغيبه بكونها عند من

ص: ٣٤٨

١-١ فى «ن»، «خ»، «خ» و «ع»: وجوه.

٢-٢ فى أكثر النسخ: أن يذكر سوء.

٣-٣ مجمع البيان ١٣١: ٢.

٤-٤ تقدم فى روايه أبى البخترى، المتقدمه فى الصفحه: ٣٤٣.

٥-٥ أرسله الشهيد الثانى فى كشف الريبه: ٧٧.

يرجو إزالة الظلم عنه، وقواه بعض الأساطين (١)، خلافاً لكاشف الريبه (٢) وجمع ممن تأخر عنه (٣) فقيدوه؛ اقتصاراً في مخالفه الأصل على المتيقن من الأدله؛ لعدم عموم في الآيه و عدم نهوض ما تقدم في تفسيرها للحججه، مع أن المروى عن الباقر عليه السلام في تفسيرها المحكى عن مجمع البيان:-

أنه «لا يحب الله (٤) الشتم في الانتصار إلّا من ظلم، فلا بأس له أن ينتصر ممن ظلمه بما يجوز الانتصار به في الدين» (٥). قال في الكتاب المذكور: ونظيره و انتصروا من بعد ما ظلموا (٦).

و ما بعد الآيه (٧) لا يصلح للخروج بها عن الأصل الثابت بالأدله العقلية و النقلية، و مقتضاه الاقتصار على مورد رجاء تدارك الظلم، فلو لم يكن قابلاً للتدارك لم تكن فائده في هتك الظالم. و كذا لو لم يكن

ص: ٣٤٩

١- ١) صرح به كاشف الغطاء قدس سره في شرحه على القواعد (مخطوط): ٣٤، و فيه: «و منها التظلم مع ذكر معايب الظالم عند من يرجو أن يعينه... و يقوى جوازه عند غيره لظاهر الكتاب».

٢- ٢) كشف الريبه: ٧٧.

٣- ٣) كالمحقق السبزواري في كفايه الأحكام: ٨٦، و المحقق النراقي في المستند ٣٤٧: ٢، و السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٦٦.

٤- ٤) من المصدر.

٥- ٥) مجمع البيان ٢: ١٣١.

٦- ٦) الشعراء: ٢٢٧.

٧- ٧) أراد بما بعد الآيه: المؤيدات التي ذكرها، و التعبير عنها بعنوان كونها «ما بعد الآيه» مع كونها بعد الأخبار، مبنى على كون الأخبار واردة في تفسيرها، فهي من توابع الآيه و لواحقها (حاشيه المامقاني).

ما فعل به ظلماً، بل كان من ترك الأولى، وإن كان يظهر من بعض الأخبار جواز الاشتكاء لذلك:

فعن الكافي و التهذيب بسندهما عن حماد بن عثمان، قال: «دخل رجل على أبي عبد الله عليه السلام فشكا [إليه (1)] رجلاً من أصحابه فلم يلبث أن جاء المشكوك عليه (2)، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما لفلان يشكوك؟ فقال: يشكوني أنني استقضيت منه حقاً، فجلس أبو عبد الله عليه السلام مغضباً، فقال: كأنك إذا استقضيت حَقَّك لم تسيء! أ رأيت قول الله عزَّ و جلَّ: وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ (3) أ ترى أنهم خافوا الله عزَّ و جلَّ أن يجور عليهم؟ لا- و الله! ما خافوا إلا الاستقضاء، فسَمَّاه الله عزَّ و جلَّ سوء الحساب، فمن استقضى فقد أساء» (4).

و مرسله ثعلبه بن ميمون المرويه عن الكافي-، قال: «كان عنده قوم يحدثهم، إذ ذكر رجل منهم رجلاً فوقع فيه و شكاه، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: و أنني لك بأخيك كله (5) أو أي الرجال (6)

ص: ٣٥٠

١-١) من المصدر.

٢-٢) لم يرد «عليه» في «ش» و المصدرين.

٣-٣) الرعد: ٢١.

٤-٤) الكافي ١٠٠: ٥، الحديث الأول، التهذيب ١٩٤: ٦، الحديث ٤٢٥. و عنهما في الوسائل ١٠٠: ١٣، الباب ١٦ من أبواب الدين و القرض، الحديث الأول.

٥-٥) فسّر العلامة المجلسي في مرآه العقول (١٢: ٥٥٠) عبارته «بأخيك كله» بقوله: أي كل الأخ التام في الأخوة، أي: لا يحصل مثل ذلك إلا نادراً، فتوقع ذلك كتوقع أمرٍ محال، فارض من الناس بالقليل.

٦-٦) كذا ورد في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ كما يلي: «و أنني لك بأخيك

المهذب (١)!! (٢).

فإنّ الظاهر من الجواب أنّ الشكوى إنّما كانت من ترك الأولى الذى لا يليق بالأخ الكامل المهذب.

و مع ذلك كله، فالأحوط عدّ هذه الصورة من الصور العشر الآتية (٣) التى رخص فيها فى الغيبة لغرض صحيح أقوى من مصلحه احترام المغتاب.

كما أنّ الأحوط جعل الصورة السابقه خارجه عن موضوع الغيبه بذكر المتجاهر بما لا يكره نسبتته إليه من الفسق المتجاهر به، وإن جعلها من تعرض لصور الاستثناء منها.

فيبقى من موارد الرخصه لمزاحمه الغرض الأهم صور تعرضوا لها:

منها:

نصح المستشار،

فإنّ النصيحة واجبه للمستشير، فإنّ خيانه قد

(٤)

الكامل، أى الرجل المهذب».

ص: ٣٥١

١ - ١) هذه العبارة وردت فى شعر النابغه، حيث قال: حلفت لم أترك لنفسى ريبه و ليس وراء الله للمرء مذهب لئن كنت قد بلّغت عنى خيانه لمبلغك الواشى أغش و أكذبُ فليست بمستيقٍ أخاً لا تلمّه على شعثٍ، أى الرجال المهذب؟ انظر مرآه العقول ١٢:٥٥٠.

٢ - ٢) الكافي ٢:٦٥١، الحديث الأول. و عنه فى الوسائل ٨:٤٥٨، الباب ٥٦ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأول.

٣ - ٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: المتقدمه.

تكون أقوى مفسدهً من الوقوع في المغتاب.

و كذلك النصح من غير استشاره، فإن من أراد تزويج امرأه و أنت تعلم بقبائحها التي توجب وقوع الرجل من أجلها في الغيبه (١) و الفساد، فلا ريب أن التنبيه على بعضها و إن أوجب الوقيعه فيها أولى من ترك نصح المؤمن، مع ظهور عدّه من الأخبار في وجوبه (٢).

و منها:

الاستفتاء،

بأن يقول للمفتي: «ظلمني فلان حقي، فكيف طريقى في الخلاص؟» هذا إذا كان الاستفتاء موقوفاً على ذكر الظالم بالخصوص، و إلّا فلا يجوز.

و يمكن الاستدلال عليه بحكايه هند زوجه أبى سفيان و اشتكائها إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم و قولها: «إنّه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى» (٣)، فلم يرد صلّى الله عليه و آله و سلم عليها غيبه أبى سفيان.

و لو نوقش في هذا الاستدلال بخروج غيبه مثل أبى سفيان عن محلّ الكلام أمكن الاستدلال بصحيحه عبد الله بن سنان، عن أبى عبد الله عليه السلام، قال: «جاء رجل إلى النبي صلّى الله عليه و آله و سلم فقال: إن أمى لا تدفع يد لا مس! فقال: احبسها، قال: قد فعلت، فقال صلّى الله عليه و آله و سلم: فامنع من يدخل عليها، قال: قد فعلت، قال صلّى الله عليه و آله و سلم: فقيدها؛ فإنك لا تبرّها بشيء أفضل من أن تمنعها

ص: ٣٥٢

١-١) كذا في النسخ، و لعله تصحيف: «العنت» أى المشقه.

٢-٢) انظر الوسائل ٥٩٤: ١١، الباب ٣٥ من أبواب فعل المعروف.

٣-٣) مستدرک الوسائل ١٢٩: ٩، الباب ١٣٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٤.

عن محارم الله عزّ و جلّ...الخبر» (١).

و احتمال كونها متجاهره، مدفوع بالأصل.

و منها:

قصد ردع المغتاب عن المنكر الذي يفعله،

فإنه أولى من ستر المنكر عليه، فهو في الحقيقة إحسان في حقه، مضافاً إلى عموم أدله النهي عن المنكر (٢).

و منها:

قصد حسم مادّة فساد المغتاب عن الناس،

كالمبتدع الذي يُخاف من إضلاله الناس. و يدلّ عليه مضافاً إلى أنّ مصلحه دفع فتنته عن الناس أولى من ستر المغتاب:- ما عن الكافي بسنده الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم، و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقيعه، و باهتوهم؛ كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام،

ص: ٣٥٣

١- ١) الوسائل ١٨: ٤١٤، الباب ٤٨ من أبواب حدّ الزنا، الحديث الأوّل.

٢- ٢) مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «من رأى منكم منكراً فلينكر بيده إن استطاع، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فقلبه» الوسائل ١١: ٤٠٧، الباب ٣ من أبواب الأمر و النهي، الحديث ١٢. و قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «مروا بالمعروف و إن لم تعملوا به كلّه، و انهوا عن المنكر و إن لم تنتهوا عنه كلّه» الوسائل ١١: ٤٢٠، الباب ١٠ من أبواب الأمر و النهي، الحديث ١٠. و قول الصادق عليه السلام: «أيها الناس مروا بالمعروف، و انهوا عن المنكر» الوسائل ١١: ٣٩٩، الباب الأوّل من أبواب الأمر و النهي، الحديث ٢٤، و غير ذلك من الروايات الظاهره في العموم.

و يَحْذَرُهُمُ النَّاسَ، وَ لَا يَتَعَلَّمُوا (١) مِنْ بَدْعِهِمْ، يَكْتُبُ اللَّهُ لَكُمْ بِذَلِكَ الْحَسَنَاتِ، وَ يَرْفَعُ لَكُمْ بِهِ الدَّرَجَاتِ» (٢).

و منها:

جرح الشهود؛

فإنَّ الإجماعَ دلَّ على جوازه، و لأنَّ مصلحه عدم الحكم بشهاده الفساق أولى من الستر على الفاسق.

و مثله بل أولى بالجواز جرح الرواه؛ فإنَّ مفسده العمل بروايه الفاسق أعظم من مفسده شهادته.

و يلحق بذلك: الشهاده بالزنا و غيره لإقامه الحدود.

و منها:

دفع الضرر عن المغتاب،

و عليه يحمل ما ورد في ذم «زراره» من عده أحاديث.

و قد بيّن ذلك الإمام عليه السلام بقوله في بعض ما أمر عليه السلام عبد الله بن زراره بتبليغ أبيه: «اقرأ مني على والدك السلام، فقل له:

إنّما أعيبك دفاعاً منّي عنك، فإنّ الناس يسارعون إلى كل من قرّبناه و مخرّبناه (٣) لإدخال الأذى فيمن نجبه و نقّرّبه، و يذمّونه لمحبتنا له و قربه و دنوّه منا، و يرون إدخال الأذى عليه و قتله، و يحمّدون كلّ من عيّناه نحن،

ص: ٣٥٤

١- ١) في المصدر: و لا يتعلمون.

٢- ٢) الكافي ٣: ٣٧٥، باب مجالسه أهل المعاصي، الحديث ٤، و عنه الوسائل ١١: ٥٠٨، الباب ٣٩ من أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما، الحديث الأوّل.

٣- ٣) في «ف» و نسخه بدل «ص»: حمدناه.

و إنما أعييك؛ لأنك رجل اشتهرت بنا (١) بميلك إلينا، و أنت في ذلك مذموم [عند الناس (٢)] غير محمود الأمر (٣)؛ لمودتك لنا و ميلك إلينا، فأحبت أن أعييك؛ ليحمدوا أمرك في الدين بعيك و نقصك و يكون ذلك منّا دافع شرهم عنك، يقول الله عزّ و جلّ: أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَ كَانَ وَّرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا (٤).

هذا التنزيل من عند الله، لا و الله! ما عابها إلا لكي تسلم من الملك و لا تغصب (٥) على يديه، و لقد كانت صالحه ليس للعب فيها مساع، و الحمد لله، فافهم المثل رحمة الله! فإنك أحب الناس إليّ و أحب أصحاب أبي إليّ حيّاً و ميتاً، و إنك أفضل سفن ذلك البحر القمقام الزاخر، و إنّ وراءك لملكاً ظلوماً غصباً، يرقب عبور كلّ سفينة صالحه ترد من بحر الهدى ليأخذها غصباً و يغصب أهلها، فرحمه الله عليك حيّاً و رحمه الله عليك ميتاً... إلخ (٦).

و يلحق بذلك الغيبه للتقيّه على نفس المتكلم أو ماله أو عرضه،

ص: ٣٥٥

١-١) كذا في «ش»، و في سائر النسخ و نسخه بدل «ش»: منّا.

٢-٢) من «ش» و المصدر.

٣-٣) في «ش»: الأثر (خ ل).

٤-٤) الكهف: ٧٩.

٥-٥) في «ف» و نسخه بدل «ش» و المصدر: و لا تُعطب.

٦-٦) رجال الكشي ٣٤٩: ١، الرقم ٢٢١، مع اختلافات كثيره لم نتعرض لذكرها لكثرتها.

أو عن (١) ثالث؛ فإنَّ الضرورات تبيح المحظورات.

و منها:

ذكر الشخص بعيه الذى صار بمنزله الصفه المميّزه التى لا يعرف إلّا بها

(٢)

كالأعمش و الأعرج و الأشر و الأحول، و نحوها-، و فى الحديث:

«جاءت زينب العطاره الحولاء إلى نساء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم» (٣).

و لا بأس بذلك فيما إذا صارت الصفه فى اشتهاى يوصف (٤) الشخص بها إلى حيث لا يكره ذلك صاحبها، و عليه يحمل ما صدر عن الإمام عليه السلام و غيره من العلماء الأعلام.

لكن كون هذا استثناءً مبنى على كون مجرد ذكر العيب الظاهر من دون قصد الانتقاص غيبه، و قد منعنا ذلك سابقاً؛ إذ لا وجه لكراهه المغتاب؛ لعدم كونه إظهاراً لعيب غير ظاهر، و المفروض عدم قصد الذمّ أيضاً.

اللهم إلما أن يقال: إنّ الصفات المشعره بالذم كالألقاب المشعره به، يكره الإنسان الاتصاف بها و لو من دون قصد الذم؛ فإنّ إشعارها بالذمّ كافٍ فى الكراهه.

و منها [ذكر الشخص بما لا يؤثر عند السامع شيئاً، لكونه عالماً به]

ما حكاه فى كشف الريبه عن بعض: من أنه إذا علم اثنان من

ص: ٣٥٦

١- ١) كذا فى النسخ، و المناسب: على.

٢- ٢) فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: لا تعرف إلّا به.

٣- ٣) الوسائل ٢٠٩: ١٢، الباب ٨٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٤- ٤) فى «ن»، «ش» و مصححه «ص»: توصيف.

رجل معصيه شاهداها فأجرى أحدهما ذكرها في غيبه ذلك العاصي جاز؛ لأنه لا يؤثر عند السامع شيئاً، وإن كان الأولى تنزيه النفس و اللسان عن ذلك لغير غرض من الأغراض الصحيحه، خصوصاً مع احتمال نسيان المخاطب لذلك، أو خوف اشتهاها (١) عنهما (٢)، انتهى.

أقول: إذا فرض عدم كون ذكرهما في مقام التعيير و المذمه و ليس هنا هتك ستر أيضاً، فلا وجه للتحريم و لا لكونها غيبه، إلّا على ظاهر بعض التعاريف المتقدمه (٣).

و منها:

ردّ من ادعى نسباً ليس له،

فإنّ مصلحه حفظ الأنساب أولى من مراعاة حرمه المغتاب.

و منها:

القدح في مقاله باطله

و إن دلّ على نقصان قائلها، إذا توقّف حفظ الحقّ و إضاعه الباطل عليه.

و أمّا ما وقع من بعض العلماء بالنسبه إلى من تقدّم عليه منهم من الجهر بالسوء من القول، فلم يعرف له وجه، مع شيوعه بينهم من قديم الأيام! ثم إنهم ذكروا موارد للاستثناء لا حاجة إلى ذكرها بعد

ص: ٣٥٧

١-١) كذا في المصدر، و في النسخ: اشتهاه.

٢-٢) كشف الرية: ٨٠.

٣-٣) مثل ما تقدّم في الصفحة: ٣٢١، عن المصباح، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «إنها ذكرك أخاك بما يكرهه».

ما قدّمنا (١) أنّ الضابط في الرخصه وجود مصلحه غالبه على مفسده هتك احترام (٢) المؤمن، و هذا يختلف باختلاف تلك المصالح و مراتب مفسده هتك المؤمن، فإنّها متدرجه في القوه و الضعف، فربّ مؤمن لا يساوى عرضه شيء، فالواجب التحرى في الترجيح بين المصلحه و المفسده.

ص: ٣٥٨

١-١) في الصفحه: ٣٥١.

٢-٢) في «ف»: على مصلحه احترام.

بلا خلاف، فقد ورد: «أن السامع للغيبه أحد المغتابين» (١).

و الأخبار في حرمة كثيره (٢) إلا أن ما يدل على كونه من الكبائر كالروايه المذكوره و نحوها (٣) ضعيفه السند.

ثم المحرّم سماع الغيبه المحرّمه، دون ما علم حليتها.

و لو كان متجاهراً عند المغتاب مستوراً عند المستمع و قلنا بجواز الغيبه حينئذٍ للمتكلم، فالمحكى جواز الاستماع مع احتمال كونه متجاهراً، لا مع (٤) العلم بعدمه.

قال في كشف الريبه: إذا سمع أحد مغتاباً لآخر و هو لا يعلم المغتاب مستحقاً للغيبه و لا عدمه، قيل: لا يجب نهى القائل؛ لإمكان الاستحقاق، فيحمل فعل القائل على الصحه ما لم يعلم فساده، ولأن (٥)

ص: ٣٥٩

١-١) أورده في كشف الريبه: ٦٤، مرسلًا عن عليّ عليه السلام.

٢-٢) انظر الوسائل ٨:٦٠٦، الباب ١٥٦ من أبواب أحكام العشره، و مستدرک الوسائل ٩:١٣١، الباب ١٣٦ من أبواب أحكام العشره.

٣-٣) مثل ما رواه في كشف الريبه: ٦٤ مرسلًا عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلم، بلفظ: «المستمع أحد المغتابين».

٤-٤) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: إلّا مع.

٥-٥) كذا في «ش»، و في غيره: لأنّ.

ردعه يستلزم انتهاك حرمة، وهو أحد المحرّمين. ثم قال: والأولى التنزّه عن ذلك (١) حتى يتحقّق المخرج منه؛ لعموم الأدلّه و ترك الاستفصال فيها، وهو دليل إرادته العموم حذراً من الإغراء بالجهل، ولأنّ ذلك لو تمّ لتمشّى فيمن يعلم عدم استحقاق المقول عنه بالنسبة إلى السامع مع احتمال اطلاع القائل على ما يوجب تسويغ مقالته، وهو هدم قاعده النهى عن الغيبه (٢)، انتهى.

أقول: والمحكى بقوله: «قيل» لا دلالة فيه على جواز الاستماع، وإنما يدلّ على عدم وجوب النهى عنه.

و يمكن القول بحرمة استماع هذه الغيبه مع فرض جوازها للقائل؛ لأنّ السامع أحد المغتائبين، فكما أنّ المغتاب تحرم عليه الغيبه إلّا إذا علم التجاهر المُسوِّغ، فكذلك السامع يحرم عليه الاستماع إلّا إذا علم التجاهر، و أمّا نهى القائل فغير لازم مع دعوى القائل العذر المُسوِّغ، بل مع احتمالها في حقّه و إن اعتقد الناهى عدم التجاهر.

نعم، لو علم عدم اعتقاد القائل بالتجاهر وجب ردعه.

هذا، و لكن الأقوى جواز الاستماع إذا جاز للقائل؛ لأنّه قول غير منكر، فلا يحرم الإصغاء إليه؛ للأصل.

ص: ٣٦٠

١ - ١) كذا في النسخ، و في المصدر: «و الأولى التنبيه على ذلك»، إلّا أنّ في نسخه «ف» كتب أولاً مثل ما في المصدر، ثم شطب عليه و أثبت مثل ما في سائر النسخ.

٢ - ٢) كشف الريه: ٨١.

و الروايه (١) على تقدير صحتها تدلّ على أنّ السامع لغيبه كقائل تلك الغيبه، فإن كان القائل عاصياً كان المستمع كذلك، فتكون دليلاً على الجواز فيما نحن فيه.

نعم، لو استظهر منها أنّ السامع للغيبه كأنه متكلم بها، فإن جاز للسامع التكلم بغيبه (٢) جاز سماعها، وإن حرم عليه حرم سماعها أيضاً، كانت الروايه على تقدير صحتها دليلاً للتحريم فيما نحن فيه، لكنه خلاف الظاهر من الروايه على تقدير قراءه «المغتائبين» بالثنيه، وإن كان هو الظاهر على تقدير قراءته بالجمع، لكن هذا التقدير خلاف الظاهر، وقد تقدم في مسأله التشبيب أنه إذا (٣) كان شكّ السامع في حصول شرط حرمة من القائل لم يحرم استماعه، فراجع (٤).

ثم إنه يظهر من الأخبار المستفيضه وجوب رد الغيبه:

فعن المجالس بإسناده عن أبي ذرّ رضوان الله عليه عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم: «من اغتیب عنده أخوه المؤمن و هو يستطيع نصره فنصره، نصره الله تعالى في الدنيا والآخرة، وإن خذله و هو يستطيع نصره، خذله الله في الدنيا والآخرة» (٥).

ص: ٣٦١

١- ١) و هي قوله عليه السلام: «إنّ السامع للغيبه أحد المغتائبين»، المتقدّم في الصفحه: ٣٥٩.

٢- ٢) ظاهر «ف»: بغيته.

٣- ٣) في «ن»، «ع» و «ص»: إذا كان.

٤- ٤) راجع الصفحه: ١٨١.

٥- ٥) أمالي الطوسي ٢: ١٥٠، و عنه الوسائل ٨: ٦٠٨، الباب ١٥٦ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٨.

و نحوها عن الصدوق بإسناده عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لَعَلَى عَلَيْهِ السَّلَام (١).

و عن عقاب الأعمال بسنده عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من ردّ عن أخيه غيبه سمعها في مجلس ردّ الله عنه ألف باب من الشرّ في الدنيا والآخرة، فإن لم يردّ عنه و أعجبه كان عليه كوزر من اغتابه» (٢).

و عن الصدوق بإسناده عن الصادق عليه السلام في حديث المناهي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من تطوّل على أخيه في غيبه سمعها [فيه، في مجلس (٣)] فردّها عنه ردّ الله عنه ألف باب من الشرّ في الدنيا والآخرة، فإن هو لم يردّها و هو قادر على ردّها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرّة... الخبر (٤)» (٥).

و لعلّ وجه زياده عقابه أنّه إذا لم يردّه تجزأ المغتاب على الغيبه، فيصّر على هذه الغيبه و غيرها.

و الظاهر أنّ الردّ غير النهي عن الغيبه، و المراد به الانتصار

ص: ٣٦٢

-
- ١- ١) الفقيه ٤: ٣٧٢، باب النوادر، الحديث ٥٧٦٢، و عنه الوسائل ٨: ٦٠٦، الباب ١٥٦ من أبواب أحكام العشرة، الحديث الأوّل.
 - ٢- ٢) عقاب الأعمال: ٣٣٥، و عنه الوسائل ٨: ٦٠٧، الباب ١٥٦ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٥.
 - ٣- ٣) من «ع»، «ص» و المصدر.
 - ٤- ٤) كذا في النسخ، و الظاهر زياده «الخبر»؛ لأنّ الحديث المذكور بتمامه.
 - ٥- ٥) الفقيه ٤: ١٥، الحديث ٤٩٦٨، و عنه الوسائل ٨: ٦٠٠، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ١٣.

للغائب بما يناسب تلك الغيبة، فإن كان عيباً دينياً انتصر له بأن العيب ليس إلّا ما عاب الله به من المعاصي التي من أكبرها ذكرك أخاك بما لم يعبه الله به، وإن كان عيباً دينياً وجهه بمحامل تخرجه عن المعصية، فإن لم يقبل التوجيه انتصر له بأن المؤمن قد يتلى بالمعصية، فينبغي أن تستغفر له وتهتم له، لا- أن تعير عليه، وأن تعيرك إياه لعله أعظم عند الله من معصيته، و نحو ذلك.

ثم إنّه قد يتضاعف عقاب المغتاب إذا كان ممّن يمدح المغتاب في حضوره، وهذا وإن كان في نفسه مباحاً إلّا أنّه إذا انضمّ مع ذمّه في غيبته سُمّي صاحبه «ذو اللسانين» (١) وتأكد حرمة؛ ولذا ورد في المستفيضه: «أنّه يجيء ذو اللسانين يوم القيامة و له لسانان من النار» (٢)؛ فإنّ لسان المدح في الحضور وإن لم يكن لساناً من نار، إلّا أنّه إذا انضمّ إلى لسان الذمّ في الغياب صار كذلك.

و عن المجالس بسنده عن حفص بن غياث، عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن آبائه، عن علي عليهم السلام، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم:

«من مدح أخاه المؤمن في وجهه و اغتابه من ورائه فقد انقطعت العصمة بينهما» (٣).

ص: ٣٦٣

١- ١) في «خ» و«م» زياده: يوم القيامة.

٢- ٢) الوسائل ٨: ٥٨١، الباب ١٤٣ من أبواب أحكام العشرة، الأحاديث ١ و ٧ و ٨ و ٩، وفي الجميع: «لسانان من نار»، بدون الألف و اللام.

٣- ٣) أمالي الصدوق: ٤٦٦، المجلس ٨٥، الحديث ٢١ مع اختلاف يسير، و عنه الوسائل ٨: ٥٨٣، الباب ١٤٣ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ١٠.

و عن الباقر عليه السلام: «بئس العبد عبد يكون ذا وجهين و ذا لسانين! يطرى أخاه شاهداً و يأكله غائباً، إن اعطى حسده، و إن ابتلى خذله» (١).

و اعلم أنه قد يطلق الاغتياب على «البهتان» و هو أن يقال في شخص ما ليس فيه، و هو أغلظ تحريماً من الغيبة، و وجهه ظاهر؛ لأنه جامع بين مفسدتي (٢) الكذب و الغيبة، و يمكن القول بتعدد العقاب من جهة كل من العنوانين و المركب.

و في روايه علقمه، عن الصادق عليه السلام: «حدثني أبي، عن آبائه عليهم السلام، عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، أنه قال: من اغتاب مؤمناً بما فيه لم يجمع الله بينهما في الجنة أبداً، و من اغتاب مؤمناً بما ليس فيه فقد انقطعت العصمه بينهما، و كان المغتاب خالداً في النار و بئس المصير» (٣).

ص: ٣٦٤

١- (١) الوسائل ٥٨٢: ٨، الباب ١٤٣ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢.

٢- (٢) في «ف»: جامع لمفسدتي.

٣- (٣) الوسائل ٦٠١: ٨، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٠، باختلافٍ يسير.

ففى صحيحه مرازم، عن أبى عبد الله عليه السلام: «ما عبد الله بشيء أفضل من أداء حق المؤمن» (١).

و روى فى الوسائل و كشف الريبه، عن كنز الفوائد للشيخ الكراجكى -، عن الحسين بن محمد بن على الصيرفى، عن محمد بن على الجعابى، عن القاسم بن محمد بن جعفر العلوى، عن أبيه، عن آبائه، عن على عليهم السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: للمسلم على أخيه ثلاثون حقاً، لا يبراه له منها إلّا بأدائها أو العفو: يغفر زلّته، و يرحم عبرته، و يستر عورته، و يقبل عشرته، و يقبل معذرتة، و يردّ غيبته، و يديم نصيحتة، و يحفظ خلّته، و يرعى ذمّته، و يعود مرضه، و يشهد ميّته (٢)، و يجيب دعوتة، و يقبل هديّته، و يكافئ صلّته، و يشكر نعمته، و يحسن نصرته، و يحفظ حليلته، و يقضى حاجته، و يستنجح مسألته، و يسمّت عطسته، و يرشد ضالّته، و يردّ سلامه، و يطيب كلامه، و يبرّ إنعامه، و يصدّق أقسامه، [و يوالى وليه (٣)] و لا يعاديه (٤) و ينصره ظالماً و مظلوماً

ص: ٣٦٥

١- (١) الوسائل ٥٤٢: ٨، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأوّل.

٢- (٢) كذا فى «ف» و «ص» و المصادر، و فى غيرها: ميّته.

٣- (٣) كذا فى النسخ، و شطب عليه فى «ف»، و كتب بدله: و يواليه، و العبارة فى كشف الريبه أيضاً: و يواليه.

٤- (٤) فى الوسائل: «و لا يعاد»، و أمّا فى كنز الفوائد فهكذا: «و يوالى وليه و يعادى عدوّه».

فأما نصرته ظالماً فيردّه عن ظلمه، وأما نصرته مظلوماً فيعينه على أخذ حقّه-، ولا يسلمه، ولا يخذله، ويحبّ له من الخير ما يحبّ لنفسه، ويكره له [من الشرّ (١)] ما يكره لنفسه»، ثم قال عليه السلام:

سمعت رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم يقول: إنّ أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئاً فيطالبه به يوم القيامة فيقضى له عليه» (٢).

و الأخبار في حقوق المؤمن كثيره (٣).

و الظاهر إرادته الحقوق المستحبّه التي ينبغي أدائها، ومعنى القضاء لذيها على من هي عليه (٤): المعامله معه معامله من أهملها بالحرمان عمّا أعدّ لمن أدّى حقوق الأخواه.

ثم إنّ ظاهرها وإن كان عاماً، إلّا أنّه يمكن تخصيصها بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدّي لها بحسب اليسر، أمّا المؤمن المضيع لها فالظاهر عدم تأكّد مراعاة هذه الحقوق بالنسبه إليه، ولا يوجب إهمالها مطالبته (٥) يوم القيامة؛ لتحقّق المقاصه، فإنّ التهاثر يقع في الحقوق، كما يقع في الأموال.

ص: ٣٦٦

١- ١) لم ترد في أصل النسخ، إلّا أنّها استدركت في هامش بعضها من المصدر.

٢- ٢) كنز الفوائد ٣٠٦: ١، وعنه كشف الريبه: ١١٤، والوسائل ٨: ٥٥٠، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢٤، وفيها: فيقضى له و عليه.

٣- ٣) انظر الوسائل ٨: ٥٤٢، الباب ١٢٢ من أبواب أحكام العشره.

٤- ٤) كذا في «ش» و مصححه «ص»، و في «ف»، «ن»، «م»، «ع» و هامش «ش» (خ ل): لذيها على من عليها.

٥- ٥) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: مطالبه.

وقد ورد في غير واحد من الأخبار ما يظهر منه الرخصة في ترك هذه الحقوق لبعض الإخوان، بل لجميعهم إلا القليل:

فعن الصدوق رحمه الله في الخصال، وكتاب الإخوان-، والكلينى بسندهما عن أبى جعفر عليه السلام (١) قال: «قام إلى أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام رجل بالبصرة، فقال: أخبرنا عن الإخوان، فقال عليه السلام: الإخوان صنفان، إخوان الثقة وإخوان المكاشرة (٢)، فأما إخوان الثقة فهم كالكفّ والجناح والأهل والمال، فإذا كنت من أخيك على ثقة فابذل له مالك و يدك، و صاف من صافاه، و عادٍ من عاداه، و اكنم سرّه و عيبه (٣)، و أظهر منه الحسن؛ و اعلم أيّها السائل أنّهم أعزّ من الكبريت الأحمر!، و أمّا إخوان المكاشرة فإنّك تصيب منهم لذّتك، فلا تقطعنّ ذلك منهم، و لا تطلبنّ ما وراء ذلك من ضميرهم، و ابذل لهم ما بذلوا لك من طلاقه الوجه و حلاوه اللسان» (٤).

و فى روايه عبيد الله الحلبي المرويه فى الكافى عن

ص: ٣٦٧

١- ١) فى «ف» زياده: ففى مرسله أحمد بن محمد بن عيسى، عن بعض أصحابه، عن أبى جعفر عليه السلام.

٢- ٢) كاشرة: إذا تبسم فى وجهه و انبسط معه (مجمع البحرين ٣: ٤٧٤ كشر).

٣- ٣) كذا فى «ش» و الكافى و الخصال، و فى سائر النسخ: «و أعنه»، كما فى كتاب مصادقه الإخوان و الوسائل.

٤- ٤) الخصال ١: ٤٩، باب الاثنيين، الحديث ٥٦، مصادقه الإخوان: ٣٠، الحديث الأوّل، الكافى ٢: ٢٤٨، الحديث ٣، و أنظر الوسائل ٨: ٤٠٤، الباب ٣ من أبواب أحكام العشرة، الحديث الأوّل.

أبى عبد الله عليه السلام، قال: «لا تكون الصداقه إلا بحدودها فمن كانت فيه هذه الحدود أو شىء منها فانسبه إلى الصداقه، و من لم يكن فيه شىء منها فلا تنسبه إلى شىء من الصداقه:

فأولها أن تكون سريره و علانيته لك واحده.

و الثانيه أن يرى زينك زينه و شينك شينه.

و الثالثه أن لا تغيره عليك ولايه و لا مال.

و الرابعه أن لا يمنعك شيئاً تناله مقدرته (١).

و الخامسه و هى تجمع (٢) هذه الخصال-: أن لا يسلمك عند النكيات» (٣).

و لا يخفى أنه إذا لم تكن الصداقه لم تكن الأخوه، فلا بأس بترك الحقوق المذكوره بالنسبه إليه.

و فى نهج البلاغه: «لا يكون الصديق صديقاً حتى يحفظ أخاه فى ثلاث: فى نكبته، و فى غيبته، و فى وفاته» (٤).

و فى كتاب الإخوان، بسنده عن الوصافى، عن أبى جعفر عليه السلام،

ص: ٣٦٨

١- ١) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: بقدرته.

٢- ٢) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: مجمع.

٣- ٣) الكافى ٢: ٦٣٩، الحديث ٦، و عنه الوسائل ٨: ٤١٣، الباب ١٣ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأول.

٤- ٤) نهج البلاغه: ٤٩٤، الحكمه رقم: ١٣٤، و فيه: «فى نكبته، و غيبته، و وفاته».

قال: «قال لي: أ رأيت من كان قبلكم (١) إذا كان الرجل ليس عليه رداء و عند بعض إخوانه رداء يطرحه عليه؟ قلت: لا، قال: فإذا كان ليس عنده إزار يوصل إليه بعض إخوانه بفضل إزاره حتى يجد له إزاراً؟ قلت: لا، قال: فضرب بيده على فخذه! أو قال: ما هؤلاء بإخوه... إلخ (٢)» (٣) دلّ على أنّ من لا يواسى المؤمن ليس بأخ له، فلا يكون له حقوق الأخوة المذكورة في روايات الحقوق.

و نحوه روايه ابن ابي عمير عن خُصّام رفعه قال: «أبطأ على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رجل، فقال: ما أبطأ بك؟ قال: العزّي يا رسول الله! فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: أما كان لك جار له ثوبان يعيرك أحدهما؟ فقال: بلى يا رسول الله، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ما هذا لك بأخ» (٤).

و في روايه يونس بن ظبيان، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام:

«اختبروا إخوانكم بخصلتين، فإن كانتا فيهم، وإلا، فاعزّب ثم

ص: ٣٦٩

١-١) في المصدر: من قبلكم.

٢-٢) كذا في النسخ، و الظاهر زياده: «إلخ»؛ فإنّ ما ورد هو تمام الحديث.

٣-٣) مصادقه الإخوان: ٣٦، الحديث الأول، و عنه الوسائل ٤١٤: ٨، الباب ١٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث الأول.

٤-٤) مصادقه الإخوان: ٣٦، الحديث ٤، و عنه الوسائل ٤١٥: ٨، الباب ١٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

اعزُب (١):المحافظه على الصلوات في مواقيتها،و البرّ بالإخوان في اليسر و العسر» (٢).

ص :٣٧٠

-
- ١ - ١) كذا في المصدر،و في سائر النسخ:فأغرب ثم أغرب،و في المصدر زياده: ثم اعزب.قال في مجمع البحرين (٢:١٢٠):اعزب ثم اعزب على[عن ظ] الأمر:أى أبعد نفسك عن الأمر ثم أبعد.
- ٢ - ٢) الوسائل ٥٠٣:٨،الباب ١٠٣ من أبواب أحكام العشره،الحديث الأوّل.

المسألة الخامسة عشر القمار

إشاره

حرام إجماعاً، ويدلّ عليه الكتاب (١) والسنة المتواتره (٢).

و هو بكسر القاف كما عن بعض أهل اللغة: «الرهن على اللعب بشيء من الآلات المعروفه» (٣) و حكى عن جماعه أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقاً و لو من دون رهن (٤)، و به صرح في جامع المقاصد (٥).

و عن بعض (٦) أن أصل المقامره المغالبه.

و كيف كان، فهنا مسائل أربع؛ لأنّ اللعب قد يكون بآلات القمار

ص: ٣٧١

١ - ١) مثل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ المائدة: ٩٠.

٢ - ٢) انظر الوسائل ١١٩: ١٢، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به.

٣ - ٣) انظر مجمع البحرين ٣: ٤٦٣، ففيه ما هو قريب من عبارته المذكوره.

٤ - ٤) حكاها في مفتاح الكرامه (٤: ٥٦) عن ظاهر الصحاح و المصباح المنير و التكملة و الذيل، لكن راجعنا الصحاح و المصباح فلم نقف فيهما على كلام ظاهر في ذلك، و أما التكملة و الذيل فلم تكونا في متناول أيدينا لتراجعهما.

٥ - ٥) جامع المقاصد ٤: ٢٤.

٦ - ٦) لم نقف عليه.

مع الرهن، و قد يكون بدونه، و المغالبه بغير آلات القمار قد تكون مع العوض، و قد تكون بدونه.

فالأولى – اللعب بآلات القمار مع الرهن.

و لا إشكال فى حرمة و حرمه العوض، و الإجماع عليه (١) محقق، و الأخبار به (٢) متواتره (٣).

الثانيه – اللعب بآلات القمار من دون رهن.

و فى صدق القمار عليه نظر؛ لما عرفت، و مجرد الاستعمال لا يوجب إجراء أحكام المطلقات و لو مع البناء على أصله الحقيقه فى الاستعمال؛ لقوه انصرافها إلى الغالب من وجود الرهن فى اللعب بها.

و منه تظهر الخدشه فى الاستدلال على المطلب بإطلاق النهى عن اللعب بتلك الآلات؛ بناء على انصرافه إلى المتعارف من ثبوت الرهن.

نعم، قد يبعد دعوى الانصراف فى روايه أبى الربيع الشامى:

«عن الشطرنج و النرد؟ قال: لا تقربوهما، قلت: فالغناء؟ قال:

لا خير فيه، لا تقربه» (٤).

ص: ٣٧٢

١- ١) كذا فى جميع النسخ، و المناسب: عليها.

٢- ٢) كذا فى جميع النسخ، و المناسب: بها.

٣- ٣) انظر الوسائل ١١٩: ١٢، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، و راجع الأبواب ١٠٢ و ١٠٣ و ١٠٤.

٤- ٤) الوسائل ٢٣٩: ١٢، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

و الأولى الاستدلال على ذلك بما تقدّم فى روايه تحف العقول من أنّ ما يجىء منه الفساد محضاً لا يجوز التقلّب فيه من جميع وجوه الحركات (١).

و فى تفسير القمى، عن أبى الجارود، عن أبى جعفر عليه السلام فى قوله تعالى: **إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ** (٢) قال: «أما الخمر فكلّ مسكر من الشراب إلى أن قال: -و أما الميسر فالنرد و الشطرنج، و كلّ قمار ميسر إلى أن قال: -و كلّ هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام (٣) محرّم» (٤).

و ليس المراد بالقيمار هنا المعنى المصدرى، حتّى يرد ما تقدّم من انصرافه إلى اللعب مع الرهن، بل المراد الآلات بقريته قوله: «بيعه و شراؤه»، و قوله: «و أما الميسر فهو النرد... إلخ».

و يؤيد الحكم ما عن مجالس المفيد الثانى رحمه الله ولد شيخنا الطوسى رحمه الله بسنده عن أمير المؤمنين عليه السلام فى تفسير الميسر من أنّ «كلّ ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر» (٥).

ص: ٣٧٣

١- ١) تقدّم نصّ الروايه فى أوّل الكتاب.

٢- ٢) المائده: ٩٠.

٣- ٣) فى المصدر: حرام من الله محرّم.

٤- ٤) تفسير القمى ١: ١٨٠-١٨١، و الوسائل ١٢: ٢٣٩، الباب ١٠٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

٥- ٥) أمالى الطوسى ١: ٣٤٥، و عنه الوسائل ١٢: ٢٣٥، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥.

و روايه الفضيل، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس من النرد و الشطرنج... حتى انتهيت إلى السدر (١)، قال: إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون؟ قلت (٢): مع الباطل، قال: وما لك و الباطل؟!» (٣).

و في موثقه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الشطرنج و عن لعبه شبيب (٤) التي يقال لها: لعبه الأمير (٥) و عن لعبه الثلاث؟ فقال: أ رأيتك (٦) إذا ميز الله بين الحق و الباطل مع أيهما تكون؟ قلت (٧): مع الباطل، قال: فلا خير فيه» (٨).

و في روايه عبد الواحد بن مختار، عن اللعب بالشطرنج، قال: «إن المؤمن لمشغول عن اللعب» (٩).

فإن مقتضى إناطه الحكم بالباطل و اللعب عدم اعتبار الرهن في

ص: ٣٧٤

-
- ١ - ١) السدر كعبّر لعبه للصبيان (مجمع البحرين ٣: ٣٢٨ سدر). قال ابن الأثير: السدر لعبه يقامر بها، و تكسر سينها و تُضمّ، و هي فارسيه معرّبه عن ثلاثه أبواب (النهايه ٢: ٣٥٤ سدر).
 - ٢ - ٢) من مصححه «ص» و الكافي (٦: ٤٣٦، الحديث ٩)، و في سائر النسخ: قال.
 - ٣ - ٣) الوسائل ١٢: ٢٤٢، الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
 - ٤ - ٤) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: لعبه شيب.
 - ٥ - ٥) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: لعبه الأحمر.
 - ٦ - ٦) في «ن»، «ع» و «س»: أ رأيت.
 - ٧ - ٧) كذا في «ف»، «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: قال.
 - ٨ - ٨) الوسائل ١٢: ٢٣٨، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.
 - ٩ - ٩) الوسائل ١٢: ٢٣٩، الباب ١٠٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

حرمه اللعب بهذه الأشياء، و لا يجرى دعوى الانصراف هنا.

الثالثه – المراهنه على اللعب بغير الآلات المعدّه للقمار.

كالمراهنه على حمل الحجر الثقيل و على المصارعه و على الطيور و على الطفره، و نحو ذلك ممّا عدّوها فى باب السبق و الرمايه من أفراد غير ما نصّ على جوازه.

و الظاهر الإلحاق بالقمار فى الحرمة و الفساد، بل صريح بعض أنّه قمار (١).

و صرّح العلّامة الطباطبائى رحمه الله فى مصابيحہ بعدم الخلاف فى الحرمة و الفساد (٢)، و هو ظاهر كلّ من نفى الخلاف فى تحريم المسابقه فيما عدا المنصوص مع العوض و جعل محلّ الخلاف فيها بدون العوض (٣)؛ فإنّ ظاهر ذلك أنّ محلّ الخلاف هنا هو محلّ الوفاق هناك، و من المعلوم أنّه ليس هنا إلّا الحرمة التكليفيه، دون خصوص الفساد.

و يدلّ عليه أيضاً قول الصادق عليه السلام: أنّه قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: «إنّ الملائكه لتحضر الرهان فى الخفّ و الحافر

ص: ٣٧٥

١- ١) صرّح بذلك السيد الطباطبائى فى كتاب السبق و الرمايه من الرياض ٢:٤١.

٢- ٢) مخطوط) و لم نقف عليه.

٣- ٣) من وقفنا عليه منهم هو الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعه الحجرية) ١:٣٠١، و المحقّق النجفى فى الجواهر ٢٨:٢١٨ و ٢١٩، لكنّه فى كتاب التجاره استظهر اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدّه للقمار، كما سيأتى.

و الريش، و ما سوى ذلك قمار حرام» (١).

و فى روايه العلاء بن سيباه، عن الصادق عليه السلام، عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «أنّ الملائكه لتتفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر» [و الخف (٢)] و الريش و النصل» (٣).

و المحكى عن تفسير العياشى، عن ياسر الخادم، عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن الميسر، قال: الثقل (٤) من كلّ شىء، قال: و الثقل (٥) ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم و غيرها (٦)» (٧).

و فى مصححه معمر بن خلّاد: «كلّ ما قومر عليه فهو ميسر» (٨).

و فى روايه جابر عن أبى جعفر عليه السلام: «قيل: يا رسول الله

ص: ٣٧٤

١- ١) الوسائل ١٣:٣٤٩، الباب ٣ من أبواب أحكام السبق و الرمايه، الحديث ٣، باختلاف يسير.

٢- ٢) من هامش «ص» و المصدر.

٣- ٣) الوسائل ١٣:٣٤٧، الباب الأوّل من أبواب أحكام السبق و الرمايه، الحديث ٦. و قد روى المحدث العاملى هذه الروايه عن الصدوق عن الصادق عليه السلام، و ليس فى سندها «العلاء بن سيباه»، لكنّه موجود فى الفقيه ٣:٤٨، الحديث ٣٣٠٣.

٤- ٤) فى الوسائل: الثقل.

٥- ٥) فى المصدر: الخبز و الثقل.

٦- ٦) فى المصدر: و غيره.

٧- ٧) تفسير العياشى ١:٣٤١، الحديث ١٨٧، و عنه فى الوسائل ١٢: ١٢١، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

٨- ٨) الوسائل ١٢:٢٤٢، الباب ١٠٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

ما الميسر؟ قال: كل ما يقامر به (١) حتى الكعاب و الجوز» (٢). و الظاهر أنّ المقامرة بمعنى المغالبة على الرهن.

و مع هذه الروايات الظاهرة بل الصريحة فى التحريم المعتضده بدعوى عدم الخلاف فى الحكم ممن تقدم فقد استظهر بعض مشايخنا المعاصرين (٣) اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدّه للقمار، و أمّا مطلق الرهان على المغالبة (٤) بغيرها فليس فيه إلّا فساد المعامله و عدم تملك الرهن (٥)، فيحرم التصرف فيه؛ لأنه أكل مال بالباطل، و لا معصيه من جهه العمل كما فى القمار، بل لو أخذ الرهن هنا بعنوان الوفاء بالعهد، الذى هو نذر لا- كفّاره له مع طيب النفس من البازل لا بعنوان أنّ المقامرة المذكوره أوجبتّه و ألزمتّه أمكن القول بجوازه (٦).

و قد عرفت من الأخبار إطلاق القمار عليه، و كونه موجباً للعن الملائكه و تنفّرهم، و أنّه من الميسر المقرون بالخمر.

و أمّا ما ذكره أخيراً من جواز أخذ الرهن بعنوان الوفاء بالعهد، فلم أفهم معناه؛ لأنّ العهد الذى تضمّنه العقد الفاسد لا معنى لاستحباب الوفاء به؛ إذ لا يستحبّ ترتيب آثار الملك على ما لم يحصل فيه سبب تملك،

ص: ٣٧٧

١- ١) فى المصدر: تقوم به.

٢- ٢) الوسائل ١١٩: ١٢، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

٣- ٣) هو صاحب الجواهر قدس سرّه.

٤- ٤) فى مصحّحه «خ» و «ش»: مطلق الرهان و المغالبة.

٥- ٥) فى «ص» و «ش»: الراهن.

٦- ٦) انتهى ما أفاده صاحب الجواهر نقلاً بالمعنى-، انظر الجواهر ١٠٩: ٢٢-١١٠.

إلا أن يراد صورته الوفاء، بأن يملكه تملكاً (١) جديداً بعد الغلبه في اللعب.

لكن جَلَّ الأكل على هذا الوجه جارٍ في القمار المحرّم أيضاً، غايه الأمر الفرق بينهما بأنّ الوفاء لا يستحبّ في المحرّم، لكنّ الكلام في تصرف المبدول له (٢) بعد التملك (٣) الجديد، لا في فعل البازل و أنّه يستحب له أو لا.

و كيف كان، فلا- أظنّ الحكم بحرمه الفعل مضافاً إلى الفساد محلّ إشكال، بل و لا محلّ خلاف، كما يظهر من كتاب السبق و الرمايه، و كتاب الشهادات، و تقدّم دعواه صريحاً من بعض الأعلام (٤).

نعم، عن الكافي و التهذيب بسندهما عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام: «أنّه قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل آكل و أصحاب له شاء، فقال: إن أكلتموها فهي لكم، و إن لم تأكلوها فعليكم كذا و كذا، فقضى فيه: أنّ ذلك باطل، لا شيء في المؤاكلة من الطعام (٥) ما قلّ منه أو كثر (٦)، و منع غرامه (٧) فيه» (٨).

ص: ٣٧٨

١- ١) في «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: تملكاً.

٢- ٢) من مصححه «ن» و «ش».

٣- ٣) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: التملك.

٤- ٤) تقدّمت دعواه عن العلّامة الطباطبائي قدّس سرّه في الصفحة: ٣٧٥.

٥- ٥) في التهذيب: لا شيء فيه للمؤاكلة في الطعام.

٦- ٦) في المصدرين: و ما كثر.

٧- ٧) في «ص» و المصدرين: غرامته.

٨- ٨) الكافي ٧: ٤٢٨، الحديث ١١، و التهذيب ٦: ٢٩٠، الحديث ٨٠٣، و عنهما الوسائل ١٦: ١١٤، الباب ٥ من أبواب كتاب الجعالة، الحديث الأوّل و ذيله.

و ظاهرها من حيث عدم ردع الإمام عليه السلام عن فعل مثل هذا أنه ليس بحرام، إلا أنه لا يترتب عليه الأثر. لكن هذا وارد على تقدير القول بالبطلان و عدم التحريم؛ لأن (١) التصرف في هذا المال مع فساد معامله حرام أيضاً، فتأمل.

ثم إن حكم العوض من حيث الفساد حكم سائر الأخوذ بالمعاملات الفاسده، يجب رده على مالكة مع بقائه، و مع التلف فالبديل مثلاً أو قيمه.

و ما ورد من قىء الإمام عليه السلام البيض الذي قامر به الغلام (٢)؛ فلعله للحذر من أن يصير الحرام جزءاً من بدنه، لا للرد على المالك.

لكن يشكل بأن ما كان تأثيره كذلك يشكل أكل المعصوم عليه السلام له جهلاً؛ بناءً على عدم إقدامه على المحرمات الواقعيه غير المتبدله بالعلم لا جهلاً و لا غفله؛ لأن ما دلّ على عدم جواز الغفله عليه في ترك الواجب و فعل الحرام دلّ على عدم جواز الجهل عليه في ذلك.

اللهم إلا أن يقال: بأن مجرد التصرف من المحرمات العلميه و التأثير الواقعي غير المتبدل بالجهل إنما هو في بقائه و صيرورته بدلاً عما يتحلل من بدنه عليه السلام، و الفرض اطلاعه عليه في أوائل وقت تصرف المعده و لم يستمر جهله.

هذا كله لتطبيق فعلهم على القواعد، و إلا فلهم في حرركاتهم

ص: ٣٧٩

١-١) كذا في النسخ، و العبارة على فرض عدم وقوع السقط أو التصحيف فيها لا تخلو عن إجمال.

٢-٢) الوسائل ١١٩:١٢، الباب ٣٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

من أفعالهم و أقوالهم شؤون لا يعلمها غيرهم.

الرابعه - المغالبه بغير عوض فى غير ما نصّ على جواز المسابقه فيه.

و الأ-كثر على ما فى الرياض (١)على التحريم، بل حكى فيها عن جماعه (٢)دعوى الإجماع عليه، و هو الظاهر من بعض العبارات المحكيه عن التذكره.

فعن موضع منها: أنه لا تجوز المسابقه على المصارعه بعوض و لا بغير عوض عند علمائنا أجمع؛ لعموم النهى إلّا فى الثلاثه: الخفّ، و الحافر، و النصل (٣). و ظاهر استدلاله أن مستند الإجماع هو النهى، و هو جارٍ فى غير المصارعه أيضاً.

و عن موضع آخر (٤): لا- تجوز المسابقه على رمى الحجاره باليد و المقلاع و المنجنيق، سواء كان بعوض أو بغير عوض عند علمائنا (٥).

و عنه (٦) أيضاً: لا يجوز المسابقه على المراكب و السفن و الطيارات (٧).

ص: ٣٨٠

١- (١) الرياض ٢:٤١، و فيه: النسبه إلى الأشهر.

٢- (٢) منهم القاضى فى المهذب ١:٣٣١، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٨:٣٢٦، و العلامه فى التذكره، كما يأتى.

٣- (٣) التذكره ٢:٣٥٤.

٤- (٤) العبارات المحكيه عن التذكره هنا كلّها فى موضع واحد و صفحه واحده.

٥- (٥) التذكره ٢:٣٥٤.

٦- (٦) كذا فى «ف» و مصححه «م»، و فى سائر النسخ: و فيه.

٧- (٧) أى: ما يطير من الحيوانات.

و قال أيضاً: لا يجوز المسابقه على مناطحه الغنم و مهارشه الديك، بعوض و لا بغير عوض.

قال: و كذلك لا يجوز المسابقه على (٢) ما لا ينتفع به فى الحرب (٣).

و عدّ فى ما مثّل به اللعب بالخاتم و الصولجان، و رمى البنادق و الجلاهق، و الوقوف على رجلٍ واحده، و معرفه ما فى اليد من الزوج و الفرد، و سائر الملاعب، و كذلك اللبث فى الماء، قال: و جوزه بعض الشافعيه، و ليس بجيد (٤)، انتهى.

و ظاهر المسالك الميل إلى الجواز (٥)، و استجوده فى الكفايه (٦)، و تبعه بعض من تأخر عنه (٧)؛ للأصل، و عدم ثبوت الإجماع، و عدم النصّ عدا ما تقدم من التذكرة من عموم النهى، و هو غير دال؛ لأنّ «السبق» فى الروايه يحتمل التحريك، بل فى المسالك: أنّه المشهور فى الروايه (٨)، و عليه فلا تدلّ إلّا على تحريم المراهنه، بل هى غير ظاهره فى التحريم أيضاً؛ لاحتمال إرادته فسادها، بل هو الأظهر؛ لأنّ نفي العوض ظاهر

ص: ٣٨١

١-١) التذكرة ٣٥٤:٢.

٢-٢) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: و كذلك لا يجوز المسابقه بما...

٣-٣) فى «ف»: ما لا ينتفع فى الحرب.

٤-٤) التذكرة ٣٥٤:٢.

٥-٥) المسالك (الطبعه الحجرية) ٣٠١:١.

٦-٦) كفايه الأحكام: ١٣٧.

٧-٧) الظاهر المراد به هو المحدث البحراني، انظر الحقائق ٣٦٦:٢٢.

٨-٨) المسالك ٣٠١:١.

فى نفى استحقاقه، و إرادته نفى جواز العقد عليه فى غاية البعد.

و على تقدير السكون، فكما يحتتمل نفى الجواز التكليفى يحتتمل نفى الصحه؛ لوروده مورد الغالب، من اشتمال المسابقه على العوض.

و قد يستدل للتحريم أيضاً بأدله القمار؛ بناءً على أنه مطلق المغالبه و لو بدون العوض، كما يدل عليه ما تقدّم من إطلاق الروايه (١) بكون اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض قماراً.

و دعوى أنه يشترط فى صدق القمار أحد الأمرين: إما كون المغالبه بالآلات المعدّه للقمار و إن لم يكن عوض، و إما المغالبه مع العوض و إن لم يكن بالآلات المعدّه للقمار على ما يشهد به إطلاقه فى روايه الرهان فى الخفّ و الحافر (٢) فى غاية البعد، بل الأظهر أنه مطلق المغالبه.

و يشهد له أنّ إطلاق «آله القمار» موقوف على عدم دخول الآله فى مفهوم القمار، كما فى سائر الآلات المضافه إلى الأعمال، و الآله غير مأخوذه فى المفهوم، و قد عرفت أنّ العوض أيضاً غير مأخوذ فيه (٣)، فتأمل.

ص: ٣٨٢

١ - ١) أى روايه أبى الربيع الشامى أو روايه أبى الجارود، المتقدّمتان فى الصفحه: ٣٧٢ و ٣٧٣، و يحتتمل أن يراد بها الجنس، فىكون المراد بها جميع الروايات المذكوره فى المسأله الثانيه.

٢ - ٢) روايه العلاء بن سيبه، المتقدمه فى الصفحه: ٣٧٧.

٣ - ٣) لم نعرف منه فيما تقدم إلّا ما ذكره آنفاً من إطلاق الروايه بكون اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض قماراً، و الكلام هنا فى المفهوم العرفى للقمار؛ و لعلّه إلى ذلك أشار بقوله: «فتأمل».

و يمكن أن يستدل على التحريم أيضاً بما تقدم من أخبار حرمة الشطرنج و النرد؛ معلّله بكونهما (1) من الباطل و اللعب، و أنّ «كلّ ما ألهى عن ذكر الله عزّ و جلّ فهو الميسّر» (2). و قوله عليه السلام فى بيان حكم اللعب بالأربعة عشر: «لا نستحبّ (3) شيئاً من اللعب غير الرهان و الرمى» (4).

و المراد رهان الفرس، و لا شكّ فى صدق اللهو و اللعب فى ما نحن فيه؛ ضروره أنّ العوض لا دخل له فى ذلك.

و يؤيّد ما دلّ على أنّ كلّ لهو المؤمن باطل خلاص ثلاثة، و عدّ منها إجراء الخيل، و ملاعبه الرجل امرأته (5) و لعلّه لذلك كلّ استدلّ فى الرياض (6) تبعاً للمهذب (7) فى مسألتنا (8) بما دلّ على حرمة اللهو.

لكن قد يشكل الاستدلال فى ما إذا تعلّق بهذه الأفعال غرض صحيح يخرجّه عن صدق اللهو عرفاً، فيمكن إناطه الحكم باللهو و يحكم

ص: ٣٨٣

١- ١) كذا فى مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: بكونها.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحة: ٣٧٣.

٣- ٣) كذا فى «ف» و «ن»، و فى غيرهما: لا تستحب، و فى الوسائل: لا يستحبّ.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٢٣٥، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٤.

٥- ٥) الوسائل ١١: ١٠٧، الباب ٥٨ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٣؛ و فيه: «كلّ لهو المؤمن باطل إلّا فى ثلاث: فى تأديبه الفرس، و رميه عن قوسه، و ملاعبته امرأته... الحديث».

٦- ٦) الرياض ٢: ٤١.

٧- ٧) لم نقف عليه فى مهذب القاضى، و الاستدلال المذكور موجود فى المهذب البارع ٣: ٨٢.

٨- ٨) لم يرد فى «ن»، «م» و «ش»، و شطب عليه فى «ف».

فى غير مصاديقه بالإباحه، إلاً أن يكون قولاً بالفصل، و هو غير معلوم. و سيجىء بعض الكلام فى ذلك عند التعرض لحكم الله و موضوعه إن شاء الله.

ص: ٣٨٤

حرام (١)، و هي السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطاء المحرّم، و هي من الكبائر، و قد تقدم تفسير «الواصله و المستوصله» بذلك فى مسأله تدليس الماشطه (٢).

و فى صحيحه ابن سنان: أنه «يضرب ثلاثه أرباع حدّ الزانى، خمسه و سبعين سوطاً، و يُنفى من المصر الذى هو فيه» (٣).

ص: ٣٨٥

١ - ١) من «ش» و هامش «م».

٢ - ٢) فى روايه سعد الإسكاف: «...قلنا له: بلغنا أنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم لعن الواصله و المستوصله، فقال: ليس هناك، إنّما لعن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم الواصله التى تزنى فى شبابها فإذا كبرت قادت النساء إلى الرجال، فتلك الواصله»، راجع الصفحه ١٦٨.

٣ - ٣) الوسائل ١٨:٤٢٩، الباب ٥ من أبواب حدّ السحق و القياده، الحديث الأوّل.

انتهى الجزء الأول من المكاسب المحرّمة و يليه الجزء الثانى و أوله القيافه

ص: ٣٨٤

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 قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



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



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

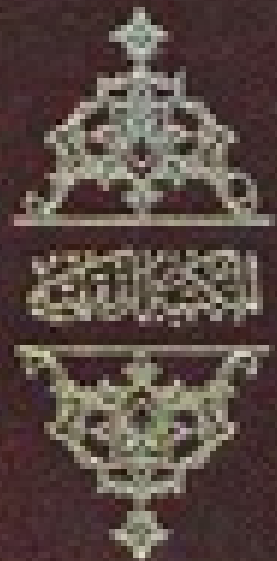
كتاب الكافي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الشيخ محمد باقر الكافي

١٣٩١ - ١٣٩٢ هـ



اصحاب
مجلس تفتيش كتب الشيخ الكافي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴.

۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

فى الجملة،نسبه فى الحدائق إلى الأصحاب (١)،و فى الكفايه:لا أعرف خلافاً (٢)،و عن المنتهى:الإجماع (٣).

و القائف كما عن الصحاح و القاموس و المصباح-:هو الذى يعرف الآثار (٤).

و عن النهايه و مجمع البحرين زياده:أنه يعرف شبّه الرجل بأخيه و أبيه (٥).

و فى جامع المقاصد و المسالك كما عن إيضاح النافع و الميسيه-

ص: ٧

١-١) الحدائق ١٨٢:١٨.

٢-٢) الكفايه:٨٧.

٣-٣) المنتهى ١٠١٤:٢،و فيه:نفي الخلاف.و حكى الإجماع عنه المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨٠:٨.

٤-٤) الصحاح ١٤١٩:٤،ماده:«قوف»،القاموس المحيط ١٨٨:٣،ماده:«قوف»،و لم نقف فى المصباح على التعبير المذكور،انظر

المصباح المنير:٥١٩.

٥-٥) النهايه،لابن الأثير ١٢١:٤،مجمع البحرين ١١٠:٥،و العبارة للأول.

أنها إلحاق الناس بعضهم ببعض (١). وقيّد في الدروس وجامع المقاصد - كما عن (٢) التنقيح حرمتها بما إذا ترتب عليها محرّم (٣)، والظاهر أنه مراد الكل، وإلّا فمجرّد حصول الاعتقاد العلمى أو الظنى بنسب شخص لا - دليل على تحريمه؛ ولذا نهى فى بعض الأخبار عن إتيان القائف والأخذ بقوله.

ففى المحكى عن الخصال: «ما أحب أن تأتيهم» (٤). و عن مجمع البحرين: أنّ فى الحديث: «لا آخذ بقول قائف» (٥).

و قد افترى بعض العامه على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى أنه قضى بقول القافه (٦).

و قد أنكر ذلك عليهم فى الأخبار، كما يشهد به ما عن الكافى

ص: ٨:

١ - ١) جامع المقاصد ٤:٣٣، المسالك ٣:١٢٩، و العبارة للشانى مع اختلاف يسير، و أمّا إيضاح الفوائد و الميسيه: فلا يوجدان عندنا، نعم حكاه عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٨٢.

٢ - ٢) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: فى.

٣ - ٣) الدروس ٣:١٦٥، جامع المقاصد ٤:٣٣، و لم نقف على التقييد المذكور فى التنقيح. نعم، حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٨٢، و انظر التنقيح ٢:١٣.

٤ - ٤) الخصال ١:٢٠، باب الواحد، الحديث ٦٨، و عنه الوسائل ١٢: ١٠٩، الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٥ - ٥) مجمع البحرين ٥:١١٠.

٦ - ٦) صحيح البخارى ٨:١٩٥.

عن زكريا بن يحيى بن نعمان المصرى (1)، قال: «سمعت على بن جعفر يحدث الحسن بن الحسين بن على بن الحسين، فقال: والله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا عليه السلام.

فقال الحسن: إى و الله جعلت فداك! لقد بغى عليه إخوته.

فقال على بن جعفر: إى و الله! و نحن عمومته بغينا عليه.

فقال له الحسن: جعلت فداك! كيف صنعتم، فإننى لم أحضركم؟ قال: فقال له إخوته و نحن أيضاً: ما كان فينا إمام قطّ حائل اللون! فقال لهم الرضا عليه السلام: هو ابنى.

فقالوا: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قضى بالقافه، فبيننا و بينك القافه.

فقال: ابعثوا أئتم إليهم، و أمّا أنا فلا، و لا تعلموهم لما دعوتوهم إليه، و ليكونوا فى بيوتكم.

فلما جاءوا و قعدنا فى البستان و اصطفّ عمومته و إخوته و أخواته

ص: ٩

١ - ١) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: «زكريا بن يحيى العرى»، إلّا أنّه صيِّح فى «ن» و «ص» بما فى «ش»، و فى «خ» و «ع» كتب فوق كلمه «العرى»: «الصيرفى (خ ل)». هذا حال النسخ، و أمّا المصدر: فى الطبعة الحديثه من الكافى: «زكريا بن يحيى بن نعمان الصيرفى»، و فى معجم رجال الحديث (٧: ٢٨٩) ما يلى: فى الطبعة القديمه «المصرفى» بدل «الصيرفى»، و فى الوافى: «المصرى».

و أخذوا الرضا عليه السلام و ألبسوه جبّه من صوف و قلنسوه [منها (١)]، و وضعوا على عنقه مسحاه، و قالوا له: ادخل البستان كأنك تعمل فيه.

ثم جاءوا بأبي جعفر عليه السلام و قالوا: ألحقوا هذا الغلام بأبيه.

فقالوا: ما له هنا أب، و لكن هذا عم أبيه، و هذا عمّه، و هذه عمّته، و إن يكن له هنا أب فهو صاحب البستان؛ فإنّ قدميه و قدميه واحده.

فلما رجع أبو الحسن عليه السلام قالوا: هذا أبوه.

فقال على بن جعفر: فقامت فمصبت ريق أبي جعفر عليه السلام و قلت: أشهد أنّك إمامي» (٢). الخبر نقلناه بطوله تيمناً.

ص: ١٠

١-١) من المصدر.

٢-٢) أوردنا هذا الحديث طبقاً لنسخه «ش»، لكونها أقرب إلى المصدر، و هناك اختلافات عديده و ردت في النسخ لم نتعرض لها، انظر الكافي ١: ٣٢٢، الحديث ١٤.

المسأله [الثامنه عشر

اشاره

الكذب حرام بضروره العقول و الأديان، و يدلّ عليه الأدله الأربعة، إلّا أنّ الذى ينبغى الكلام فيه مقامان:

أحدهما- فى أنّه من الكبائر.

الثانى (1) فى مسوّغاته.

[الكلام فى المقام الأوّل] [أى أنه من الكبائر]

أمّا الأوّل- فالظاهر من غير واحد من الأخبار كالمروىّ فى العيون بسند (2) عن الفضل بن شاذان لا يقصر عن الصحيح (3)، و المروىّ عن الأعمش فى حديث شرائع الدين (4) عدّه من الكبائر.

ص: ١١

١- ١) فى «خ»، «ع»، «ص»، «ش»: و الثانى.

٢- ٢) فى «ش»: بسنده.

٣- ٣) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١٢٧: ٢، و الوسائل ١١: ٢٦١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٣.

٤- ٤) الوسائل ١١: ٢٦٢، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٦.

و فى الموثقه بعثمان بن عيسى: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلشَّرِّ أَقْفَالًا، وَ جَعَلَ مَفَاتِيحَ تِلْكَ الْأَقْفَالِ الشَّرَابَ، وَ الْكُذْبَ شَرُّهُ مِنَ الشَّرَابِ»
(١).

و أُرْسِلَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَمٍ: «أَلَا - أُخْبِرُكُمْ بِأَكْبَرِ الْكِبَائِرِ؟ الْإِشْرَاكُ بِاللَّهِ، وَ عَقُوقُ الْوَالِدَيْنِ، وَ قَوْلُ الزُّورِ»
(٢) أَى الْكُذْبِ.

وَ عَنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَمٍ: أَنَّ «الْمُؤْمِنَ إِذَا كَذَبَ بِغَيْرِ عَذْرِ لَعَنَهُ سَبْعُونَ أَلْفَ مَلَكٍ، وَ خَرَجَ مِنْ قَلْبِهِ نَشْرٌ حَتَّى يَبْلُغَ الْعَرْشَ، وَ كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْكُذْبَةِ سَبْعِينَ زَنْبِيَةً، أَهْوَنُهَا كَمَنْ يَزْنِي مَعَ أُمَّهِ» (٣).

وَ يُؤَيِّدُهُ مَا عَنْ الْعَسْكَرِيِّ صَلَوَاتِ اللَّهِ عَلَيْهِ: «جُعِلَتِ الْخَبَائِثُ كُلُّهَا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ، وَ جُعِلَ مِفْتَاحُهَا الْكُذْبُ... الْحَدِيثُ» (٤)؛ فَإِنَّ مِفْتَاحَ الْخَبَائِثِ كُلِّهَا كَبِيرُهُ لَا مُحَالَهُ.

وَ يُمْكِنُ الْاسْتِدْلَالُ عَلَى كَوْنِهِ مِنَ الْكِبَائِرِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: **إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ** (٥)، فَجَعَلَ الْكَاذِبَ غَيْرَ مُؤْمِنٍ بِآيَاتِ اللَّهِ، كَافِرًا بِهَا.

ص: ١٢

١- ١) الوسائل ٥٧٢: ٨، الباب ١٣٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٢- ٢) المحجبه البيضاء ٥: ٢٤٢.

٣- ٣) البحار ٢٦٣: ٧٢، الحديث ٤٨، و مستدرک الوسائل ٨٦: ٩، الباب ١٢٠ من أبواب تحريم الكذب، الحديث ١٥.

٤- ٤) البحار ٢٦٣: ٧٢، الحديث ٤٦.

٥- ٥) النحل: ١٠٥.

و لذلك كلّه أطلق جماعه كالفاضلين (١) و الشهيد الثاني (٢) في ظاهر كلماتهم كونه من الكبائر، من غير فرق بين أن يترتب على الخير الكاذب مفسده أو لا يترتب عليه شيء أصلاً.

و يؤيده ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ في وصيته لأبي ذر رضوان الله عليه: «ويلٌ للذي يحدث فيكذب، ليُضحك القوم، ويلٌ له، ويلٌ له، ويلٌ له (٣)»، (٤)، فإنّ الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالباً إيقاع في المفسده.

نعم، في الأخبار ما يظهر منه عدم كونه على الإطلاق كبيره، مثل روايه أبي خديجه، عن أبي عبد الله عليه السلام: إنّ «الكذب على الله تعالى و رسوله من الكبائر» (٥). فإنّها ظاهره في اختصاص (٦) الكبيره بهذا الكذب الخاص، لكن يمكن حملها على كون هذا (٧) الكذب الخاص من الكبائر الشديده العظيمة، و لعلّ هذا أولى من تقييد المطلقات المتقدّمه.

و في مرسله سيف بن عميره، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «كان

ص: ١٣

١ - ١) لم نقف عليه في كتب المحقق و العلامة قدس سرهما، نعم في القواعد (٢: ٢٣٦): أنّ الكبيره ما توعد الله فيها بالنار. و مثله التحرير (٢: ٢٠٨).

٢ - ٢) الروضه البهيه ٣: ١٢٩.

٣ - ٣) محل «ويل له» الثالث بياض في «ش». و في سائر النسخ: ويل له، و ويل له، و ويل له.

٤ - ٤) الوسائل ٨: ٥٧٧، الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشره، ذيل الحديث ٤.

٥ - ٥) الوسائل ٨: ٥٧٥، الباب ١٣٩ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٦ - ٦) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: باختصاص.

٧ - ٧) لم ترد «هذا» في «ف».

يقول على بن الحسين عليهما السلام لولده: اتقوا الكذب، الصغير منه و الكبير، في كلِّ جدِّ و هَزْل؛ فإنَّ الرجل إذا كذب في الصغير اجترأ على الكبير..

الخبر» (١). و يستفاد منه: أنَّ عظم الكذب باعتبار ما يترتب عليه من المفساد.

و في صحيحه ابن الحجاج: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الكذاب هو الذي يكذب في الشيء؟ قال: لا، ما من أحد إلَّا و يكون منه ذلك، و لكن المطبوع (٢) على الكذب» (٣)، فإنَّ قوله: «ما من أحد...الخبر» يدلُّ على أنَّ الكذب من اللّم الذي يصدر من كل أحد، لا من الكبائر.

و عن الحارث الأعور، عن على عليه السلام، قال: «لا يصلح من الكذب جدِّ و [لا (٤)] هَزْل، و لا يَعِدَنَّ (٥) أحدكم صبيّه ثم لا يفى له، إنَّ الكذب يهدى إلى الفجور، و الفجور يهدى إلى النار، و ما زال أحدكم يكذب حتى يقال: كذب و فجر...الخبر» (٦). و فيه أيضاً إشعار بأنَّ مجرّد الكذب ليس فجوراً.

و قوله: «لا يَعِدَنَّ أحدكم صبيّه ثم لا يفى له»، لا بدّ أن يراد به

ص: ١٤

١- (١) الوسائل ٥٧٧: ٨، الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشرة، الحديث الأوّل.

٢- (٢) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: المطبوع.

٣- (٣) الوسائل ٥٧٣: ٨، الباب ١٣٨ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٩.

٤- (٤) من الوسائل.

٥- (٥) في الوسائل: و لا أن يعد.

٦- (٦) الوسائل ٥٧٧: ٨، الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٣.

النهى عن الوعد مع إضمار عدم الوفاء، وهو المراد ظاهراً بقوله تعالى:

كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ

(١)

بل الظاهر عدم كونه كذباً حقيقياً، وأن إطلاق الكذب عليه فى الروايه لكونه فى حكمه من حيث الحرمة، أو لأن الوعد مستلزم للإخبار بوقوع الفعل، كما أن سائر الإنشاءات كذلك؛ ولذا ذكر بعض الأساطين: أن الكذب وإن كان من صفات الخبر، إلا أن حكمه يجرى فى الإنشاء المنبئ عنه، كمدح المذموم، و ذم الممدوح، و تمنى المكاره (٢)، و ترجى غير المتوقع، و إيجاب غير الموجب، و ندب غير النادب، و وعد غير العازم (٣).

و كيف كان، فالظاهر عدم دخول خلف الوعد فى الكذب؛ لعدم كونه من مقوله الكلام، نعم، هو كذب للوعد، بمعنى جعله مخالفاً للواقع، كما أن إنجاز الوعد صدق له، بمعنى جعله مطابقاً للواقع، فيقال:

«صادق الوعد» و «وعد غير مكذوب». و الكذب بهذا المعنى ليس محزماً على المشهور و إن كان غير واحد من الأخبار ظاهراً فى حرمة (٤)، و فى بعضها الاستشهاد بالآيه المتقدمه.

ثم إن ظاهر الخبرين الأخيرين خصوصاً المرسله حرمة الكذب حتى فى الهزل، و يمكن أن يراد به: الكذب فى مقام الهزل، و أمّا نفس

ص: ١٥

١-١ (١) الصف: ٣.

٢-٢ (٢) فى «ف»: و تمنى ما يكره الكاره.

٣-٣ (٣) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٢٠.

٤-٤ (٤) انظر الوسائل ٨: ٥١٥، الباب ١٠٩ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢ و ٣، و أيضاً ١١: ٢٧٠، الباب ٤٩ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٦ و ١١.

الهزل و هو الكلام الفاقد للقصد إلى تحقق مدلوله فلا يبعد أنه غير محرّم مع نصب القرينه على إرادته الهزل كما صرح به بعض (١)؛ ولعله (٢) لا يصراف الكذب إلى الخبر المقصود، و للسيره.

و يمكن حمل الخبرين على مطلق المرجوحيه، و يحتمل غير بعيد حرمة؛ لعموم ما تقدّم، خصوصاً الخبرين الأخيرين، و النبويّ في وصيه أبي ذر رضى الله عنه (٣)؛ لأنّ الأكاذيب المضحكه أكثرها من قبيل الهزل.

و عن الخصال بسنده عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: «أنا زعيم بيت في أعلى الجنّه، و بيت في وسط الجنّه، و بيت في رياض الجنّه لمن ترك المراء و إن كان مُحَقَّقًا، و لمن ترك الكذب و إن كان هازلًا، و لمن حسن خلقه» (٤).

و قال أمير المؤمنين عليه الصلاه و السلام: «لا يجد الرجل طعم الإيمان حتّى يترك الكذب هزله و جدّه» (٥).

ثمّ إنّه لا ينبغي الإشكال في أنّ المبالغه في الادّعاء و إن بلغت ما بلغت، ليست من الكذب.

ص: ١٦

١-١) لم نعثر على من صرح بذلك، انظر مفتاح الكرامه ٤:٦٧، و الجواهر ٧٢:٢٢.

٢-٢) لم ترد: «كما صرح به بعض، و لعله» في «ف».

٣-٣) تقدم في الصفحه ١٣.

٤-٤) الخصال ١:١٤٤، الحديث ١٧٠، و الوسائل ٨:٥٦٨، الباب ١٣٥ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٨.

٥-٥) الوسائل ٨:٥٧٧، الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٢.

و ربما يدخل فيه إذا كانت في غير محلها، كما لو مدح إنساناً (١) قبيح المنظر و شبهه وجهه بالقمر، إلا إذا بنى على كونه كذلك في نظر المادح؛ فإنّ الأنظار تختلف في التحسين و التقييح كالذوائق في المطعومات.

و أما التوريه، و هي (٢): أن يريد بلفظٍ معنًى مطابقاً للواقع و قصد من إلقائه أن يفهم المخاطب منه خلاف ذلك، مما هو ظاهر فيه عند مطلق المخاطب، أو المخاطب الخاص كما لو قلت في مقام إنكار ما قلته في حقّ أحد: «عَلِمَ اللَّهُ ما قلته»، و أردت بكلمه «ما» الموصوله، و فهم المخاطب النافيه، و كما لو استأذن رجل بالباب فقال الخادم له: «ما هو ها هنا» و أشار إلى موضع خالٍ في البيت (٣)، و كما لو قلت: «اليوم ما أكلت الخبز»، تعني بذلك حاله النوم أو حاله الصلاه، إلى غير ذلك فلا ينبغي الإشكال في عدم كونها من الكذب.

و لذا صرّح الأصحاب فيما سيأتي من وجوب التوريه عند الضروره (٤)، بأنّه يورّى (٥) بما يخرج من الكذب، بل اعترض جامع المقاصد على قول العلّامه في القواعد في مسأله الوديعه إذا طالبها ظالم، بأنّه «يجوز الحلف كاذباً، و تجب التوريه على العارف بها»: بأنّ

ص: ١٧

١- ١) في «ش»: إنسان.

٢- ٢) كذا في نسخه بدل «ص»، و في النسخ: و هو.

٣- ٣) في ظاهر «ف»: في البيت خال.

٤- ٤) ستأتي تصريحاتهم في الصفحه ٢٢ و ٢٣.

٥- ٥) في «ش»: يؤدى.

العباره لا تخلو من (١)مناقشه،حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التوريه، و معلوم أن لا كذب معها (٢)،انتهى.

و وجه ذلك: أنّ الخبر باعتبار معناه و هو المستعمل فيه كلامه ليس مخالفاً للواقع، وإنما فهم المخاطب من كلامه أمراً مخالفاً للواقع لم يقصده المتكلم من اللفظ.

نعم، لو ترتّب عليها مفسده حرمت من تلك الجبهه، اللهم إلا أن يدعى أنّ مفسده الكذب و هى الإغراء موجوده فيها، و هو ممنوع؛ لأنّ الكذب محرّم، لا لمجرّد الإغراء.

و ذكر بعض الأفاضل (٣): أنّ المعبر فى اتصاف الخبر بالصدق و الكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام، لا ما هو المراد منه، فلو قال:

«رأيت حماراً» و أراد منه «البليد» من دون نصب قرينه، فهو متّصف بالكذب و إن لم يكن المراد مخالفاً للواقع، انتهى موضع الحاجه.

فإن أراد اتصاف الخبر فى الواقع، فقد تقدّم أنّه دائر مدار موافقه مراد المخبر و مخالفته للواقع؛ لأنّه معنى الخبر و المقصود منه، دون ظاهره الذى لم يقصد.

و إن أراد اتصافه عند الواصف، فهو حقّ مع فرض جهله بإرادته خلاف الظاهر.

لكن توصيفه حينئذٍ باعتقاد أنّ هذا هو مراد المخبر و مقصوده،

ص: ١٨

١-١) فى غير «ش»: عن.

٢-٢) جامع المقاصد ٣٨:٦.

٣-٣) هو المحقّق القمى فى قوانين الأصول ١٩٤:١.

فيرجع الأمر إلى إناطه الاتصاف بمراد المتكلم و إن كان الطريق إليه اعتقاد المخاطب.

و مما يدل على سلب الكذب عن التوريه ما روى في الاحتجاج:

«أنه سئل الصادق عليه السلام عن قول الله عزّ و جلّ في قصّه إبراهيم على نبينا و آله و عليه السلام:- يَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هَذَا فَسَيُؤْتُوهُمْ إِنْ كَانُوا يَنْظِقُونَ (١)، قال: ما فعله (٢) كبيرهم و ما كذب إبراهيم، قيل: و كيف ذلك؟ فقال: إنّما قال إبراهيم: إِنْ كَانُوا يَنْظِقُونَ، أى: إن نطقوا فكبيرهم فعل، و إن لم ينطقوا فلم يفعل كبيرهم شيئاً؛ فما نطقوا و ما كذب إبراهيم.

و سُئل عليه السلام عن قوله تعالى: أَيَّتُهَا الْعِزْرُ إِنَّكُمْ لَلسَّارِقُونَ (٣).

قال: إنّهم سرقوا يوسف من أبيه، ألا ترى أنّهم قالوا: نَفَقِدُ صُوعَ الْمَلِكِ (٤) و لم يقولوا: سرقتم صواع الملك.

و سُئل عن قول الله عزّ و جلّ حكاية عن إبراهيم عليه السلام: إِنِّي سَقِيمٌ (٥) قال: ما كان إبراهيم سقيماً و ما كذب، إنّما عنى سقيماً فى دينه، أى: مرتاداً (٦).

ص: ١٩

١- ١) الأنبياء: ٦٣.

٢- ٢) فى «خ»: ما فعل.

٣- ٣) يوسف: ٧٠.

٤- ٤) يوسف: ٧٢.

٥- ٥) الصفات: ٨٩.

٦- ٦) الاحتجاج ٢: ١٠٥ مع اختلاف يسير، و المرتاد: الطالب للشىء.

و فى مستطرفات السرائر من كتاب ابن بكير، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يُستأذن عليه، فيقول (١) للجارية: قولى:

ليس هو ها هنا، فقال: لا بأس، ليس بكذب» (٢)؛ فإنَّ سلب الكذب مبنى على أن المشار إليه بقوله: «ها هنا» موضع خالٍ من الدار؛ إذ لا وجه له سوى ذلك.

و روى فى باب الحَيْل من كتاب الطلاق للمبسوط: أنَّ واحداً من الصحابه صحب واحداً آخر، فاعترضهما فى الطريق أعداء المصحوب، فأنكر الصحاب أنه هو، فأحلفوه، فحلف لهم أنه أخوه، فلمّا أتى النبى صَلَّى الله عليه وآله وسلم قال له: «صدقت، المسلم أخو المسلم» (٣).

إلى غير ذلك مما يظهر منه ذلك (٤).

ص: ٢٠

١-١) كذا فى «ص» والمصدر، و فى سائر النسخ: يقول.

٢-٢) مستطرفات السرائر (السرائر) ٣: ٦٣٢، و الوسائل ٨: ٥٨٠، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة، الحديث ٨.

٣-٣) المبسوط ٥: ٩٥.

٤-٤) راجع الوسائل ٨: ٥٧٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشرة.

إشاره

فاعلم أنه يسوغ الكذب لوجهين:

أحدهما-الضرورة إليه:

فيسوغ معها بالأدله الأربعة، قال الله تعالى: **إِلَّا مَنْ أُرْكِرَهُ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ (١)**. و قال تعالى: **لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاءَ (٢)**.

و قوله عليه السلام: «ما من شيء إلا و قد أحله الله لمن اضطرَّ إليه» (٣). و قد اشتهر أن الضرورات تبيح المحظورات. و الأخبار في ذلك أكثر من أن تحصى، و قد استفاضت أو تواترت بجواز الحلف كاذباً لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه (٤).

و الإجماع أظهر من أن يدعى أو يحكى.

و العقل مستقلٌ بوجوب ارتكاب أقل القبيحين مع بقائه على قبحه، أو انتفاء قبحه؛ لغلبيه الآخر عليه، على القولين (٥) في كون القبح العقلي

ص: ٢١

١-١ (١) النحل: ١٠٦.

٢-٢ (٢) آل عمران: ٢٨.

٣-٣ (٣) الوسائل ٤: ٦٩٠، الباب الأول من أبواب القيام، الحديث ٦ و ٧، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٣٤: ١٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

٥-٥ (٥) تعرض لهما القوشجي في شرح التجريد: ٣٣٨.

مطلقاً، أو فى خصوص الكذب لأجل الذات، أو بالوجه و الاعتبارات.

و لا- إشكال فى ذلك كله، إنما الإشكال و الخلاف فى أنه هل يجب حينئذٍ التوريه لمن يقدر عليها، أم لا؟ ظاهر المشهور هو الأول، كما يظهر من المقنعه (١) و المبسوط (٢) و الغنيه (٣) و السرائر (٤) و الشرائع (٥) و القواعد (٦) و اللمعه و شرحها (٧) و التحرير (٨) و جامع المقاصد (٩) و الرياض (١٠) و محكى مجمع البرهان (١١) فى مسأله جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعه.

قال فى المقنعه: من كانت عنده أمانه فطالبه ظالم فليجحد، و إن استحلفه ظالم على ذلك فليحلف، و يورى فى نفسه بما يخرجه عن الكذب إلى أن قال (١٢)-: فإن لم يحسن التوريه و كان نيتته حفظ

ص: ٢٢

-
- ١- (١) المقنعه: ٥٥٦.
 - ٢- (٢) لم نقف عليه فيه.
 - ٣- (٣) الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٣٨.
 - ٤- (٤) السرائر ٣: ٤٣.
 - ٥- (٥) الشرائع ٢: ١٦٣ و ٣: ٣٢.
 - ٦- (٦) القواعد ١: ١٩٠.
 - ٧- (٧) اللمعه الدمشقيه و شرحها (الروضه البهيّه) ٤: ٢٣٥.
 - ٨- (٨) التحرير ١: ٢٦٦.
 - ٩- (٩) جامع المقاصد ٤: ٢٧.
 - ١٠- (١٠) الرياض ١: ٦٢٢.
 - ١١- (١١) مجمع الفائده ١٠: ٣٠٠.
 - ١٢- (١٢) وردت هذه العبارة فى «ش» مضطربه.

الأمانه أجزأته التيه و كان مأجوراً (١)، انتهى.

و قال فى السرائر فى هذه المسأله أعنى مطالبه الظالم الوديعه:-

فإن قنع الظالم منه بيمينه، فله أن يحلف و يورى فى ذلك (٢)، انتهى.

و فى الغنيه فى هذه المسأله:- و يجوز له أن يحلف أنه ليس عنده وديعه و يورى فى يمينه بما يسلم به من الكذب، بدليل إجماع الشيعة (٣)، انتهى.

و فى النافع: حلف مورياً (٤).

و فى القواعد: و يجب التوريه على العارف بها (٥)، انتهى.

و فى التحرير فى باب الحيل من كتاب الطلاق:- لو أنكر الاستدانه خوفاً من الإقرار بالإبراء، أو القضاء جاز الحلف مع صدقه، بشرط التوريه بما يخرجه عن الكذب (٦)، انتهى.

و فى اللمعه: يحلف عليه فيورى (٧). و قريب منه فى شرحها (٨).

و فى جامع المقاصد فى باب المكاسب:- يجب التوريه بما يخرجه عن (٩) الكذب (١٠)، انتهى.

ص: ٢٣

١-١) تقدم التخرىج عنها فى الصفحه السابقه.

٢-٢) تقدم التخرىج عنها فى الصفحه السابقه.

٣-٣) تقدم التخرىج عنها فى الصفحه السابقه.

٤-٤) المختصر النافع ١:١٥٠.

٥-٥) تقدم التخرىج عنها فى الصفحه السابقه.

٦-٦) تقدم التخرىج عنها فى الصفحه السابقه.

٧-٧) تقدم التخرىج عنها فى الصفحه السابقه.

٨-٨) تقدم التخرىج عنها فى الصفحه السابقه.

٩-٩) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: من.

١٠ - ١٠) لم نقف فى باب المكاسب من جامع المقاصد (٤:٢٧) إلما على ما يلى: «و لو اقتضت المصلحه الكذب وجبت

التوريه»، نعم فى باب الوديعه (٦:٣٨) ما يلى: «و تجب التوريه على العارف بها بأن يقصد ما يخرجه عن الكذب».

ووجه ما ذكره: أنّ الكذب حرام، و لم يحصل الاضطرار إليه مع القدره على التوريه، فيدخل تحت العمومات (1)، مع أن قبح الكذب عقليّ، فلا- يسوغ إلّا مع تحقّق عنوانٍ حَسَنٍ في ضمنه يغلب حسنه على قبحه، و يتوقّف تحقّقه على تحقّقه، و لا- يكون التوقف إلّا مع العجز عن التوريه.

و هذا الحكم جيّد، إلّا أنّ مقتضى إطلاقات أدلّه الترخيص في الحلف كاذباً لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه، عدم اعتبار ذلك.

ففي روايه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام:

«قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: احلف بالله كاذباً و نجّ أخاك من القتل» (2).

و صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام:

«سألته عن رجل يخاف على ماله من السلطان، فيحلف له لينجو به منه.

قال: لا بأس. و سألته: هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على مال نفسه (3)؟ قال: نعم» (4).

و عن الفقيه، قال: «قال الصادق عليه السلام: اليمين على وجهين إلى أن قال: -فأما اليمين التي يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً

ص: ٢٤

١-١) المتقدمه في أوّل البحث.

٢-٢) الوسائل ١٣٤:١٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٤.

٣-٣) في الوسائل و نسخه بدل «ش»: ماله.

٤-٤) الوسائل ١٣٤:١٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث الأول.

و (١) لم تلزمه الكفاره، فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرئ مسلم، أو خلاص ماله من متعدّد يتعدّى عليه من لصّ، أو غيره» (٢).

و في موثقه زراره بآبن بكير: «أنا نمّر على هؤلاء القوم، فيستحلفونا على أموالنا و قد أدّينا زكاتها؟ فقال: يا زراره إذا خفت فاحلف لهم بما شاءوا» (٣).

و روايه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا حلف الرجل تقيّه (٤) لم يضرّه إذا هو (٥) أكره، أو اضطر (٦) إليه. و قال: ليس شيء ممّا (٧) حرّم الله إلّا و قد أحلّه لمن اضطر إليه» (٨).

إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في هذا الباب (٩) و فيما يأتي (١٠)،

ص: ٢٥

١ - ١) الواو غير موجوده في «خ»، «م» و «ع».

٢ - ٢) الفقيه ٣: ٣٦٦-٣٦٧، الحديث ٤٢٩٧، و فيه: و لا - تلزمه الكفاره، و الوسائل ١٦: ١٣٥، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٩.

٣ - ٣) الوسائل ١٦: ١٣٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٤، و فيه: «ما شاءوا»، نعم و ردت عبارته «بما شاءوا» في جواب السؤال عن الحلف بالطلاق و العتاق.

٤ - ٤) لم ترد «تقيّه» في غير «ص» و «ش».

٥ - ٥) لم ترد «هو» في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع».

٦ - ٦) في الوسائل: و اضطر.

٧ - ٧) في «ف»، «ن»، «م» و «ص»: فيما.

٨ - ٨) الوسائل ١٦: ١٣٧، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٨.

٩ - ٩) الوسائل ١٦: ١٣٧، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

١٠ - ١٠) يأتي في الصفحه ٣١، (الثاني من مسوّغات الكذب).

من جواز الكذب في الإصلاح، التي يصعب على الفقيه التزام تقييدها بصورة عدم قدره على التوريه.

و أما حكم العقل بقبح الكذب في غير مقام توقف تحقق المصلحه الراجحه عليه، فهو و إن كان مسلماً إلا أنه يمكن القول بالعفو عنه شرعاً؛ للأخبار المذكوره، كما عفى عن الكذب في الإصلاح، و عن السب و التبرى مع الإكراه، مع أنه قبيح عقلاً أيضاً، مع أن إيجاب التوريه على القادر لا يخلو عن التزام ما يعسر (١) كما لا يخفى، فلو قيل بتوسعه الشارع على العباد بعدم ترتيب الآثار على الكذب في ما نحن فيه و إن قدر على التوريه، كان حسناً، إلا أن الاحتياط في خلافه، بل هو المطابق للقواعد لو لا استبعاد التقييد في هذه المطلقات؛ لأن النسبه بين هذه المطلقات، و بين ما دلّ كالروايه الأخيره و غيرها على اختصاص الجواز بصوره الاضطرار المستلزم للمنع مع عدمه مطلقاً، عموم من وجه، فيرجع إلى عمومات حرمه الكذب، فتأمل.

هذا، مع إمكان منع الاستبعاد المذكور؛ لأنّ مورد الأخبار عدم الالتفات إلى التوريه في مقام الضروره إلى الكذب؛ إذ مع الالتفات فالغالب اختيارها؛ إذ لا داعى إلى العدول عنها إلى الكذب.

ثمّ إنّ أكثر الأصحاب مع تقييدهم جواز الكذب بعدم قدره (٢) على التوريه (٣)، أطلقوا القول بلغويه ما أكره عليه، من العقود

ص: ٢٦

١- ١) كذا في «ف» و مصححه «م» و نسخه بدل «ش»، و في النسخ: بالعسر.

٢- ٢) في «ف»: «بالقدره» بدل «بعدم القدره».

٣- ٣) راجع الصفحه ٢٢.

و الإيقاعات و الأقوال المحرّمه كالسبّ و التبرّي، من دون تقييد بصوره عدم التمكّن من التوريه (١)، بل صرّح (٢) بعض هؤلاء كالشهيد في الروضه (٣) و المسالك (٤) في باب الطلاق (٥) بعدم اعتبار العجز عنها، بل في كلام بعض ما يُشعر بالانفاق عليه (٦)، مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ المكره على البيع إنّما أكره على التلفّظ بالصيغّه، و أمّا إرادته المعنى فمما لا تقبل الإكراه، فإذا أَرادَه مع القدره على عدم إرادته (٧) فقد اختاره، فالإكراه على البيع الواقعي يختصّ بغير القادر على التوريه؛ لعدم معرفه بها، أو عدم الالتفات إليها، كما أنّ الاضطرار إلى الكذب يختصّ بغير القادر عليها.

و يمكن أن يفرّق بين المقامين: بأنّ الإكراه إنّما يتعلّق بالبيع الحقيقي، أو الطلاق الحقيقي، غايه الأمر قدره المكره على التفصيّي عنه بإيقاع الصوره من دون إرادته المعنى، لكنه غير المكره عليه. و حيث إنّ الأخبار خاليه عن اعتبار العجز عن التفصيّي بهذا الوجه، لم يعتبر ذلك

ص: ٢٧

١ - ١) انظر النهايه: ٥١٠، و السرائر ٢: ٦٦٥، و الشرائع ٢: ١٤، و ٣: ١٢، و المختصر ١٩٧: ١، و التنقيح ٣: ٢٩٤، و الكفايه: ١٩٨، و الرياض ٢: ١٦٩، و غيرها.

٢ - ٢) في «ف»: «و بعض هؤلاء»، بدل: «بل صرّح بعض هؤلاء».

٣ - ٣) الروضه البهيه ٢١: ٦.

٤ - ٤) المسالك (الطبعه الحجريه) ٣: ٢.

٥ - ٥) في «ف»: «بل صرّح في باب الطلاق».

٦ - ٦) راجع الجواهر ١٥: ٣٢.

٧ - ٧) في «ف»: «على العدم».

فى حكم الإكراه.

و هذا بخلاف الكذب؛ فإنه لم يسوّغ إلّا عند الاضطرار إليه، ولا اضطرار مع قدره.

نعم، لو كان الإكراه من أفراد الاضطرار بأن كان المعترف فى تحقّق موضوعه عرفاً أو لغة العجز عن التفصّى كما ادّعا بعض (١)، أو قلنا باختصاص رفع حكمه بصوره الاضطرار، بأن كان عدم ترتّب الأثر على المكره عليه من حيث إنّه مضطر إليه لدفع الضرر المتوّعد عليه به عن النفس و المال كان ينبغى فيه اعتبار العجز عن (٢) التوريه؛ لعدم الاضطرار مع قدره عليها.

و الحاصل: أنّ المكره إذا قصد المعنى مع التمكن من التوريه، صدق على ما أوقع أنّه مكره عليه، فيدخل فى عموم «رُفِع ما اكرهوا عليه» (٣).

و أمّا المضطر، فإذا كذب مع قدره على التوريه، لم يصدق أنّه مضطر إليه، فلا يدخل فى عموم «رُفِع ما اضطروا إليه» (٤).

هذا كلّ على مذاق المشهور من انحصار جواز الكذب بصوره الاضطرار إليه حتى من جهه العجز عن التوريه، و أما على ما استظهرناه

ص: ٢٨

١- ١) لم نعره عليه، نعم فى الحدائق (١٥٩: ٢٥)، من شرائط الإكراه: عجز المكره عن دفع ما توعدّ به.

٢- ٢) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: من.

٣- ٣) راجع الوسائل ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

٤- ٤) راجع الوسائل ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٣.

من الأخبار (١) كما اعترف به جماعه (٢) من جوازه مع الاضطرار إليه من غير جهه العجز عن التوريه، فلا- فرق بينه و بين الإكراه. كما أنّ الظاهر أنّ أدلّه نفى الإكراه راجعه إلى الاضطرار، لكن (٣) من غير جهه التوريه، فالشارع رخص في ترك التوريه في كلّ كلام مضطر إليه للإكراه عليه أو دفع الضرر به. هذا، و لكن الأحوط التوريه في البابين.

ثم إنّ الضرر المسوّغ للكذب هو المسوّغ لسائر المحرّمات.

نعم، يستحب تحمّل الضرر المالى الذى لا يُجحف، و عليه يحمل قول أمير المؤمنين عليه السلام فى نهج البلاغه: «علامه الإيمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك، على الكذب حيث ينفعك» (٤).

ثم إنّ الأقوال الصادره عن أئمتنا صلوات الله عليهم فى مقام التقيه فى بيان الأحكام، مثل قولهم: «لا بأس بالصلاه فى ثوب أصابه خمر» (٥) و نحو ذلك، و إن أمكن حمله على الكذب لمصلحه بناءً على ما استظهرنا

ص: ٢٩

١- ١) كما تقدم فى الصفحه ٢٤ عند قوله: إلّا أنّ مقتضى إطلاقات أدلّه الترخيص...

٢- ٢) لم نقف عليه.

٣- ٣) كلمه «لكن» مشطوب عليها فى «ف».

٤- ٤) نهج البلاغه الحكمه: ٤٥٨، و انظر الوسائل ٥٨٠: ٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١١، لكن لم ترد كلمه «علامه» فى نهج البلاغه.

٥- ٥) الوسائل ١٠٥٥: ٢، الباب ٣٨ من أبواب النجاسات، الأحاديث ٢ و ١٠-١٣ و غيرها.

جوازه من الأخبار- (١)، إلّا أنّ الأليق بشأنهم عليهم السلام هو الحمل على إرادته خلاف ظواهرها من دون نصب قرينه، بأن يريد من جواز الصلاة في الثوب المذكور جوازها عند تعذّر الغسل و الاضطراب إلى اللبس، وقد صرّحوا بإرادته المحامل البعيده في بعض الموارد، مثل أنّه ذكر عليه السلام: «أنّ النافله فريضه»، ففزع المخاطب، ثم قال: «إنّما أردت صلاه الوتر على النبي صلّى الله عليه وآله وسلم» (٢).

و من هنا يعلم أنّه إذا دار الأمر في بعض المواضع بين الحمل على التقيه و الحمل على الاستحباب، كما في الأمر بالوضوء عقب بعض ما قال العامّه بكونه حدثاً (٣)، تعيّن الثاني؛ لأنّ التقيه تتأدى بإرادته المجاز و إخفاء القرينه.

ص: ٣٠

١-١) في الصفحة ٢٤ عند قوله: إلّا أنّ مقتضى إطلاقات أدلّه الترخيص...

٢-٢) الوسائل ٣:٤٩، الباب ١٦ من أبواب أعداد الفرائض، الحديث ٦.

٣-٣) راجع الوسائل ١:١٨٩، الباب ٦ من أبواب نواقض الوضوء، الحديث ١٢ و ١٣، و الصفحة ١٩٨، الباب ١٢ من أبواب نواقض الوضوء، الأحاديث ١٢ و ١٤ و ١٦ و ١٧ و غيرها.

وقد استفاضت الأخبار بجواز الكذب عند إرادته الإصلاح، ففي صحيحه معاوية بن عمّار: «المصلح ليس بكذاب» (١). و نحوها روايه معاويه بن حكم (٢)، عن أبيه، عن جدّه، عن أبي عبد الله عليه السلام (٣).

و في روايه عيسى بن حنّان (٤)، عن الصادق عليه السلام: «كلّ كذب مسؤول عنه صاحبه يوماً، إلّا كذباً في ثلاثه: رجل كاند (٥) في حربته فهو موضوع عنه، و (٦) رجل أصلح بين اثنين، يلقي هذا بغير ما يلقي (٧) هذا، يريد بذلك الإصلاح، و (٨) رجل وعدّ أهله (٩) و هو لا يريد أن يتم لهم» (١٠).

و بمضمون هذه الروايه في استثناء هذه الثلاثه، روايات (١١).

و في مرسله الواسطى، عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: الكلام

ص: ٣١

-
- ١- (١) الوسائل ٥٧٨: ٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.
 - ٢- (٢) كذا في النسخ، و في المصادر: معاويه بن حكيم.
 - ٣- (٣) الوسائل ٥٨٠: ٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٩.
 - ٤- (٤) في المصادر الحديثيه: عيسى بن حنّان.
 - ٥- (٥) في الوسائل: كاند.
 - ٦- (٦) في الوسائل و هامش «ص»: أو.
 - ٧- (٧) في الوسائل: يلقي به.
 - ٨- (٨) في الوسائل و هامش «ص»: أو.
 - ٩- (٩) في الوسائل و هامش «ص»: زياده: شيئاً.
 - ١٠- (١٠) الوسائل ٥٧٩: ٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٥.
 - ١١- (١١) نفس المصدر، الأحاديث ١ و ٢ و ٥.

ثلاثه: صدق، و كذب، و إصلاح بين الناس (١). قيل له: جعلت فداك و ما (٢) الإصلاح بين الناس؟ قال: تسمع من الرجل كلاماً يبلغه فتخبت (٣) نفسه، فتقول: سمعت فلاناً قال فيك من الخير كذا و كذا، خلاف ما سمعته» (٤).

و عن الصدوق في كتاب الإخوان بسنده عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «قال: إنَّ الرجل ليصدق على أخيه فيصيبه عنت من صدقه فيكون كذاباً عند الله، و إنَّ الرجل ليكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند الله صادقاً» (٥).

ثم إنَّ ظاهر الأخبار المذكوره عدم وجوب التوريه، و لم أرَ من اعتبر العجز عنها في جواز الكذب في هذا المقام.

و تقييد الأخبار المذكوره بصوره العجز عنها في غايه البعد، و إن كان مراعاته مقتضى الاحتياط.

ثم (٦) إنَّه قد ورد في أخبار كثيره جواز الوعد الكاذب مع الزوجه، بل مطلق الأهل (٧)، و الله العالم.

ص: ٣٢

١-١) في الوسائل و هامش «ص» زياده: قال.

٢-٢) في الوسائل: ما.

٣-٣) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: فتخبت.

٤-٤) الوسائل ٥٧٩: ٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٦.

٥-٥) الوسائل ٥٨٠: ٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الحديث ١٠ مع اختلاف.

٦-٦) العبارة من هنا إلى كلمه «الأهل» لم ترد في «ف».

٧-٧) راجع الوسائل ٥٧٨: ٨، الباب ١٤١ من أبواب أحكام العشره، الأحاديث ١ و ٢ و ٥.

و هي (١):من كَهَنَ يَكْهُنُ ككتب يكتب كتابه كما فى الصحاح-إذا تكهَّن،قال:و يقال كُهْن-بالضم-، كهانه بالفتح:-إذا صار كاهناً (٢).

و عن القاموس أيضاً:الكهانه-بالكسر (٣)-،لكن عن المصباح:

كَهَنَ يَكْهُنُ-كقتل-كهانه بالفتح- (٤).

و كيف كان،فعن النهايه:أنَّ الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات فى مستقبل الزمان.

و قد كان فى العرب كهنه،فمنهم:من كان يزعم أنَّ له تابعاً من الجنَّ يُلقى إليه الأخبار.و منهم:من كان يزعم أنَّه يعرف الأمور بمقدمات و أسباب يستدلُّ بها على مواقعها من كلام من سأله،أو فعله،

ص: ٣٣

-
- ١-١) عبارته«حرام و هي»من«ش».
 - ٢-٢) الصحاح ٢١٩١:٦،ماده:«كهن».
 - ٣-٣) القاموس ٢٦٤:٤،ماده:«كهن».
 - ٤-٤) المصباح المنير:٥٤٣،ماده:«كهن».

أو حاله، و هذا يخصّونه باسم «العَرَّاف» (١).

و المحكى (٢) عن الأكثر في تعريف الكاهن ما في القواعد، من أنه:

من كان له رئي من الجن يأتيه الأخبار (٣).

و عن التنقيح: أنه المشهور (٤)، و نسبه في التحرير (٥) إلى القيل (٦). و رئي على فعيل من رأى، يقال: فلان رئي القوم، أى صاحب رأيهم، قيل: و قد يكسر راؤه إتباعاً (٧).

و عن القاموس: و الرئي (٨) كغنى: جنى يرى فيجب (٩).

و عن النهاية: يقال للتابع من الجن رئي بوزن كمي (١٠).

أقول: روى الطبرسى في الاحتجاج في جملة الأسئلة التي سألت

ص: ٣٤

١-١) النهاية؛ لابن الأثير ٢: ٢١٤، مادة: «كهن».

٢-٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٧٤.

٣-٣) القواعد ١: ١٢١، و فيه: بالأخبار.

٤-٤) التنقيح الرائع ٢: ١٣.

٥-٥) كذا فى «ف»، و فى غيره: ثر، و هو سهو؛ لأنه لم يتعرض فى السرائر لتعريف الكهانه.

٦-٦) انظر التحرير ١: ١٦١، و ليس فيه النسبه إلى القيل، نعم حكى السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ٧٤) النسبه إلى القيل عن التحرير.

٧-٧) قاله ابن الأثير فى النهاية ٢: ١٧٨، مادة: «رأى».

٨-٨) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: رأى.

٩-٩) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: فيخبر. أنظر القاموس المحيط ٤: ٣٣١، مادة: «الرؤيه»

١٠-١٠) النهاية، لابن الأثير ٢: ١٧٨.

الزندق عنها أبا عبد الله عليه السلام:

قال الزندق: فمن أين أصل الكهانة، و من أين يخبر الناس بما يحدث؟ قال عليه السلام: «إنَّ الكهانة كانت في الجاهلية في كلِّ حين فتره من الرسل، كان الكاهن بمنزله الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتهه عليهم من الأمور بينهم، فيخبرهم بأشياء (١) تحدث، و ذلك في (٢) وجوه شتى:

فراسه العين، و ذكاء القلب، و وسوسة النفس، و فطنه الروح، مع قذفٍ في قلبه؛ لأنَّ ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهره فذلك يعلم (٣) الشيطان و يؤدِّيه إلى الكاهن، و يخبره بما يحدث في المنازل و الأطراف.

و أما أخبار السماء، فإنَّ الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك، و هي لا تحجب و لا ترحم بالنجوم، و إنما مُنعت من استراق السمع لئلا يقع في الأرض سبب يشاكل (٤) الوحى من خبر السماء، فيلبس (٥) على أهل الأرض ما جاءهم عن الله تعالى لإثبات الحجج و نفى الشبهه، و كان الشيطان يسترق الكلمه الواحده من خبر

ص: ٣٥

١- ١) في «ف» و هامش «ن» و «م»: بأسباب، و في المصدر و نسخه بدل «ش» و «خ»: عن أشياء.

٢- ٢) في المصدر و نسخه بدل «ش»: من.

٣- ٣) في مصححه «ن»: يعلمه.

٤- ٤) في «ش» و المصدر: سبب تشاكل.

٥- ٥) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: و يلبس.

السماء بما يحدث الله (١) في خلقه فيختطفها، ثم يهبط بها إلى الأرض، فيقذفها إلى الكاهن، فإذا زاد كلمات من عنده، فيخلط الحق بالباطل، فما أصاب الكاهن من خبر ممّا كان (٢) يخبر به (٣) فهو (٤) ما أذاه إليه شيطانه ممّا سمعه، و ما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانه.

و اليوم إنّما تؤدّي الشياطين إلى كُهانها أخباراً للناس (٥) ممّا (٦) يتحدّثون به و ما يحدّثونه (٧)، و الشياطين تؤدّي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث، من سارق سرق، و من (٨) قاتل قتل، و من (٩) غائب غاب، و هم أيضاً بمنزله الناس (١٠) صدوق و كذوب.. الخبر» (١١).

و قوله عليه السلام: «مع قذف في قلبه» يمكن أن يكون قيدا للأخير، و هو «فطنه الروح»، فتكون الكهانه بغير قذف الشياطين، كما هو ظاهر

ص: ٣٦

-
- ١- ١) في المصدر و هامش «ص» و «خ»: من الله.
 - ٢- ٢) عبارته: «ممّا كان» من «ص» و المصدر و هامشي «م» و «ش».
 - ٣- ٣) لم ترد «به» في «ف»، «ن» و «م».
 - ٤- ٤) في «ن»، «م» و «ش»: هو.
 - ٥- ٥) كذا في «ف»، «ن»، «خ» و «ع» و المصدر، و في «ص»: أخبار الناس، و في «ش»: أخبار للناس.
 - ٦- ٦) في «ش»: بما.
 - ٧- ٧) لم ترد «و ما يحدّثونه» في «ن» و «ص»، و شطب عليها في «ف».
 - ٨- ٨) لم ترد «من» في «ف»، «ن»، «م» و «ص».
 - ٩- ٩) لم ترد «من» في «ف»، «ن»، «م» و «ص».
 - ١٠- ١٠) في «ص» و المصدر: و هم بمنزله الناس أيضاً.
 - ١١- ١١) الاحتجاج ٨١: ٢.

ما تقدم عن النهايه (١).

و يحتمل أن يكون قيداً لجميع الوجوه المذكوره، فيكون المراد تركب أخبار الكاهن ممّا يقذفه الشيطان، و ما يحدث (٢) في نفسه، لتلك الوجوه و غيرها، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام بعد ذلك: «زاد كلمات من عنده فيخلط الحقّ بالباطل».

و كيف كان، ففي قوله: «انقطعت الكهانه» دلالة على ما عن المُعَرَّب من أنّ الكهانه في العرب كانت قبل المبعث (٣)، قبل منع الشياطين (٤) عن استراق السمع (٥).

لكن (٦) قوله عليه السلام: «إنّما تؤدّي الشياطين إلى كهّانها أخباراً للناس» (٧)، و قوله عليه السلام قبل ذلك: «مع قذف في قلبه... إلخ» دلالة على صدق الكاهن على من لا يخبر إلّا بإخبار الأرض، فيكون المراد من الكهانه المنقطعه: الكهانه الكامله التي يكون الكاهن بها حاكماً في جميع ما يتحاكمون إليه من المشتبهات، كما ذكر في أول الروايه.

و كيف كان، فلا خلاف في حرمه الكهانه.

ص: ٣٧

١-١) تقدم في الصفحه ٣٣-٣٤.

٢-٢) كذا في «ش»، و في «ف»: و مما يحدثه، و في سائر النسخ: و ما يحدثه.

٣-٣) في «ش»: البعث.

٤-٤) في «ع» و «ص»: الشيطان.

٥-٥) المغرب ٢: ٢٣٧، و نقله عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٧٤.

٦-٦) كذا في النسخ، و الظاهر سقوط كلمه «في».

٧-٧) في «م»، «ص» و «ش»: أخبار الناس.

و فى المرؤى عن الخصال: «من تكهن، أو تكهن له فقد برىء من دين محمد صلى الله عليه وآله وسلم» (١).

و قد تقدم روايه: «أن الكاهن كالساحر»، و «أن تعلم النجوم يدعو إلى الكهانه» (٢).

و روى فى مستطرفات السرائر، عن كتاب المشيخه للحسن بن محبوب، عن الهيثم، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن عندنا بالجزيره رجلاً ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشىء يسرق، أو شبه ذلك، فنسأله؟» (٣) فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه فيما يقول (٤)، فقد كفر بما أنزل الله من كتاب، الخبر (٥) (٦).

و ظاهر هذه الصحيحه أن الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم محرم مطلقاً، سواء كان بالكهانه أو بغيرها؛ لأنه عليه السلام جعل المخبر بالشىء الغائب بين الساحر و الكاهن و الكذاب، و جعل الكلّ حراماً.

ص: ٣٨

١- ١) الخصال: ١٩، الحديث ٦٨، و الوسائل ١٢: ١٠٨، الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- ٢) راجع المكاسب ٢٠٥: ١- ٢٠٦.

٣- ٣) لم ترد «فنسأله» فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»، و فى المصدر: أفسأله؟

٤- ٤) فى المصدر: بما يقول.

٥- ٥) كذا فى النسخ، و الظاهر زياده «الخبر» إذ الحديث مذکور بتمامه.

٦- ٦) مستطرفات السرائر (السرائر) ٥٩٣: ٣، و الوسائل ١٢: ١٠٩، الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

و يؤيده النهى فى النبوى المروى فى الفقيه فى حديث المناهى أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن إتيان العرّاف، وقال: «من أتاه و صدّقه فقد برىء مما أنزل الله على محمد صلى الله عليه وآله وسلم» (١).

و قد عرفت من النهايه أنّ المخبر عن الغائبات فى المستقبل كاهن و يخصّ باسم العرّاف (٢).

و يؤيد ذلك: ما تقدم فى روايه الاحتجاج من قوله عليه السلام:

«لئنما يقع فى الأرض سبب يشاكل الوحى... إلخ» (٣)؛ فإنّ ظاهره كون ذلك مبعوضاً للشارع من أى سبب كان، فتبين من ذلك أنّ الإخبار عن الغائبات بمجرد السؤال عنها من غير النظر (٤) فى بعض ما صحّ اعتباره - كبعض الجفر و الرمل محرّم.

و لعلّه لذا عدّ صاحب المفاتيح من المحرّمات المنصوصه: الإخبار عن الغائبات على سبيل الجزم لغير نبى، أو وصى نبى، سواء كان بالتنجيم، أو الكهانه، أو القيافه، أو غير ذلك (٥).

ص: ٣٩

١- ١) الفقيه ٤: ٦، ضمن حديث المناهى، و الوسائل ١٠٨: ١٢، الباب ٢٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٢- ٢) راجع الصفحه ٣٣-٣٤.

٣- ٣) راجع الصفحه ٣٥.

٤- ٤) كذا فى «ف» و «خ»، و فى غيرهما: نظر.

٥- ٥) مفاتيح الشرائع ٢: ٢٣.

المسأله [العشرون اللّهُ حرام

على ما يظهر من المبسوط (1) و السرائر (2) و المعتبر (3) و القواعد (4) و الذكري (5) و الجعفرية (6) و غيرها؛ حيث علّوا لزوم الإتمام في سفر الصيد بكونه محرّماً من حيث اللّهُ.

قال في المبسوط: السفر على أربعة أقسام - ذكر الواجب و الندب، و المباح -، ثم قال: الرابع سفر المعصية، و عدّ من أمثلتها من طلب الصيد للّهُ و البطر (7)، و نحوه بعينه عبارته السرائر (8).

و قال في المعتبر: قال علماؤنا: اللّهُ بسفره كالمتنزه بصيده بطراً،

ص: 41

1- (1) المبسوط 1:136.

2- (2) السرائر 1:327.

3- (3) المعتبر 2:471.

4- (4) القواعد (الطبعة الجديدة) 1:325.

5- (5) الذكري: 258.

6- (6) الرسالة الجعفرية (رسائل المحقق الكركي) 1:123.

7- (7) تقدّم التخرّيج عنهما.

8- (8) تقدّم التخرّيج عنهما.

لا يترخص؛ لنا أنّ اللهو حرام فالسفر له معصيه (١)، انتهى.

وقال في القواعد: الخامس من شروط القصر: إباحه السفر، فلا يترخص العاصي بسفره كتابع الجائر و المتصيد لهواً (٢)، انتهى.

وقال في المختلف في كتاب المتاجر: حرّم الحلبي الرمي عن (٣) قوس الجلاهق (٤)، قال: وهذا الإطلاق ليس بجيد، بل ينبغي تقييده باللّهو و البطر (٥).

وقد صرح الحلّي في مسأله اللعب بالحمام بغير رهان بحرّمته، و قال: إنّ اللعب بجميع الأشياء قبيح (٦). و ردّه بعض: بمنع حرّمه مطلق اللعب (٧).

و انتصر في الرياض للحلّي بأنّ ما دلّ على قبح اللعب، و ورد بذمّه من الآيات و الروايات، أظهر من أن يخفى، فإذا ثبت القبح (٨) ثبت النهي، ثم قال: و لو لا شذوذه بحيث كاد أن يكون مخالفاً للإجماع لكان المصير إلى قوله ليس بذلك البعيد (٩)، انتهى.

و لا يبعد أن يكون القول بجواز خصوص هذا اللعب، و شذوذ

ص: ٤٢

١-١) تقدّم التخرّيج عنهما.

٢-٢) تقدّم التخرّيج عنهما.

٣-٣) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: من.

٤-٤) راجع الكافي في الفقه: ٢٨٢.

٥-٥) المختلف ١٨: ٥.

٦-٦) السرائر ١٢٤: ٢.

٧-٧) راجع المسالك (الطبعة الحجرية) ٣٢٣: ٢، و المستند ٦٣٦: ٢.

٨-٨) في «ش» و المصدر: القبح و الذم.

٩-٩) الرياض ٤٣٠: ٢.

القول بحرمته مع دعوى كثره الروايات، بل الآيات على حرمه مطلق اللهو؛ لأجل النصّ على الجواز فيه في قوله عليه السلام: «لا بأس بشهاده من يلعب بالحمام» (١).

و استدللّ في الرياض أيضاً تبعاً للمهذب (٢) على حرمه المسابقه بغير المنصوص على (٣) جوازه بغير عوض، بما دلّ على تحريم اللهو و اللعب، قال: لكونها منه بلا تأمل (٤)، انتهى.

و الأخبار الظاهره في حرمه اللهو كثيره جداً.

منها: ما تقدّم من قوله (٥) في روايه تحف العقول: «و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا يكون منه و لا فيه (٦) شيء من وجوه الصلاح، فحرام تعليمه و تعلّمه و العمل به و أخذ الأجره عليه» (٧).

و منها: ما تقدم من روايه الأعمش، حيث عدّ في الكبائر الاشتغال بالملاهي التي تصدّ عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار (٨)؛

ص: ٤٣

١- (١) الوسائل ٣٤٩: ١٣، الباب ٣ من أبواب السبق، الحديث ٣.

٢- (٢) لم يتعرض القاضي للاستدلال في المهذب، نعم تعرض له الحلّي في المهذب البارع ٣: ٨٢.

٣- (٣) في «ن» بدل «على»: «و عدم».

٤- (٤) الرياض ٢: ٤١.

٥- (٥) لم ترد «من قوله» في «ف».

٦- (٦) كذا في «ش»، و في «م»: «و في»، و في غيرهما: «و فيه».

٧- (٧) تحف العقول: ٣٣٥-٣٣٦، و راجع المكاسب ١: ١١.

٨- (٨) الوسائل ٢٦٢: ١١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٦، و راجع المكاسب ١: ٢٩٠.

فإنّ الملاهى جمع «الملهى» مصدرأ، أو «الملهى» (١) وصفاً، لا «الملهاه» آله؛ لأنه لا يناسب التمثيل بالغناء.

و نحوها- فى عدّ الاشتغال بالملاهى من الكبائر- روايه العيون الوارده فى الكبائر (٢)، و هى حسنه كالصحيحه بل صحيحه.

و منها: ما تقدّم فى روايات القمار فى قوله عليه السلام: «كلّ ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر» (٣).

و منها: قوله عليه السلام فى جواب من خرج فى السفر يطلب (٤) الصيد بالبزاه و الصقور: «إنّما خرج فى لهو، لا يقصر» (٥).

و منها: ما تقدّم فى روايه الغناء فى حديث الرضا عليه السلام فى جواب من سأله عن السماع، فقال (٦): «إنّ لأهل الحجاز فيه رأياً و هو فى حيز اللهو» (٧).

ص: ٤٤

١- ١) فى «خ» و «ع»: و الملهى. و وردت العبارة فى «ف» هكذا: جمع «الملهى» مصدرأ، أو «الملهى» و «الملهى» و صفاً.
٢- ٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١٢٧: ٢، ذيل الحديث الأوّل، و الوسائل ١١: ٢٦١، الباب ٤٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣٣.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٢٣٥، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥، و راجع المكاسب ٣٧٣: ١.

٤- ٤) فى «ف» و «ن»: لطلب.

٥- ٥) الوسائل ٥: ٥١١، الباب ٩ من أبواب صلاة المسافر، الحديث الأوّل.

٦- ٦) فى ما عد «ف» زياده: قال.

٧- ٧) الوسائل ١٢: ٢٢٩، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٩، و راجع المكاسب ٢٨٩: ١.

وقوله عليه السلام-فى ردّ من زعم أنّ النّبىّ صلّى اللّٰه عليه وآله وسلم رخص فى أن يقال:جئناكم جئناكم (١)...إلخ-
:«كذبوا، إنّ الله يقول: لَوْ أَرَدْنَا أَنْ نَتَّخِذَ لَهُوَ لَاتَّخَذْنَا مِنْ لَدُنَّا... إلى آخر الآيتين» (٢).

و منها: ما دلّ على أنّ اللّٰه من الباطل (٣) بضميمه ما يظهر منه حرمة الباطل، كما تقدم فى روايات الغناء (٤).

فى بعض الروايات: «كلّ لهو المؤمن من الباطل (٥) ما خلا ثلاثه:

المسابقه، و ملاعبه الرجل أهله... إلخ» (٦).

و فى روايه على بن جعفر عليه السلام، عن أخيه، قال: «سألته عن اللعب بالأربعه عشر و شبهها، قال: لا نستحبّ (٧) شيئاً من اللعب غير الرهان و الرمي» (٨).

ص: ٤٥

١-١ فى «خ»، «م»، «ع»، و «ص»: حياكم حياكم.

٢-٢ الوسائل ١٢:٢٢٨، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥، و تقدّم فى المكاسب ١:٢٨٨، و الآيتان من سوره الأنبياء: ١٧، ١٨.

٣-٣ كروايه عبد الأعلى و غيرها المؤمى إليها فى أوّل البحث عن الغناء، راجع المكاسب ١:٢٨٨-٢٩٠.

٤-٤ راجع المكاسب ١:٢٨٨-٢٨٩.

٥-٥ فى «ف» و «خ» و نسخه بدل «ع» و «ش»: باطل.

٦-٦ الوسائل ١٣:٣٤٧، الباب الأوّل من أبواب السبق، الحديث ٥، و فيه: كل لهو المؤمن باطل إلّا فى ثلاث: فى تأديبه الفرس، و رميه عن قوسه، و ملاعبته امرأته.

٧-٧ فى «ف» و «ص»: لا تستحب.

٨-٨ مسائل على بن جعفر: ١٦٢، الحديث ٢٥٢، و الوسائل ١٢:٢٣٥، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٤، و تقدّم فى المكاسب ١:٣٨٣.

إلى غير ذلك ممّا يقف عليه المتتبع.

و يؤيّده أنّ حرمة اللعب بآلات اللهو الظاهر أنّه من حيث اللهو، لا من حيث خصوص الآله.

ففى روايه سماعه: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لما مات آدم شمت به إبليس وقابيل، فاجتمعا فى الأرض فجعل إبليس وقابيل المعازف والملاهى شماته بآدم على نيينا وآله و عليه السلام، فكلّ ما كان فى الأرض من هذا الضرب الذى يتلذذ به الناس فإنّما هو من ذلك (١)» (٢) فإنّ فيه إشاره إلى أنّ المناط هو مطلق التلهّى والتلذذ.

و يؤيّده ما تقدّم (٣) من أنّ المشهور حرمة المسابقه على ما عدا المنصوص بغير عوض؛ فإنّ الظاهر أنّه لا وجه له عدا كونه لهواً و إن لم يصرّحوا بذلك عدا القليل منهم، كما تقدّم (٤).

نعم، صرّح العلامة فى التذكرة بحرمة المسابقه على جميع الملاعب كما تقدّم نقل كلامه فى مسأله القمار (٥).

ص: ٤٦

١ - ١) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص» بدل «فإنّما هو من ذلك» ما يلى: «من الزفن و المزمار و الكوبات و الكبريات»، و فى هامش «ن» بعد كلمه «الكبريات»: «فإنّما هو من ذلك - صح، و الظاهر أنّ ما ورد فى هذه النسخ مأخوذ من روايه أخرى وردت ذيل هذا الحديث فى الوسائل.

٢ - ٢) الوسائل ٢٣٣: ١٢، الباب ١٠٠ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٣ - ٣) راجع المكاسب ٣٨٠: ١.

٤ - ٤) راجع المكاسب ٣٨٣: ١.

٥ - ٥) التذكرة ٣٥٤: ٢، و راجع المكاسب ٣٨١: ١.

هذا، ولكن الإشكال في معنى اللّهُو، فإنّه إن أُريد به مطلق اللّعب كما يظهر من الصحاح (١) و القاموس (٢)؛ فالظاهر أنّ القول بحرمة شاذّ مخالف للمشهور و السيره؛ فإنّ اللّعب هي (٣) الحركة لا- لغرض عقلائي (٤)، و (٥) لا خلاف ظاهراً في عدم حرمة على الإطلاق.

نعم، لو حُصّ اللّهُو بما يكون عن (٤) بَطَرٍ و فسّر بشدّه الفرح كان الأقوى تحريمه، و يدخل في ذلك الرقص و التصفيق، و الضرب بالطشت بدل الدفّ، و كلّ ما يفيد فائده آلات اللّهُو.

و لو جعل مطلق الحركات التي لا يتعلق بها غرض عقلائي (٧) مع انبعاثها عن القوى الشهويه، ففي حرمة تردد.

و اعلم أنّ هنا عنوانين آخرين: «اللّعب» و «اللّغو».

أمّا اللّعب، فقد عرفت أنّ ظاهر بعضٍ ترادفهما (٨)، و لكن مقتضى (٩)

ص: ٤٧

١-١) صحاح اللّغه ٢٤٨٧:٦، ماده: «لها».

٢-٢) القاموس المحيط ٣٨٨:٤، ماده: «لها».

٣-٣) في غير «ش»: و هي.

٤-٤) في «خ»، «م»، «ع»، و «ص»: عقلائي، و في «ف»، «ن»، «خ»، «م»، و «ع» زياده: لعب.

٥-٥) الواو مشطوب عليها في «ص».

٦-٦) في غير «ف»: من.

٧-٧) في «خ»، «م»، «ع»، و «ص»: عقلائي.

٨-٨) كما تقدّم عن الصحاح و القاموس.

٩-٩) في «خ»: يقتضى، و في «ن»، «م»، «ع»، و «ص»: يقضى.

تعاطفهما في غير موضع من الكتاب العزيز (١) تغايرهما. و لعلهما من قبيل الفقير و المسكين (٢) إذا اجتمعا افترقا، و إذا افترقا اجتمعا. و لعل اللعب يشمل مثل حركات الأطفال الغير المنبعثه عن القوى الشهويه. و اللهو ما تلتذ به النفس، و ينبعث عن القوى الشهويه.

و قد ذكر غير واحد أنّ قوله تعالى: **أَنَّمَا الْحَيَاةُ الدُّنْيَا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ وَ زِينَةٌ** (٣) الآيه، بيان ملاذ الدنيا على ترتيب تدرجه في العمر، و قد جعلوا لكل واحد منها ثمان سنين (٤).

و كيف كان، فلم أجد من أفتى بحرمه اللعب عدا الحلّي على ما عرفت من كلامه (٥)، و لعله يريد اللهو، و إلّا فالأقوى الكراهه.

و أما اللغو، فإن جعل مرادف اللهو - كما يظهر من بعض الأخبار كان في حكمه.

ففي روايه محمد بن أبي عباد المتقدمه (٦) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «أنّ السماع في حيز اللهو و الباطل، أما سمعت قول الله

ص: ٤٨

١- ١) كما في سورة الأنعام: ٣٢، و العنكبوت: ٦٤، و محمد صلّى الله عليه و آله و سلم: ٣٦، و الحديد: ٢٠ و غيرها.

٢- ٢) من هنا إلى أول بحث النميمه ساقط من «ف».

٣- ٣) الحديد: ٢٠.

٤- ٤) لم نعثر عليه بعينه، انظر تفسير الصافي ١٣٧: ٥، و التفسير الكبير ٢٣٣: ٣٠، ذيل الآيه المذكوره.

٥- ٥) في الصفحه ٤٢.

٦- ٦) تقدّمت في المكاسب ٢٨٩: ١.

تعالى: وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا (١) (٢).

و نحوها رواه أبى أوب (٣)، حيث أراد باللغو الغناء مستشهداً بالآية.

و إن أريد به مطلق الحركات اللأغية، فالأقوى فيها الكراهه.

و فى روايه أبى خالد الكابلى، عن سيد الساجدين، تفسير الذنوب التى تهتك العِصم ب: شرب الخمر، و اللعب بالقمار، و تعاطى ما يُضحك الناس من اللغو و المزاح، و ذكر عيوب الناس (٤).

و فى وصية النبى صلى الله عليه و آله و سلم لأبى ذر رضى الله عنه: «إنَّ الرجل ليتكلم بالكلمه فيضحك الناس فيهوى ما بين السماء و الأرض» (٥).

ص: ٤٩

١-١ الفرقان: ٧٢.

٢-٢ الوسائل ١٢: ٢٢٩، الباب ٩٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٩.

٣-٣ الوسائل ١٢: ٢٣٦، الباب ١٠١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٤-٤ الوسائل ١١: ٥٢٠، الباب ٤١ من أبواب الأمر و النهى، الحديث ٨.

٥-٥ الوسائل ٨: ٥٧٧، الباب ١٤٠ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٤، و فيه: «إنَّ الرجل ليتكلم بالكلمه فى المجلس ليضحكهم بها فيهوى فى جهنم ما بين السماء و الأرض».

المسأله [الحاديه و العشرون مدح من لا يستحق المدح، أو يستحق الذم.

ذكره العلامه فى المكاسب المحرّمه (١)، و الوجه فيه واضح من جهه قبجه عقلاً.

و يدلّ عليه من الشرع قوله تعالى: **وَلَا تَزْكُتُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ** (٢).

و عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم -فيما رواه الصدوق-: «من عظم صاحب دنيا (٣) و أحبّه طمعاً فى دنياه، سخط الله عليه، و كان فى درجته مع قارون فى التابوت الأسفل من النار» (٤).

و فى النبوى الآخر الوارد فى حديث المناهى: «من مدح سلطاناً

ص: ٥١

١-١) التذكرة ٥٨٢:١، و القواعد ١٢١:١، و التحرير ١٦١:١.

٢-٢) هود: ١١٣.

٣-٣) فى «ش»: الدنيا.

٤-٤) عقاب الأعمال: ٣٣١، و الوسائل ١٢:١٣١، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٤ مع اختلاف.

جائراً، أو تخفّف و (١) تضعضع له طمعاً فيه، كان قرينه في النار» (٢).

و مقتضى هذه الأدلّة حرمة المدح طمعاً في الممدوح، و أما لدفع شرّه فهو واجب، و قد ورد في عده أخبار: «أنّ شرار الناس الذين يُكرمون اتقاء شرّهم» (٣).

ص: ٥٢

١- ١) كذا في «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: أو.

٢- ٢) الوسائل ١٣٣: ١٢، الباب ٤٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل، و أنظر الفقيه ١١: ٤ «حديث المناهي».

٣- ٣) راجع الوسائل ٣٢٦: ١١، الباب ٧٠ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٧ و ٨، و الخصال ١٤: ١، الحديث ٤٩، و المستدرک ٧٧: ١٢، الباب ٧٠ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٤، ٢، ١ و ٦.

المسألة الثانية والعشرون معونه الظالمين في ظلمهم

حرام بالأدلة الأربعة، وهو (1) من الكبائر، فعن كتاب الشيخ ورام بن أبي فراس، قال: «قال عليه السلام: من مشى إلى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم فقد خرج عن الإسلام».

قال: «و قال عليه السلام: إذا كان يوم القيامة ينادى مناد: أين الظلمه، أين أعوان الظلمه، أين أشباه الظلمه حتى من برى لهم قلماً أو لاق لهم دواه، فيجتمعون في تابوت من حديد، ثم يرمى بهم في جهنم» (2).

و في النبوى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من عَلَّقَ سوطاً بين يدي سلطان جائر جعلها (3) الله حَيْهً طولها سبعون (4) ألف ذراع، فيسلطها (5) الله عليه

ص: ٥٣

١-١) في «ن»: و هي.

٢-٢) تنبيه الخواطر (مجموعه ورام) ١:٦٢، و الوسائل ١٣١:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥ و ١٦.

٣-٣) في عقاب الأعمال: جعله الله.

٤-٤) في عقاب الأعمال: ستون.

٥-٥) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: فيسلط. و في الوسائل و نسخه بدل «ش»: فيسلطه.

فى نار جهنم خالداً فيها مخلداً» (١).

و أمياً معونتهم فى غير المحرّمات، فظاهر كثير من الأخبار حرمتها أيضاً كبعض ما تقدم، و قول الصادق عليه السلام- فى روايه يونس بن يعقوب-: «لا تُعنهم على بناء مسجد» (٢)، و قوله عليه السلام: «ما أحبّ أنى عقدت لهم عقده، أو وكيت لهم وكاءً و أنّ لى ما بين لابتيتها، لا (٣) و لا مدّه بقلم، إنّ أعوان الظلمه يوم القيامة فى سرادق من نار حتى يفرغ الله من الحساب (٤)» (٥).

لكن المشهور عدم الحرمة؛ حيث قيدوا المعونه المحرّمه بكونها فى الظلم.

و الأقوى التحريم مع عدّ الشخص من الأعوان؛ فإنّ مجرد إعاتهم على بناء المسجد ليست محرّمه، إلّا أنّه إذا عدّ الشخص معماراً للظالم أو بناءً له و لو فى خصوص المساجد- بحيث صار هذا العمل منصباً له فى باب السلطان- كان محرّماً.

و يدلّ على ذلك: جميع ما ورد فى ذمّ أعوان الظلمه (٦)، و قول

ص: ٥٤

١- (١) الوسائل ١٣١:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٤، و راجع عقاب الأعمال: ٢٨٤.

٢- (٢) الوسائل ١٢٩:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

٣- (٣) لم ترد «لا» فى «ن»، «خ» و «ع».

٤- (٤) فى المصدر و نسخه بدل «ش»: حتى يحكم الله بين العباد.

٥- (٥) الوسائل ١٢٩:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٦- (٦) راجع الوسائل ١٢٧:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به.

أبى عبد الله عليه السلام- فى روايه الكاهلى-:«من سَوِدَ اسمه فى ديوان ولد سابع (١) حشره الله يوم القيامة خنزيراً» (٢).

و قوله عليه السلام:«ما اقترب عبد من سلطان جائر (٣) إلّا تباعد من الله» (٤).

و عن النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:«إِيَّاكُمْ وَ أَبْوَابَ السُّلْطَانِ وَ حَوَاشِيهَا فَإِنَّ أَقْرَبَكُمْ مِنْ أَبْوَابِ السُّلْطَانِ وَ حَوَاشِيهَا أَبْعَدَكُمْ عَنِ اللَّهِ تَعَالَى» (٥).

و أمّا العمل له فى المباحات لأجره أو تبرّعاً، من غير أن يُعَدَّ معيناً له فى ذلك، فضلاً من أن يُعَدَّ من أعوانه، فالأولى عدم الحرمة؛ للأصل و عدم الدليل عدا ظاهر بعض الأخبار، مثل روايه ابن أبى يعفور، قال:«كنت عند أبى عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل من أصحابنا (٦) فقال له:جُعِلت فداك (٧)،ربما أصاب الرجل منا الضيق و الشدّه فيدعى إلى البناء بينه، أو النهر يكرهه، أو المسنّاه يصلحها، فما تقول فى ذلك؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام:ما أحبّ أنى عقدت

ص: ٥٥

١-١ (١) مقلوب «عبّاس».

٢-٢ (٢) الوسائل ١٣٠:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

٣-٣ (٣) لم ترد «جائر» فى «ن»، «خ»، «م»، «ع»، و وردت فى «ص» فى الهامش.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٣٠:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

٥-٥ (٥) الوسائل ١٣٠:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٣.

٦-٦ (٦) لم ترد «من أصحابنا» فى «خ»، «م»، «ن»، «ع» و «ص».

٧-٧ (٧) لم ترد «جعلت فداك» فى «خ»، «م»، «ن»، «ع» و «ص».

لهم عقده أو وكيت لهم وكاء و أن لي ما بين لابتيتها...إلى آخر ما تقدم (١).

و روايه محمد بن عذافر عن أبيه، قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام:

يا عذافر بلغني أنك تعامل أبا أيوب و أبا الربيع، فما حالك إذا نودي بك في أعوان الظلمه؟ قال: فَوَجَمَ (٢) أبي، فقال له (٣) أبو عبد الله عليه السلام-لما رأى ما أصابه-: أي عذافر إنما خوِّفتك بما خوِّفني الله عزّ و جلّ به. قال محمد:

فقدم أبي فما زال مغموماً مكروباً حتى مات» (٤).

و روايه صفوان بن مهران الجيّال، قال: «دخلت على أبي الحسن الأوّل (٥) عليه السلام، فقال لي: يا صفوان كلّ شيء منك حسن جميل ما خلا شيئاً واحداً، فقلت: جعلت فداك، أيّ شيء؟ قال عليه السلام:

إكراؤك جمالكم من هذا الرجل-يعنى هارون (٦)-، قلت: و الله ما أكريته أشدّراً و لا بطراً و لا لصيد (٧) و لا- للهو (٨)، و لكن أكريته لهذا الطريق-يعنى طريق مكّه- و لا أتولاه بنفسى و لكن أبعث معه غلmani.

ص: ٥٤

١-١) في الصفحه ٥٤.

٢-٢) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: ففزع.

٣-٣) لم ترد «له» في «ن»، «خ»، «م» و «ع».

٤-٤) الوسائل ١٢٨:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

٥-٥) لم ترد «الأوّل» في «خ»، «م» و «ع».

٦-٦) في «ش» زياده: الرشيد.

٧-٧) في الوسائل: للصيد.

٨-٨) في «ع» و «ص»: و لا لهو.

فقال لي: يا صفوان، أيقع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم، جعلت فداك. قال:

أ تحبّ بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم. قال: من (١) أحبّ بقاءهم فهو منهم، و من كان منهم كان وروده إلى النار.

قال صفوان: فذهبت و بعث (٢) جمالي عن آخرها، فبلغ ذلك إلى (٣) هارون، فدعاني فقال لي: يا صفوان، بلغني أنك بعثت جمالك؟ قلت:

نعم. قال: و لم؟ قلت: أنا شيخ كبير، و أنّ الغلمان لا - يقومون (٤) بالأعمال. فقال: هيهات هيهات، إنّني لأعلم من أشار عليك بهذا (٥)، إنّما أشار عليك (٦) بهذا موسى بن جعفر. قلت: ما لي (٧) و لموسى بن جعفر.

قال: دع هذا عنك، و الله لو لا (٨) حسن صحبتك لقتلتك (٩).

و ما ورد في تفسير الركون إلى الظالم: من أنّ الرجل يأتي السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده في كيسه فيعطيه (١٠)، و غير ذلك ممّا ظاهره وجوب التجبّ عنهم.

ص: ٥٧

١-١ (١) في «ص»: فمن.

٢-٢ (٢) في «ش» و الوسائل: فبعث.

٣-٣ (٣) لم ترد «إلى» في «ن»، «خ»، «م» و «ع».

٤-٤ (٤) في الوسائل و نسخه بدل «ص» و «ش»: لا يفون.

٥-٥ (٥) عبارته: «إنّني لأعلم من أشار إليك بهذا» من «ش» و المصدر.

٦-٦ (٦) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: إليك.

٧-٧ (٧) في «خ»: فمالي.

٨-٨ (٨) في «ص» و الوسائل: فوالله لولا، و في «خ»، «ن»، «م» و «ع»: فلولا.

٩-٩ (٩) الوسائل ١٣١:١٢، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٧.

١٠-١٠ (١٠) راجع الوسائل ١٣٣:١٢، الباب ٤٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

و من هنا لما قيل لبعض: إننى رجل أخيط للسلطان ثيابه، فهل ترانى بذلك داخلاً فى أعوان الظلمه؟ قال له: المعين من يبيعك الإبر و الخيوط، و أما أنت فمن (١) الظلمه أنفسهم (٢).

و فى روايه سليمان الجعفرى-المرويه عن تفسير العياشى:- «أنَّ الدخول فى أعمالهم، و العون لهم، و السعى فى حوائجهم عدل الكفر، و النظر إليهم على العمد من الكبائر التى يستحقُّ (٣) بها النار» (٤).

لكن الإنصاف: أن شيئاً ممّا ذكر لا ينهض دليلاً لتحريم العمل لهم على غير جهه المعونه.

أما الروايه الأولى (٥)، فالأنّ التعبير فيها-فى الجواب بقوله: «ما أحبّ»-ظاهر فى الكراهه.

و أمّا قوله عليه السلام: «إنّ أعوان الظلمه... إلخ»، فهو من باب التنبيه على أن القرب إلى الظلمه و المخالطه معهم مرجوح، و إلّا فليس من يعمل لهم الأعمال المذكوره فى السؤال-خصوصاً مرّه أو مرّتين، خصوصاً مع الاضطرار-معدوداً من أعوانهم.

ص: ٥٨

١-١) فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: من.

٢-٢) حكاه الشيخ البهائى فى الأربعين حديثاً: ٢٣٩.

٣-٣) كذا فى «ن» و الوسائل، و فى سائر النسخ: تستحق.

٤-٤) الوسائل ١٣٨: ١٢، الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢. و أنظر تفسير العياشى ٢٣٨: ١، الحديث ١١٠.

٥-٥) لم ترد «الأولى» فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»، و وردت فى «ن» تصحيحاً.

و كذلك يقال فى روايه عذافر، مع احتمال أن تكون (1) معامله عذافر مع أبى أيوب و أبى الربيع على وجه يكون معدوداً من أعوانهم و عمالهم.

و أمّا روايه صفوان، فالظاهر منها أنّ نفس المعامله معهم ليست محرّمه، بل من حيث محبّه بقائهم و إن لم تكن معهم معامله، و لا يخفى على الفطن العارف بأساليب الكلام أنّ قوله عليه السلام: «و من أحبّ بقاءهم كان منهم» لا يراد به من أحبهم مثل محبّه صفوان بقاءهم حتّى يخرج كراؤه، بل هذا من باب المبالغه فى الاجتناب عن مخالطتهم حتّى لا يفضى ذلك إلى صيرورتهم من أعوانهم، و أن يشرب القلب حبّهم؛ لأن القلوب مجبوله على حبّ من أحسن إليها.

و قد تبيّن ممّا ذكرنا: أنّ المحرّم من العمل للظلمه قسمان:

أحدهما-الإعانه لهم على الظلم.

و الثانى- ما يعدّ معه (2) من أعوانهم، و المنسوبين إليهم، بأن يقال:

هذا خياط السلطان، و هذا معماره.

و أمّا ما عدا ذلك فلا دليل معتبر على تحريمه.

ص: ٥٩

١- ١) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: يكون.

٢- ٢) فى «ش»: معهم.

[المسأله]الثالثه و العشرون النَّجَشُ -

بالتون المفتوحه و الجيم الساكنه، أو المفتوحه -حرام؛ لما فى النبوى (١)-المنجبر بالإجماع المنقول عن جامع المقاصد (٢) و المنتهى (٣)-من لعن الناجش و المنجوش له (٤)، و قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:

«و لا تناجشوا» (٥).

و يدلّ على قبحه:العقل؛لأنّه غَشٌّ و تلبيس و إضرار.

و هو كما عن جماعه (٦):أن يزيد الرجل فى ثمن السلعه و هو لا يريد شراءها؛ليسمعه غيره فيزيد لزيادته، بشرط المواطاه مع

ص: ٦١

-
- ١- (١) الوسائل ١٢:٣٣٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.
 - ٢- (٢) جامع المقاصد ٤:٣٩.
 - ٣- (٣) منتهى المطلب ٢:١٠٠٤.
 - ٤- (٤) لم ترد «له» فى «خ»، «م»، «ع» و «ص».
 - ٥- (٥) الوسائل ١٢:٣٣٨، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.
 - ٦- (٦) انظر: جامع المقاصد ٤:٣٩، و مجمع الفائده ٨:١٣٦، و الجواهر ٢٢:٤٧٦.

البائع، أو لا بشرطها، كما حكى عن بعض (١).

و حكى (٢) تفسيره- أيضاً- بأن يمدح السلعه فى البيع لينفقها و يروّجها؛ لمواطاه بينه و بين البائع، أو لا معها.

و حرّمته بالتفسير الثانى- خصوصاً لا مع المواطاه- يحتاج إلى دليل، و حكى الكراهه عن بعض (٣).

ص: ٦٢

١-١) جامع المقاصد ٤:٣٩.

٢-٢) حكاة كاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٣١، و فسّر أيضاً بأن يمدح السلعه فى البيع...

٣-٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:١٠٦) عن المحقق و العلّامه و غيرهما، انظر الشرائع ٢:٢١، و المختصر النافع

١:١٢٠، و الإرشاد ١: ٣٥٩، و التنقيح ٤٠:٢-٤١.

المسألة [الرابعة و العشرون النميمة

محرمه بالأدلة الأربعة.

و هي نقل قول الغير إلى المقول فيه، كأن يقول: تكلم فلان فيك بكذا و كذا.

قيل: هي من نَمَّ الحديث، من باب قتل و ضرب، أى سعى به لإيقاع فتنه أو وحشه (١).

و هي من الكبائر، قال الله تعالى: وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ (٢)، و النمام قاطع لما أمر الله بصلته و مفسد.

قيل (٣): و هي المراده (٤) بقوله تعالى: وَ الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ (٥).

ص: ٦٣

(١-١) راجع المصباح المنير ٦٢٦:٢، مادة: «نم»، و مجمع البحرين ٦: ١٨٠، مادة: «نمم».

(٢-٢) الرعد: ٢٥.

(٣-٣) قاله كاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٢٠، و فيه: «و هي المعنيته بقوله تعالى: «وَ الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ» . و

انظر الجواهر ٧٣:٢٢.

(٤-٤) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: المراد.

(٥-٥) البقرة: ٢١٧.

و قد تقدّم في باب السحر (١) قوله عليه السلام- في ما رواه في الاحتجاج في وجوه السحر-: «و إنّ من أكبر السحر النميمه، يفرّق بها بين المتحابين» (٢).

و عن عقاب الأعمال، عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلم: «من مشى في نميمه بين اثنين (٣) سلط الله عليه في قبره ناراً تحرقه، و إذا خرج من قبره سلط الله عليه تئناً أسود ينهش لحمه حتى يدخل النار» (٤).

و قد استفاضت الأخبار بعدم دخول النمام الجنّه (٥).

و يدلّ على حرمتها- مع كراهه المقول عنه لإظهار القول عند المقول فيه- جميع ما دلّ على حرمة الغيبه، و يتفاوت عقوبته بتفاوت ما يترتب عليها من المفاسد.

و قيل: إنّ حدّ النميمه بالمعنى الأعم كشف ما يكره كشفه، سواء كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه، أم كرهه ثالث، و سواء كان الكشف بالقول أم بغيره من الكتابه و الرمز و الإيماء، و سواء كان المنقول من الأعمال أم من الأقوال، و سواء كان ذلك عيباً و نقصاناً على المنقول عنه

ص: ٦٤

١-١) راجع المكاسب ١:٢٦٥.

٢-٢) الاحتجاج ٢:٨٢.

٣-٣) في «ش»: الاثنين.

٤-٤) عقاب الأعمال: ٣٣٥، (باب مجمع عقوبات الأعمال)، و الوسائل ٨: ٦١٨، الباب ١٦٤ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٦.

٥-٥) الوسائل ٨: ٦١٦، الباب ١٦٤ من أبواب أحكام العشره، و المستدرک ٩: ١٤٩، الباب ٤٤ من أبواب أحكام العشره.

أم لا، بل حقيقه النميمه إفشاء السرّ، و هتك الستر عمّا يكره كشفه (١)، انتهى موضع الحاجه.

ثم إنّه قد يباح ذلك (٢) لبعض المصالح التي هي آكد من مفسده إفشاء السرّ، كما تقدم في الغيبه (٣)، بل قيل: إنها قد تجب لإيقاع الفتنة بين المشركين (٤)، لكن الكلام في النميمه على المؤمنين.

ص: ٦٥

١-١) راجع المحجّج البيضاء ٥:٢٧٧.

٢-٢) في «ف»: بعض ذلك.

٣-٣) راجع المكاسب ١:٣٥١ (الصور التي رخص فيها الغيبه لمصلحه أقوى).

٤-٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٧٣، و السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٨.

المسأله [الخامسه و العشرون النوح بالباطل،

ذكره فى المكاسب المحرّمه الشيخان (1) و سلّار (2) و الحلّى (3) و المحقّق (4) و من تأخر عنه (5).

و الظاهر حرّمته من حيث الباطل، يعنى الكذب، و إلّا فهو فى نفسه ليس بمحرّم، و على هذا التفصيل دلّ غير واحد من الأخبار (6).

ص: ٦٧

١-١) المقنعه: ٥٨٨، و النهايه: ٣٦٥.

٢-٢) المراسم: ١٧٠.

٣-٣) السرائر ٢: ٢٢٢.

٤-٤) الشرائع ٢: ١٠.

٥-٥) كالعلّامه فى الإرشاد ١: ٣٥٧، و القواعد: ١٢١ و غيرهما، و الشهيد فى الدروس ٣: ١٦٢-١٦٣.

٦-٦) راجع الوسائل ١٢: ٩٠، الباب ١٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦ و ٩، و المستدرک ١٣: ٩٣، الباب ١٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

و ظاهر المبسوط (١) و ابن حمزه (٢) التحريم مطلقاً كبعض الأخبار (٣)، و كلاهما محمولان على المقيد؛ جمعاً.

ص: ٦٨

١-١) المبسوط ١:١٨٩.

٢-٢) الوسيله: ٦٩.

٣-٣) راجع الوسائل ١٢:٩١، الباب ١٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٢.

و هي صيرورته والياً على قوم منصوباً من قبله-محزّمه؛ لأنّ الوالى من أعظم الأعوان.

و لما تقدّم (1) فى روايه تحف العقول، من قوله: «و أما وجه الحرام من الولايه: فولايه الوالى الجائر، و ولايه ولاته، فالعمل (2) لهم و الكسب لهم بجهه الولايه معهم حرام محزّم، معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير؛ لأنّ كلّ شىء من جهه المعونه له (3) معصيه كبيره من الكبائر، و ذلك أنّ فى ولايه الوالى الجائر دروس الحقّ كلّ، و إحياء الباطل كلّ، و إظهار الظلم و الجور و الفساد، و إبطال الكتب، و قتل الأنبياء، و هدم المساجد، و تبديل سنّه الله و شرائعه؛ فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم، و الكسب معهم إلّا بجهه الضروره، نظير الضروره إلى الدم

ص: ٦٩

١-١) راجع المكاسب ١:٦ و ٧.

٢-٢) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: و العمل.

٣-٣) فى هامش «م»: لهم.

و الميته...الخبر» (١).

و فى روايه زياد بن أبى سلمه: «أهون ما يصنع الله عزّ و جلّ بمن تولّى لهم عملاً، أن يضرب عليه (٢) سراق (٣) من نار إلى أن يفرغ الله من حساب الخلائق (٤)» (٥).

ثمّ إنّ ظاهر الروايات كون الولاية محرّمه بنفسها مع قطع النظر عن ترتّب معصيه عليها (٦) من ظلم الغير، مع أنّ الولاية عن الجائر لا تنفكّ عن المعصيه.

و ربما كان فى بعض الأخبار إشاره إلى كونه من جهه الحرام الخارجى، ففى صحيحه داود بن زربى، قال: «أخبرنى (٧) مولى لعلّى ابن الحسين عليه السلام، قال: كنت بالكوفه فقدم أبو عبد الله عليه السلام الحيره، فأتيته، فقلت له: جعلت فداك لو كلمت داود بن على أو بعض هؤلاء، فأدخل (٨) فى بعض هذه الولايات، فقال: ما كنت لأفعل، فانصرفت إلى منزلى فتفكرت (٩): ما أحسبه أنّه منعنى إلّا مخافه أن

ص: ٧٠

١- (١) تحف العقول: ٣٣١، و الوسائل ١٢: ٥٥، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به.

٢- (٢) فى غير «ش»: أن يضرب الله عليه.

٣- (٣) ما أثبتناه من المصادر الحديثيه، و فى النسخ: سراقاً.

٤- (٤) فى نسخه بدل «ش»: الخلق.

٥- (٥) الوسائل ١٢: ١٤٠، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

٦- (٦) فى النسخ: عليه.

٧- (٧) فى «ف»: خبّرنى.

٨- (٨) فى غير «ن» و «ش»: فأدخلت.

٩- (٩) فى «ص» و المصدر زياده: فقلت.

أظلم أو أجور، والله لآتينه و أعطيته (١) الطلاق و العتاق و الايمان المغلظه (٢) أن لا أجورنّ على أحد، و لا أظلمنّ، و لأعدلنّ.

قال: فأتيته، فقلت: جعلت فداك إني فكرت في إبائك عليّ، و ظننت أنّك إنّما منعتني (٣) مخافه أن أظلم أو أجور، و إنّ كلّ امرأه لى طالق، و كلّ مملوك لى حرّ (٤) إنّ ظلمت أحداً، أو جرت على أحد (٥)، و إنّ (٦) لم أعدل. قال: فكيف (٧) قلت؟ فأعدت عليه الأيمان، فنظر (٨) إلى السماء، و قال: تنال هذه (٩) السماء أيسر عليك من ذلك (١٠) « (١١)؛ بناء على أنّ المشار إليه هو العدل، و ترك الظلم، و يحتمل أن يكون هو الترخّص فى الدخول.

ص: ٧١

١- ١) فى «ص» و المصدر: و لأعطيته.

٢- ٢) فى «ف»: الغليظه.

٣- ٣) فى هامش «ص» و المصدر زياده: و كرهت ذلك.

٤- ٤) فى «ش» زياده: و على، و فى الوسائل: و علىّ و علىّ، و فى الكافى: علىّ و علىّ.

٥- ٥) فى المصدر و نسخه بدل «ش»: عليه.

٦- ٦) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: بل إنّ.

٧- ٧) فى المصدر: كيف.

٨- ٨) فى المصدر و نسخه بدل «ش»: فرفع رأسه.

٩- ٩) فى المصدر و نسخه بدل «ش»: تناول، و لم ترد «هذه» فى المصدر.

١٠- ١٠) فى غير «ش» زياده: الخبر.

١١- ١١) الكافى ١٠٧: ٥، الحديث ٩، و عنه الوسائل ١٣٦: ١٢، الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، مع حذف بعض فقراته.

أحدهما - القيام بمصالح العباد،

بلا- خلاف، على الظاهر المصرح به في المحكى (١) عن بعض، حيث قال: إنَّ تقلد الأمر من قبل الجائر جائز إذا تمكّن معه من إيصال الحقّ لمستحقه، بالإجماع و السنّه الصحيحه، و قوله تعالى: **إِجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ (٢)**.

و يدلّ عليه- قبل الإجماع-: أنّ الولاية إن كانت محرّمه لذاتها، كان (٣) ارتكابها لأجل المصالح و دفع المفسدات التي هي أهم من مفسده انسلاك الشخص في أعوان الظلمه بحسب الظاهر، و إن كانت لاستلزامها الظلم على الغير، فالمفروض عدم تحقّقه هنا.

و يدلّ عليه: النبويّ الذي رواه الصدوق في حديث المناهي، قال:

«من تولّى عرافه قوم اتى به يوم القيامة و يدها مغلولتان إلى عنقه، فإن قام فيهم بأمر الله تعالى أطلقه الله، و إن كان ظالماً يهوى به في نار جهنم، و بئس المصير» (٤).

و عن عقاب الأعمال: «و من تولّى عرافه قوم و لم يحسن فيهم

ص: ٧٢

١- ١) في «م»: و المحكى.

٢- ٢) فقه القرآن؛ للراوندى ٢: ٢٤، (باب المكاسب المحظوره و المكروهه)، و الآيه من سوره يوسف: ٥٥.

٣- ٣) كذا في النسخ، و في هامش «ش»: جاز-ظ.

٤- ٤) الفقيه ٤: ١٨، ذيل الحديث ٤٩٦٨، و الوسائل ١٢: ١٣٦، الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦، و فيهما: هوى به.

حبس على شفير جهنم بكل (١) يوم ألف سنة، وحشر و يدها مغلولتان (٢) إلى عنقه، فإن كان (٣) قام فيهم بأمر الله أطلقه الله، وإن كان ظالماً هوى به في نار جهنم سبعين خريفاً» (٤).

و لا يخفى أنّ العرّيف-سيما في ذلك الزمان-لا يكون إلّا من قبل الجائر.

و صحيحه زيد الشحام، المحكيه عن الأمالى، عن أبي عبد الله عليه السلام:

«من تولّى أمراً من أمور الناس فعدل فيهم، وفتح بابه و رفع ستره، و نظر في أمور الناس، كان حقاً على الله أن يؤمن روعته يوم القيامة و يدخله الجنّة» (٥).

و رواه زياد بن أبي سلمه عن موسى بن جعفر (٦) عليه السلام:

«يا زياد لئن أسقط من شاهق (٧) فأقطع (٨) قطعه قطعه أحبّ إليّ من

ص: ٧٣

١-١) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: لكلّ.

٢-٢) كذا في النسخ، و في المصدر: و يده مغلوله.

٣-٣) لم ترد «كان» في «م» و «ش».

٤-٤) عقاب الأعمال: ٢٨٨ (باب مجمع عقوبات الأعمال)، و الوسائل ١٣٧: ١٢، الباب ٤٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

٥-٥) أمالى الصدوق: ٢٠٣، المجلس ٤٣، و عنه الوسائل ١٤٠: ١٢، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

٦-٦) كذا في «ش»، و في غيره: عن الصادق.

٧-٧) كذا في النسخ، و في الوسائل و نسخه بدل «ش»: حالق، و في الكافي: جالق.

٨-٨) كذا في «ن»، «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: فانقطع.

أن أتولى لأحد منهم (١) عملاً أو أطأ بساط رجلٍ منهم، إلا لماذا؟ قلت: لا أدري، جعلت فداك. قال: إلا لتفريج كربه عن مؤمن (٢)، أو فك أسره، أو قضاء دينه» (٣).

و رواه علي بن يقطين: «إنَّ لله تبارك و تعالی مع السلطان أولياء يدفع (٤) بهم عن أوليائه» (٥).

قال الصدوق (٦): «و في خبر آخر: «أولئك عتقاء الله من النار» (٧).

قال: «و قال الصادق عليه السلام: «كفاره عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان» (٨).

و عن المقنع (٩): «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجلٍ يحب آل محمد و هو في ديوان هؤلاء، فيقتل (١٠) تحت رايته، قال: يحشره الله على

ص: ٧٤

١- ١) كذا في «ف» و المصدر و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ: أتولى لهم.

٢- ٢) كذا في مصححه «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: كربه مؤمن.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ١٤٠، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

٤- ٤) كذا في «ف» و نسخه بدل «م» و المصدر، و في سائر النسخ: من يدفع.

٥- ٥) الوسائل ١٢: ١٣٩، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول، و أنظر الفقيه ٣: ١٧٦، الحديث ٣٦٦٤.

٦- ٦) لم ترد «الصدوق» في غير «ن» و «ش».

٧- ٧) الفقيه ٣: ١٧٦، الحديث ٣٦٦٥، و الوسائل ١٢: ١٣٩، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٨- ٨) المصدران السابقان، الفقيه: الحديث ٣٦٦٦، و الوسائل: الحديث ٣.

٩- ٩) في «ف» زياده: قال.

١٠- ١٠) كذا في «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: يقتل.

نتيته» (١)...إلى غير ذلك.

و ظاهرها إباحة الولاية من حيث هي مع المواساة و الإحسان بالإخوان، فيكون نظير الكذب في الإصلاح.

و ربما يظهر من بعضها (٢) الاستحباب، و ربما يظهر من بعضها أن الدخول أولاً غير جائز إلا أن الإحسان إلى الإخوان كفاره له، كمرسلة الصدوق المتقدمه.

و في ذيل روايه زياد بن أبي سلمه المتقدمه: «فإن (٣) وُلِّيت شيئاً من أعمالهم فأحسن إلى إخوانك يكون (٤) واحده (٥) بواحد» (٤).

و الأولى أن يقال: إن الولاية الغير المحترمه:

منها: ما يكون (٧) مرجوحه، و هي ولاية من (٨) تولى لهم لنظام معاشه قاصداً الإحسان في خلال ذلك إلى المؤمنين و دفع الضرر عنهم، ففي روايه أبي بصير: «ما من جبار إلا و معه مؤمن يدفع الله به عن

ص: ٧٥

١-١ (١) المقنع (الجوامع الفقيهيه): ٣١، و الوسائل ١٣٩: ١٢، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢-٢ (٢) كصحيحه زيد الشحام، و روايه علي بن يقطين المتقدمين.

٣-٣ (٣) في «ش»: و إن.

٤-٤ (٤) كلمه «يكون» مشطوب عليها في «ص»، و لم ترد في المصدر.

٥-٥ (٥) في «ص» و المصدر: فواحد.

٦-٦ (٦) الوسائل ١٤٠: ١٢، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

٧-٧ (٧) كذا في النسخ، و هكذا في ما يليه.

٨-٨ (٨) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: و هو من.

المؤمنين، و هو أقلهم حظًا في الآخرة؛ لصحبه الجبار» (١).

و منها: ما يكون مستحبه، و هي و لايه من (٢) لم يقصد بدخوله إلّا الإحسان إلى المؤمنين، فعن رجال الكشي في ترجمه محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: «قال: إنّ لله تعالى في أبواب الظلمه من نور الله به البرهان، و مكن له في البلاد؛ ليدفع (٣) بهم عن أوليائه، و يصلح الله (٤) بهم أمور المسلمين، إليهم (٥) ملجأ المؤمنين من الضر (٦)، و إليهم مرجع ذوى الحاجه (٧) من شيعتنا، بهم يؤمن الله روعه المؤمنين في دار الظلمه (٨)، أولئك المؤمنون حقًا، أولئك أمناء (٩) الله في أرضه، أولئك نور الله في رعيتته يوم القيامه، و يزهر (١٠) نورهم لأهل

ص: ٧٦

-
- ١- (١) الوسائل ١٣٤: ١٢، الباب ٤٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.
 - ٢- (٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: و هو من.
 - ٣- (٣) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: فيدفع.
 - ٤- (٤) من «ش» و المصدر.
 - ٥- (٥) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: لأنهم.
 - ٦- (٦) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: الضرر.
 - ٧- (٧) في «ف»: يرجع ذو الحاجه، و في نسخه بدل «ش» و المصدر: يفرع ذو الحاجه.
 - ٨- (٨) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: الظلم.
 - ٩- (٩) كذا في «ف» و «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: منار.
 - ١٠- (١٠) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: أولئك نور الله في رعيتهم و يزهر.

السموات كما يزهر نور الكواكب الدرّيه (١) لأهل الأرض، أولئك من (٢) نورهم يوم القيامة (٣) تضىء القيامة (٤)، خلقوا و الله للجنه، و خلقت (٥) الجنه لهم فهنيئاً لهم (٦)، ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كلّه.

قلت: بماذا، جعلت فداك؟ قال: يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا (٧)، فكن منهم (٨) يا محمد (٩).

و منها: ما يكون واجبه، و هي ما توقّف الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجبان عليه؛ فإنّ ما لا يتم الواجب إلّا به واجب مع القدره.

و ربما يظهر من كلمات جماعه عدم الوجوب فى هذه الصوره أيضاً:

قال فى النهايه: تولّى الأمر من قبل السلطان العادل جائر

ص: ٧٧

١-١) لم ترد «الدرّيه» فى غير «ش» و المصدر، و فى «ف»: يزهر الكواكب الزهر.

٢-٢) لم ترد «من» فى «ش».

٣-٣) كذا فى النسخ، و فى المصدر: نور القيامة.

٤-٤) فى «ش»: منه القيامة، و فى المصدر: يضىء منهم يوم القيامة.

٥-٥) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: و خلق.

٦-٦) عبارته «فهنيئاً لهم» من «ش» و المصدر.

٧-٧) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: بإدخال السرور على شيعتنا.

٨-٨) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: معهم.

٩-٩) لم نقف عليه فى رجال الكشّى، و نسبه إليه فى الجواهر (١٦١: ٢٢) أيضاً، نعم ورد الحديث فى رجال النجاشى: ٣٣١، ذيل

ترجمه محمد بن إسماعيل ابن بزيع (رقم ٨٩٣)، مع اختلاف فى بعض الألفاظ.

مُرْغَبٌ فِيهِ، وَرَبَّمَا بَلَغَ حَدَّ الْوَجُوبِ؛ لَمَا فِي ذَلِكَ مِنَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَمْرِ (١) بِالْمَعْرُوفِ وَ النَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَ وَضَعَ الْأَشْيَاءَ مَوَاقِعَهَا، وَ أَمْرًا سُلْطَانَ الْجُورِ، فَهِيَ عِلْمُ الْإِنْسَانِ أَوْ غَلْبُ عَلَي ظَنِّهِ أَنَّهُ مَتَى تَوَلَّى الْأَمْرَ مِنْ قَبْلِهِ، أَمْكَنَهُ (٢) التَّوَصُّلَ إِلَى إِقَامَةِ الْحُدُودِ وَ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَ النَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ وَ قَسَمَهُ الْأَخْمَاسَ وَ الصَّدَقَاتِ فِي أَرْبَابِهَا وَ صَلَّهُ الْإِخْوَانَ، وَ لَا يَكُونُ [فِي (٣)] جَمِيعِ ذَلِكَ (٤) مَخْلًا بِوَأَجِبَ، وَ لَا فَاعِلًا لِقَبِيحٍ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِبُّ (٥) لَهُ أَنْ يَتَعَرَّضَ لِتَوَلَّى الْأَمْرَ مِنْ قَبْلِهِ (٦)، أَنْتَهَى.

وَ قَالَ فِي السَّرَائِرِ: وَ أَمْرًا السُّلْطَانَ الْجَائِرِ، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَوَلَّى شَيْئًا مِنَ الْأُمُورِ مَخْتَارًا مِنْ قَبْلِهِ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَوْ يَغْلِبَ عَلَي ظَنِّهِ... إِلَى آخِرِ عِبَارَةِ النِّهَايَةِ بِعَيْنِهَا (٧).

وَ فِي الشَّرَائِعِ: وَ لَوْ أَمِنَ مِنْ ذَلِكَ -أَيَّ اعْتِمَادِ مَا يَحْرَمُ- وَ قَدَرَ عَلَي الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ وَ النَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ (٨) اسْتَحَبَّتْ (٩).

ص: ٧٨

١-١) كَذَا فِي «ف» وَ «ش» وَ الْمَصْدَرِ، وَ فِي سَائِرِ النُّسخِ: مِنَ التَّمَكُّنِ بِالْأَمْرِ.

٢-٢) كَذَا فِي «ف» وَ الْمَصْدَرِ وَ مَصْحُوحَهُ «م»، وَ فِي سَائِرِ النُّسخِ: أَمْكَنَ.

٣-٣) مِنَ الْمَصْدَرِ.

٤-٤) فِي «ش»: مَعَ ذَلِكَ. وَ كَتَبَ فِي «ص» فَوْقَ «جَمِيعَ»: «مَعَ».

٥-٥) كَذَا فِي الْمَصْدَرِ، وَ فِي «ف»: الْمَسْتَحَبُّ، وَ فِي «ن»، «خ»، «م»، «ع» وَ «ص»: اسْتَحَبَّ، وَ فِي «ش»: لَيْسَتْحَبَّ.

٦-٦) النِّهَايَةُ: ٣٥٦.

٧-٧) السَّرَائِرُ ٢٠٢: ٢.

٨-٨) عِبَارَةُ «وَ النَّهْيِ عَنِ الْمُنْكَرِ» مِنَ «ش» وَ الْمَصْدَرِ.

٩-٩) الشَّرَائِعُ ١٢: ٢.

قال فى المسالك-بعد أن اعترف أن مقتضى ذلك وجوبها:-

و لعلّ وجه عدم الوجوب كونه بصورة النائب عن الظالم (١)، و عموم النهى عن الدخول معهم، و تسويد الاسم فى ديوانهم، فإذا لم يبلغ حدّ المنع فلا أقلّ من عدم الوجوب (٢).

و لا- يخفى ما فى ظاهره من الضعف كما اعترف به غير واحد (٣)؛ لأنّ الأمر بالمعروف واجب، فإذا لم يبلغ ما ذكره-من كونه بصورة النائب...إلى آخر ما ذكره-حدّ المنع، فلا مانع من (٤)الوجوب المقدمى للواجب.

و يمكن توجيهه بأنّ نفس الولاية قبيح محرّم؛ لأنّها توجب إعلاء كلمه الباطل و تقويه شوكته، فإذا عارضها قبيح آخر و هو ترك الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و ليس أحدهما أقلّ قبحاً من الآخر، فللمكلّف فعلها؛ تحصيلاً لمصلحه الأمر بالمعروف، و تركها دفعاً لمفسده تسويد الاسم فى ديوانهم الموجب لإعلاء كلمتهم و قوّه شوكتهم.

نعم، يمكن الحكم باستحباب اختيار أحدهما لمصلحه لم تبلغ حدّ الإلزام حتّى يجعل أحدهما أقلّ قبحاً، ليصير واجباً.

و الحاصل: أنّ جواز الفعل و الترك هنا ليس من باب عدم جريان

ص: ٧٩

١- ١) لم ترد «عن الظالم» فى «ف».

٢- ٢) المسالك ١٣٨:٣-١٣٩.

٣- ٣) منهم صاحب المسالك نفسه، حيث قال بعد التوجيه المذكور: «و لا- يخفى ما فى هذا التوجيه»، و السيد المجاهد فى المناهل: ٣١٦.

٤- ٤) فى «ف»: عن.

دليل قبح الولايه، و تخصيص دليله بغير هذه الصوره (١)، بل من باب مزاحمه قبحها بقبح ترك الأمر بالمعروف، فللمكلف ملاحظه كلّ منهما و العمل بمقتضاه، نظير تراحم الحقيين في غير هذا (٢) المقام. هذا ما (٣) أشار إليه الشهيد بقوله: لعموم النهي... إلخ (٤).

و في الكفايه: أنّ الوجوب في ما نحن فيه حسن لو ثبت كون وجوب الأمر بالمعروف مطلقاً غير مشروط بالقدرة، فيجب عليه تحصيلها من باب المقدمه، و ليس بثابت (٥).

و هو ضعيف؛ لأنّ عدم ثبوت اشتراط الوجوب بالقدرة الحائثه العرفيه كافٍ، مع إطلاق أدلّه الأمر بالمعروف السالم عن التقييد بما عدا القدرة العقلية المفروضه في المقام.

نعم، ربما يتوهم انصراف الإطلاقات الوارده (٦) إلى القدرة العرفيه الغير المحققه في المقام، لكنّه تشكيك ابتدائي لا يضرّ بالإطلاقات.

و أضعف منه ما ذكره بعض (٧) - بعد الاعتراض على ما في المسالك

ص: ٨٠

١- ١) في «ش» زياده: إلخ.

٢- ٢) لم ترد «هذا» في «ف».

٣- ٣) في «ف»: كما.

٤- ٤) تقدم في الصفحه السابقه بلفظ: «و عموم النهي».

٥- ٥) الكفايه: ٨٨.

٦- ٦) لم ترد «الوارده» في «ف».

٧- ٧) هو صاحب الجواهر.

بقوله: ولا يخفى ما فيه - قال: ويمكن توجيهه (١) عدم الوجوب بتعارض ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف، وما دلّ على حرمة الولاية عن الجائر؛ بناء على حرمتها في ذاتها، والنسبة عموم من وجه، فيجمع بينهما (٢) بالتخيير المقتضى للجواز؛ رفعاً (٣) لقيد المنع من الترك من أدلّه الوجوب، وقيد المنع من (٤) الفعل من أدلّه الحرمة.

وأما الاستحباب فيستفاد حينئذٍ من ظهور الترغيب فيه في (٥) خبر محمد بن إسماعيل (٦) وغيره (٧)، الذي هو أيضاً شاهد للجمع، خصوصاً بعد الاعتضاد بفتوى المشهور، وبذلك يرتفع إشكال عدم معقولية الجواز بالمعنى الأخص في مقدمه الواجب؛ ضروره ارتفاع (٨) الوجوب للمعارضه؛ إذ عدم (٩) المعقولية مسلّم في ما لم يعارض فيه

ص: ٨١

١- ١) كذا في «ف» و«ش»، وفي سائر النسخ: تقويه، وفي نسخه بدلها: توجيه.

٢- ٢) في غير «ف» و«ن»: ما بينهما.

٣- ٣) كذا في «ف» و«خ» والمصدر و مصححه «ن»، وفي سائر النسخ: دفعاً.

٤- ٤) في «ف»: عن.

٥- ٥) كذا في «ش» والمصدر، وفي سائر النسخ: فيستفاد من خبر.. الخ.

٦- ٦) المتقدم في الصفحة ٧٦.

٧- ٧) كصحيحه زيد الشحام، المتقدمه في الصفحة ٧٣، وروايه علي بن يقطين، المتقدمه في الصفحة ٧٤.

٨- ٨) في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و«ع»: ضروره أنّ ارتفاع.

٩- ٩) كذا في «ش» و مصححه «ص» و«ن»، وفي سائر النسخ: أو عدم.

مقتضى الوجوب (١)، انتهى.

و فيه: أنّ الحكم فى التعارض بالعموم من وجه هو التوقف و الرجوع إلى الأصول لا- التخيير، كما قرّر فى محله (٢)، و مقتضاها إباحه الولاية؛ للأصل، و وجوب الأمر بالمعروف؛ لاستقلال العقل به كما ثبت فى بابه.

ثمّ على تقدير الحكم بالتخيير، فالتخيير الذى يصار إليه عند تعارض الوجوب و التحريم هو التخيير الظاهرى، و هو الأخذ بأحدهما بالتزام الفعل أو الترك، لا التخيير الواقعى.

ثم المتعارضان بالعموم من وجه، لا- يمكن إلغاء ظاهر كلّ منهما مطلقاً، بل (٣) بالنسبه إلى ماده الاجتماع؛ لوجوب إبقائهما على ظاهرهما فى مادتي الافتراق، فيلزم (٤) استعمال كلّ من الأمر و النهى فى أدله الأمر بالمعروف، و النهى عن الولاية (٥)، فى الإلزام و الإباحه.

ثمّ دليل الاستحباب أخصّ لا محاله من أدله التحريم، فنخصّص به، فلا ينظر بعد ذلك فى أدله (٦) التحريم، بل لا بدّ بعد ذلك

ص: ٨٢

١-١) راجع الجواهر ١٦٤: ٢٢.

٢-٢) انظر فرائد الأصول: ٧٥٧ و ٧٦٢.

٣-٣) عبارته «مطلقاً، بل» من «ش» فقط، و لم ترد فى سائر النسخ.

٤-٤) كذا فى «ف»، و فى غيره: فيلزمك.

٥-٥) كذا فى «ف»، «ن» و «ش» و مصححه «ع» و نسخه بدل «خ» و «ص»، و فى سائر النسخ: عن المنكر.

٦-٦) فى «ف»: فلا ينظر إلى أدله.

من ملاحظه النسبه بينه و بين أدله وجوب الأمر بالمعروف.

و من المعلوم المقرّر في غير مقام (١) أنّ دليل استحباب الشيء الذي قد يكون مقدمه لواجب (٢) لا يُعارض (٣) أدله وجوب ذلك الواجب، فلا وجه لجعله شاهداً على الخروج عن مقتضاها؛ لأنّ دليل الاستحباب مسوق لبيان حكم الشيء في نفسه، مع قطع النظر عن الملزّمات (٤) العرضيه، كصيورته مقدمه لواجب أو مأموراً به لمن يجب إطاعته، أو مندوراً و شبهه.

فالأحسن في توجيه كلام من عبّر بالجواز (٥) مع التمكن من الأمر بالمعروف (٦): إرادته الجواز بالمعنى الأعم.

و أمّا من عبّر بالاستحباب (٧)، فظاهره إرادته الاستحباب العيني الذي لا ينافي الوجوب الكفائي، لأجل الأمر بالمعروف الواجب كفايه، نظير قولهم: يستحبّ تولّى القضاء لمن يثق من نفسه (٨)، مع أنّه واجب

ص: ٨٣

-
- ١-١ (١) في «ص»: المقام.
 - ٢-٢ (٢) في «م»، «ع» و «ص»: الواجب.
 - ٣-٣ (٣) كذا في «ن»، و في غيره: لا تعارض.
 - ٤-٤ (٤) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: الملزومات.
 - ٥-٥ (٥) كذا في «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: الجواز.
 - ٦-٦ (٦) كالعلامة في القواعد ١: ١٢٢.
 - ٧-٧ (٧) كالمحقق في الشرائع ٢: ١٢.
 - ٨-٨ (٨) قاله المحقق في الشرائع ٤: ٦٨، و العلامة في التحرير ٢: ١٧٩، و القواعد ٢: ٢٠١، و المحقّق السبزواری في الكفايه: ٢٦٢، و غيرهم.

كفائى (١)، أو يقال: إنَّ مورد كلامهم ما إذا لم يكن هنا معروف متروك يجب فعلاً- الأمر به، أو منكر مفعول يجب النهى عنه كذلك، بل يعلم بحسب العاده تحقّق مورد الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر بعد ذلك، و من المعلوم أنّه لا يجب تحصيل مقدّمتهما قبل تحقّق موردهما، خصوصاً مع عدم العلم بزمان تحقّقه.

و كيف كان، فلا إشكال فى وجوب تحصيل الولاية إذا كان هناك معروف متروك، أو منكر مركوب، يجب فعلاً الأمر بالأوّل، و النهى عن الثانى.

ص: ٨٤

١ - ١) وردت هذه العبارة فى النسخ بصور مختلفه، و ما أثبتناه مطابق لـ «ف» و مصححه «م». و وردت العبارة فى «ش» هكذا: و من عبّر بالاستحباب فظايره إرادته الاستحباب العينى الذى لا ينافى الوجوب الكفائى، نظير قولهم: يستحبّ تولّى القضاء لمن يثق من نفسه، مع أنّه واجب كفائى؛ لأجل الأمر بالمعروف الواجب كفايه. و فى «م»، «خ»، «ع» و «ص» كما يلى: و أمّا من عبّر بالاستحباب - نظير قولهم: يستحبّ تولّى القضاء لمن يثق من نفسه، مع أنّه واجب كفائى - إرادته الاستحباب العينى الذى لا - ينافى الوجوب الكفائى، لأجل الأمر بالمعروف الواجب كفايه. و وردت فى «ن» نفس هذه العبارة بزيادة كلمه: «فظايره» قبل كلمه: «أراده».

(١)

على تركها من الجائر بما يوجب ضرراً بدنياً أو مالياً عليه، أو على من يتعلق به بحيث يعدّ الإضرار به إضراراً به، و يكون تحمّل الضرر عليه شاقاً على النفس كالأب و الولد و من جرى مجراهما.

و هذا ممّا لا إشكال فى تسويغه ارتكاب الولاية المحرّمة فى نفسها؛ لعموم قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً** فى الاستثناء عن عموم **لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ** (٢).

و النبوى: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي مَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ» (٣).

و قولهم عليهم السلام: «التقّيه فى كلّ ضروره» (٤).

و«ما من شىء إلّا و قد أحلّه الله لمن اضطرّ إليه» (٥).

إلى غير ذلك مما لا يحصى كثره من العمومات و ما يختصّ بالمقام (٦).

ص: ٨٥

١-١ فى «ف» و«ن»: بالوعيد.

٢-٢ (٢) آل عمران: ٢٨.

٣-٣ (٣) الوسائل ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ١ و ٢.

٤-٤ (٤) الوسائل ١١: ٤٦٨ و ٤٦٩، الباب ٢٥ من أبواب النهى و الأمر، الحديث ١ و ٨.

٥-٥ (٥) الوسائل ٤: ٦٩٠، الباب الأوّل من أبواب القيام، الأحاديث ٦ و ٧.

٦-٦ (٦) راجع الوسائل ١٢: ١٤٥، الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به.

الأول أنه كما يباح بالإكراه نفس الولاية المحرّمة، كذلك يباح به ما يلزمها من المحرّمات الأخر

و ما يتفق في خلالها، ممّا يصدر الأمر به من السلطان الجائر، ما عدا إراقه الدم إذا لم يمكن التفصّي عنه، و لا- إشكال في ذلك، إنّما الإشكال في أنّ ما يرجع إلى الإضرار بالغير من نهب الأموال و هتك الأعراض، و غير ذلك من العظائم هل يباح (١) كلّ ذلك بالإكراه و لو كان الضرر المتوّعد به على ترك المكره عليه أقلّ بمراتب من الضرر المكره عليه (٢)، كما إذا خاف على عرضه من كلمه خشنه لا تليق به (٣)، فهل يباح بذلك أعراض الناس و أموالهم و لو بلغت ما بلغت كثره و عظمه، أم لا بدّ من ملاحظه الضررين و الترجيح بينهما؟ وجهان:

من إطلاق أدلّه الإكراه، و أنّ الضرورات تبيح المحظورات (٤).

و من أنّ الاستفادة من أدلّه الإكراه تشريعه لدفع الضرر، فلا يجوز (٥) دفع الضرر بالإضرار بالغير و لو كان ضرر الغير أدون، فضلاً عن أن

ص: ٨٦

١- ١) في النسخ: تباح.

٢- ٢) شطب في «ف» على كلمه: «عليه».

٣- ٣) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: لا يليق به.

٤- ٤) المتقدمه في الصفحه ٨٥.

٥- ٥) في «ف»: و لا يجوز.

يكون أعظم.

وإن شئت قلت: إنَّ حديث رفع الإِ-كراه و رفع الاضطرار، مسوق للامتنان على جنس الأُمَّه، ولا حسن في الامتنان على بعضهم بترخيصه في الإضرار بالبعض الآخر، فإذا توقّف دفع الضرر عن نفسه على الإضرار (١) بالغير لم يجر و وجب تحمّل الضرر.

هذا، ولكن الأقوى هو الأول؛ لعموم دليل نفي الإكراه لجميع المحرّمات حتّى الإضرار بالغير ما لم يبلغ الدم، و عموم نفي الحرج (٢)؛ فإنّ إلزام الغير تحمّل الضرر و ترك ما اكره عليه حرج.

و قوله عليه السلام: «إنّما جعلت التقيه لتحقن بها (٣) الدماء، فإذا بلغ الدم فلا تقيه» (٤)، حيث إنّه دلّ على أنّ حدّ التقيه بلوغ الدم، فتشعر لما عداه.

و أمّا ما ذكر من استفاده كون نفي الإكراه لدفع الضرر، فهو مسلم، بمعنى دفع توجه الضرر و حدوث مقتضيه، لا بمعنى دفع الضرر المتوجّه بعد حصول مقتضيه.

بيان ذلك: أنّه إذا توجه الضرر إلى شخص بمعنى حصول مقتضيه، فدفعه عنه بالإضرار بغيره غير لازم، بل غير جائز في الجملة، فإذا توجه ضرر على المكلف بإجباره على مال (٥) و فرض أنّ نهب

ص: ٨٧

١-١) في غير «ش»: بالإضرار.

٢-٢) المستفاد من قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ الْحَج: ٧٨.

٣-٣) في النسخ: به.

٤-٤) الوسائل ٤٨٣: ١١، الباب ٣١ من أبواب الأمر و النهي.

٥-٥) لم ترد «بإجباره على مال» في «ف».

مال الغير دافع له، فلا- يجوز للمجور نهب مال غيره لدفع الجبر (١) عن نفسه، و كذلك إذا أكره على نهب مال غيره، فلا يجب تحمّل الضرر بترك النهب لدفع الضرر المتوجّه إلى الغير.

و توهم أنّه كما يسوغ النهب في الثاني لكونه مكرهاً عليه فيرتفع حرمة، كذلك يسوغ في الأوّل لكونه مضطراً إليه، ألا ترى أنّه لو توقّف دفع الضرر على محرّم آخر غير الإضرار بالغير كالإفطار في شهر رمضان أو ترك الصلاة أو غيرهما، ساغ له ذلك المحرّم، و بعبارة اخرى: الإضرار بالغير من المحرّمات، فكما يرتفع حرمة بالإكراه كذلك ترتفع بالاضطرار؛ لأنّ نسبة الرفع إلى «ما أكرهوا عليه» و «ما اضطروا إليه» على حدّ سواء، مدفوع: بالفرق بين المثالين في الصغرى بعد اشتراكهما في الكبرى المتقدّمة و هي أنّ الضرر المتوجّه إلى شخص لا- يجب دفعه بالإضرار بغيره بأنّ الضرر في الأوّل متوجّه إلى نفس الشخص، فدفعه عن نفسه بالإضرار بالغير غير جائز، و عموم رفع ما اضطروا إليه لا- يشمل الإضرار بالغير المضطرّ إليه؛ لأنّه مسوق للامتنان على الأمّة، فترخيص بعضهم في الإضرار بالآخر لدفع الضرر عن نفسه و صرف الضرر (٢) إلى غيره، منافٍ للامتنان، بل يشبه الترجيح بلا مرجح، فعموم «ما اضطروا إليه» في حديث الرفع مختصّ بغير الإضرار بالغير من المحرّمات.

و أما الثاني: فالضرر فيه أولاً و بالذات متوجّه إلى الغير بحسب

ص: ٨٨

١- ١) في نسخه بدل «ش»: الضرر.

٢- ٢) في غير «ش» زياده: عن نفسه.

إلزام المكره-بالكسر-و إرادته (١) الحتميّه،و المكره-بالفتح-و إن كان مباشراً إلّا أنّه ضعيف لا ينسب إليه توجيه الضرر إلى الغير حتى يقال:إنّه أضرّ بالغير لثلاً يتضرّر نفسه.

نعم،لو تحمّل الضرر و لم يضرّ بالغير فقد صرف الضرر عن الغير إلى نفسه عرفاً،لكن الشارع لم يوجب هذا،و الامتنان بهذا على بعض الأئمة لا قبح فيه،كما أنّه لو أراد ثالث الإضرار بالغير لم يجب على الغير تحمّل الضرر و صرفه عنه إلى نفسه.

هذا كلّه،مع أنّ أدلّه نفى الحرج (٢)كافيه في الفرق بين المقامين؛ فإنّه لا حرج في أن لا يرخص الشارع دفع (٣)الضرر عن أحد بالإضرار بغيره،بخلاف ما لو ألزم الشارع الإضرار على نفسه لدفع الضرر المتوجّه إلى الغير؛فإنّه حرج قطعاً.

ص: ٨٩

١-١) في «ن»،«م»و«ع»:و إرادته.

٢-٢) من الكتاب قوله تعالى: **وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ الْحَج**: ٧٨،و من السنّه ما ورد في الوسائل ١٠:١٤،الباب ٣٩ من أبواب الذبح، الحديث ٤ و ٦،و غير ذلك.

٣-٣) في «ش»:في دفع.

الثانى أن الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر على ترك المكروه عليه،

ضرراً متعلّقاً بنفسه أو ماله أو عرضه أو بأهله، ممّن يكون ضرره راجعاً إلى تضرّره و تألّمه، و أمّا إذا لم يترتّب على ترك المكروه عليه إلّا الضرر على بعض المؤمنين ممّن يعدّ أجنبياً من المكروه-بالفتح-فالظاهر أنّه لا يعدّ ذلك إكراهاً عرفياً؛ إذ لا خوف له يحمله على فعل ما أمر به.

و بما ذكرنا-من اختصاص الإكراه بصوره خوف لحوق الضرر بالمكروه نفسه، أو بمن يجرى مجراه كالأب و الولد-صرّح فى الشرائع (١) و التحرير (٢) و الروضه (٣) و غيرها (٤).

نعم، لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولايه المحرّمه، بل غيرها من المحرّمات الإلهيه التى أعظمها التبرّى من أممه الدين صلوات الله عليهم أجمعين؛ لقيام الدليل على وجوب مراعاة المؤمنين و عدم تعريضهم للضرر، مثل ما فى الاحتجاج عن أمير المؤمنين عليه السلام: قال: «و لئن تبرأ (٥) منا ساعه بلسانك و أنت موالٍ لنا بجانك لتبقى على نفسك روحها التى بها (٦)

ص: ٩٠

١-١ الشرائع ١٣:٣.

٢-٢ التحرير ٥١:٢.

٣-٣ الروضه البهيه ١٩:٦.

٤-٤ كنهايه المرام ١١:٢، و الحدائق ١٥٩:٢٥، و الرياض ١٦٩:٢.

٥-٥ فى المصدر: و لئن تبرأت.

٦-٦ كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: الذى هو.

قوامها، و مالها الذى بها قيامها (١)، و جاهها الذى به تمسكها (٢)، و تصون من عُرف بذلك من أوليائنا و إخوانك (٣)؛ فإن ذلك أفضل من أن تتعرض للهلاك، و تنقطع به عن عملك فى الدين (٤) و صلاح إخوانك المؤمنين.

و إِيَّاكَ تَمَّ إِيَّاكَ أَنْ تَتْرَكَ التَّقِيَّةَ الَّتِي أَمَرْتَهُ بِهَا، فَإِنَّكَ شَائِطٌ بِدَمِكَ وَ دِمَاءِ إِخْوَانِكَ، مَعْرُضٌ بِنِعْمَتِكَ وَ نِعْمَتِهِمْ (٥) للزوال، مَذَلٌّ لَهُمْ فِي أَيْدِي أَعْدَاءِ دِينِ اللَّهِ، وَ قَدْ أَمَرَكَ اللَّهُ (٦) بِإِعْزَازِهِمْ، فَإِنَّكَ إِنْ خَالَفت وَصِيَّتِي كَانَ ضَرْرُكَ عَلَى إِخْوَانِكَ وَ نَفْسِكَ (٧) أَشَدَّ مِنْ ضَرْرِ النَّاصِبِ لَنَا، الْكَافِرِ بِنَا.. الْحَدِيثُ (٨).

لكن لا يخفى أنه لا يباح بهذا النحو من التقيّة الإضرار بالغير؛ لعدم شمول أدلّة الإكراه لهذا؛ لما عرفت من عدم تحقّقه مع عدم لحوق ضرر بالمؤكّره و لا- بمن يتعلّق به، و عدم جريان أدلّة نفى الحرج؛ إذ لا- حرج على المأمور؛ لأنّ المفروض تساوى من أمر بالإضرار به و من

ص: ٩١

١- ١) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: نظامها.

٢- ٢) فى المصدر: تماسكها.

٣- ٣) فى المصدر و نسخه بدل «ص»: إخواننا.

٤- ٤) فى المصدر: عمل الدين.

٥- ٥) كذا فى «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: نعمتهم.

٦- ٦) لفظه الجلاله من «ص» و المصدر.

٧- ٧) فى «ص» و المصدر: نفسك و إخوانك.

٨- ٨) الاحتجاج ٣٥٥: ١، ضمن حديث طويل، و عنه الوسائل ١١: ٤٧٩، الباب ٢٩ من أبواب الأمر و النهى، الحديث ١١.

يتضرر بترك هذا الأمر، من حيث النسبه إلى المأمور (١)، مثلاً لو أمر الشخص بنهب مال مؤمن، ولا يترتب على مخالفه المأمور به إلّا نهب مال مؤمنٍ آخر، فلا حرج حينئذٍ في تحريم نهب مال الأول، بل تسويغه لدفع النهب عن الثاني قبيح، بملاحظه ما علم من الروايه المتقدمه من الغرض في التقيّه، خصوصاً مع كون المال المنهوب للأوّل أعظم بمراتب، فإنّه يشبه بمن فر من المطر إلى الميزاب، بل اللازم في هذا المقام عدم جواز الإضرار بمؤمن و لو لدفع الضرر الأعظم عن (٢) غيره. نعم، إلّا لدفع ضرر النفس في وجهه، مع ضمان ذلك الضرر.

و بما ذكرنا ظهر: أنّ إطلاق جماعه (٣) لتسويغ ما عدا الدم من المحرّمات بترتب ضرر مخالفه المكره عليه على نفس المكره و على أهله أو على الأجانب من المؤمنين، لا- يخلو من (٤) بحثٍ، إلّا أن يريدوا الخوف على خصوص نفس بعض المؤمنين، فلا إشكال في تسويغه لما عدا الدم من المحرّمات؛ إذ لا يعادل (٥) نفس المؤمن شىء، فتأمل.

قال في القواعد: و تحرم الولايه من الجائر إلّا مع (٦) التمكن من

ص: ٩٢

١- ١) في «ف»: المأمور به.

٢- ٢) في غير «ف»: من.

٣- ٣) راجع التحرير ١٦٣: ١، و الشرائع ١٢: ٢، و الدروس ١٧٤: ٣، و الرياض ٥١٠: ١.

٤- ٤) في «ف»: عن.

٥- ٥) في النسخ: تعادل.

٦- ٦) في «خ»، «ع»، «ص» و «ش» زياده: عدم.

الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل، أو على بعض المؤمنين، فيجوز (١) ائتمار (٢) ما يأمره إلّا القتل (٣)، انتهى.

و لو أراد ب«الخوف على بعض المؤمنين» الخوف على أنفسهم دون أموالهم و أعراضهم، لم يخالف ما ذكرنا، و قد شرح العبارة بذلك بعض الأساطين، فقال: إلّا مع الإكراه بالخوف على النفس من تلفٍ أو ضررٍ فى البدن، أو المال المضرّ بالحال من تلف أو حجب، أو العرض من جهة النفس أو الأهل، أو الخوف فيما عدا الوسط على بعض المؤمنين، فيجوز حينئذ ائتمار ما يأمره (٤)، انتهى.

و مراده ب«ما عدا الوسط» الخوف على نفس بعض المؤمنين و أهله.

و كيف كان، فهنا عنوانان: الإكراه، و دفع الضرر المخوف عن نفسه و عن غيره من المؤمنين من دون إكراه.

و الأول يباح به كلّ محرّم (٥).

و الثانى إن كان متعلّقاً بالنفس جاز له كلّ محرّم حتّى الإضرار المالى بالغير، لكنّ الأقوى استقرار (٦) الضمان عليه إذا تحقّق سببه؛ لعدم

ص: ٩٣

١- ١) لم ترد «فيجوز» فى «ف».

٢- ٢) فى «ف» و المصدر: اعتماد.

٣- ٣) القواعد ١٢٢: ١.

٤- ٤) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٣٦.

٥- ٥) فى «ن» زياده: إلّا القتل.

٦- ٦) لم ترد «استقرار» فى «ف».

الإكراه المانع عن الضمان، أو استقراره. و أما الإضرار بالعرض بالزنا و نحوه، ففيه تأمل، و لا يبعد ترجيح النفس عليه.

و إن كان متعلقاً بالمال، فلا يسوغ معه الإضرار بالغير أصلاً حتّى فى اليسير من المال، فإذا توقّف دفع السبع عن فرسه بتعريض حمار غيره للاقتراس لم يجز.

و إن كان متعلقاً بالعرض، ففي جواز الإضرار بالمال مع الضمان أو العرض الأخفّ من العرض المدفوع عنه، تأمل.

و أما الإضرار بالنفس، أو العرض الأعظم، فلا يجوز بلا إشكال.

هذا، و قد وقع فى كلام بعض تفسير الإكراه بما يعمّ لحوق الضرر.

قال فى المسالك: ضابط الإكراه المسوّغ للولاية: الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه، أو على بعض المؤمنين (1)، انتهى.

و يمكن أن يريد بالإكراه مطلق المسوّغ للولاية، لكن صار هذا التعبير منه رحمه الله منشأً لتخييل غير واحد (2) أنّ الإكراه المجوّز لجميع المحرّمات هو بهذا المعنى.

ص: ٩٤

١-١) المسالك ١٣٩:٣.

٢-٢) انظر الرياض ٥١٠:١، و المستند ٣٥١:٢، و الجواهر ١٦٨:٢٢ و غيرها.

الثالث [هل يعتبر العجز عن التفصي من المكروه عليه؟]

أنه قد ذكر بعض مشايخنا المعاصرين (١): أنه يظهر من الأصحاب أن (٢) في اعتبار عدم قدره على التفصي من المكروه عليه و عدمه، أقوالاً ثالثها: التفصيل بين الإكراه على نفس الولايه المحرّمه فلا- يعتبر، و بين غيرها من المحرّمات فيعتبر فيه العجز عن التفصي.

و الذى يظهر من ملاحظه كلماتهم فى باب الإكراه: عدم الخلاف فى اعتبار العجز عن التفصي إذا لم يكن حرجاً و لم يتوقّف على ضرر، كما إذا أكره على أخذ المال من مؤمن، فيُظهر أنه أخذ المال و جعله فى بيت المال، مع عدم أخذه واقعاً، أو أخذه جهراً ثم رده إليه سرّاً كما كان يفعل ابن يقطين، و كما إذا أمره بحبس مؤمن فيدخله فى دار واسعته من دون قيد، و يحسن ضيافته و يظهر أنه حبسه و شدّد عليه.

و كذا لا- خلاف فى أنه لا يعتبر العجز عن التفصي إذا كان فيه ضرر كثير، و كأنّ منشأ زعم الخلاف ما ذكره فى المسالك فى شرح عبارته الشرائع مستظهاً منه خلاف ما اعتمد عليه (٣).

ص: ٩٥

١- ١) لعلّ المراد به السيّد المجاهد، لكنه لم يسند الأقوال الثلاثة إلى ظاهر الأصحاب، بل قال بعد طرح المسألة: «فيه أقوال- إلى أن قال:- الثانى: ما استظهره فى المصاييح من كلام بعض الأصحاب من التفرقة بين التولية و فعل المحرّم...» انظر المناهل: ٣١٨، و انظر المصاييح (مخطوط): ٥٣.

٢- ٢) لم ترد «أنّ» فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و«ع».

٣- ٣) راجع المسالك ١٣٩: ٣.

قال فى الشرائع-بعد الحكم بجواز الدخول فى الولاية،دفعاً للضرر اليسير مع الكراهه و الكثير بدونها:-إذا أكرهه الجائر على الولاية جاز له الدخول و العمل بما يأمره (1)مع عدم قدره على التفصلى منه (2)(3)،انتهى.

قال فى المسالك ما ملخصه:إن المصنّف قدس سرّه ذكر فى هذه المسأله شرطين:الإكراه،و العجز عن التفصلى،و هما متغايران،و الثانى أخصّ.

و الظاهر أنّ مشروطهما (4)مختلف،فالأول شرط لأصل قبول الولاية، و الثانى شرط للعمل بما يأمره.

ثمّ فرّع عليه:أنّ الولاية إن أخذت مجرّده عن الأمر بالمحرّم فلا- يشترط فى جوازه الإكراه،و أمّا العمل بما يأمره من المحرّمات فمشروط بالإكراه خاصّه (5)،و لا- يشترط فيه الإلجاء إليه (6)بحيث لا- يقدر على خلافه،و قد صرّح به الأصحاب فى كتبهم،فاشترط (7)العجز عن التفصلى غير واضح،إلّا أن يريد به أصل الإكراه-إلى أن قال:-إنّ

ص: ٩٦

١- ١) كذا فى «ش» و المصدر و مصححه «م»، و فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: و اعتماد ما يأمره، و فى «ص»: و ائتمار ما يأمره.

٢- ٢) فى «ش» زياده ما يلى: إلّا فى الدماء المحرّمه؛ فإنّه لا تقيّه فيها.

٣- ٣) الشرائع ١٢: ٢.

٤- ٤) فى «ع» و «ص» و ظاهر «م»: شروطهما.

٥- ٥) فى «ف» و مصححه «م» و نسخه بدل «ع»: بإكراه صاحبه.

٦- ٦) فى «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: فيه.

٧- ٧) فى «ف»، «م»، «ع» و «ص»: و اشتراط.

الإكراه مسوّغ لامتنال ما يؤمر به و إن قدر على المخالفه مع خوف الضرر (١)، انتهى موضع الحاجه من كلامه.

أقول: لا يخفى على المتأمل أنّ المحقق رحمه الله لم يعتبر شرطاً زائداً على الإكراه، إلّا أنّ الجائر إذا أمر الوالى بأعمال محرّمه فى ولايته - كما هو الغالب - و أمكن فى بعضها المخالفه واقعاً و دعوى الامتنال ظاهراً كما مثّلنا لك سابقاً (٢)، قيد امتثال ما يؤمر به بصوره العجز عن التفصى.

و كيف كان، فعبارته الشرائع واقعته على طبق المتعارف من توليه الولاة و أمرهم فى ولايتهم بأوامر كثيره يمكنهم التفصى عن بعضها، و ليس المراد بالتفصى المخالفه مع تحمّل الضرر، كما لا يخفى.

و ممّا ذكرنا يظهر فساد ما ذكره (٣) من نسبة الخلاف (٤) المتقدم إلى الأصحاب من أنه على القول باعتبار العجز عن التفصى لو توقف المخالفه على بذل مال كثير لزم على هذا القول، ثم قال: و هو أحوط، بل و أقرب (٥).

ص: ٩٧

١-١) راجع المسالك ١٣٩:٣-١٤٠.

٢-٢) فى الصفحه ٩٥.

٣-٣) أى صاحب المناهل فى أوّل هذا التنبيه، فإنّه و إن لم يصرّح بوجود الخلاف، لكن مجرد ذكر أقوال ثلاثه فى المسأله دالّ عليه.

٤-٤) فى «ش»: من نسب عدم الخلاف.

٥-٥) المناهل: ٣١٨.

الرابع أن قبول الولايه مع الضرر المالى الذى لا يضّر بالحال رخصه، لا عزيمه،

فيجوز تحمّل الضرر المذكور؛ لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، بل ربما يستحبّ تحمّل ذلك الضرر للفرار عن تقويه شوكتهم.

الخامس لا يباح بالإكراه قتل المؤمن و لو نوّعد على تركه بالقتل إجماعاً،

على الظاهر المصرّح به فى بعض الكتب (١)، وإن كان مقتضى عموم نفي الإكراه و الحرج الجواز، إلما أنّه قد صحّ عن (٢) الصادقين صلوات الله عليهما أنّه:

«إنّما شرّعت التقيّه ليحقن بها الدم، فإذا بلغت الدم فلا تقيّه» (٣).

و مقتضى العموم أنّه (٤) لا فرق بين أفراد المؤمنين من حيث الصغر و الكبر، و الذكوره و الأنوثه، و العلم و الجهل، و الحرّ و العبد و غير ذلك.

و لو كان المؤمن مستحقاً للقتل لحدّ ففى العموم و جهان: من إطلاق قولهم: «لا تقيّه فى الدماء»، و من أنّ الاستفادة من قوله عليه السلام:

«ليحقن بها الدم (٥) فإذا بلغ الدم فلا تقيّه» أنّ المراد الدم المحقون دون

ص: ٩٨

١-١) صرّح به فى: الرياض ٥١٠:١، و الجواهر ١٦٩:٢٢.

٢-٢) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: من.

٣-٣) الوسائل ٤٨٣:١١، الباب ٣١ من أبواب الأمر و النهى، الحديث ١ و ٢.

٤-٤) فى غير «ش»: أن.

٥-٥) فى غير «ش»: به الدماء.

المأمور بإهراقه، و ظاهر المشهور الأول.

و أما المستحق للقتل قصاصاً فهو محقون الدم بالنسبه إلى غير وليّ الدم.

و ممّا ذكرنا يظهر سكوت الروائين عن حكم دماء أهل الخلاف؛ لأنّ التقية إنما شرّعت لحقن دماء الشيعة، فحدّها بلوغ دمهم، لا دم غيرهم.

و بعبارة اخرى: محصّل (1) الرواية لزوم نقض الغرض من تشريع التقية في إهراق الدماء؛ لأنها شرّعت لحقنها فلا يشرّع لأجلها إهراقها.

و من المعلوم أنّه إذا أكره المؤمن على قتل مخالف فلا يلزم من شرعيته التقية في قتله إهراق ما شرّع التقية لحقنه.

هذا كلّه في غير الناصب، و أمّا الناصب فليس محقون الدم، و إنّما منع منه حدوث الفتنة، فلا إشكال في مشروعيتها قتله للتقية.

و ممّا ذكرنا يعلم حكم دم الذمّي و شرعيته التقية في إهراقه.

و بالجمله، فكّل دم غير محترم (2) بالذات عند الشارع خارج عن مورد الروائين، فحكم إهراقه حكم سائر المحرّمات التي شرّعت التقية فيها.

بقي الكلام في أنّ الدم يشمل (3) الجرح و قطع الأعضاء، أو يختص

ص: ٩٩

١- ١) كذا في «ف»، «خ»، «ص»، «ش» و نسخه بدل «ع» و «ن» و مصححه «م»، و في «ن»، «م» و «ع» و نسخه بدل «خ»: محل.

٢- ٢) في «ن»، «خ» و «ع» و ظاهر «ف»: محرّم.

٣- ٣) في «ف»: يشتمل.

بالقتل؟ وجهان:

من إطلاق الدم، وهو المحكى عن الشيخ (١).

و من عمومات التقيّه و نفى الحرج و الإكراه، و ظهور الدم المتّصف بالحقن في الدم المبقى للروح، و هو المحكى (٢) عن الروضه (٣) و المصايح (٤) و الرياض (٥)، و لا يخلو عن قوّه.

ص: ١٠٠

-
- ١-١) حكاة الشهيد الثاني في المسالك ١٤١:٣، فقال: «و به صرّح الشيخ رحمه الله في الكلام»، انظر كتاب الاقتصاد: ٢٤٠.
 - ٢-٢) حكاة السيد المجاهد في المناهل: ٣١٧.
 - ٣-٣) الروضه البهيه ٢:٤٢٠.
 - ٤-٤) المصايح (مخطوط): ٥٢.
 - ٥-٥) الرياض ١:٥١٠.

خاتمه فى ما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه و فى رعيتيه

روى شيخنا الشهيد الثانى رحمه الله فى رسالته المسماة بكشف الريبه عن أحكام الغيبه، بإسناده عن شيخ الطائفه، عن مفيدها (١)، عن جعفر ابن محمد (٢) بن قولويه، عن أبيه، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه محمد بن عيسى (٣) الأشعري، عن عبد الله بن سليمان النوفلى، قال:

كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فإذا بمولى لعبد الله النجاشى قد (٤) ورد عليه فسلم (٥) وأوصل إليه كتاباً، ففحصه وقرأه، فإذا أول سطر فيه:

بسم الله الرحمن الرحيم، أطال الله تعالى (٦) بقاء سيدى، وجعلنى

ص: ١٠١

-
- ١- ١) كذا فى «ف» و مصححه «ن»، و فى «ش»: المفيد، و فى سائر النسخ: مفيد.
 - ٢- ٢) عبارته «جعفر بن محمد» من «ش» و المصدر.
 - ٣- ٣) عبارته «عن أبيه محمد بن عيسى» من «ش» و المصدر و مصححه «ص».
 - ٤- ٤) كلمه «قد» من «ش» و المصدر و مصححه «ص».
 - ٥- ٥) فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: و سلم.
 - ٦- ٦) كلمه «تعالى» من «ص» و المصدر.

من كل سوء فداء، ولا أرانى فيه مكروهاً، فإنه وليّ ذلك والقادر عليه.

اعلم سيدي و مولاي (١)، أنى بُليت بولايه الأهواز، فإن رأى سيدي و مولاي أن يحدّ لى حدّا، ويمثّل (٢) لى مثلاً لأستدلّ (٣) به على ما يقربنى إلى الله عزّ و جلّ و إلى رسوله صلّى الله عليه و آله و سلم، و يلخص (٤) فى كتابه ما يرى لى العمل به، و فى ما أبدله (٥)، و أين أضع زكاتى، و فى من أصرّفها (٦)، و بمن آنس، و إلى من أستريح، و بمن أثق و آمن و ألجأ إليه فى سرّى، فعسى أن يخلصنى الله تعالى بهدايتك و ولايتك (٧)، فإنّك حجّه الله على خلقه و أمينه فى بلاده، لا (٨) زالت نعمته عليك.

قال عبد الله بن سليمان، فأجابه أبو عبد الله عليه السلام:

بسم الله الرحمن الرحيم

(٩)

،حاطك (١٠) الله بصنعه، و لطف بك بمنّه، و كلاك برعايته، فإنه وليّ ذلك.

ص: ١٠٢

١-١ (١) كلمه «و مولاي» من «ش» و المصدر.

٢-٢ (٢) فى «خ» و «ص» و الوسائل: أو يمثّل.

٣-٣ (٣) كذا فى «ش» و هامش «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: استدل.

٤-٤ (٤) فى «خ» و «ش» زياده: لى.

٥-٥ (٥) فى نسخه بدل «ش»: أبتدله، و فى المصدر: ابتدله و ابتدله.

٦-٦ (٦) كذا فى «ص» و «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: أصرّف.

٧-٧ (٧) فى المصدر: بهدايتك و دلالتك و ولايتك.

٨-٨ (٨) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: و لا.

٩-٩ (٩) التسميه من «ش» و المصدر و هامش «ن»، «خ» و «ص» فى الهامش.

١٠-١٠ (١٠) فى نسخه بدل «ص»: صالحك.

أما بعد، فقد جاءني (١) رسولك بكتابك، فقرأته و فهمت جميع ما ذكرته و سألت عنه، و ذكرت أنك بليت بولايه الأهواز، فسرني (٢) ذلك و ساءني، و سأخبرك بما ساءني من ذلك و ما سرني إن شاء الله تعالى.

فأما (٣) سروري بولايتك (٤)، فقلت: عسى أن يغيث الله بك ملهوفاً خائفاً (٥) من أولياء آل محمد صلى الله عليه و آله و سلم، و يعزبك ذليلهم، و يكسو بك عاريهم، و يقوى بك ضعيفهم، و يطفى بك نار المخالفين عنهم.

و أقرى الذى ساءني من ذلك، فإن أدنى ما أخاف عليك أن تعثر بوليت لنا فلا تشم رائحه (٦) حظيره القدس، فإنى ملخص لك جميع ما سألت عنه، فإن (٧) أنت عملت به و لم تجاوزه، رجوت أن تسلم إن شاء الله تعالى.

أخبرني يا عبد الله أبى، عن آبائه، عن على عليه السلام، عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، أنه قال: «من استشاره أخوه المؤمن (٨)

ص: ١٠٣

١- ١) فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: جاء إلى.

٢- ٢) فى «ش»: و سرني.

٣- ٣) فى «ش»: و أمّا.

٤- ٤) لم ترد «بولايتك» فى «ف»، «خ»، «م» و «ع».

٥- ٥) لم ترد «خائفاً» فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع».

٦- ٦) لم ترد «رائحه» فى «ف»، «ن»، «م» و «ع».

٧- ٧) فى «ص» و المصدر: إن.

٨- ٨) فى نسخه بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع»: المسلم، و فى «ش»: المؤمن المسلم.

فلم يمحصه النصيحة، سلب (١) الله لثبه (٢)».

واعلم، أُنِّي سَأشِيرُ عَلَيْكَ بِرَأْيِي (٣) إِنْ أَنْتَ عَمَلْتَ بِهِ تَخَلَّصْتَ مِمَّا أَنْتَ تَخَافُهُ (٤)، وَاَعْلَمْ أَنَّ خَلَاصَكَ، وَنَجَاتَكَ فِي حَقْنِ الدَّمَاءِ، وَكَفِّ الْأَذَى عَنِ أَوْلِيَاءِ اللَّهِ، وَالرِّفْقِ بِالرَّعِيَّةِ، وَالتَّائِي وَحَسَنِ الْمَعَاشِرَةِ، مَعَ لَيْنٍ فِي غَيْرِ ضَعْفٍ، وَشِدَّةٍ فِي غَيْرِ عُنْفٍ، وَمَدَارَاهِ صَاحِبِكَ وَ مَنْ يَرِدُ عَلَيْكَ مِنْ رِسَلِهِ.

وَارْفُقْ بِرَعِيَّتِكَ (٥) بِأَنْ تَوْفِقَهُمْ عَلَى مَا وَافَقَ الْحَقَّ وَالْعَدْلَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِيَّاكَ وَالسَّعَاءَ وَ أَهْلَ النَّمَائِمِ، فَلَا يَلْزِقَنَّ (٦) بِكَ مِنْهُمْ أَحَدًا، وَلَا يَرَاكَ (٧) اللَّهُ يَوْمًا وَ لَيْلَهُ وَ أَنْتَ تَقْبَلُ مِنْهُمْ صَرَفًا وَ لَا عَدْلًا فَيَسْخَطُ اللَّهُ عَلَيْكَ وَ يَهْتِكُ سِتْرَكَ، وَ أَحْذِرْ مَكْرَ خَوْزِي (٨) الْأَهْوَازِ، فَإِنَّ أَبِي أَخْبَرَنِي (٩) عَنْ آبَائِهِ، عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ (١٠): «إِنَّ الْإِيمَانَ

ص: ١٠٤

-
- ١-١) في «ص» و المصدر و نسخه بدل «ش»: سلبه.
 - ٢-٢) في «ش» و مصححتي «م» و «ع»: لثبه عنه، و في «خ»: عنه لثبه.
 - ٣-٣) كذا في الوسائل، و في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: رأبي، و في «ن» و «ش» و المصدر: برأبي.
 - ٤-٤) في المصدر: متخوفه، و في «ف»: تخوفه.
 - ٥-٥) في «خ» و المصدر، و نسخه بدل «ص» و «ش»: و ارتق فتق رعيتك.
 - ٦-٦) في المصدر و نسخه بدل «ش»: يلتزقن.
 - ٧-٧) في «ف»: و لا رآك، و في «م» و «ع»: و لا أراك.
 - ٨-٨) في «ف»: خوازي، و في المصدر: خوز.
 - ٩-٩) في غير «ش» زياده: عن أبيه.
 - ١٠-١٠) في «ص» و المصدر: أنه قال.

لا يثبت (١) في قلب يهودى ولا خوزى أبداً.

و أما (٢) من تأنس به و تستريح إليه و تلجئ أمورك إليه، فذلك الرجل الممتحن المستبصر الأمين الموافق لك على دينك. و ميز أعوانك، و جرب الفريقين؛ فإن رأيت هنالك رسداً فشأنك و إياه.

و إياك أن تعطى درهماً أو تخلع (٣) ثوباً أو تحمل على دأبه فى غير ذات الله، لشاعر أو مضحك أو ممتزح (٤)، إلا أعطيت مثله فى ذات الله.

و لتكن (٥) جوائزك و عطاياك و خلعتك للقواد و الرسل و الأحفاد و أصحاب الرسائل و أصحاب الشرط و الأحماس، و ما أردت أن تصرف فى وجوه البرّ و النجاح و الصدقه و الفطره (٦) و الحج و الشرب (٧) و الكسوه التى تصلّى فيها و تصل بها، و الهديه التى تهديها إلى الله عزّ و جلّ و إلى رسوله (٨) من أطيب كسبك.

ص: ١٠٥

١-١) فى «ف»، «ن» و نسخه بدل «خ»: لا يثبت.

٢-٢) فى «ص» و المصدر: فأما.

٣-٣) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: و تخلع.

٤-٤) كذا فى «ف»، «ص» و المصدر و مصححه «خ»، و فى سائر النسخ: ممزح.

٥-٥) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: و ليكن.

٦-٦) لم ترد «و الفطره» فى «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص». و كتب فى «ص» فوق «الصدقه»: و العتق و الفتوه. و وردت العبارة فى المصدر هكذا: «... و النجاح و الفتوه و الصدقه و الحج».

٧-٧) فى «ص» و المصدر و مصححه «ن»: و المشرب.

٨-٨) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: و رسوله.

وَأَنْظِرْ (١) يَا عَبْدَ اللَّهِ أَنْ لَا تَكْتَزِ ذَهَبًا وَلَا فَضْهَ فَتَكُونَ مِنْ أَهْلِ هَذِهِ الْآيَةِ: الَّذِينَ يَكْتِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ (٢) وَلَا تَسْتَصْغِرَنَّ مِنْ حَلْوٍ أَوْ فَضْلِ طَعَامٍ (٣) تَصْرِفُهُ فِي بَطُونِ خَالِيهِ تَسْكُنُ بِهَا غَضَبَ اللَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.

و اعلم، أتى سمعت أبي يحدث عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السلام:

«أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (٤) قَالَ يَوْمًا لِأَصْحَابِهِ: مَا آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ مِنْ بَاتِ شَبَعَانًا وَجَارِهِ جَائِعٍ، فَقَلْنَا: هَلَكْنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: مَنْ فَضِلَ طَعَامَكُمْ، وَ مِنْ فَضْلِ تَمْرِكُمْ وَ رِزْقِكُمْ وَ خَلْقِكُمْ وَ خِرْقِكُمْ تَطْفِئُونَ بِهَا غَضَبَ الرَّبِّ تَعَالَى.

و سَأْنَبُكَ بِهَوَانَ (٥) الدُّنْيَا وَ هَوَانَ شَرَفِهَا عَلَيَّ مِنْ مَضَى مِنَ السَّلَفِ وَ التَّابِعِينَ، فَقَدْ حَدَّثَنِي أَبِي (٦)، مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، قَالَ:

«لَمَّا تَجَهَّزَ الْحُسَيْنُ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِلَى الْكُوفَةِ (٧) أَتَاهُ ابْنُ عَبَّاسٍ فَنَاشَدَهُ اللَّهُ وَ الرَّحِمَ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَقْتُولُ بِالطُّفِّ، فَقَالَ: أَنَا أَعْرِفُ (٨) بِمَصْرَعِي مِنْكَ،

ص: ١٠٦

١-١) في المصدر و مصححه «ص»: يا عبد الله اجهد.

٢-٢) التوبه: ٣٤.

٣-٣) في «ص»: و لا فضل طعام.

٤-٤) في المصدر و نسخه بدل «ش»: أنه سمع النبي صلى الله عليه و آله و سلم، بدل: أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم.

٥-٥) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: على هوان.

٦-٦) لم ترد «أبي» في المصدر.

٧-٧) عبارته «إلى الكوفه» من «ص»، «ش» و المصدر.

٨-٨) عبارته «أنا أعرف» من «ش» و المصدر.

و ما وَكَيْدِي من الدنيا إلَّا فراقها، أ لا أخبرك يا بن عباس بحديث أمير المؤمنين عليه السلام و الدنيا؟ فقال له (١): بلى لعمري إنني أُحِبُّ أن تحدّثني بأمرها.

فقال أبي: قال علي بن الحسين عليه السلام: سمعت أبا عبد الله الحسين عليه السلام يقول: حدثني أمير المؤمنين عليه السلام، قال: إنني كنت بفدك (٢) في بعض حيطانها و قد صارت لفاطمه عليها السلام، فإذا أنا بامرأه قد قَحَمَتْ عليّ و في يدي مسحاه و أنا أعمل بها، فلما نظرت إليها طار قلبي مما تداخلني من جمالها، فشَبَّهْتُها ببنيه (٣) بنت عامر الجمحي (٤) و كانت من أجمل نساء قريش.

فقالت: يا بن أبي طالب، هل لك أن تتزوَّج بي فأغنيك (٥) عن هذه المسحاه، و أدلك على خزائن الأرض فيكون لك [الملك (٦)] ما بقيت و لعقبك من بعدك؟ فقال لها: من أنتِ حتى أخطبك من أهلك؟ فقالت: أنا الدنيا.

ص: ١٠٧

-
- ١-١ (١) كلمه «له» من «ش» و المصدر.
 - ٢-٢ (٢) في «ش»: إنني بفدك.
 - ٣-٣ (٣) كذا في المصدر، و اختلفت النسخ في ضبط الكلمه من حيث تقديم بعض الحروف و تأخيرها.
 - ٤-٤ (٤) كذا في «ف» و المصدر، و اختلفت سائر النسخ في ضبط الكلمه كسابققتها.
 - ٥-٥ (٥) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: فأغنيتك.
 - ٦-٦ (٦) من المصدر.

قال: [قلت (١)] لها: فارجعي واطلبي زوجاً غيري فلست من شأنى (٢)، فأقبلت على مسحاتى و أنشأت أقول:

لقد خاب من غرته دنيا دئيه

و ما هى أن غرت قروناً بنائل (٣)

أتتنا على زى العزيز بثينه (٤)

و زينتها فى مثل تلك الشمائل

فقلت لها: غرى سوى فإنى

عزوف عن (٥) الدنيا و لست بجاهل

و ما أنا و الدنيا فإن محمداً

أحلّ صريعاً بين تلك الجنادل

و هيهات امنى بالكنوز و ودّها (٦)

و أموال قارون و ملك القبائل

أليس جميعاً للفناء مصيرنا (٧)

و يطلب من خزّانها بالطوائل؟

فغرى سوى إننى غير راغبٍ

بما فيك من ملك و عزّ (٨) و نائل

فقد قنعت نفسى بما قد رزقته

فشأنك يا دنيا و أهل الغوائل

فإنى أخاف الله يوم لقائه

و أخشى عذاباً دائماً غير زائل

فخرج من الدنيا و ليس فى عنقه تبعه (٩) لأحد، حتى لقى الله

- ١-١) من المصدر.
- ٢-٢) عبارته «فلست من شأني» من «ش» و المصدر.
- ٣-٣) في المصدر و نسخه بدل «ش» و «م»: بطائل.
- ٤-٤) اختلفت النسخ في ضبط الكلمه هنا أيضاً كما تقدم.
- ٥-٥) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: من.
- ٦-٦) في المصدر: وهبها أتننا بالكنوز و درّها، و كذا في مصححه «ص» إلا أنّ فيها: أتتنى.
- ٧-٧) في مصححه «ص»: مصيرها.
- ٨-٨) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: من عزّ و ملك.
- ٩-٩) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: بيعه.

تعالى محموداً غير ملوم ولا مذموم، ثم اقتدت به الأئمة من بعده بما قد بلغكم، لم يتلّطخوا بشيء من بوائقها».

وقد وجهت إليك بمكارم الدنيا والآخرة عن (١) الصادق (٢) المصدّق رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم، فإن أنت عملت بما نصحت لك في كتابي هذا، ثم كانت عليك من الذنوب و (٣) الخطايا كمثل أوزان الجبال و أمواج البحار، رجوت الله أن يتجافى (٤) عنك جلّ وعزّ بقدرته.

يا عبد الله، إياك (٥) أن تخيف مؤمناً؛ فإنّ أبي (٦) حدثني عن أبيه، عن جدّه (٧) علي بن أبي طالب عليه وعليهم السلام، أنّه كان يقول: «من نظر إلى مؤمن نظره ليخيفه بها، أخافه الله يوم لا - ظلّ إلّا ظلّه، وحشره على (٨) صورته الذرّ لحمه و جسده و جميع أعضائه، حتى يورده مورده».

و حدّثني أبي (٩)، عن آبائه، عن علي عليه السلام، عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم، قال: «من أغاث لهفاناً من المؤمنين (١٠) أغاثه الله يوم لا ظلّ إلّا ظلّه،

ص: ١٠٩

١- ١) كذا في مصححتي «ن» و«خ»، و في سائر النسخ و المصدر: و عن.

٢- ٢) لم ترد «الصادق» في «ف».

٣- ٣) عبارته «الذنوب و» من «ص»، «ش» و المصدر.

٤- ٤) في نسخه بدل «م»: يتجاوز، و في نسخه بدل «ش»: يتحامي.

٥- ٥) كذا في «ص»، «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: و إياك.

٦- ٦) في «ص» و المصدر: فإنّ أبي، محمد بن علي.

٧- ٧) في غير «ش» زياده: عن.

٨- ٨) في «ش» و المصدر: في.

٩- ٩) في غير «ش» زياده: عن أبيه.

١٠- ١٠) عبارته «من المؤمنين» من «ص» و«ش» و المصدر.

و آمنه من الفزع الأكبر، و آمنه من سوء المنقلب.

و من قضى لأخيه المؤمن حاجه قضى الله له حوائج كثيره، إحداهما (١) الجنة.

و من كسا أخاه المؤمن (٢) جبهه (٣) عن (٤) عرى، كساه الله من سندس الجنة و استبرقها و حريرها، و لم يزل يخوض فى رضوان الله ما دام على المكسوة منها سلكاً.

و من أطعم أخاه من جوع، أطعمه الله من طيبات الجنة، و من سقاه من ظمأ، سقاه الله من الرحيق المختوم.

و من أخدم أخاه، أخدمه الله من الولدان المخلدين، و أسكنه مع أوليائه الطاهرين.

و من حمل أخاه المؤمن على راحله (٥)، حملة الله على ناقه من نوق الجنة، و باهى به الملائكة المقربين يوم القيامة.

و من زوج أخاه [المؤمن (٦)] امرأة يأنس بها و تشد (٧) عضده

ص: ١١٠

١-١ فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: أحدها.

٢-٢ كلمه «المؤمن» من «ش» و المصدر و مصححه «ص».

٣-٣ لم ترد «جبهه» فى المصدر، و كتب فوقها فى «ن»، «خ» و «ع»: خ ل.

٤-٤ فى «ف» و «ن» و هامش «ص»: من.

٥-٥ فى نسخه بدل «ش»: رحله.

٦-٦ من المصدر.

٧-٧ فى «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: و يشد.

و يستريح إليها، زوجه الله من الحور العين و آنسه بمن أحبه (١) من الصديقين من أهل بيت نبيه صلى الله عليه و آله و سلم و إخوانه، و آنسهم به.

و من أعان أخاه المؤمن (٢) على سلطان جائر، أعانه الله على إجازة (٣) الصراط عند (٤) زله الأقدام.

و من زار أخاه المؤمن في منزله لا لحاجه منه إليه، كتب (٥) من زوار الله، و كان حقيقاً على الله أن يكرم زائره.

يا عبد الله، و حدثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام، أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول لأصحابه يوماً: «معاشر الناس إنّه ليس بمؤمن من آمن بلسانه و لم يؤمن بقلبه، فلا تتبعوا عثرات المؤمنين، فإنّه من تتبع (٦) عثره مؤمن يتبع (٧) الله عثرته (٨) يوم القيامة، و فضحه في جوف بيته».

و حدثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام أنه (٩) قال: «أخذ الله

ص: ١١١

١-١) في «ف» و المصدر: أحب.

٢-٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: المسلم.

٣-٣) في «ف»: إجاهه.

٤-٤) كذا في «ش» و المصدر و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: يوم.

٥-٥) كذا في «ش» و المصدر و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: كتبه.

٦-٦) في «ص»: يتبع، و في المصدر: اتبع.

٧-٧) في «ف» و «م»: تتبع، و في «ص» و المصدر و نسخه بدل «ش»: اتبع.

٨-٨) في «ص» و المصدر: عثراته.

٩-٩) أنه من «ص» و المصدر.

مِثاقِ الْمُؤْمِنِ عَلِيٍّ (١) أَنْ لَا يَصَدِّقَ فِي مَقَالَتِهِ، وَلَا يَنْتَصِفَ مِنْ عَدُوِّهِ، وَعَلَى أَنْ لَا يَشْفَى غِيظَهُ إِلَّا بِفُضِيحِهِ نَفْسَهُ؛ لِأَنَّ الْمُؤْمِنَ (٢) مَلَجَمٌ؛ وَذَلِكَ لِغَايَةِ قَصِيرِهِ وَرَاحَةِ طَوِيلِهِ، أَخَذَ (٣) اللَّهُ مِثاقَ الْمُؤْمِنِ عَلَى أَشْيَاءَ أَيْسَرَهَا عَلَيْهِ (٤) مُؤْمِنٌ مِثْلَهُ يَقُولُ بِمَقَالِهِ (٥) يَبْغِيهِ وَيَحْسُدُهُ، وَشَيْطَانٌ (٦) يَغْوِيهِ وَيَمْقَتُهُ، وَسُلْطَانٌ (٧) يَقْفُو أَثْرَهُ وَيَتَّبِعُ عِثْرَاتِهِ، وَكَافِرٌ بِالذِّى هُوَ مُؤْمِنٌ بِهِ يَرَى سَفْكَ دَمِهِ دِينًا، وَإِبَاحَةَ حَرِيمِهِ غُنْمًا، فَمَا بَقَاءُ الْمُؤْمِنِ بَعْدَ هَذَا؟».

يَا عَبْدَ اللَّهِ، وَحَدَّثَنِي أَبِي، عَنْ آبَائِهِ عَنْ عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ (٨) عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «نَزَلَ جِبْرَائِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ، فَقَالَ: يَا مُحَمَّدُ إِنَّ اللَّهَ يَقْرُوكَ (٩) السَّلَامَ وَيَقُولُ: اشْتَقَّتْ (١٠) لِلْمُؤْمِنِ اسْمًا مِنْ أَسْمَائِي، سَمَّيْتَهُ مُؤْمِنًا، فَالْمُؤْمِنُ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُ، مَنْ اسْتَهَانَ بِمُؤْمِنٍ (١١) فَقَدْ اسْتَقْبَلَنِي

ص: ١١٢

- ١-١ (١) على «ف» و«ش».
- ٢-٢ (٢) في «ص» و«المصدر» و«نسخه بدل «ش»: «لأنَّ كلَّ مؤمن».
- ٣-٣ (٣) في «ف» و«ص»: «و أخذ».
- ٤-٤ (٤) كلمه «عليه» من المصدر و مصححه «ص».
- ٥-٥ (٥) في المصدر و مصححه «ص»: «بمقالته».
- ٦-٦ (٦) في «ص» و«المصدر» و«نسخه بدل «ش»: «و الشيطان».
- ٧-٧ (٧) كذا في «ش» و«ن»، و في سائر النسخ و المصدر: «و السلطان».
- ٨-٨ (٨) عبارته «عن علي عليه السلام» من «ش» و«المصدر» و«نسخه بدل «ص».
- ٩-٩ (٩) في المصدر و نسخه بدل «ش»: «يقرأ عليك».
- ١٠-١٠ (١٠) كذا في «خ»، «ص»، «ش» و«المصدر»، و اختلفت سائر النسخ فيها.
- ١١-١١ (١١) في نسخه بدل «ش»: «مؤمنًا».

يا عبد الله، وحدثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ يَوْمًا (١): «يا علي، لا تناظر رجلاً حتى تنظر في سريرته، فإن كانت سريرته حسنة فإنَّ الله عزَّ وجلَّ لم يكن ليخذل ولئيه، وإن كانت (٢) سريرته رديَّة فقد يكفيه مساويه، فلو جهدت أن تعمل به أكثر ممَّا (٣) عمل به من معاصي الله عزَّ وجلَّ ما قدرت عليه».

يا عبد الله، وحدثني أبي (٤)، عن آبائه، عن علي (٥) عليهم السلام، عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهُ قَالَ: «أدنى الكفر أن يسمع الرجل من (٦) أخيه الكلمة فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها، أولئك لا خلاق لهم».

يا عبد الله، وحدثني أبي (٧)، عن آبائه، عن علي عليه السلام، أَنَّهُ قَالَ: «من قال في مؤمن ما رأت عيناه وسمعت أذناه ما يشينه و يهدم مروته فهو من الذين قال الله عزَّ وجلَّ: إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٨)».

ص: ١١٣

١-١ من «ش» و المصدر و مصححه «ص».

٢-٢ كذا في «ف»، «ش» و المصدر و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: كان.

٣-٣ في «ف»، «ن»، «م»، «ع» و «ش»: ما.

٤-٤ في غير «ص» و «ش» زياده: عن أبيه.

٥-٥ لم ترد «عن علي» في «ص».

٦-٦ في «ص» و المصدر: عن.

٧-٧ في غير «ش» زياده: عن أبيه.

٨-٨ (٨) النور: ١٩.

يا عبد الله، وحدثني أبي، عن آبائه، عن علي عليه السلام، أنه قال:

«من روى عن (١) أخيه المؤمن روايه يريد بها هدم مروّته و شينه (٢)، أو ثقه (٣) الله بخطيئته يوم القيامة حتى يأتي بالمخرج (٤) مما قال، و لن يأتي بالمخرج منه أبداً.

و من أدخل على أخيه المؤمن سروراً فقد أدخل على أهل بيت نبيه صَلَّى الله عليه و آله و سلم (٥) سروراً، و من أدخل على أهل بيت نبيه صَلَّى الله عليه و آله و سلم سروراً فقد أدخل على رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم سروراً، و من أدخل على رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم سروراً فقد سرّ الله، و من سرّ الله فحقيق على الله أن يدخله جنته».

ثم إنني (٦) أوصيك بتقوى الله، و إثارة طاعته، و الاعتصام بحبله؛ فإنه من اعتصم بحبل الله فقد هدى إلى صراط مستقيم.

فاتق الله و لا تؤثر أحداً على رضاه و هواه (٧)؛ فإنه وصيه الله عزّ و جلّ إلى خلقه لا يقبل منهم غيرها، و لا يعظم سواها.

ص: ١١٤

١-١) في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: علي.

٢-٢) في «ص» و المصدر و نسخه بدل «ش»: ثلبه.

٣-٣) في «خ»، «ص» و المصدر و نسخه بدل «ش»: أوبقه.

٤-٤) في «ص» و الوسائل و مصححه «ش»: بمخرج.

٥-٥) في المصدر و نسخه بدل «ش»: أهل البيت عليهم السلام.

٦-٦) من «ص»، «ش» و المصدر.

٧-٧) من «ف»، «ص»، «ش» و المصدر.

و اعلم، أنّ الخلق (١) لم يوكّلوا بشيءٍ أعظم من تقوى الله (٢)؛ فإنّه وصيّتنا أهل البيت، فإن استطعت أن لا تنال من الدنيا شيئاً يسأل الله عنه (٣) غداً فافعل.

قال عبد الله بن سليمان: فلما وصل كتاب الصادق عليه السلام إلى النجاشي نظر فيه، فقال: صدق و الله الذي لا إله إلا هو مولاي، فما عمل أحد بما في هذا الكتاب إلا نجا. قال: فلم يزل عبد الله يعمل به أيام حياته (٤) (٥).

ص: ١١٥

١-١ في المصدر و نسخه بدل «ش»: الخلائق.

٢-٢ في المصدر و نسخه بدل «ش»: التقوى.

٣-٣ في المصدر: تُسأل عنه.

٤-٤ في غير «ش» زياده: الخبر.

٥-٥ كشف الريبه: ١٢٢-١٣١، و رواه في الوسائل ١٥٠:١٢، الباب ٤٩ من أبواب ما يكتسب به.

حرام بالأدلة الأربعة؛ لأنه هَمْزٌ وَ لَمْزٌ وَ أَكْلُ اللَّحْمِ وَ تَعْيِيرٌ وَ إِذَاعُهُ سِرٌّ، وَ كَلَّ ذَلِكَ كَبِيرُهُ مَوْبِقُهُ، فَيَدُلُّ (١) عَلَيْهِ فَحْوَى جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ فِي الْغَيْبِ (٢)، بَلِ الْبَهْتَانِ أَيْضاً (٣)؛ بِنَاءٍ عَلَى تَفْسِيرِ الْهَجَاءِ بِخِلَافِ الْمَدْحِ كَمَا عَنِ الصَّحَاحِ (٤)، فَيَعْمَمُ مَا فِيهِ مِنَ الْمَعَايِبِ وَ مَا لَيْسَ فِيهِ، كَمَا عَنِ الْقَامُوسِ (٥) وَ النِّهَايَةِ (٦) وَ الْمَصْبَاحِ (٧)، لَكِن مَعَ تَخْصِيصِهِ فِيهَا بِالشَّعْرِ.

وَ أَمَّا تَخْصِيصُهُ بِذِكْرِ مَا فِيهِ بِالشَّعْرِ كَمَا هُوَ ظَاهِرُ جَامِعِ الْمَقَاصِدِ (٨)،

ص: ١١٧

١-١ (١) فِي «ص»: وَ يَدُلُّ.

٢-٢ (٢) رَاجِعِ الْمَكَاسِبِ ٣١٥-١-٣١٨.

٣-٣ (٣) رَاجِعِ الْمَكَاسِبِ ١:٣٢٥.

٤-٤ (٤) صَحَاحِ اللَّغَةِ ٢٥٣٣:٦، مَادَهُ: «هَجَا».

٥-٥ (٥) الْقَامُوسِ الْمَحِيطِ ٢:٤٠٤، مَادَهُ: «هَجَا».

٦-٦ (٦) النِّهَايَةِ؛ لِابْنِ الْأَثِيرِ ٥:٢٤٨، مَادَهُ: «هَجَا».

٧-٧ (٧) الْمَصْبَاحِ الْمُنِيرِ: ٦٣٥، مَادَهُ: «هَجَا».

٨-٨ (٨) جَامِعِ الْمَقَاصِدِ ٤:٢٦.

فلا يخلو عن تأمل، ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره.

و أما الخبر: «مَحْصُوا ذُنُوبَكُمْ بِذِكْرِ الْفَاسِقِينَ» (١) فالمراد به الخارجون عن الإيمان أو المتجاهرون بالفسق.

و احترز بالمؤمن عن المخالف؛ فإنه يجوز هجوه لعدم احترامه، و كذا يجوز هجاء الفاسق (٢) المبدع؛ لئلا يؤخذ ببدعه (٣)، لكن بشرط الاقتصار على المعاييب الموجودة فيه، فلا يجوز بهته بما ليس فيه؛ لعموم حرمة الكذب، و ما تقدم من الخبر في الغيبه من قوله عليه السلام في حق المبتدعه: «باهتوهم كيلا (٤) يطمعوا في إضلالكم» (٥) محمول على اتهامهم و سوء الظن بهم بما يحرم اتهام المؤمن به، بأن يقال: لعله زان، أو سارق (٦). و كذا إذا زاده (٧) ذكر ما ليس فيه من باب المبالغه.

و يحتمل إبقاؤه على ظاهره بتجوز الكذب عليهم لأجل المصلحه؛

ص: ١١٨

١- ١) لم نقف عليه في المصادر الحديثيه، لكن حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه (٤:٦٤) عن حواشي الشهيد على القواعد، و فيه: «مَحْصُوا ذُنُوبَكُمْ بغيبه الفاسقين».

٢- ٢) لم ترد «الفاسق» في «ف».

٣- ٣) في نسخه بدل «ش»: ببدعته.

٤- ٤) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: لكيلا.

٥- ٥) الوسائل ١١:٥٠٨، الباب ٣٩ من أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما، الحديث الأول. و قد تقدم في المكاسب ١:٣٥٣.

٦- ٦) في «ف»: و سارق.

٧- ٧) في «ف»: و كذا إرادته، و في «ص»: و كذا إذا زاد.

فإنّ مصلحه تنفير (١) الخلق عنهم أقوى من مفسده الكذب.

و في روايه أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قلت له: إنّ بعض أصحابنا يفترون و يقذفون من خالفهم، فقال: الكفُّ عنهم أجمل.

ثم قال لي: و الله يا أبا حمزه إنّ الناس كلّهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا. ثم قال: نحن أصحاب الخمس، و قد حرّمناه على جميع الناس ما خلا شيعتنا» (٢).

و في صدرها دلالة على جواز الافتراء و هو القذف على كراهه، ثم أشار عليه السلام إلى أولويه قصد الصدق بإرادته الزنا من حيث استحلال حقوق الأئمة عليهم السلام.

ص: ١١٩

١- ١) في «خ»، «م»، «ع»، و«ص»: تنفّر.

٢- ٢) الوسائل ١١: ٣٣١، الباب ٧٣ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣.

-بالضم- وهو الفحش من القول و ما استقبح التصريح به منه، ففي صحيحه أبي عبيده: «البذاء من الجفاء، والجفاء في النار» (١).

و في النبوى: «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ الْجَنَّةَ عَلَى كُلِّ فَحَّاشٍ بَدَىءَ قَلِيلٍ الْحَيَاءِ، لَا يَبَالِي بِمَا قَالَ وَلَا مَا قِيلَ فِيهِ» (٢).

و في روايه سماعه: «إِيَّاكَ أَنْ تَكُونَ فَحَّاشًا» (٣).

و في النبوى: «إِنَّ مِنْ أَشْرِّ (٤) عِبَادِ اللَّهِ مَنْ يَكْرَهُ مَجَالَسَتَهُ لِفَحْشِهِ» (٥).

و في روايه: «من علامات شرك الشيطان الذي لا شك (٦) فيه:

ص: ١٢١

-
- ١-١) الوسائل ١١:٣٣٠، الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣.
 - ٢-٢) الوسائل ١١:٣٢٩، الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٢.
 - ٣-٣) الوسائل ١١:٣٢٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٧.
 - ٤-٤) كذا في «ف»، «م» والمصدر، وفي سائر النسخ: شَرَّ.
 - ٥-٥) الوسائل ١١:٣٢٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٨.
 - ٦-٦) في المصدر و نسخه بدل «ش»: لا يشك.

أن يكون فحاشاً لا يبالي بما قال و لا ما قيل فيه» (١).

إلى غير ذلك من الأخبار (٢).

هذا آخر ما تيسر تحريره من المكاسب المحرّمة.

ص: ١٢٢

١-١) الوسائل ٣٢٧:١١، الباب ٧١ من أبواب جهاد النفس، الحديث الأول.

٢-٢) الوسائل ٣٢٧:١١، الباب ٧١ من أبواب جهاد النفس، الأحاديث ٣ و ٤ و غيرهما.

إشاره

(١)

ص: ١٢٣

١-١) العنوان زياده منّا.

[حرمة التكسب بالواجبات]

إشاره

ما يجب على الإنسان فعله عيناً أو كفايه تعبّداً أو توصّياً لا على المشهور كما فى المسالك (٢)، بل عن مجمع البرهان: كأنّ دليله الإجماع (٣).

و الظاهر أنّ نسبته إلى الشهرة فى المسالك، فى مقابل قول السيد (٤) المخالف فى وجوب تجهيز الميت على غير الوليّ، لا- فى حرمة أخذ الأجره على تقدير الوجوب عليه.

و فى جامع المقاصد: الإجماع على عدم جواز أخذ الأجره على تعليم صيغه النكاح، أو إلقائها على المتعاقدين (٥)، انتهى.

ص: ١٢٥

١- ١) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: الخامس.

٢- ٢) المسالك ٣:١٣٠.

٣- ٣) مجمع الفائدة ٨:٨٩.

٤- ٤) لم نقف عليه فى ما بأيدينا من كتب السيد و رسائله، نعم حكاه عنه الشهيد فى الدروس ٣:١٧٢.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤:٣٧، و لم يذكر إلّا إلقاء الصيغه على المتعاقدين.

و كأنّ لمثل هذا و نحوه (١) ذكر في الرياض: أنّ على هذا الحكم الإجماع في كلام جماعه، و هو الحجّه (٢)، انتهى.

و اعلم أنّ موضوع هذه المسأله: ما إذا كان للواجب (٣) على العامل منفعه تعود إلى من يبذل بإزائه المال، كما لو كان كفايئاً و أراد سقوطه منه فاستأجر غيره، أو كان عينياً على العامل و رجع نفع (٤) منه إلى باذل المال، كالقضاء للمدعى إذا وجب عيناً.

و بعبارة اخرى: مورد الكلام ما لو فرض مستحباً لجاز الاستئجار عليه؛ لأنّ الكلام في كون مجرد الوجوب على الشخص مانعاً عن أخذه (٥) الأجره عليه، فمثل فعل الشخص صلاه الظهر عن نفسه لا يجوز أخذ الأجره عليه، لا لوجوبها، بل لعدم وصول عوض المال إلى باذله؛ فإنّ النافله أيضاً كذلك.

و من هنا يعلم فساد الاستدلال على هذا المطلب بمنافاه ذلك للإخلاص في العمل (٦)؛ لانتقاضه طرداً و عكساً بالمندوب و الواجب التوصلى.

و قد يُردّ ذلك (٧) بأنّ تضاعف الوجوب بسبب الإجاره يؤكّد

ص: ١٢٦

١-١) في «م»: أو نحوه.

٢-٢) الرياض ٥٠٥: ١.

٣-٣) كذا في «ف» و «ن»، و في سائر النسخ: الواجب.

٤-٤) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: نفعه.

٥-٥) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: أخذ.

٦-٦) استدللّ عليه السيد الطباطبائي في الرياض ٥٠٥: ١.

٧-٧) ردّه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٩٢: ٤.

و فيه-مضافاً إلى اقتضاء ذلك، الفرق بين الإجاره و الجعالة، حيث إنّ الجعالة لا توجب العمل على العامل- (١) أنه إن أُريد أنّ تضاعف الوجوب يؤكد اشتراط الإخلاص، فلا- ريب أنّ الوجوب الحاصل بالإجاره توصّلي لا يشترط في حصول ما وجب به قصد القربه، مع أنّ غرض المستدلّ منافاه قصد أخذ المال لتحقيق الإخلاص في العمل، لا لاعتباره في وجوبه.

و إن أُريد أنه يؤكد تحقّق الإخلاص من العامل، فهو مخالف للواقع قطعاً؛ لأنّ ما لا يترتب عليه أجر دنيوى أخلص ممّا يترتب عليه ذلك بحكم الوجدان.

هذا، مع أنّ الوجوب الناشئ من الإجاره إنّما يتعلّق بالوفاء بعقد الإجاره، و مقتضى الإخلاص المعتبر في ترتّب الثواب على موافقه هذا الأمر و لو لم (٢) يعتبر في سقوطه هو إتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له (٣) بإزاء ماله، فهذا المعنى ينافى وجوب إتيان العباده لأجل استحقاقه تعالى إياه؛ و لذا لو لم يكن هذا العقد واجب الوفاء- كما في الجعالة- لم يمكن قصد الإخلاص مع قصد استحقاق العوض، فلا إخلاص هنا حتى يؤكّده وجوب الوفاء بعد الإيجاب بالإجاره، فالمانع حقيقه هو عدم القدره على إيجاد الفعل الصحيح بإزاء العوض،

ص: ١٢٧

١- ١) لم يرد قوله «مضافاً إلى العامل» في «ف».

٢- ٢) في «ف»: و إن لم.

٣- ٣) في «م»: المستأجر به، و في الهامش: المستأجر له.

سواء كانت المعاوضه لازمه أم جائزه.

[القربه فى العبادات المستأجره]

و أما تأتى القربه فى العبادات المستأجره، فلأنّ الإجاره إنّما تقع على الفعل المأتى به تقرباً إلى الله، نيابه عن فلان.

توضيحه: أنّ الشخص يجعل نفسه نائباً عن فلان فى العمل متقرباً إلى الله، فالمنوب عنه يتقرب إلى الله تعالى بعمل نائبه و تقربه، و هذا الجعل فى نفسه مستحب؛ لأنه إحسان إلى المنوب عنه و إيصال نفع إليه، و قد يستأجر الشخص عليه فيصير واجباً بالإجاره و جوباً توصلياً لا يعتبر فيه التقرب.

فالأجير إنّما يجعل نفسه-لأجل استحقاق الأجره- نائباً عن الغير فى إتيان العمل الفلانى تقرباً إلى الله، فالأجره فى مقابل نيابه فى العمل المتقرب به إلى الله التى مرجع نفعها إلى المنوب عنه، و هذا بخلاف ما نحن فيه؛ لأنّ الأجره هنا فى مقابل العمل تقرباً إلى الله لأنّ العمل بهذا الوجه لا يرجع نفعه إلّا إلى العامل؛ لأنّ المفروض أنّه يمثّل ما وجب على نفسه، بل فى مقابل نفس العمل، فهو يستحقّ نفس العمل، و المفروض أنّ الإخلاص إتيان العمل لخصوص أمر الله تعالى (1)، و التقرب يقع للعامل دون الباذل، و وقوعه للعامل يتوقّف على أن لا يقصد بالعباده سوى امتثال أمر الله تعالى.

فإن قلت: يمكن للأجير أن يأتى بالفعل مخلصاً لله تعالى، بحيث لا يكون للإجاره دخل فى إتيانه فيستحقّ الأجره، فالإجاره غير مانعه

ص: ١٢٨

١- ١) شطب فى «ف» على عبارته «لأنّ العمل - إلى - تعالى»، و كتب عليها فى «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: نسخه.

عن (١) قصد الإخلاص.

قلت: الكلام في أنّ مورد الإجاره لا بدّ أن (٢) يكون عملاً قابلاً لأن يوفى به بعقد (٣) الإجاره، و يؤتى به لأجل استحقاق المستأجر إياه و من باب تسليم مال الغير إليه، و ما كان من قبيل العباده غير قابل لذلك.

فإن قلت: يمكن أن يكون غايه الفعل التقرب، و المقصود من إتيان هذا الفعل المتقرب به استحقاق الأجره، كما يؤتى بالفعل تقرباً إلى الله و يقصد منه حصول المطالب الدنيويه، كأداء الدين و سعه الرزق و غيرهما من الحاجات الدنيويه.

قلت: فرق بين الغرض الدنيوى المطلوب من الخالق الذى يتقرب إليه بالعمل، و بين الغرض الحاصل من غيره و هو استحقاق الأجره؛ فإنّ طلب الحاجه (٤) من الله تعالى سبحانه و لو كانت دنيويه محبوب عند الله، فلا يقدح فى العباده، بل ربما يؤكدها (٥).

و كيف كان، فذلك الاستدلال حسن فى بعض موارد المسأله و هو الواجب التعبدى فى الجملة، إلّا أنّ مقتضاه جواز أخذ الأجره فى

ص: ١٢٩

١-١ (١) كذا فى «ف»، و فى غيرها: من.

٢-٢ (٢) فى «ص»: و أن.

٣-٣ (٣) فى «ص»: عقد.

٤-٤ (٤) كتب فى «ش» على عبارته: «فإنّ طلب الحاجه»: نسخه.

٥-٥ (٥) لم ترد عبارته «فإنّ طلب الحاجه إلى يؤكدها» فى «ف»، و كتب عليها فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: نسخه.

التوصّليات، و عدم جوازه فى المندوبات التعبدية، فليس مطرداً و لا منعكساً.

نعم، قد استدلل على المطلب بعض الأساطين فى شرحه على القواعد بوجه، أقواها: أنّ التنافى بين صفة الوجوب و التملك ذاتى؛ لأنّ المملوك و المستحق (1) لا يملك و لا يستحقّ ثانياً (2).

توضيحه: أنّ الذى يقابل المال لا بدّ أن يكون كنفس المال ممّا يملكه المؤجر حتى يملكه المستأجر (3) فى مقابل تملكه المال إيّاه، فإذا فرض العمل واجباً لله ليس للمكلف تركه، فيصير نظير العمل المملوك للغير، ألا ترى أنّه إذا آجر نفسه لدفن الميت لشخص لم يجز له أن يؤجر نفسه ثانياً من شخص آخر لذلك العمل، و ليس إلّا لأنّ الفعل صار مستحقاً للأوّل و مملوكاً له، فلا معنى لتملكه ثانياً للآخر مع فرض بقائه على ملك الأوّل، و هذا المعنى موجود فيما أوجبه الله تعالى، خصوصاً فيما يرجع إلى حقوق الغير، حيث إنّ حاصل الإيجاب هنا جعل الغير مستحقاً لذلك العمل من هذا العامل، كأحكام تجهيز الميت التى جعل الشارع الميت مستحقاً لها على الحى، فلا يستحقّها غيره ثانياً.

هذا، و لكنّ الإنصاف أنّ هذا الوجه أيضاً لا يخلو عن الخدشه؛ لإمكان منع المنافاه بين الوجوب الذى هو طلب الشارع الفعل، و بين

ص: ١٣٠

١- ١) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: المملوك المستحق.

٢- ٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٢٧.

٣- ٣) فى «ف»: للمستأجر.

استحقاق المستأجر له، وليس استحقاق الشارع للفعل و تملكه المنتزع من طلبه من قبيل استحقاق الآدمي و تملكه الذى ينافى تملك الغير و استحقاقه.

ثم إنَّ هذا الدليل باعتراف المستدل يختص بالواجب العيني، و أمَّا الكفائي، فاستدلَّ (١) على عدم جواز أخذ الأجره عليه: بأنَّ الفعل متعين له (٢) فلا يدخل فى ملك آخر، و بعدم (٣) نفع المستأجر فيما يملكه أو يستحقه غيره؛ لأنَّه بمنزله قولك: استأجرتك لتملك منفعتك المملوكة لك أو لغيرك.

و فيه: منع وقوع الفعل له بعد إجاره نفسه للعمل للغير؛ فإنَّ آثار الفعل حينئذٍ ترجع إلى الغير، فإذا وجب إنقاذ غريق كفايه أو إزاله النجاسه عن المسجد، فاستأجر واحد (٤) غيره، فثواب الإنقاذ و الإزاله يقع للمستأجر دون الأجير المباشر لهما.

نعم، يسقط الفعل عنه؛ لقيام المستأجر به و لو بالاستنابه، و من هذا القبيل الاستئجار للجهاد مع وجوبه كفايه على الأجير و المستأجر.

و بالجملة، فلم أجد دليلاً على هذا المطلب و اياً بجميع أفراده عدا الإجماع الذى لم يصرح به إلَّا المحقق الثانى (٥)، لكنَّه موهون بوجود

ص: ١٣١

١- ١) المستدلُّ هو كاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٢٧.

٢- ٢) فى «ف»: «بأنَّ الفعل يتعين له»، و فى «ن»: «بأنَّه بالفعل يتعين له»، و فى المصدر: «فلأنَّه بفعله يتعين له».

٣- ٣) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: و لعدم.

٤- ٤) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: واحداً.

٥- ٥) جامع المقاصد ٣٦: ٤-٣٧.

القول بخلافه من أعيان الأصحاب من القدماء و المتأخرين، على ما يشهد به الحكاياه و الوجدان.

أما الحكاياه، فقد نقل المحقق و العلامة رحمهما الله و غيرهما القول بجواز أخذ الأجره على القضاء عن بعض.

فقد قال فى الشرائع: أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين، ففيه خلاف (١)، و كذلك العلامة رحمه الله فى المختلف (٢).

و قد حكى العلامة الطباطبائى فى مصابيح (٣) عن فخر الدين و جماعه (٤) التفصيل بين العبادات و غيرها (٥).

و يكفى فى ذلك ملاحظه الأقوال التى ذكرها فى المسالك فى باب المتاجر (٦)، و أما ما وجدناه، فهو أن ظاهر المقنعه (٧)، بل النهايه (٨) و محكى القاضى (٩) جواز الأجر على القضاء مطلقاً و إن أول بعض (١٠).

ص: ١٣٢

١-١) الشرائع ٤:٦٩.

٢-٢) المختلف ٥:١٧.

٣-٣) المصابيح (مخطوط): ٥٩.

٤-٤) لم ترد «و جماعه» فى «ف».

٥-٥) لم نعثر على هذا التفصيل فى الإيضاح، نعم سيأتى عنه التفصيل فى الكفائى بين العبادى و التوصلى.

٦-٦) المسالك ٣:١٣٢.

٧-٧) المقنعه: ٥٨٨.

٨-٨) النهايه: ٣٦٧.

٩-٩) انظر المهذب ١:٣٤٦، و حكاه عنه النراقى فى المستند ٢:٣٥٠.

١٠-١٠) راجع مفتاح الكرامه ٤:٩٦.

و قد اختار جماعه (١) جواز أخذ الأجر عليه إذا لم يكن متعیناً، أو تعین و كان القاضى محتاجاً.

و قد صرح فخر الدين فى الإيضاح بالتفصيل بين الكفائيه التوصلية و غيرها، فجوز أخذ الأجره فى الأول، قال فى شرح عبارته والده فى القواعد فى الاستتجار على تعليم الفقه ما لفظه: الحق عندى أن كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف أخذ الأجره عليه.

و الذى وجب كفايه، فإن كان مما لو وقع بغير نيته لم يصح و لم يزل الوجوب، فلا يجوز أخذ الأجره عليه؛ لأنه عباده محضه، و قال الله تعالى: **وَمَا أُمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ (٢)**، حصّر غرض الأمر فى انحصار غايه الفعل فى الإخلاص، و ما يفعل بالعرض لا يكون كذلك، و غير ذلك يجوز أخذ الأجره عليه إلا ما نصّ الشارع على تحريمه كالدفن (٣)، انتهى.

نعم، ردّه فى محكى جامع المقاصد بمخالفه (٤) هذا التفصيل لنصّ (٥)

ص: ١٣٣

١- ١) منهم: العلامة فى المختلف ٥: ١٨ و غيره، و المحقق فى الشرائع ٤: ٦٩، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٩٨.

٢- ٢) البيه: ٥.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٢: ٢٦٤.

٤- ٤) فى «ع» و «ص»: لمخالفه.

٥- ٥) فى «ف»: نصّ.

أقول: لا يخفى أنّ الفخر أعرف بنصّ الأصحاب من المحقق الثاني، فهذا والده قد صرّح في المختلف بجواز أخذ الأجر (٢) على القضاء إذا لم يتعيّن (٣)، وقبله المحقق في الشرائع (٤)، غير أنّه قيّد صورته عدم التعيين بالحاجه، ولأجل ذلك اختار العلامة الطباطبائي في مصابيح (٥) ما اختاره فخر الدين من التفصيل، ومع هذا فمن أين الوثوق على إجماع لم يصرّح به إلّا المحقق الثاني (٦)، مع ما طعن به الشهيد الثاني على إجماعاته بالخصوص في رسالته في صلاة الجمعة (٧)؟! فالذئ (٨) ينساق إليه النظر: أنّ مقتضى القاعده في كلّ عمل له منفعه محلّله مقصوده، جواز أخذ الأجره و جعله عليه و إن كان داخلاً في العنوان الذي أوجبه الله على المكلف، ثمّ إن صلح ذلك الفعل المقابل بالأجره لامثال الإيجاب المذكور أو إسقاطه به أو عنده، سقط الوجوب مع استحقاق الأجره، و إن لم يصلح استحقاق الأجره و بقى

ص: ١٣٤

- ١-١) جامع المقاصد ٧:١٨٢، و حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٩٣.
- ٢-٢) كذا في «ف»، و في غيرها: الأجره.
- ٣-٣) المختلف ٥:١٨.
- ٤-٤) انظر الشرائع ٤:٦٩.
- ٥-٥) المصابيح (مخطوط): ٥٩-٦٠.
- ٦-٦) جامع المقاصد ٤:٣٦-٣٧.
- ٧-٧) رساله في صلاة الجمعة، (المطبوعه ضمن رسائل الشهيد): ٩٢.
- ٨-٨) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: و الذئ.

الواجب في ذمته لو بقي وقته، وإلا عوقب على تركه.

و أما مانعيه مجرد الوجوب عن (١) صحه المعاوضه على الفعل، فلم تثبت على الإطلاق، بل اللازم التفصيل:

فإن كان العمل واجباً عينياً تعينياً (٢) لم يجز أخذ الأجره؛ لأن أخذ (٣) الأجره عليه مع كونه واجباً مقهوراً من قبل الشارع على فعله، أكل للمال بالباطل؛ لأن عمله هذا لا يكون محترماً؛ لأن استيفاءه منه لا يتوقف على طيب نفسه؛ لأنه يقهر عليه مع عدم طيب النفس و الامتناع.

و مما يشهد بما ذكرناه: أنه لو فرض أن المولى أمر بعض عبده بفعل لغرض، و كان مما يرجع نفعه أو بعض نفعه إلى غيره، فأخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عدّ أكلاً للمال مجاناً بلا عوض.

ثم إنه لا ينافي ما ذكرناه حكم الشارع بجواز أخذ الأجره على العمل بعد إيقاعه، كما أجاز للوصى أخذ أجره المثل أو مقدار الكفايه؛ لأن هذا حكم شرعي، لا من باب المعاوضه.

ثم لا فرق فيما ذكرناه بين التعدي من الواجب و التوضي، مضافاً في التعدي إلى ما تقدّم من منافاه أخذ الأجره على العمل للإخلاص، كما تبيننا عليه سابقاً، و تقدّم عن الفخر رحمه الله (٤) و قرره عليه بعض من

ص: ١٣٥

١-١ (١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: من.

٢-٢ (٢) في «ن»، «م»، «ع»، «ص» و نسخه بدل «ش»: تعينياً.

٣-٣ (٣) في «ف»: أكل.

٤-٤ (٤) تقدّم في الصفحه ١٣٣.

و منه يظهر عدم جواز أخذ الأجره على المندوب إذا كان عباده يعتبر فيها التقرب.

و أما الواجب التخييري، فإن كان توصلياً فلا أجد مانعاً عن جواز أخذ الأجره على أحد فرديه بالخصوص بعد فرض كونه مشتملاً على نفع محلل للمستأجر، و المفروض أنه محترم لا يقهر المكلف عليه، فجاز أخذ الأجره بإزائه.

فإذا تعين دفن الميت على شخص، و تردد الأمر بين حفر أحد موضعين، فاختار الولي أحدهما بالخصوص لصلابته أو لغرض آخر، فاستأجر ذلك لحفر ذلك الموضع بالخصوص، لم يمنع من ذلك كون مطلق الحفر واجباً عليه، مقدّمه للدفن.

و إن كان تعديدياً، فإن قلنا بكفايه الإخلاص بالقدر المشترك و إن كان إيجاد خصوص بعض الأفراد لداعٍ غير الإخلاص، فهو كالتوصل.

و إن قلنا بأن اتحاد وجود القدر المشترك مع الخصوصية مانع عن التفكيك بينهما في القصد، كان حكمه كالتعيني.

و أما الكفائي، فإن كان توصلياً أمكن أخذ الأجره على إتيانه لأجل باذل الأجره، فهو العامل في الحقيقه، و إن كان تعديدياً لم يجز الامتثال به و أخذ الأجره عليه.

نعم، يجوز النيابة إن كان ممياً يقبل النيابة، لكنّه يخرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ محلّ الكلام أخذ الأجره على ما هو واجب على الأجير،

لا على النيايه فيما هو واجب على المستأجر، فافهم.

ثم إنّه قد يفهم من أدلّه وجوب الشىء كفايه كونه حقاً لمخلوق يستحقّه على المكلفين، فكلّ من أقدم عليه فقد أدى حقّ ذلك المخلوق، فلا- يجوز له أخذ الأجره منه و لا- من غيره ممّن وجب عليه أيضاً كفايه، و لعلّ من هذا القبيل تجهيز الميّت و إنقاذ الغريق، بل و معالجه الطبيب لدفع الهلاك.

[الإشكال على أخذ الأجره على الصناعات التى يتوقف عليها النظام]

إشاره

ثمّ إنّ هنا إشكالاً مشهوراً، و هو أنّ الصناعات التى يتوقّف النظام عليها تجب كفايه؛ لوجوب إقامه النظام، بل قد يتعيّن بعضها على بعض المكلفين عند انحصار المكلف القادر فيه، مع أنّ جواز أخذ الأجره عليها ممّا لا كلام لهم فيه، و كذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الأجره على الطبايه؛ لوجوبها عليه كفايه، أو عيناً كالفقاهه.

و قد تُفصّل منه

و قد تُفصّل منه (١) بوجوه

(٢)

:

أحدها- الالتزام بخروج ذلك

بالإجماع و السيره القطعيّين.

الثانى- الالتزام بجواز

الثانى-الالتزام بجواز (٣) أخذ الأجره على الواجبات إذا لم تكن تعبديه،

و قد حكاه فى المصاييح عن جماعه (٤)، و هو ظاهر كلّ من جوّز أخذ الأجره على القضاء بقول مطلق يشمل (٥) صورته تعينه عليه،

- ١-١) في «ف»: عنها، و في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: منها.
- ٢-٢) انظر مجمع الفوائد ٨٩:٨.
- ٣-٣) في «ف»: التزام جواز.
- ٤-٤) المصابيح (مخطوط): ٥٩.
- ٥-٥) في «ف»: ليشمل.

كما تقدم حكايته في الشرائع و المختلف عن بعض (١).

و فيه: ما تقدم سابقاً (٢) من أن الأقوى عدم جواز أخذ الأجره عليه.

الثالث- ما عن المحقق الثاني من اختصاص جواز الأخذ بصوره قيام من به الكفايه،

فلا يكون حينئذٍ واجباً (٣).

و فيه: أن ظاهر العمل و الفتوى جواز الأخذ و لو مع بقاء الوجوب الكفائي، بل و مع (٤) وجوبه عيناً للانحصار.

الرابع- ما في مفتاح الكرامه من أن المنع مختص بالواجبات الكفائيه المقصوده لذاتها،

كأحكام الموتى و تعليم الفقه، دون ما يجب لغيره كالصنائع (٥).

و فيه: أن هذا التخصيص إن كان لاختصاص معاهد إجماعاتهم أو عنوانات كلامهم، فهو خلاف الموجود منها، و إن كان للدليل (٦) يقتضى الفرق فلا بد من بيانه.

الخامس- أن المنع عن أخذ الأجره على الصناعات الواجبه لإقامه النظام يوجب اختلال النظام؛

لوقوع أكثر الناس فى المعصيه

ص: ١٣٨

١-١) تقدم فى الصفحه ١٣٢.

٢-٢) فى الصفحه ١٣٥.

٣-٣) جامع المقاصد ١٨٢:٧.

٤-٤) فى «ش»: بل مع.

٥-٥) مفتاح الكرامه ٨٥:٤ و ٩٢.

٦-٦) كذا فى «ف» و «ن»، و فى سائر النسخ: الدليل.

بتركها أو ترك الشاقّ منها و الالتزام بالأسهل؛ فإنّهم لا يرغبون في الصناعات الشاقّة أو الدقيقه إلّا طمعاً في الأجره و زيادتها على ما يبذل لغيرها من الصناعات، فتسويغ أخذ الأجره عليها لطف في التكليف بإقامه النظام.

و فيه: أنّ المشاهيد بالوجدان أنّ اختيار الناس للصناعات الشاقّة و تحمّلها ناشٍ عن الدواعى الأخر غير زياده الأجره، مثل عدم قابليته لغير ما يختار، أو عدم ميله إليه، أو عدم كونه شاقّاً عليه؛ لكونه ممّن نشأ في تحمّل المشقّه، ألا ترى أنّ أغلب الصناعات الشاقّة من الكفائيات كالفلأحه و الحرث و الحصاد و شبه ذلك لا تزيد أجرتها على الأعمال السهله؟

السادس- أنّ الوجوب في هذه الأمور مشروط بالعرض.

قال بعض الأساطين-بعد ذكر ما يدلّ على المنع عن أخذ الأجره على الواجب:-أما ما كان واجباً مشروطاً فليس بواجب قبل حصول الشرط، فتعلّق الإجاره به قبله لا مانع منه و لو كانت هي الشرط في وجوبه، فكّل ما وجب كفايه من حرفٍ و صناعاتٍ لم تجب إلّا بشرط العرض بإجاره أو جعله أو نحوهما، فلا فرق بين وجوبها العيني؛ للانحصار، و وجوبها الكفائي؛ لتأخّر (١) الوجوب عنها و عدمه قبلها، كما أنّ بذل الطعام و الشراب للمضطرّ إن بقي على الكفايه أو تعيّن يستحقّ (٢) فيه أخذ العرض على الأصحّ؛ لأنّ وجوبه مشروط، بخلاف

ص: ١٣٩

١-١) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: لتأخير.

٢-٢) في «ف»: فيستحقّ.

ما وجب مطلقاً بالأصالة كالنفقات، أو بالعارض كالمنذور و نحوه (١)، انتهى كلامه رفع مقامه.

وفيه: أنّ وجوب الصناعات ليس مشروطاً ببذل العوض؛ لأنه لإقامه النظام التي هي من الواجبات المطلقة؛ فإنّ الطبابه و الفصد و الحجامه و غيرها-مما يتوقف عليه بقاء الحياه فى بعض الأوقات- واجبه، بذل له العوض أم لم يبذل.

السابع- أنّ وجوب الصناعات المذكوره لم يثبت من حيث ذاتها،

و إنّما ثبت من حيث الأمر بإقامه النظام، و إقامه النظام غير متوقفه على العمل تبرّعاً، بل تحصل به و بالعمل بالأجره، فالذى يجب على الطبيب لأجل إحياء النفس و إقامه النظام هو بذل نفسه للعمل، لا- بشرط التبرّع به، بل له أن يتبرّع به، و له (٢) أن يطلب الأجره، و حيثئذٍ فإن بذل المريض الأجره وجب عليه العلاج، و إن لم يبذل الأجره -و المفروض أداء ترك العلاج إلى الهلاك- أجبره الحاكم حسبه على بذل الأجره للطبيب، و إن كان المريض مغمى عليه دفع عنه وليه، و إلّا جاز للطبيب العمل بقصد الأجره فيستحقّ الأجره فى ماله، و إن لم يكن له مال ففي ذمّته، فيؤدّى فى حياته أو بعد مماته من الزكاه أو غيرها.

و بالجمله، فما كان من الواجبات الكفائيه ثبت من دليله وجوب نفس ذلك العنوان، فلا- يجوز أخذ الأجره عليه؛ بناء على المشهور، و أمّا ما أمر به من باب إقامه النظام، فأقامه النظام تحصل ببذل النفس

ص: ١٤٠

١-١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٢٧.

٢-٢) لم ترد «له» فى «ف».

للعمل به في الجملة، و أمّا العمل تبرّعاً فلا، و حينئذٍ فيجوز طلب الأجره من المعمول له إذا كان أهلاً للطلب منه، و قصدها إذا لم يكن ممن يطلب منه، كالغائب الذي يُعمَل في ماله عمل لدفع الهلاك عنه، و كالمريض المغمى عليه.

و فيه: أنه إذا فرض وجوب إحياء النفس و وجوب (١) العلاج؛ لكونه (٢) مقدمه له، فأخذ الأجره عليه غير جائز.

فالتحقيق على ما ذكرنا سابقاً (٣): أن الواجب إذا كان عينياً تعينياً (٤) لم يجز أخذ الأجره عليه و لو كان من الصناعات، فلا يجوز للطبيب أخذ الأجره على بيان الدواء أو تشخيص الداء (٥)، و أمّا أخذ الوصى الأجره على تولّى أموال الطفل الموصى عليه، الشامل بإطلاقه لصوره تعين العمل عليه، فهو من جهه الإجماع و النصوص المستفيضه على أن له أن يأخذ شيئاً (٦)، و إنما وقع الخلاف في تعيينه، فذهب جماعة

ص: ١٤١

١- ١) في «ش» و مصححه «ن»: و وجب.

٢- ٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: كونه، و لكن شطب عليها في «ص».

٣- ٣) في الصفحة ١٣٥.

٤- ٤) في نسخه بدل «ص»: تعينياً.

٥- ٥) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: أو بعد تشخيص الداء، لكن شطب في «ص» على «أو»، و في «خ» كتب فوق «أو بعد تشخيص الداء»: خ ل.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٨٤: ١٢، الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به و غيره من الأبواب.

إلى أن له أجره المثل (١)؛ حملاً للأخبار على ذلك؛ ولأنه إذا فرض احترام عمله بالنص والإجماع فلا بد من كون العوض أجره المثل.

و بالجمله، فملاحظه النصوص و الفتاوى فى تلك المسأله ترشد إلى خروجها عمّا نحن فيه.

و أما بادل المال للمضطر

فهو إنما يرجع بعوض المبدول، لا بأجره البذل، فلا يرد نقضاً فى المسأله.

و أما رجوع الأم المرضعه بعوض إرضاع اللب مع وجوبه عليها

-بناء على توقّف حياه الولد عليه-فهو إما من قبيل بذل المال للمضطر، وإما من قبيل رجوع الوصى بأجره المثل من جهه عموم آيه (٢): فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٣)، فافهم.

و إن كان كفايئاً جاز الاستئجار عليه، فيسقط الواجب بفعل المستأجر عليه، عنه و عن غيره و إن لم يحصل الامتثال.

و من هذا الباب أخذ الطبيب الأجره على حضوره عند المريض إذا تعين عليه علاجه؛

فإنّ العلاج و إن كان معيّنًا عليه، إلّا أنّ الجمع بينه و بين المريض مقدّمه للعلاج واجب كفايئى بينه و بين أولياء المريض، فحضوره أداء للواجب الكفايئى كإحضار الأولياء، إلّا أنّه لا بأس بأخذ الأجره عليه.

ص: ١٤٢

١ - ١) كالشيخ فى النهايه: ٣٦٢، و المحقق فى الشرائع ٢: ٢٥٨، و العلّامه فى القواعد ١: ٣٥٥، و الشهيد فى الدروس ٢: ٣٢٧، و اللّمعه: ١٨١.

٢ - ٢) فى غير «ش»: الآيه.

٣ - ٣) الطلاق: ٦.

[عدم جواز الأخذ في الكفائي لو علم كونه حقاً للغير]

نعم، يستثنى من الواجب الكفائي ما علم من دليله صيروره ذلك العمل حقاً للغير يستحقه من المكلف، كما قد يدعى (١) أن الظاهر من أدله وجوب تجهيز الميت أن للميت حقاً على الأحياء في التجهيز، فكل من فعل شيئاً منه في الخارج فقد أدى حق الميت، فلا يجوز أخذ الأجره عليه، وكذا تعليم الجاهل أحكام عباداته الواجبه عليه و ما يحتاج إليه، كصيغه النكاح و نحوها، لكن تعيين هذا يحتاج إلى لطف قريحه.

هذا تمام الكلام في أخذ الأجره على الواجب، و أما الحرام فقد عرفت عدم جواز أخذ الأجره عليه (٢).

و أما المكروه و المباح

فلا إشكال في جواز أخذ الأجره عليهما.

و أما المستحب -

و المراد منه ما كان له نفع قابل لأن يرجع إلى المستأجر؛ لتصح الإجاره من هذه الجهه فهو بوصف كونه مستحباً على المكلف لا يجوز أخذ الأجره عليه؛ لأنّ الموجود من هذا الفعل في الخارج لا يتصف بالاستحباب إلّا مع الإخلاص الذي ينافيه إتيان الفعل؛ لاستحقاق المستأجر إياه، كما تقدّم في الواجب (٣).

و حينئذٍ، فإن كان حصول النفع المذكور منه متوقفاً على تيه القربه لم يجوز أخذ الأجره عليه، كما إذا استأجر من يعيد صلاته ندباً ليقتمد به؛ لأنّ المفروض بعد الإجاره عدم تحقق الإخلاص، و المفروض مع

ص: ١٤٣

(١ - ١) لم نقف عليه.

(٢ - ٢) في «ف»: عدم جواز الأخذ عليه.

(٣ - ٣) تقدم في الصفحه ١٢٧-١٢٨.

عدم تحقق الإخلاص عدم حصول نفع منه عائد إلى المستأجر، و ما يخرج بالإجاره عن قابليه انتفاع المستأجر به لم يجر الاستئجار عليه، و من هذا القبيل الاستئجار على العباده لله تعالى أصاله، لا نيابه، و إهداء ثوابها إلى المستأجر؛ فإن ثبوت الثواب للعامل موقوف على قصد الإخلاص المنفئ مع الإجاره.

و إن كان حصول النفع غير متوقف على الإخلاص جاز الاستئجار عليه كبناء المساجد و إعانه المحاويع؛ فإن من بنى لغيره مسجداً عاد إلى الغير نفع بناء المسجد— و هو ثوابه— و إن لم يقصد البناء من عمله إلا أخذ الأجره.

و كذا من استأجر غيره لإعانه المحاويع و المشى فى حوائجهم؛ فإن الماشى لا يقصد إلا الأجره، إلا أن نفع المشى عائد إلى المستأجر.

و من هذا القبيل استئجار الشخص للنيابه عنه فى العبادات التى تقبل النيابه، كالحجّ و الزياره و نحوهما؛ فإن نيابه الشخص عن غيره فى ما ذكر و إن كانت مستحبه (١) إلا أن ترتب الثواب للمنوب عنه و حصول هذا النفع له لا يتوقف على قصد النائب الإخلاص فى نيابته، بل متى جعل نفسه بمنزله الغير و عمل العمل بقصد التقرب الذى هو تقرب المنوب عنه بعد فرض النيابه انتفع المنوب عنه، سواء فعل النائب هذه النيابه بقصد الإخلاص فى امتثال أوامر النيابه عن المؤمن أم لم يلتفت إليها أصلاً و لم يعلم بوجودها، فضلاً عن أن يقصد امتثالها.

ألا ترى أن أكثر العوام الذين يعملون الخيرات لأمواتهم

ص: ١٤٤

١- ١) كذا فى مصححه «ص»، و فى غيرها: و إن كان مستحياً.

لا يعلمون ثبوت (١) الثواب لأنفسهم في هذه النيابة، بل يتخيل (٢) النيابة مجرد إحسان إلى الميت لا يعود نفع منه إلى نفسه (٣)، و التقرب الذى يقصده النائب بعد جعل نفسه نائباً، هو تقرب المنوب عنه، لا تقرب النائب، فيجوز أن ينوب لأجل مجرد استحقاق الأجره عن فلان، بأن ينزل نفسه منزلته في إتيان الفعل قربه إلى الله، ثم إذا عرض هذه النيابة الوجوب بسبب الإجاره فالأجير غير متقرب في نيابته؛ لأنّ الفرض عدم علمه أحياناً بكون النيابة راجحه شرعاً يحصل بها التقرب، لكنّه متقرب بعد جعل نفسه نائباً عن غيره، فهو متقرب بوصف كونه بدلاً و نائباً عن الغير، فالتقرب يحصل للغير.

فإن قلت: الموجود في الخارج من الأجير ليس إلما الصلاة عن الميت مثلاً، وهذا هو (٤) متعلق الإجاره و النيابة، فإن لم يمكن الإخلاص في متعلق الإجاره لم يترتب على تلك الصلاة نفع للميت، و إن أمكن لم يناف الإخلاص لأخذ الأجره (٥) كما ادّعت، و ليست النيابة عن الميت في الصلاة المتقرب بها إلى الله تعالى شيئاً و نفس الصلاة شيئاً آخر حتى يكون الأول متعلقاً للإجاره و الثانى مورداً للإخلاص.

قلت: القرية المانع اعتبارها عن (٦) تعلق الإجاره، هي المعتمره في

ص: ١٤٥

١-١) في «ف»: بثبوت.

٢-٢) في نسخه بدل «ش»: «يتخيلون»، و هو الأنسب.

٣-٣) كذا في النسخ، و الأنسب: «إلى أنفسهم».

٤-٤) لم ترد «هو» في غير «ف».

٥-٥) في «ش» و مصححه «ن»: «و إن أمكن الإخلاص لم يناف لأخذ الأجره».

٦-٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: من.

نفس متعلّق الإجاره و إن اتّحد خارجاً مع ما لا يعتبر (١) فيه القربه ممّا لا (٢) يكون متعلّقاً للإجاره، فالصلاه الموجوده فى الخارج على جهه النيابة فعل للنائب من حيث إنّها نيابه عن الغير، و بهذا الاعتبار ينقسم فى حقّه إلى المباح و الراجح و المرجوح، و فعل للمنوب عنه بعد نيابه النائب يعنى تنزيل نفسه منزله المنوب عنه فى هذه الأفعال و بهذا الاعتبار يترتب عليه الآثار الدنيويه و الأُخرويّه لفعل المنوب عنه الذى لم يشترط فيه المباشره، و الإجاره تتعلّق به بالاعتبار الأوّل، و التقرب بالاعتبار الثانى، فالموجود فى ضمن الصلاه الخارجيه فعلاً؛ نيابه صادرة عن الأجير النائب، فيقال: ناب عن فلان، و فعل كأنه صادر عن المنوب عنه، فيمكن أن يقال على سبيل المجاز: صلّى فلان، و لا يمكن أن يقال: ناب فلان، فكما جاز اختلاف هذين الفعلين فى الآثار فلا ينافى اعتبار القربه فى الثانى جواز الاستئجار على الأوّل الذى لا يعتبر فيه القربه.

و قد ظهر ممّا قرّرناه وجه ما اشتهر بين المتأخّرين فتوى (٣) و عملاً من جواز الاستئجار على العبادات للميت، و أنّ الاستشكال فى ذلك بمنافاه ذلك لاعتبار التقرب فيها ممكن الدفع، خصوصاً بملاحظه ما ورد من الاستئجار للحج (٤).

ص: ١٤٦

١- ١) كذا فى «ص» و «ش»، و فى غيرهما: ما يعتبر.

٢- ٢) كلمه «لا» مشطوب عليها فى «ص».

٣- ٣) راجع القواعد ١: ٢٢٨، و الذكري: ٧٥، و جامع المقاصد ٧: ١٥٢ و ١٥٣، و مفتاح الكرامه ٧: ١٦٤.

٤- ٤) الوسائل ٨: ١١٥، الباب الأوّل من أبواب النيابة فى الحجّ.

و دعوى خروجه بالنص فاسده؛ لأن مرجعها إلى عدم اعتبار القرية في الحج.

و أضعف منها: دعوى أن الاستئجار على المقدمات، كما لا يخفى، مع أن ظاهر ما ورد في استئجار مولانا الصادق عليه السلام للحج عن ولده إسماعيل (١) كون الإجاره على نفس الأفعال.

[عدم جواز إتيان ما وجب بالإجاره عن نفسه]

ثم اعلم أنه كما لا يستحقّ الغير بالإجاره ما وجب على المكلف على وجه العباده، كذلك لا يؤتى على وجه العباده لنفسه ما استحقّهُ الغير منه بالإجاره، فلو استؤجر لإطافه صبيّاً أو مغمى عليه فلا يجوز الاحتساب في طواف نفسه، كما صرح به في المختلف (٢)، بل و كذلك لو استؤجر (٣) لحمل غيره في الطواف، كما صرح به جماعه (٤) تبعاً للإسكافي (٥)؛ لأنّ المستأجر يستحقّ الحرکه المخصوصه عليه، لكن ظاهر جماعه جواز الاحتساب في هذه الصوره؛ لأنّ استحقاق الحمل غير استحقاق الإطافه به كما لو استؤجر لحمل متاع.

و في المسأله أقوال:

قال في الشرائع: و لو حمّله حامل في الطواف أمكن أن يحتسب

ص: ١٤٧

١-١) الوسائل ١١٥:٨، الباب الأوّل من أبواب النياه في الحج، الحديث الأوّل.

٢-٢) المختلف ١٨٦:٤.

٣-٣) كذا في «ن»، و في «ش»: بل كذلك لو استؤجر، و في سائر النسخ: بل لو استؤجر.

٤-٤) لم نعثر على المصرّح بعدم الاحتساب مطلقاً.

٥-٥) انظر المختلف ١٨٥:٤.

كُلٌّ مِنْهُمَا طَوَافَهُ عَنْ نَفْسِهِ (١)، أَنْتَهَى.

وَقَالَ فِي الْمَسَالِكِ: هَذَا إِذَا كَانَ الْحَامِلُ مَتَبَرِّعًا أَوْ حَامِلًا بِجَعَالِهِ أَوْ كَانَ مُسْتَأْجِرًا لِلْحَمْلِ فِي طَوَافِهِ، أَمَّا لَوْ اسْتَوْجَرَ لِلْحَمْلِ مُطْلَقًا لَمْ يَحْتَسِبَ لِلْحَامِلِ؛ لِأَنَّ الْحَرَكَهَ الْمَخْصُوصَةَ قَدْ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً عَلَيْهِ لِغَيْرِهِ، فَلَا- يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى نَفْسِهِ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ أَقْوَالٌ هَذَا أَجُودُهَا (٢)، أَنْتَهَى.

وَأَشَارَ بِالْأَقْوَالِ إِلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ الْاِحْتِسَابِ مُطْلَقًا، كَمَا هُوَ ظَاهِرُ الشَّرَائِعِ وَظَاهِرُ الْقَوَاعِدِ (٣) عَلَى إِشْكَالٍ.

وَالْقَوْلُ الْآخَرُ: مَا فِي الدَّرُوسِ، مِنْ أَنَّهُ يَحْتَسِبُ لِكُلِّ مَنْ الْحَامِلُ وَالْمَحْمُولُ مَا لَمْ يَسْتَأْجِرْهُ لِلْحَمْلِ لَا فِي طَوَافِهِ (٤)، أَنْتَهَى.

وَالثَّلَاثُ- مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَسَالِكِ مِنَ التَّفْصِيلِ (٥).

وَالرَّابِعُ- مَا ذَكَرَهُ بَعْضُ مَحْشَى الشَّرَائِعِ (٦) مِنْ اسْتِثْنَاءِ صُورِهِ الْاسْتِثْجَارِ عَلَى الْحَمْلِ.

وَالخَامِسُ- الْفَرْقُ بَيْنَ الْاسْتِثْجَارِ لِلطَّوَافِ بِهِ، وَبَيْنَ الْاسْتِثْجَارِ

ص: ١٤٨

١- ١) الشَّرَائِعُ ٢:٣٣٣.

٢- ٢) الْمَسَالِكُ ٢:١٧٧.

٣- ٣) انظُرِ الْقَوَاعِدَ ١:٤١١.

٤- ٤) الدَّرُوسُ ١:٣٢٢.

٥- ٥) الْمَتَقَدِّمُ فِي الصَّفْحَةِ السَّابِقَةِ.

٦- ٦) لَمْ نَقِفْ عَلَيْهِ، وَلَعَلَّهُ يَشِيرُ إِلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّهِيدُ الثَّانِي فِي حَاشِيَتِهِ عَلَى الشَّرَائِعِ (مَخْطُوطٌ): ١٨٢، أَوِ الْمَحْقِقُ الْكِرْكِيُّ فِي

حَاشِيَتِهِ عَلَى الشَّرَائِعِ (مَخْطُوطٌ): ٧٠.

لحملة في الطواف، وهو ما اختاره في المختلف (١).

و بنى فخر الدين في الإيضاح جواز الاحتساب في صورته الاستئجار للحمل-التي استشكل والده رحمه الله فيها (٢)-على أن ضمّ نية التبرّد إلى الوضوء قاذح أم لا (٣)؟ والمسألة مورد نظر و إن كان ما تقدّم من المسالك (٤) لا يخلو عن وجه.

[أخذ الأجره على الأذان]

ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرناه (٥) من عدم جواز الاستئجار على المستحب إذا كان من العبادات، أنّه لا يجوز أخذ الأجره على أذان المكلف لصلاه نفسه إذا كان ممّيًا يرجع نفع منه إلى الغير يصحّ لأجله الاستئجار كالإعلام بدخول الوقت، أو الاجتزاء به في الصلاه، وكذا أذان المكلف للإعلام عند الأكثر كما عن الذكري (٦)، و على الأشهر (٧) كما في الروضه (٨)، و هو المشهور كما في المختلف (٩)، و مذهب الأصحاب إلّا من شدّد، كما عنه (١٠) و عن جامع المقاصد (١١)، و بالإجماع كما عن محكيّ

ص: ١٤٩

١- (١) المختلف ١٨٦:٤.

٢- (٢) تقدّم آنفًا.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٢٧٨:١.

٤- (٤) في الصفحه السابقه.

٥- (٥) في الصفحه ١٤٣.

٦- (٦) الذكري: ١٧٣.

٧- (٧) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: الأشبه.

٨- (٨) الروضه البهيه ٢١٧:٣.

٩- (٩) المختلف ١٣٤:٢.

١٠- (١٠ و ١١) حكاها عنهما السيّد العاملی في مفتاح الكرامه ٢٧٤-٢٧٥،

-١١

الخلافة (١)؛ بناء على أنها عبادة يعتبر فيها وقوعها لله فلا يجوز أن يستحقها الغير.

و في روايه زيد بن علي (٢) عن آباءه عن علي عليه السلام: «أنه أتاه رجل، فقال له: والله إنني أحببك لله، فقال له: لكنتى أبغضك لله، قال:

و لِمَ قال: لأنك تبغى في الأذان أجراً، وتأخذ على تعليم القرآن أجراً» (٣).

و في روايه حمران الوارده في فساد الدنيا و اضمحلال الدين، و فيها قوله عليه السلام: «و رأيت الأذان بالأجر (٤) و الصلاة بالأجر» (٥).

و يمكن أن يقال: إن مقتضى كونها عبادة عدم حصول الثواب إذا لم يتقرب بها، لا فساد الإجاره مع فرض كون العمل مما ينتفع به و إن لم يتقرب به.

نعم، لو قلنا بأن الإعلام بدخول الوقت المستحب كفايه لا يتأتى بالأذان الذي لا يتقرب به، صح ما ذكر، لكن ليس كذلك.

١٠ و ١١)

و لم نقف عليه فيهما.

ص: ١٥٠

١-١) الخلافة ٢٩١:١، كتاب الصلاة، المسألة ٣٦.

٢-٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ و المصادر الحديثيه زياده: «عن أبيه».

٣-٣) الوسائل ٦٦٦:٤، الباب ٣٨ من أبواب الأذان، الحديث ٢، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

٤-٤) كذا في «ف» و «ص» و المصادر الحديثيه، و في سائر النسخ: بالأجره.

٥-٥) الوسائل ٥١٨:١١، الباب ٤١ من أبواب الأمر و النهي، الحديث ٦.

و أما الروايه فضعيفه، و من هنا استوجه الحكم بالكراهه فى الذكرى (١) و المدارك (٢) و مجمع البرهان (٣) و البحار (٤) بعد أن حكى عن علم الهدى رحمه الله.

و لو اتضح دلالة الروايات أمكن جبر سند الأولى بالشهره، مع أنّ روايه حمران حسنه على الظاهر بابن هاشم.

[أخذ الأجره على الإمامه]

و من هنا (٥) يظهر وجه (٦) ما ذكره فى هذا المقام من حرمة أخذ الأجره على الإمامه (٧)، مضافاً إلى موافقتها للقاعده المتقدمه (٨) من أنّ ما كان انتفاع الغير به موقوفاً على تحقّقه على وجه الإخلاص لا يجوز (٩) الاستئجار عليه؛ لأنّ شرط العمل المستأجر عليه قابليه إيقاعه لأجل استحقاق المستأجر له حتى يكون وفاءً بالعقد، و ما كان من قبيل العباده غير قابل لذلك.

ثم إن من الواجبات التى يحرم أخذ الأجره عليها

ثم إن من الواجبات التى يحرم أخذ الأجره عليها (١٠) عند المشهور [تحمل الشهاده]

ص: ١٥١

١- (١) الذكرى: ١٧٣.

٢- (٢) المدارك ٣: ٢٧٦.

٣- (٣) مجمع الفائده ٨: ٩٢.

٤- (٤) بحار الأنوار ٨٤: ١٦١.

٥- (٥) فى مصححه «ن»: و منها.

٦- (٦) لم ترد «وجه» فى «ف»، «ن»، «ح»، «م» و «ع».

٧- (٧) راجع النهايه: ٣٦٥، و السرائر ٢: ٢١٧، و الشرائع ٢: ١١، و نهايه الإحكام ٢: ٤٧٤، و غيرها.

٨- (٨) راجع الصفحه ١٤٤.

٩- (٩) كذا فى «ص»، و فى سائر النسخ: فلا يجوز.

١٠- (١٠) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: عليه.

تحليل الشهادة، بناء على وجوبه كما هو أحد الأقوال في المسألة؛ لقوله تعالى: وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا (١) المفسر في الصحيح بالدعاء للتحمل (٢)، وكذلك أداء الشهادة؛ لوجوبه عيناً أو كفايه.

و هو مع الوجوب العيني واضح، و أما مع الوجوب الكفائي؛ فلأنّ المستفاد من أدله الشهادة كون التحمل و الأداء حقاً للمشهود له على الشاهد، فالموجود في الخارج من الشاهد حقّ للمشهود له (٣) لا- يقابل بعوض؛ للزوم مقابله حقّ الشخص بشيء من ماله، فيرجع إلى أكل المال بالباطل.

و منه يظهر أنّه كما لا يجوز أخذ الأجره من المشهود له، كذلك (٤) لا يجوز من بعض من وجبت عليه كفايه إذا استأجره لفائده إسقاطها عن نفسه.

ثمّ إنّ لا- فرق في حرمه الأجره بين توقّف التحميل أو الأداء على قطع مسافه طويله، و عدمه. نعم، لو احتاج إلى بذل مال فالظاهر عدم وجوبه، و لو أمكن إحضار الواقعه عند من يراد تحمّله للشهادة، فله أن يمتنع من الحضور و يطلب الإحضار.

بقي الكلام في شيء، و هو أنّ كثيراً من الأصحاب (٥) صرّحوا في

ص: ١٥٢

١- (٢) البقره: ٢٨٢.

٢- (٣) الوسائل ١٨: ٢٢٥، الباب الأوّل من أبواب الشهادات.

٣- (٤) لم ترد «له» في «ف».

٤- (٥) لم ترد «كذلك» في «ف».

٥- (١) كالشيخ في المبسوط ٨: ١٦٠، و الحلّي في السرائر ١: ٢١٥، و ٢: ٢١٧،

كثير من الواجبات والمستحبات (١) التي يحرم أخذ الأجره عليها (٢) بجواز ارتزاق مؤديها من بيت المال المعد لمصالح المسلمين.

و ليس المراد أخذ الأجره أو جعل من بيت المال؛ لأن ما دلّ على تحريم العوض لا فرق فيه بين كونه من بيت المال أو من غيره (٣)، بل حيث استفدنا من دليل الوجوب كونه حقاً للغير يجب أدائه إليه عيناً أو كفايه، فيكون أكل المال بإزائه أكلاً له بالباطل، كان (٤) إعطاؤه العوض من بيت المال أولى بالحرمة؛ لأنه تضييع له وإعطاء مال المسلمين بإزاء ما يستحقه المسلمون على العامل.

بل المراد أنه إذا قام المكلف بما يجب عليه كفايه أو عيناً، مما يرجع إلى مصالح المؤمنين (٥) و حقوقهم - كالقضاء و الإفتاء و الأذان و الإقامة و نحوها - و رأى وليّ المسلمين المصلحه في تعيين شيء من بيت المال له في اليوم أو الشهر أو السنه، من جهه قيامه بذلك الأمر؛

(١)

و المحقق في الشرائع ٢:١١، و ٤:٦٩ و ٧٠، و العلامه في القواعد ١:١٢١، و ٢:٢٠٢، و الشهيد في الدروس ٣:١٧٢، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٩٥-٩٩.

ص: ١٥٣

١- ٢) في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: أو المستحبات.

٢- ٣) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: عليهما.

٣- ٤) في «ص»: «و من غيره».

٤- ٥) في «م»، «ع» و «ص»: كأنه، و في «خ»: و كأن، و في هامش «ص»: «كان».

٥- ٦) في نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و «ش»: المسلمين.

لكونه (١) فقيراً يمنع القيام بالواجب المذكور عن تحصيل ضرورياته، فيعين (٢) له ما يرفع حاجته و إن كان أزيد من أجره المثل أو أقل منها (٣).

و لا فرق بين أن يكون تعيين الرزق له بعد القيام أو قبله، حتى أنه لو قيل له: «اقض في البلد و أنا أكفيك مؤنتك من بيت المال» جاز، و لم يكن جعله.

و كيف كان، فمقتضى القاعدة عدم جواز الارتزاق إلما مع الحاجة على وجه يمنع القيام بتلك المصلحه عن اكتساب المثونه، فالارتزاق مع الاستغناء و لو بكسب لا يمنع القيام بتلك المصلحه، غير جائز.

و يظهر من إطلاق جماعه (٤) في باب القضاء خلاف ذلك، بل صرح غير واحد (٥) بالجواز مع وجدان الكفايه.

ص: ١٥٤

١-١) في «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: إمّا لكونه.

٢-٢) في «ف»: فيتعين، و في «خ»، «م» و «ع»: فتعين.

٣-٣) في غير «ش»: منه.

٤-٤) منهم الشيخ في المبسوط ٨:١٦٠، و الحلّي في السرائر ٢:٢١٧، و المحقق في الشرائع ٤:٦٩.

٥-٥) منهم المحقق السبزواري في الكفايه: ٢٦٢، و الشهيد الثاني في المسالك (الطبعه الحجرية) ٢:٢٨٥، لكن مع تقيدهما بصورة عدم التعين عليه، و أمّا مع عدم التعين فقالا: بأن الأشهر المنع.

اشاره

الأولى صرح جماعه- كما عن النهايه (١) و السرائر (٢) و التذكره (٣) و الدروس (٤) و جامع المقاصد (٥)-بحرمه بيع المصحف.
و المراد به- كما صرح به (٦) في الدروس (٧)-خطه. و ظاهر المحكى عن نهايه الإحكام اشتهاها بين الصحابه، حيث تمسك
على الحرمة بمنع الصحابه (٨)، و عليه تدلّ ظواهر الأخبار المستفيضة:

ففي موثقه سماعه: «لا تبيعوا المصاحف؛ فإنّ بيعها حرام، قلت

ص: ١٥٥

-
- ١-١) النهايه: ٣٦٨.
 - ٢-٢) السرائر ٢: ٢١٨.
 - ٣-٣) التذكره ١: ٥٨٢.
 - ٤-٤) الدروس ٣: ١٦٥.
 - ٥-٥) جامع المقاصد ٤: ٣٣.
 - ٦-٦) لم ترد «به» في غير «ش».
 - ٧-٧) الدروس ٣: ١٦٥.
 - ٨-٨) نهايه الإحكام ٢: ٤٧٢، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٨٢.

فما تقول في شرائها؟ قال: اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف، و إياك أن تشتري منه الورق و فيه القرآن مكتوب، فيكون عليك حراماً، و على من باعه حراماً» (١).

و مضمرة عثمان بن عيسى، قال: «سألته عن بيع المصاحف و شرائها (٢)؟ قال (٣): لا تشتري كلام الله، و لكن اشترِ الجلد و الحديد و الدفء، و قل: أشترى منك هذا بكذا و كذا» (٤).

و رواه في الكافي عن عثمان بن عيسى، عن سماعة، عن أبي عبد الله عليه السلام (٥).

و رواه جراح المدائني في بيع المصاحف: «قال: لا تبع الكتاب و لا تشتريه، و بع الورق و الأديم و الحديد» (٦).

و رواه عبد الرحمن بن سيابة (٧)، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام

ص: ١٥٦

١- (١) الوسائل ١١٦: ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

٢- (٢) لم ترد «شراءها» في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع».

٣- (٣) في «ص» و هامش «ش»: فقال.

٤- (٤) الوسائل ١١٤: ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣. مع اختلاف في بعض الألفاظ.

٥- (٥) رواه في الكافي ١٢١: ٥، الحديث ٢، و عنه في الوسائل ١١٤: ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٦- (٦) الوسائل ١١٥: ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٧.

٧- (٧) كذا في «خ» و «ص»، و في «ف»، «ن»، «م» و «ع»: عبد الله بن سيابة، و في «ش»: عبد الله بن سيابة، و في نسخه بدل «ص» و الكافي: عبد الرحمن بن سليمان.

يقول: إنَّ المصاحف لن تُشترى، فإذا اشتريت فقل: إنَّما أشتري منك الورق و ما فيه من الأديم (١)، و حليته و ما فيه من عمل يدك، بكذا و كذا» (٢).

و ظاهر قوله عليه السلام: «إنَّ المصاحف لن تُشترى» أنَّها لا (٣) تدخل في ملك أحد على وجه العوضيه عمَّا بذله من الثمن (٤)، و أنَّها أجلُّ من ذلك، و يشير إليه تعبير الإمام في بعض الأخبار بـ «كتاب الله» و «كلام الله» (٥)، الدالُّ على التعظيم.

و كيف كان، فالحكم في المسألة واضح بعد الأخبار و عمل من عرفت، حتَّى مثل الحلِّي الذي لا يعمل بأخبار الآحاد.

و ربَّما يتوهم هنا ما يصرف هذه الأخبار عن ظواهرها، مثل روايه أبي بصير، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها. قال: إنَّما كان يوضع (٦) عند القامه و المنبر. قال: و كان بين الحائط و المنبر قدر (٧) ممرِّ شاه أو رجل و هو (٨) منحرف، فكان الرجل

ص: ١٥٧

- ١- ١) في «ص» و نسخه بدل الوسائل: من الأدم.
- ٢- ٢) الوسائل ١١٤: ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.
- ٣- ٣) كذا في «ش» و مصححه «ن»، «م» و «ع»، و في سائر النسخ: لن.
- ٤- ٤) لم ترد عبارته «على وجه - إلى - الثمن» في «ف».
- ٥- ٥) مثل مضمرة عثمان بن عيسى، و روايه الكافي المتقدمين آنفأ.
- ٦- ٦) في «ش»: يوضع الورق.
- ٧- ٧) في «ص» و المصادر الحديثيه: قيد.
- ٨- ٨) و هو «من «ش» و المصدر.

يأتي فيكتب السوره (١)، ويحيىء آخر فيكتب السوره (٢) كذلك كانوا، ثم إنهم (٣) اشتروا بعد ذلك. قلت: فما ترى في ذلك؟ قال: أشتريه أحب إلي من أن أبيعه» (٤).

و مثله روايه روح بن عبد الرحيم (٥)، و زاد فيه: «قلت: فما ترى أن اعطى على كتابته أجراً؟ قال: لا- بأس، و لكن هكذا كانوا يصنعون» (٦)، فإنها تدل على جواز الشراء من جهة حكايته عن المسلمين بقوله:

«ثم إنهم اشتروا بعد ذلك»، و قوله: «أشتريه أحب إلي من أن أبيعه»، و نفى البأس عن الاستئجار لكتابته، كما في أخبار آخر غيرها (٧)، فيجوز تملك الكتابه بالأجره، فيجوز وقوع جزء من الثمن بإزائها عند بيع المجموع المركب منها و من القرطاس، و غيرها.

لكن الإنصاف: أن لا دلالة فيها على جواز اشتراء خط المصحف، و إنما تدل على أن تحصيل المصحف في الصدر الأول كان بمباشره كتابته، ثم قصرت الهمم فلم يباشروها بأنفسهم، و حصلوا

ص: ١٥٨

١-١) في «ص» و المصدر و نسخه بدل «ش»: البقره.

٢-٢) كذا في «ف»، «ص» و المصدر، و في سائر النسخ زياده: و يحيىء آخر فيكتب السوره.

٣-٣) كلمه «إنهم» من «ش» و المصدر و مصححه «م» و «ص».

٤-٤) الوسائل ١١٥:١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

٥-٥) في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: عبد الرحمن.

٦-٦) الوسائل ١١٦:١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩.

٧-٧) الوسائل ١١٥:١٢-١١٦، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الأحاديث ١٢، ٤، و ١٣.

المصاحف بأموالهم شراءً واستتجاراً، ولا دلالة فيها على كيفية الشراء، وأن الشراء والمعاوضه لا بد أن لا يقع إلّا على ما عدا الخط، من القرطاس وغيره.

و في بعض الروايات دلالة على أنّ الأولى مع عدم مباشره الكتابه بنفسه أن يستكتب بلا شرط ثم يعطيه ما يرضيه، مثل روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام، «قال: إنّ أمّ عبد الله بنت الحسن (١) أرادت أن تكتب مصحفاً فاشتريت ورقاً من عندها، ودعت رجلاً فكتب لها على غير شرط، فأعطته حين فرغ خمسين ديناراً، وأنه لم تُبع المصاحف إلّا حديثاً» (٢).

و ممّا يدلّ على الجواز: روايه عن ابنه الورّاق، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّي رجل أبيع المصاحف فإن نهيتني لم أبعها.

قال: أ لست تشتري ورقاً و تكتب فيه؟ قلت: نعم (٣) و أعالجها. قال:

لا بأس بها» (٤).

وهي وإن كانت ظاهره في الجواز إلّا أنّ ظهورها من حيث السكوت عن كيفية البيع، في مقام الحاجه إلى البيان، فلا تعارض ما تقدّم من الأخبار المتضمّنه للبيان.

ص: ١٥٩

١-١) في «ف»، «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «و»: عبد الله بن الحارث.

٢-٢) الوسائل ١١٦: ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٠.

٣-٣) في «ص» والمصدر: بلي.

٤-٤) الوسائل ١١٥: ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

و كيف كان، فالأظهر في الأخبار (١) ما تقدّم من الأساطين المتقدم إليهم الإشارة (٢).

بقي الكلام في المراد من حرمه البيع و الشراء،

بعد فرض أنّ الكاتب للمصحف في الأوراق المملوكة مالك للأوراق و ما فيها من النقوش، فإنّ النقوش:

إن لم تعدّ من الأعيان المملوكة (٣)، بل من صفات المنقوش الذي (٤) تتفاوت (٥) قيمته بوجودها و عدمها، فلا حاجة إلى النهي عن بيع الخط؛ فإنّه لا يقع بإزائه جزء من الثمن حتى يقع في حيز البيع.

و إن عدّت من الأعيان المملوكة (٤)، فإن فرض بقاؤها على ملك البائع بعد بيع الورق و الجلد، فيلزم شركته مع المشتري، و هو خلاف الاتفاق، و إن انتقلت إلى المشتري، فإن كان بجزء من العوض فهو البيع المنهي عنه؛ لأنّ بيع المصحف المركب من الخط و غيره ليس إلّا جعل جزء من الثمن بإزاء الخط. و إن انتقلت إليه قهراً تبعاً لغيرها (٧)، لا بجزء (٨) من

ص: ١٦٠

١-١) في «ص»: الاختيار.

٢-٢) راجع أول البحث عن بيع المصحف.

٣-٣) في «ش» زياده: عرفاً.

٤-٤) في «خ» و «ع»: صفات النقش التي، و في «م» و «ص»: صفات المنقش التي.

٥-٥) في غير «ص»: يتفاوت.

٦-٦) في «ش» زياده: عرفاً.

٧-٧) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: لغيره.

٨-٨) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: لا لجزء.

العوض- نظير بعض ما يدخل في المبيع- فهو خلاف مقصود المتبايعين.

مع أنّ هذا- كالتزام كون المبيع هو الورق المقيّد بوجود هذه النقوش فيه، لا الورق و النقوش؛ فإنّ النقوش (1) غير مملوكة بحكم الشارع- مجرّد تكليف صوري؛ إذ لا أظنّ أنّ تُعطّل أحكام الملك، فلا تجرى على الخط المذكور إذا بنينا على أنّه ملك عرفاً قد نهى عن المعاوضه عليه، بل الظاهر أنّه إذا لم يقصد بالشراء إلّا الجلد و الورق كان الخط باقياً على ملك البائع فيكون شريكاً بالنسبه، فالظاهر أنّه لا- مناص من (2) التزام التكليف الصوري، أو يقال: إنّ الخط لا- يدخل في الملك شرعاً و إن دخل فيه عرفاً، فتأمل.

و لأجل ما ذكرناه التجأ بعض (3) إلى الحكم بالكراهه، و أولويه الاقتصار في المعامله على ذكر الجلد و الورق بترك إدخال الخط فيه احتراماً، و قد تعارف إلى الآن تسميه ثمن القرآن «هدية».

[بيع المصحف من الكافر و تملك الكفار للمصاحف]

ثمّ إنّ المشهور بين العلماء رحمه الله و من تأخّر عنه (4) عدم جواز بيع

ص: ١٦١

١- ١) في «ف»، «ن»، «خ» و «ص»: و إنّ النقوش، و في «م» و «ع»: و إنّ المنقوش.

٢- ٢) في غير «ف»: عن.

٣- ٣) هو العلامة الطباطبائي في مصابيح (مخطوط): ٦٢-٦٣، و تبعه صاحب الجواهر، انظر الجواهر ١٢٨: ٢٢.

٤- ٤) انظر القواعد ١: ١٢١، و إيضاح الفوائد ١: ٤٠٧، و الدروس ٣: ١٧٥، و جامع المقاصد ٤: ٣٣، و المسالك ٣: ٨٨.

المصحف من الكافر على الوجه الذى يجوز بيعه (١) من المسلم؛ ولعله لفحوى ما دلّ على عدم تملك الكافر للمسلم (٢)؛ وأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه (٣)؛ فإنّ الشيخ رحمه الله قد استدللّ به على عدم تملك الكافر للمسلم (٤)؛ و من المعلوم أنّ ملك الكافر للمسلم إن كان علوّاً على الإسلام فملكه للمصحف أشدّ علوّاً عليه؛ ولذا لم يوجد هنا قول بتملكه وإجباره على البيع، كما قيل به فى العبد المسلم (٥).

و حيثنذ، فلو كفر المسلم انتقل مصحفه إلى وارثه و لو كان الوارث هو الإمام.

هذا، و لكن ذكر فى المبسوط فى باب الغنائم: أنّ ما يوجد فى دار الحرب من المصاحف و الكتب التى ليست بكتب الزندقة و الكفر داخل فى الغنيمه و يجوز بيعها (٦). و ظاهر ذلك تملك الكفار للمصاحف، و إلّا لم يكن وجه لدخولها فى الغنيمه، بل كانت من مجهول المالك المسلم، و إرادته غير القرآن من المصاحف بعيده.

ص: ١٦٢

-
- ١-١) لم ترد «بيعه» فى «ف».
- ٢-٢) كقوله تعالى: **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** - النساء: ١٤١، و رواه حماد بن عيسى المرويه فى الوسائل ١٢:٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، و الإجماع المدعى فى الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٢٣.
- ٣-٣) الوسائل ١٧:٣٧٦، الباب الأوّل من كتاب الفرائض و الموارث، الحديث ١١.
- ٤-٤) راجع المبسوط ٢:١٦٧ و ١٦٨.
- ٥-٥) حكاه المحقق فى الشرائع ٢:١٦، و لم نقف على القائل به بعينه.
- ٦-٦) المبسوط ٢:٣٠.

، و أما المتفرقة في تضاعيف غير التفاسير من الكتب؛ للاستشهاد بلفظها أو معناها (٢)، فلا يبعد عدم اللحوق؛ لعدم تحقق الإهانة و العلو (٣).

و في إلحاق الأديع المشتمله على أسماء الله تعالى -

كالجوشن الكبير-مطلقاً، أو مع كون الكافر ملحداً بها دون المقرّ بالله المحترم لأسمائه؛ لعدم الإهانة و العلو، وجوه.

و في إلحاق الأحاديث النبويّه بالقرآن

وجهان، حكى الجزم بهما (٤) عن الكركي و فخر الدين قدس سرهما، و التردّد بينهما (٥) عن التذكرة (٦).

و على اللحوق، فيلحق اسم النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم بطريق أولى؛ لأنّه أعظم من كلامه صَلَّى الله عليه و آله و سلم، و حينئذ فيشكل أن يملك الكفار الدراهم و الدنانير المضروبه في زماننا، المكتوب عليها اسم النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم،

ص: ١٦٣

١- ١) في غير «ص» و «ش»: كان مستقلاً.

٢- ٢) كذا في «ص»، و في غيرها: بلفظه أو معناه.

٣- ٣) لم ترد «و العلو» في «ش».

٤- ٤) كذا في «ف» و مصححتي «ن» و «ص»، و في «خ»، «م» و «ع»: بهما، و في «ش»: به. و الصحيح ما أثبتناه؛ لرجوع الضمير إلى الوجهين؛ حيث حكى السيد العاملي في مفتاح الكرامه-القول بالتحريم عن المحقق الكركي، و الجواز عن فخر الدين في شرح الإرشاد، انظر مفتاح الكرامه ٤: ٨٣، و حاشيه الشرائع للمحقق الكركي (مخطوط): الورقه ٩٧، و أمّا شرح الإرشاد فهو مخطوط و لا يوجد لدينا، نعم استقرب الكراهه في الإيضاح ١: ٣٩٦.

٥- ٥) كذا في «ن» و «ص»، و في «ف»: فيها، و في سائر النسخ: بينها.

٦- ٦) انظر التذكرة ١: ٤٦٣.

إلّا أن يقال: إنّ المكتوب فيها غير مملوك عرفاً، ولا يجعل بإزاء الاسم الشريف المبارك من حيث إنّ اسم الله عليه وآله وسلم جزء من الثمن، فهو كاسمه المبارك المكتوب على سيف أو على باب دار أو جدار، إلّا أن يقال: إنّ مناط الحرمة التسليط، لا المعاوضة، بل ولا التمليك (١).

و يشكل أيضاً من جهة تناولتها الكافر مع العلم العادي بمسّه إياه (٢) خصوصاً مع الرطوبة.

ص: ١٦٤

١- ١) في «ف»: «ولا التكبب».

٢- ٢) في «ف»: «إياها».

المسأله [الثانيه جوائز السلطان و عماله،

اشاره

بل مطلق المال المأخوذ منهم مجاناً أو عوضاً، لا يخلو عن أحوال:

لأنه إما أن لا يعلم أنّ (١) في جملة أموال هذا الظالم مال محرّم يصلح لكون المأخوذ هو (٢) من ذلك المال، وإما أن يعلم.

و على الثاني: فإما أن لا يعلم أنّ ذلك المحرّم أو شيئاً منه هو (٣) داخل في المأخوذ، وإما أن يعلم ذلك.

و على الثاني: فإما أن يعلم تفصيلاً، وإما أن يعلم إجمالاً،

فالنصور أربع:

أما الأولى،

[أن لا يعلم بأن للجائر مال حرام يحتمل كون الجائزه منها]

لا إشكال فيها في جواز الأخذ و حليّه التصرّف؛ للأصل و الإجماع و الأخبار الآتيه، لكن ربما يوهم بعض الأخبار أنّه يشترط في حلّ مال الجائر ثبوت مال حلال له، مثل ما عن

ص: ١٦٥:

١-١) لم ترد «أنّ» في «ش».

٢-٢) شطب على «هو» في «ف» و «ن».

٣-٣) شطب على «هو» في «ن».

الاحتجاج عن الحميري، أنه كتب إلى صاحب الزمان عجل الله فرجه يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلاً (١) لما في يده، ولا يتورع (٢) عن (٣) أخذ ماله، ربما نزلت في قريه (٤) وهو فيها، أو أدخل (٥) منزله و قد حضر طعامه، فيدعوني إليه، فإن لم آكل (٦) عاداني عليه (٧)، فهل يجوز لي أن آكل من طعامه، و أتصدق بصدقه؟ و كم مقدار الصدقه؟ و إن أهدى هذا الوكيل هديه إلى رجل آخر (٨) فيدعوني إلى أن أنال منها، و أنا أعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ما في يده، فهل عليّ فيه (٩) شيء إن أنا نلت منه؟ (١٠).

الجواب: «إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده،

ص: ١٦٦

- ١-١) في الوسائل و نسخه بدل «ش»: مستحلٌّ.
- ٢-٢) في المصدر و نسخه بدل «ش»: ولا يرع.
- ٣-٣) في «ف»: من.
- ٤-٤) في المصدر و «ص»: قريته.
- ٥-٥) في «خ»: و أدخل.
- ٦-٦) في المصدر و «ص»: و نسخه بدل «ش» زياده: من طعامه، و في مصححه «م»: طعامه.
- ٧-٧) لم ترد «عليه» في غير «ش».
- ٨-٨) ورد في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع» بدل عبارته: «و إن أهدى إلى آخر» العبارة التاليه: و إن أهدى إلى هذا الوكيل.
- ٩-٩) لم ترد «فيه» في «ف»، «خ»، «م» و «ع».
- ١٠-١٠) عبارته: «إن أنا نلت منه» من «ش» و المصدر.

فأقبل برّه (١)، وإلا فلا (٢)؛ بناءً على أنّ الشرط في الحلّيه هو وجود مال آخر، فإذا لم يعلم به لم يثبت الحلّ، لكن هذه الصورة قليلة (٣) التحقّق.

و أمّا الثانيه، [ان يعلم بوجود مال محرّم للجائر لكن لا يعلم بكون الجائزه منها]

[الحاله الأولى أن تكون الشبهه غير محصوره]

فإن كانت الشبهه فيها غير محصوره، فحكمها كالصوره الأولى، وكذا إذا كانت محصوره بين ما لا يبتلى المكلف به وبين ما من شأنه الابتلاء به، كما إذا علم أنّ الواحد المرّد بين هذه الجائزه وبين أمّ ولده المعدوده من خواصّ نسائه مغصوب؛ وذلك لما تقرّر في الشبهه المحصوره (٤) من اشتراط (٥) تعلّق التكليف فيها بالحرام الواقعي بكون كلّ من المشتبهين بحيث يكون التكليف بالاجتناب عنه منجزاً لو فرض كونه هو المحرّم الواقعي، لا مشروطاً بوقت الابتلاء المفروض انتفاؤه في أحدهما (٦) في المثال؛ فإنّ التكليف حينئذٍ (٧) غير منجز بالحرام الواقعي على أيّ تقدير؛ لاحتمال كون المحرّم في المثال هي أمّ الولد، وتوضيح المطلب في محلّه.

ص: ١٦٧

١-١) في المصدر: فكل طعامه و أقبل برّه.

٢-٢) الاحتجاج ٣٠٦:٢، والوسائل ١٦٠:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١٥.

٣-٣) كذا في «ص»، وفي سائر النسخ: قليل.

٤-٤) راجع فرائد الأصول: ٤١٩ (التنبيه الثالث).

٥-٥) في «ش» زياده: تنجز.

٦-٦) شطب في «ف» على عبارته: «المفروض انتفاؤه في أحدهما» و كتب بدله: إذا فرض عدم ابتلائه بأحدهما.

٧-٧) من «ف» فقط.

ثم إنه صرح جماعه (١) بكراهه الأخذ، و عن المنتهى (٢) الاستدلال له باحتمال الحرمة، و بمثل قولهم عليهم السلام (٣): «دع ما يريبك» (٤)، و قولهم:

«من ترك الشبهات نجا من المحرّمات... إلخ» (٥).

و ربما يزداد على ذلك: بأن أخذ المال منهم يوجب محبتهم؛ فإنّ القلوب مجبولة على حبّ من أحسن إليها، و يترتب عليه (٦) من المفاسد ما لا يخفى.

و فى الصحيح: «إنّ أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلّا أصابوا من دينه مثله» (٧).

و ما (٨) عن الإمام الكاظم من (٩) قوله عليه السلام: «لو لا أنّى أرى من

ص: ١٦٨

١ - ١) كالعلاّمه فى المنتهى ١٠٢٦:٢، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣:١٤١، و المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائدة ٨٦:٨، و المحدّث البحرانى فى الحدائق ١٨:٢٦١، و السيد الطباطبائى فى الرياض ١:٥٠٩، و السيد المجاهد فى المناهل ٣٠٣:٣.

٢ - ٢) تقدّم التخرىج عنه.

٣ - ٣) فى «ف»: و لمثل قولهم، و فى «ن»: و بمثل قوله، و فى سائر النسخ: و لمثل قوله.

٤ - ٤) الوسائل ١٨:١٢٧، الباب ١٢ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥٦.

٥ - ٥) الوسائل ١٨:١١٤، الباب ١٢ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٩.

٦ - ٦) فى «ف» على ذلك.

٧ - ٧) الوسائل ١٢:١٢٩، الباب ٤٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

٨ - ٨) شطب على «ما» فى «ف».

٩ - ٩) شطب على «من» فى «ف».

أزوجه بها (١) من عزاب آل (٢) أبي طالب لئلا ينقطع نسله ما قبلتها (٣) أبداً (٤).

ثم إنهم ذكروا ارتفاع الكراهه بأمور:

منها: إخبار المجيز بحليته (٥)، بأن يقول: هذه الجائزه من تجارتي أو زراعتي، أو نحو ذلك مما يحلّ للأخذ التصرف فيه.

و ظاهر المحكى عن الرياض (٦) تبعاً لظاهر الحدائق (٧) أنه ممّا لا خلاف فيه. و اعترف ولده قدس سرّه فى المناهل (٨) بأنّه لم يجد (٩) له مستنداً، مع أنّه (١٠) لم يحكّ التصريح به إلّا عن الأردبيلى (١١)، ثمّ عن (١٢) العلّامه الطباطبائى (١٣).

ص: ١٦٩

١-١ من «ش» و المصدر.

٢-٢ فى المصدر و نسخه بدل «ش»: بنى.

٣-٣ كذا فى «ش» و مصححه «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: ما قبلته.

٤-٤ الوسائل ١٥٩:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١١.

٥-٥ فى «ش»: بحليّه.

٦-٦ الرياض ٥٠٩:١، و حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١١٧:٤.

٧-٧ الحدائق ٢٦١:١٨.

٨-٨ المناهل: ٣٠٣.

٩-٩ كذا فى «ف»، و فى غيرها: لم نجد.

١٠-١٠ فى «ف» شطب على «مع أنّه» و كتب فوقه: و.

١١-١١ مجمع الفائدة ٨٦:٨.

١٢-١٢ فى «ف» شطب على «ثمّ عن»، و كتب فوقه: و.

١٣-١٣ حكاه السيد المجاهد فى المناهل: ٣٠٣.

و يمكن أن يكون المستند ما دلّ على قبول قول (١) ذى اليد (٢) فيعمل بقوله، كما لو قامت البينة على تملكه، و شبهه الحرمة و إن لم ترتفع بذلك، إلّا أنّ الموجب للكراهه ليس مجرد الاحتمال، و إلّا لعمت (٣) الكراهه أخذ المال من كلّ أحد، بل الموجب له: كون الظالم مظنّه الظلم و الغصب و غير متورّع عن المحارم، نظير كراهه سؤر من لا- يتوقّى النجاسه، و هذا المعنى يرتفع بإخباره، إلّا إذا كان خبره كـ «يده» مظنّه للكذب؛ لكونه ظالماً غاصباً، فيكون خبره حينئذ كـ «يده و تصرفه» غير مفيد إلّا للإباحه الظاهريه الغير المنافيه للكراهه، فيخصّ (٤) الحكم برفع الكراهه بما إذا كان مأموناً فى خبره، و قد صرح الأردبيلي قدّس سرّه بهذا القيد فى إخبار و كيله (٥). و بذلك يندفع ما يقال (٦): من أنّه لا- فرق بين يد الظالم و تصرفه، و بين خبره، فى كون كلّ منهما مفيداً للملكيه الظاهريه غير منافٍ للحرمة الواقعيه المقتضيه للاحتياط، فلا- وجه لوجود الكراهه الناشئه عن حسن الاحتياط مع اليد، و ارتفاعها مع الأخبار، فتأمل.

ص: ١٧٠

١-١) لم ترد «قول» فى «ن»، و كتب عليها فى «خ»: زائد.

٢-٢) انظر الوسائل ١٨:٢١٤، الباب ٢٥ من أبواب كيفية الحكم و آداب القاضى.

٣-٣) فى «ص»: عمت.

٤-٤) فى مصححه «ن» و نسخه بدل «ص» و «ش»: فيختصّ.

٥-٥) راجع مجمع الفائدة ٨:٨٦.

٦-٦) لم نقف على القائل.

و منها: إخراج الخمس منه، حكى عن المنتهى (١) و المحقق الأردبيلي قدس سرّه (٢)، و ظاهر الرياض (٣) هنا أيضاً عدم الخلاف، و لعلّه لما ذكر في المنتهى في وجه استحباب إخراج الخمس من هذا المال:-

من أنّ الخمس مطهر للمال المختلط يقيناً بالحرام، فمحمّل الحرمة أولى بالطهر به (٤)، فإنّ مقتضى الطهاره بالخمس صيروره المال حلالاً واقعياً، فلا يبقى حكم الشبهه كما لا يبقى في المال المختلط يقيناً بعد إخراج الخمس.

نعم (٥)، يمكن الخدشه في أصل الاستدلال: بأنّ الخمس إنّما يطهر المختلط بالحرام، حيث إنّ بعضه حرام و بعضه حلال، فكأنّ الشارع جعل الخمس بدل ما فيه من الحرام، فمعنى تطهيره تخليصه بإخراج الخمس ممّا فيه من الحرام، فكأنّ المقدار الحلال طاهر (٦) في نفسه إلّا أنّه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام (٧) بحكم الحرام و هو وجوب

ص: ١٧١

١- (١) المنتهى ١٠٢٥:٢.

٢- (٢) مجمع الفائدة ٨٧:٨.

٣- (٣) الرياض ٥٠٩:١.

٤- (٤) كذا في «ف» و «ن»، و في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: بالطهره، و في «ش»: بالتطهير به.

٥- (٥) في نسخه بدل «ش»: «لكن»، و شطب في «ف» على «نعم» و كتب بدله: «لكن».

٦- (٦) كذا في «ف»، و في غيرها: فكان المقدار الحلال طاهراً.

٧- (٧) في هامش «ص» زياده: فصار محكوماً صحّ.

الاجتناب، وإخراج الخمس مطهر له عن هذه القذاره (١) العَرَضِيَّة، و أما المال المحتمل لكونه بنفسه حراماً و قذراً ذاتياً فلا معنى لتطهره (٢) بإخراج خمسه، بل المناسب لحكم الأصل - حيث جعل الاختلاط قذاره عَرَضِيَّة - كون الحرام قذر العين، و لازمه أن المال المحتمل الحرمه غير قابل للتطهير فلا بد من الاجتناب عنه.

نعم، يمكن أن يستأنس أو يستدل على استحباب الخمس بعد فتوى النهايه (٣) التي هي كالروايه، ففيها (٤) كفايه في الحكم بالاستحباب (٥)، و كذلك فتوى السرائر (٦) مع عدم العمل فيها إلا بالقطعيات بالموثقه المسئول فيها عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل، قال عليه السلام:

«لا، إلا أن لا يقدر على شيء يأكل ويشرب (٧) ولا يقدر على حيله (٨) فإن فعل فصار في يده شيء فليعت بخمسه إلى أهل البيت عليهم السلام» (٩)، فإن موردها و إن كان ما يقع في يده بإزاء العمل إلا أن الظاهر عدم الفرق بينه و بين ما يقع في اليد على وجه الجائزه.

ص: ١٧٢

-
- ١-١) في «ن»، «خ»، «م» و«ع»: القذره.
 - ٢-٢) في «ص» و«ش»: لتطهيره.
 - ٣-٣) النهايه: ٣٥٧-٣٥٨.
 - ٤-٤) في «ف»: فقيه.
 - ٥-٥) عبارته «في الحكم بالاستحباب» مشطوب عليها في «ف».
 - ٦-٦) السرائر ٢٠٣: ٢.
 - ٧-٧) في الوسائل: و لا يشرب.
 - ٨-٨) عبارته «على شيء إلى على حيله» من «ش» و المصدر.
 - ٩-٩) الوسائل ١٤٦: ١٢، الباب ٤٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.

و يمكن أن يستدل له أيضاً بما دلّ على وجوب الخمس في الجائزه مطلقاً، و هي عدّه أخبار مذكوره في محلّها (١)، و حيث إنّ المشهور غير قائلين بوجوب الخمس في الجائزه حملوا تلك الأخبار على الاستحباب (٢).

ثمّ إنّ المستفاد ممّا تقدّم (٣) من اعتذار الكاظم عليه السلام من قبول الجائزه بترويج عزّاب الطالبين لنا ينقطع نسلهم، و من غيره: أنّ الكراهه ترتفع بكلّ مصلحه هي أهمّ في نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهه، و يمكن أن يكون اعتذاره عليه السلام إشاره إلى أنّه لولا صرفها فيما يصرف فيه المظالم المردوده لما قبلها، فيجب أو ينبغي أن يأخذها ثم يصرفها في مصارفها (٤).

و هذه الفروع كلّها بعد الفراغ عن إباحه أخذ الجائزه، و المتفق عليه من صورها: صوره عدم العلم بالحرام في ماله أصلاً، أو العلم

ص: ١٧٣

١- (١) الوسائل ٣٥٠:٦، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٥ و ٧.

٢- (٢) لم نجد التصريح به في كلمات الأصحاب، نعم مقتضى فتوى المشهور بعدم وجوب الخمس في الجوائز و الهدايا حمل تلك الأخبار على الاستحباب، قال المحقق السبزواري قدّس سرّه في الذخيره (٤٨٣): «المشهور بين الأصحاب وجوب الخمس في جميع أنواع التكبّس: من تجاره و صناعه و زراعه و غير ذلك عدا الميراث و الصداق و الهبه»، و مثله في الحدائق ٣٥١:١٢ و ٣٥٢. ٣- (٣) في الصفحه ١٧٠-١٧١.

٤- (٤) العبارة في غير «ش» هكذا: «ثمّ يصرفها في مصارف الحرام»، لكن شطب عليها في «ف»، و ورد في هامش «ن»، «م» و «ص» بعد كلمه «الحرام»: «المجهول المالك - صح».

بوجود الحرام مع كون الشبهه غير محصوره، أو محصوره ملحقه بغير المحصوره، على ما عرفت.

[الحاله الثانيه]

و إن كانت الشبهه محصوره

بحيث تقتضى قاعده الاحتياط لزوم الاجتناب عن الجميع؛ لقابليه تنجز التكليف بالحرام المعلوم إجمالاً، فظاهر جماعه-المصرّح به فى المسالك و غيره-الحلّ و عدم لحوق حكم الشبهه المحصوره هنا.

قال فى الشرائع: جوائز السلطان الظالم (١) إن علمت حراماً بعينها فهى حرام (٢)، و نحوه عن نهايه الأحكام (٣) و الدروس (٤) و غيرهما (٥).

قال فى المسالك: التقييد بالعين إشاره إلى جواز أخذها و إن علم أنّ فى ماله مظالم، كما هو مقتضى حال الظالم، و لا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام فى وجوب اجتناب الجميع؛ للنصّ على ذلك (٦)، انتهى.

أقول: ليس فى أخبار الباب ما يكون حاكماً على قاعده الاحتياط فى الشبهه المحصوره، بل هى مطلقه أقصاها كونها من قبيل

ص: ١٧٤

١-١) فى «ش»: جوائز السلطان الجائر، و فى المصدر: جوائز الجائر.

٢-٢) الشرائع ١٢: ٢.

٣-٣) نهايه الأحكام ٥٢٥: ٢.

٤-٤) الدروس ١٧٠: ٣.

٥-٥) كالكفايه: ٨٨، و الرياض ٥٠٩: ١.

٦-٦) المسالك ١٤١: ٣، و راجع النصّ فى الوسائل ١٥٦: ١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به.

قولهم عليهم السلام: «كلّ شيء لك حلال» (١)، أو «كلّ شيء فيه حلال و حرام فهو لك حلال» (٢).

و قد تقرّر (٣) حكمه قاعده الاحتياط على ذلك، فلا بدّ حينئذٍ من حمل الأخبار على مورد لا تقتضى القاعده لزوم الاجتناب عنه، كالشبهه الغير المحصوره أو المحصوره التي (٤) لم يكن كل من احتمالاتها (٥) مورداً لابتلاء المكلف، أو على أنّ ما يتصرّف فيه الجائر بالإعطاء يجوز أخذه؛ حملاً لتصرّفه على الصحيح، أو لأنّ تردّد الحرام بين ما ملكه الجائر و بين غيره (٦)، من قبيل التردّد بين ما ابتلى به المكلف، و ما لم يبتل به، و هو ما لم يعرضه الجائر لتمليكه (٧)، فلا يحرم قبول ما ملكه، لدوران الحرام بينه و بين ما لم يعرضه لتمليكه، فالتكليف بالاجتناب عن الحرام الواقعي غير منجز عليه كما أشرنا إليه سابقاً (٨)،

ص: ١٧٥

١-١) الوسائل ١٢:٦٠، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤، و فيه: هو لك حلال.

٢-٢) الوسائل ١٢:٥٩، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٣-٣) انظر فرائد الأصول: ٤٠٣.

٤-٤) في غير «ش»: المحصور الذي.

٥-٥) في غير «ش»: محتملاته.

٦-٦) شطب في «ف» على «غيره»، و كتب بدله بخط مغاير لخط المتن: «ما لم يعرضه الجائر لتمليكه».

٧-٧) شطب في «ف» على عبارته: «و هو ما لم يعرضه الجائر لتمليكه»، و كتب عليه في «م»، «خ» و «ش»: نسخه.

٨-٨) في الصفحة ١٦٩.

فلو فرضنا مورداً خارجاً عن هذه الوجوه المذكوره، كما إذا أراد أخذ شيء من ماله مقاصه، أو أذن له الجائر في أخذ شيء من أمواله على سبيل التخيير (1)، أو علم أنّ المجيز قد أجازته من المال المختلط في اعتقاده بالحرام-بناء (2) على أنّ اليد لا تؤثر في حلّ ما كلف (3) ظاهراً بالاجتناب عنه (4)، كما لو علمنا أنّ الشخص أعارنا أحد الثوبين المشتبهين في نظره، فيأنه لا يحكم بطهارته-فالحكم في هذه الصور (5) بجواز أخذ بعض ذلك مع العلم بالحرام فيه (6)، و طرح قاعده الاحتياط في الشبهه المحصوره في غايه الإشكال، بل الضعف.

فلنذكر النصوص الواردة في هذا المقام، و نتكلم في مقدار شمول كلّ واحد منها بعد ذكره (7) حتى يعلم عدم نهوضها للحكومه على القاعده.

فمن الأخبار التي استدللّ بها في هذا المقام: قوله عليه السلام: «كلّ شيء فيه حلال و حرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه

ص: ١٧٦

١-١) وردت عبارته: «أو أذن له إلى التخيير» في «خ»، «م»، «ع»، و«ص» بعد قوله: «أو علم أنّ المجيز قد أجازته».

٢-٢) من «ش» و مصححه «ن».

٣-٣) كذا في «ش» و مصححه «ف» و«ن» و نسخه بدل «ص»، و العبارة في «خ»، «م»، «ع»، و«ص» هكذا: لا تؤثر فيه لما كلف.

٤-٤) عنه «من «ش» و مصححه «ن».

٥-٥) كذا في «ش» و مصححه «ف» و«ن»، و في غيرها: الصورة.

٦-٦) في نسخه بدل «ش»: عنه.

٧-٧) بعد ذكره «مشطوب عليها في «ف».

فتدعه» (١)، وقوله عليه السلام: «كلّ شيء لك حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه» (٢).

ولا يخفى أنّ المستند في المسألة لو كان مثل هذا لكان الواجب إمّا التزام أنّ القاعده في الشبهه المحصوره عدم وجوب الاحتياط مطلقاً، كما عليه شرذمه من متأخري المتأخرين (٣)، أو أنّ مورد الشبهه المحصوره من جوائز الظلمه خارج عن عنوان الأصحاب، و على أى تقدير فهو على طرف النقيض ممّا تقدّم عن المسالك (٤).

و منها: صحيحه أبي ولّاد، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

ما ترى في رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلّا من أعمالهم، و أنا أمرّ به و أنزل عليه فيضيّفنى و يحسن إليّ، و ربما أمر لى بالدرهم و الكسوه، و قد ضاق صدرى من ذلك؟ فقال لى: كلّ و خذ منها (٥)، فلك المهنأ (٦)، و عليه الوزر (٧)» (٨).

و الاستدلال به على المدعى لا يخلو عن نظر؛ لأنّ الاستشهاد إن

ص: ١٧٧

١-١) الوسائل ١٢:٥٩، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٢-٢) الوسائل ١٢:٦٠، نفس الباب، الحديث ٤، وفيه: «حتى تعلم أنّه حرام بعينه».

٣-٣) لم نقف عليهم.

٤-٤) راجع الصفحه ١٧٦.

٥-٥) فى مصححه «ص» و المصدر: منه.

٦-٦) فى نسخه بدل «م» و «ش» و نسخه بدل المصدر: الحظّ.

٧-٧) فى غير «ش» زياده: الخير، و الظاهر أنّه لا حاجه إليه؛ لأنّ الخبر مذکور بتمامه.

٨-٨) الوسائل ١٢:١٥٦، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

كان من حيث حكمه عليه السلام بحلّ مال العامل المّجيز للسائل، فلا- يخفى أنّ الظاهر من هذه الرواية و من غيرها من الروايات: حرمة ما يأخذه عمّال السلطان بإزاء عملهم له، و أنّ العمل للسلطان من المكاسب المحرمة، فالحكم بالحلّ ليس إلّا من حيث احتمال كون ما يعطى من غير أعيان ما يأخذه من السلطان، بل ممّا اقترضه أو اشتراه فى الذمّة، و أمّا من حيث إنّ ما يقع من العامل بيد السائل لكونه من (١) مال السلطان حلال لمن وجده، فيتّم الاستشهاد.

لكن فيه مع أنّ الاحتمال الأوّل مسقط للاستدلال على حلّ المشتبه المحصور الذى تقضى (٢) القاعده لزوم الاحتياط فيه؛ لأنّ الاعتماد حينئذٍ على اليد، كما لو فرض مثله فى غير الظلمه-: أنّ الحكم بالحلّ على هذا الاحتمال غير وجيه، إلّا على تقدير كون المال المذكور من الخراج و المقاسمه المباحين للشيعة؛ إذ لو كان من صلب مال السلطان أو غيره لم يتّجه حلّه لغير المالك بغير رضاه؛ لأنّ المفروض حرمة على العامل؛ لعدم احترام عمله.

و كيف كان، فالرواية إمّا من أدلّه حلّ مال السلطان، المحمول (٣) بحكم الغلبه إلى (٤) الخراج و المقاسمه، و إمّا من أدلّه حلّ المال المأخوذ من المسلم؛ لاحتمال كون المعطى مالكاً له، و لا اختصاص له بالسلطان

ص: ١٧٨

١-١) لم ترد «من» فى «ف».

٢-٢) فى مصححه «ص»: تقتضى.

٣-٣) فى «خ»: المحموله.

٤-٤) فى مصححه «ن»: على.

أو عماله أو مطلق الظالم أو غيره، و أين هذا من المطلب الذي هو حلّ ما في يد الجائر مع العلم إجمالاً بحرمه بعضه، المقتضى مع حصر الشبهه للاجتنااب عن جميعه؟ و ممّا ذكرنا يظهر الكلام فى مصحّحه (1) أبى المغراء (2): «أمرّ بالعامل فيجيزنى بالدرهم أخذها؟ قال: نعم، قلت: و أحجّ بها؟ قال (3) نعم، و حجّ بها» (4).

و روايه محمد بن هشام: «أمرّ بالعامل فيصلنى بالصله (5) أقبليها؟ قال: نعم. قلت: و أحجّ بها (6)؟ قال: نعم و (7) حجّ بها (8)» (9).

و روايه (10) محمد بن مسلم و زراره عن أبى جعفر عليه السلام: «جوائز السلطان ليس بها بأس» (11).

ص: ١٧٩

-
- ١-١) فى «م»: صحيجه.
 - ٢-٢) فى «ف»، «ع»، «ش» و ظاهر «ص»: المعزرا.
 - ٣-٣) عباره «نعم، قلت: و أحجّ بها؟ قال:» من «ش» و المصدر.
 - ٤-٤) الوسائل ١٥٦:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ و ذيله.
 - ٥-٥) كذا فى «ش» و مصححه «م»، و فى «ف»، «ن»، «خ»، و «ع»: الصله.
 - ٦-٦) فى المصدر و مصححه «ص»: منها.
 - ٧-٧) عباره «نعم و» من «ش» و مصححه «م».
 - ٨-٨) فى المصدر و مصححه «ص»: منها.
 - ٩-٩) الوسائل ١٥٧:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
 - ١٠-١٠) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: و أمّا روايه.
 - ١١-١١) الوسائل ١٥٧:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥، و الروايه مضمرة، و فيها: «جوائز العمال...».

إلى غير ذلك من الإطلاقات التي لا تشمل من صورته العلم الإجمالي بوجود الحرام إلا الشبهه غير المحصوره.

و على تقدير شمولها لصوره العلم الإجمالي مع انحصار الشبهه، فلا تجدى؛ لأنّ الحلّ فيها مستند إلى تصرّف الجائر بالإباحه و التمليك، و هو محمول على الصحيح، مع أنّه لو أغمض النظر عن هذا أو رُدّ بشمول (١) الأخبار لما إذا أجاز الجائر من المشتبهات في نظره بالشبهه المحصوره- ولا يجرى هنا أصاله الصحه في تصرّفه- يمكن (٢) استناد الحلّ فيها إلى ما ذكرنا سابقاً (٣)، من أنّ تردّد الحرام بين ما أباحه الجائر أو ملكه و بين ما بقى تحت يده من الأموال التي لا دخل فيها للشخص المجاز، تردّد بين ما ابتلى به المكلف من المشتبهين و بين ما لم يتبلّ به، و لا- يجب الاجتناب حينئذٍ عن شيء منهما، من غير فرق بين هذه المسأله و غيرها من موارد الاشتباه، مع كون أحد المشتبهين مختصاً بابتلاء المكلف به.

ثمّ لو فرض نصّ مطلق في حلّ هذه الشبهه مع قطع النظر عن تصرّف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين، لم ينهض للحكومه على قاعده الاحتياط في الشبهه المحصوره، كما لا ينهض ما تقدّم من قولهم عليهم السلام:

«كلّ شيء حلال... إلخ».

ص: ١٨٠

١- ١) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: لشمول.

٢- ٢) كذا في «ف»، «ش» و مصححه «ن»، و في مصححه «ص»: فيمكن، و في سائر النسخ: و يمكن.

٣- ٣) في غير «ش»: ما ذكر سابقاً.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ إطلاق الجماعه (١) لِحِلِّ ما يعطيه الجائر مع عدم العلم بحرمة عيناً: إن كان شاملاً لصوره العلم الإجمالي بوجود حرام في الجائزه مرّد بين هذا و بين غيره مع انحصار الشبهه، فهو مستند إلى حمل تصرّفه على الصّحّه أو إلى عدم الاعتناء بالعلم الإجمالي؛ لعدم ابتلاء المكلف بالجميع، لا لكون هذه المسأله خارجة بالنصّ عن (٢) حكم الشبهه المحصوره.

نعم، قد يخدش في حمل تصرّف الظالم على الصحيح من حيث إنّه مُقدم على التصرّف فيما في يده من المال المشتمل على الحرام على وجه عدم المبالاه بالتصرّف في الحرام، فهو كمن أقدم على ما في يده من المال المشتبه المختلط عنده بالحرام، و لم يقل أحد بحمل تصرّفه حينئذٍ على الصحيح.

لكن الظاهر أنّ هذه الخدشه غير مسموعه عند الأصحاب؛ فإنّهم لا يعتبرون في الحمل على الصحيح احتمال تورّع المتصرّف عن التصرّف الحرام لكونه حراماً، بل يكتفون باحتمال صدور الصحيح منه و لو لدواعٍ أُخر.

و أمّا عدم الحمل فيما إذا أقدم المتصرّف على الشبهه المحصوره الواقعه تحت يده؛ فلفساد تصرّفه في ظاهر الشرع، فلا يحمل على الصحيح الواقعي، فتأمل، فإنّ المقام لا يخلو عن إشكال.

و على أيّ تقدير، فلم يثبت من النصّ و لا الفتوى -مع اجتماع

ص: ١٨١

١-١) المتقدّم ذكرهم في الصفحه ١٧٦.

٢-٢) كذا في «ف» و نسخه بدل «م»، و في سائر النسخ: من.

شروط إعمال قاعده الاحتياط في الشبهه المحصوره عدم بوجوب الاجتناب في المقام، وإلغاء (١) تلك القاعده.

وأوضح ما في هذا الباب من عبارات الأصحاب ما في السرائر، حيث قال: إذا كان يعلم أنّ فيه شيئاً مغصوباً إلاّ أنّه غير متميّز العين، بل هو مخلوط في غيره من أمواله أو غلاته التي يأخذها على جهه الخراج، فلا بأس بشرائه منه و قبول صلته؛ لأنّها صارت بمنزله المستهلك؛ لأنّه غير قادر على ردّها بعينها (٢)، انتهى.

وقريب منها ظاهر عباره النهايه (٣) بدون ذكر التعليل، ولا ريب أنّ الحلّى لم يستند في تجويز أخذ المال المرّد إلى النصّ، بل إلى ما زعمه من القاعده، ولا يخفى عدم تماميتها (٤)، إلاّ أن يريد به الشبهه الغير المحصوره بقرينه الاستهلاك، فتأمل (٥).

الصوره الثالثه: أن

الصوره الثالثه: أن (٦) يعلم تفصيلاً حرمة ما يأخذه،

ولا إشكال (٧) في حرمة حينئذٍ على الآخذ (٨)، إلاّ أنّ الكلام في حكمه إذا وقع في يده،

ص: ١٨٢

١- ١) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: إبقاء.

٢- ٢) السرائر ٢٠٣: ٢.

٣- ٣) النهايه: ٣٥٨.

٤- ٤) في «ف»: تمامها.

٥- ٥) لم ترد «فتأمل» في «ف».

٦- ٦) وردت العبارة في «ش» هكذا: و أمّا الصوره الثالثه: فهو أن.

٧- ٧) في «ش»: فلا إشكال.

٨- ٨) العبارة في «ف» هكذا: و لا إشكال حينئذٍ في حرمة على الآخذ.

فنقول: علمه بحرمة إما أن يكون قبل وقوعه في يده، وإما أن يكون بعده.

فإن كان قبله لم يجز له أن يأخذه بغير بئيه الرد إلى صاحبه، سواء أخذه اختياراً أو تقيته؛ لأنَّ أخذه بغير هذه البئيه (١) تصرّف لم يعلم رضا صاحبه به، والثقيه تتأدى (٢) بقصد الرد، فإن أخذه بغير هذه البئيه كان غاصباً ترتب عليه أحكامه. وإن أخذه ببئيه الرد كان محسناً، و كان في يده أمانه شرعيه.

و إن كان العلم به بعد وقوعه في يده كان كذلك أيضاً، و يحتمل قوياً الضمان هنا؛ لأنه أخذه ببئيه التملك، لا ببئيه الحفظ و الرد، و مقتضى عموم «على اليد» (٣) الضمان.

و ظاهر المسالك عدم الضمان رأساً مع القبض جاهلاً، قال: لأنه يد أمانه فيستصحب (٤). و حكى موافقته عن العلماء الطباطبائي رحمه الله في مصابيح (٥)، لكن المعروف من المسالك (٦) و غيره (٧) في مسأله ترتب الأيدي على مال الغير، ضمان كل منهم و لو مع الجهل، غايه الأمر

ص: ١٨٣

١-١) عبارته «بغير هذه البئيه» مشطوب عليها في «ف» ظاهراً.

٢-٢) كذا في «ن» و «ص»، و في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: تنادى، و في «ش»: تتنادى.

٣-٣) عوالي اللآلي ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦، و الصفحة ٣٨٩، الحديث ٢١.

٤-٤) المسالك ١٤٢: ٣.

٥-٥) حكاة صاحب الجواهر في الجواهر ١٧٩: ٢٢، و انظر المصابيح (مخطوط): ٥٥.

٦-٦) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٥: ٢.

٧-٧) راجع جامع المقاصد ٢٢٥: ٦.

رجوع الجاهل على العالم إذا لم يُقدم على أخذه مضموناً، ولا إشكال عندهم ظاهراً في أنه لو استمرَّ جهل القابض المتَّهب إلى أن تلف في يده كان للمالك الرجوع عليه، ولا- رافع (١) يقينياً (٢) لهذا المعنى مع حصول العلم بكونه مال الغير، فيستصحب الضمان لا عدمه.

و ذكر في المسالك في من استودعه الغاصب مالاً مغصوباً: أنه لا يردّه إليه مع الإمكان، ولو أخذه منه قهراً ففي الضمان نظر، و الذي يقتضيه قواعد الغصب أنّ للمالك الرجوع على أيهما شاء و إن كان قرار الضمان على الغاصب (٣)، انتهى.

و الظاهر أنّ مورد كلامه: ما إذا أخذ الودعي المال من الغاصب جهلاً بغصبه ثم تبين له، و هو الذي حكم فيه هنا بعدم الضمان لو استردّه الظالم المجيز أو تلف بغير تفريط.

و على أي حال، فيجب على المُجاز ردّ الجائز بعد العلم بغصبيتها (٤) إلى مالكها أو وليه، و الظاهر أنه لا خلاف في كونه فورياً (٥).

نعم، يسقط بإعلام صاحبه به، و ظاهر أدلّه وجوب أداء الأمانة وجوب الإقباض، و عدم كفايه التخليه، إلّا أن يدعى أنها في مقام حرمة الحبس و وجوب التمكين، لا تكليف الأمين بالإقباض، و من هنا

ص: ١٨٤

١-١) في «ص»: و لا دافع.

٢-٢) من «ش» فقط.

٣-٣) المسالك ٩٩: ٥-١٠٠.

٤-٤) في «ف»: بغصبها.

٥-٥) كذا في «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: ضامناً.

ذكر غير واحد (١)- كما عن التذكرة (٢) والمسالك (٣) وجامع المقاصد (٤):-

أن المراد برّد الأمانة رفع يده عنها و التخليه بينه و بينها.

و على هذا فيشكل حملها إليه؛ لأنه تصرف لم يؤذن فيه، إلا إذا كان الحمل مساوياً لمكانه الموجود فيه أو أحفظ؛ فإنّ الظاهر جواز نقل الأمانة الشرعيه من مكان إلى ما لا يكون أدون من الأوّل في الحفظ.

و لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان؛ لتوقّف الأداء الواجب-بمعنى التمكين و عدم الحبس-على الفحص، مضافاً إلى الأمر به في الدين المجهول المالک (٥)، ثمّ لو ادّعاه مدّع، ففى سماع قول من يدّعيه مطلقاً؛ لأنّه لا- معارض له، أو مع الوصف؛ تنزيلاً له منزله اللقطه، أو يعتبر الثبوت شرعاً؛ للأصل، وجوه.

و يحتمل غير بعيد: عدم وجوب الفحص؛ لإطلاق غير واحد من الأخبار (٦)(٧).

ص: ١٨٥

١-١) راجع الحدائق ٤٢٦:٢١، و الرياض ٦٢٢:١، و الكفايه: ١٣٣، و غيرها.

٢-٢) التذكرة ٢٠٥:٢.

٣-٣) المسالك ٩٧:٥.

٤-٤) جامع المقاصد ٤٣:٦.

٥-٥) راجع الوسائل ٥٨٣:١٧، الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى و ما أشبهه، الحديث ١ و ٢.

٦-٦) راجع الوسائل ١٤٤:١٢، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل. و ٣٥٧:١٧، الباب ٧ من أبواب اللقطه، الحديث ٢.

٧-٧) فى هامش «ف» زياده عبارته: «و إمكان الفرق بينه و بين الدين»، و الظاهر أنّ محلّها بعد قوله: «...من الأخبار».

ثم إنَّ المناط صدق اشتغال الرجل بالفحص نظير ما ذكره في تعريف اللقطه (١).

و لو احتاج الفحص إلى بذل مالٍ، كأجره دَلال صائح عليه، فالظاهر عدم وجوبه على الآخذ (٢)، بل يتولاه الحاكم ولايه عن صاحبه، ويُخرج من (٣) العين أجره الدَلال ثم يتصدَّق بالباقي إن لم يوجد (٤) صاحبه، و يحتمل وجوبه عليه؛ لتوقُّف الواجب عليه.

و ذكر جماعه (٥) في اللقطه: أنَّ أجره التعريف على الواجد، لكن حكى عن التذكرة: أنه إن قصد الحفظ دائماً يرجع أمره إلى الحاكم؛ لئيدل أُجرته من بيت المال، أو يستقرض على المالك، أو يبيع بعضها إن رآه أصلح (٦)، و استوجه ذلك جامع المقاصد (٧).

ثم إنَّ الفحص لا يتقيد بالسنة، على ما ذكره الأكثر هنا (٨)، بل حدّه اليأس و هو مقتضى الأصل، إلا أنَّ المشهور - كما في

ص: ١٨٦

١-١) راجع مفتاح الكرامه ١٦٠:٦، و الجواهر ٣٨:٣٥٩، ٣٦١.

٢-٢) في غير «ش»: الواجد.

٣-٣) كذا في «ف» و «ن»، و في غيرهما: عن.

٤-٤) في نسخه بدل «ص»: يجد.

٥-٥) منهم العلامه في القواعد ١٩٨:١، و الشهيد في الدروس ٨٩:٣، و السبزواري في الكفايه: ٢٣٨.

٦-٦) التذكرة ٢٥٨:٢.

٧-٧) جامع المقاصد ١٦٢:٦.

٨-٨) لم نعثر على مصرّح بهذا، و لعلمه يظهر من إطلاق من أوجب الاجتهاد، كما استظهره في المناهل: ٣٠٥، راجع: السرائر

٢٠٣:٢، و المنتهى ١٠٢٧:٢.

جامع المقاصد (١) - على أنه إذا أودع الغاصب مال الغصب لم يجز الرد إليه، بل يجب رده إلى (٢) مالكه، فإن جهل عرّف سنه ثم يتصدّق به عنه مع الضمان، و به روايه حفص بن غياث، لكن موردها في من أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللص مسلم، فهل يردّ عليه؟ فقال: «لا يرد (٣)، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل، و إلما كان في يده بمنزله اللقطه يصيبها، فيعرّفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه (٤)، و إلّا تصدّق بها، فإن جاء صاحبها بعد ذلك خيره (٥) بين الغرم و الأجر، فإن اختار الأجر فالأجر له (٦)، و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له (٧)» (٨).

و قد (٩) تعدّى الأصحاب من اللص إلى مطلق الغاصب، بل الظالم (١٠)، و لم يتعدّوا من الوديعة المجهول مالها إلى مطلق ما يعطيه الغاصب و لو بعنوان غير الوديعة، كما فيما نحن فيه.

ص: ١٨٧

١ - ١) جامع المقاصد ٤٦:٦.

٢ - ٢) في «ف»: على.

٣ - ٣) في «ص»: يردّها.

٤ - ٤) عبارته «ردها عليه» من «ص» و المصدر.

٥ - ٥) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: خير.

٦ - ٦) في «ص» و المصدر: فله الأجر.

٧ - ٧) في غير «ص» و «ش»: زياده: الخبر.

٨ - ٨) الوسائل ٣٦٨:١٧، الباب ١٨ من أبواب اللقطه.

٩ - ٩) في «ش»: و قد تقدّم.

١٠ - ١٠) عبارته «بل الظالم» من «ش» و مصححه «ن».

نعم، ذكر في السرائر في ما نحن فيه - أنه روى: أنه بمنزله اللقطه (١)، ففهم التعدي من الروايه.

و ذكر في التحرير: أنّ إجراء حكم اللقطه في ما نحن فيه ليس ببعيد (٢)، كما أنه عكس في النهايه و السرائر (٣)، فألحقا الوديعه بمطلق مجهول المالك (٤).

و الإنصاف: أنّ الروايه يعمل بها في الوديعه أو مطلق ما أخذ من الغاصب بعنوان الحسبه للمالك، لا - مطلق ما أخذ منه حتى لمصلحه الآخذ، فإنّ الأقوى فيه تحديد التعريف فيه باليأس؛ للأصل بعد اختصاص المخرج عنه بما عدا ما نحن فيه.

مضافاً إلى ما ورد من الأمر بالتصدق بمجهول المالك مع عدم معرفه المالك، كما في الروايه الوارده في بعض عمال بني أميه - لعنهم الله - من الأمر بالصدقه بما لا يعرف صاحبه ممّا وقع في يده من أموال الناس بغير حقّ (٥).

ثمّ الحكم بالصدقه هو المشهور في ما نحن فيه، أعني جوائز الظالم، و نسبه في السرائر (٦) إلى روايه أصحابنا، فهي مرسله مجبوره

ص: ١٨٨

١ - ١) السرائر ٢٠٤: ٢.

٢ - ٢) التحرير ١٦٣: ١.

٣ - ٣) في «ش»، «ع»، «م» ورد الرمز هكذا: «ير».

٤ - ٤) النهايه: ٤٣٦، و السرائر ٢٠٤-٢٠٥ و ٢٠٥-٤٣٥.

٥ - ٥) الوسائل ١٤٤: ١٢، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٦ - ٦) السرائر ٢٠٤: ٢.

بالشهره المحققه، مؤيده بأن التصدق أقرب طرق الإيصال.

و ما ذكره الحلي (١): من إبقائها أمانه في يده و الوصيه (٢)، معروض المال (٣) للتلف، مع أنه لا- يبعد دعوى شهاده حال المالك؛ للقطع برضاه بانتفاعه بماله في الآخره على تقدير عدم انتفاعه به في الدنيا.

هذا، و العمده: ما أرسله في السرائر (٤)، مؤيداً بأخبار اللقطه (٥) و ما في حكمها (٦)، و ببعض الأخبار الوارده في حكم ما في يد بعض عميال بنى أميه، الشامل بإطلاقها (٧) لما نحن فيه من جوائز بنى أميه، حيث قال عليه السلام له (٨): «أخرج من جميع ما اكتسبت في ديوانهم، فمن عرفت منهم رددت عليه ماله، و من لم تعرف تصدقت» (٩).

و يؤيده أيضاً: الأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين من أجزاء النقدين (١٠)، و ما ورد من الأمر بالتصدق بغله الوقف المجهول أربابه (١١).

ص: ١٨٩

-
- ١-١) في السرائر ٢٠٤:٢.
 - ٢-٢) كذا، و المناسب: و الوصيه بها.
 - ٣-٣) في «ش»: للمال.
 - ٤-٤) السرائر ٢٠٤:٢.
 - ٥-٥) الوسائل ١٧:٣٤٩ و ٣٨٩، الباب ٢ و ١٨ من أبواب اللقطه.
 - ٦-٦) في «ش» و مصححه «ن»: و ما في منزلتها.
 - ٧-٧) في نسخه بدل «ص»: بإطلاقه.
 - ٨-٨) في «ع» و «ش»: قال له عليه السلام.
 - ٩-٩) الوسائل ١٢:١٤٤، الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.
 - ١٠-١٠) الوسائل ١٢:٤٨٤، الباب ١٦ من أبواب الصرف، الحديث ١ و ٢.
 - ١١-١١) الوسائل ١٣:٣٠٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأول.

و ما ورد من الأمر بالتصدق بما يبقى في ذمّه الشخص لأجير استأجره (١). و مثل (٢) مصحّحه يونس: «فقلت: جعلت فداك (٣) كُنّا مرافقين لقوم بمكّه، فارتحلنا عنهم و حملنا بعض متاعهم بغير علم، و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم و قد بقى المتاع عندنا، فما نصنع به؟ قال: تحمّلونه حتّى تلحقوهم بالكوفه. قال يونس: قلت له: لست أعرّفهم، و لا ندرى كيف نسأل عنهم؟ قال: فقال عليه السلام (٤): بعه و أعطِ ثمنه أصحابك. قال: فقلت (٥): جعلت فداك، أهل الولاية؟ قال: فقال:

نعم (٦)» (٧).

نعم، يظهر من بعض الروايات: أنّ مجهول المالک مال الإمام عليه السلام، كروايه داود بن أبى يزيد (٨) عن أبى عبد الله: «قال:

قال له رجل (٩) إنى قد أصبت مالاً، و إنى قد خفت فيه (١٠) على نفسى،

ص: ١٩٠

١- (١) الوسائل ١٧:٥٨٥، الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى، الحديث ١١.

٢- (٢) كذا فى «ف»، و فى غيرها: و مثله.

٣- (٣) عبارته «فقلت: جعلت فداك» من «ش» و المصدر.

٤- (٤) لم ترد «فقال عليه السلام» فى غير «ش».

٥- (٥) فى غير «ش» بدل «قال فقلت»: قلت.

٦- (٦) فى غير «ش»: «قال: نعم».

٧- (٧) الكافى ٥:٣٠٩، الحديث ٢٢، و أنظر الوسائل ١٧:٣٥٧، الباب ٧ من أبواب اللقطه، الحديث ٢.

٨- (٨) كذا فى «ص» و «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: أبى زيد.

٩- (٩) عبارته «عن أبى عبد الله قال: قال له رجل» من «ش» و المصدر.

١٠- (١٠) كذا فى «ف» و المصدر و نسخه بدل «ص»، و فى سائر النسخ: منه.

فلو أصبت صاحبه دفعته إليه و تخلّصت منه (١). قال: فقال له (٢) أبو عبد الله عليه السلام: لو أصبته كنت تدفعه إليه؟ فقال: إي و الله.

فقال عليه السلام: و الله (٣) ما له صاحب غيرى. قال: فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره. قال (٤): فحلف. قال: فاذهب و قسّمه (٥) بين (٦) إخوانك و لك الأمن ممّا خفت (٧). قال: فقسّمه بين إخوانه (٨) (٩).

هذا، و أمّا باقى (١٠) ما ذكرناه فى وجه التصدّق من أنّه إحسان، و أنّه أقرب طرق الإيصال، و أنّ الإذن فيه حاصل بشهادة الحال، فلا يصلح شىء منها للتأييد، فضلاً عن الاستدلال؛ لمنع جواز كلّ إحسان فى مال الغائب، و منع كونه أقرب طرق الإيصال، بل الأقرب دفعه إلى الحاكم الذى هو وليّ الغائب.

ص: ١٩١

١-١) فى غير «ش»: عنه.

٢-٢) فى غير «ش» بدل «قال فقال له»: فقال.

٣-٣) فى الفقيه و مصحّحه «ص»: «فلا و الله»، و فى الكافى و الوسائل: «فأنا و الله».

٤-٤) لم ترد «قال» فى غير «ص» و «ش».

٥-٥) فى «ص» و المصادر: فاقسمه.

٦-٦) فى المصادر و نسخه بدل «ص»: فى.

٧-٧) فى «ص»: خفت منه، و فى «ش»: خفته.

٨-٨) كذا فى «ش» و الفقيه، و فى الكافى و الوسائل و مصحّحه «ن»: فقسّمته بين إخوانى، و فى سائر النسخ: فقسّمه بين أصحابه.

٩-٩) الوسائل ٣٥٧: ١٧، الباب ٧ من أبواب اللقطه، الحديث الأوّل.

١٠-١٠) لم ترد «باقى» فى «خ»، «م»، «ع» و «ص».

و أما شهاده الحال، فغير مطرده؛ إذ بعض الناس لا يرضى بالتصدق؛ لعدم يأسه عن وصوله إليه، خصوصاً إذا كان المالك مخالفاً أو ذمياً يرضى بالتلف ولا يرضى بالتصدق على الشيعة.

فمقتضى القاعده- لو لا ما تقدّم من النص (1)- هو لزوم الدفع إلى الحاكم، ثم الحاكم يتبع شهاده حال المالك، فإن شهدت برضاه بالصدقه أو بالإمساك، عمل عليها (2)، وإلا تخير (3) بينهما؛ لأنّ كلاّ منهما تصرّف لم يؤذن فيه من المالك ولا بدّ من أحدهما، ولا ضمان فيهما (4).

و يحتمل قوياً تعين (5) الإمساك؛ لأنّ الشكّ في جواز التصدّق يوجب بطلانه؛ لأصالة الفساد.

و أما بملاحظه ورود النصّ بالتصدق، فالظاهر عدم جواز الإمساك أمانه؛ لأنّه تصرّف لم يؤذن فيه من المالك ولا الشارع، ويبقى الدفع إلى الحاكم و التصدّق (6).

و قد يقال: إنّ مقتضى الجمع بينه، و بين دليل ولايه الحاكم هو

ص: ١٩٢

١-١) تقدّم في الصفحه ١٩١ و ما بعدها.

٢-٢) في «ش»: عليهما.

٣-٣) في «م»، «ع» و «ش»: يخير.

٤-٤) في غير «ن» و «ش»: فيها، و في هامش «ص»: فيهما.

٥-٥) في «ف»، «خ» و «ع»: تعيين.

٦-٦) شطب على عبارته «و يبقى الدفع إلى الحاكم و التصدّق» في «ف» - هنا- و كتبت في الهامش مشيراً إلى محلّها بعد قوله: «لم يؤذن فيه من المالك»، قبل خمسه أسطر.

التخيير بين الصدقه و الدفع إلى الحاكم، فلكلّ منهما الولايه.

و يشكل بظهور النصّ في تعيين التصدّق. نعم، يجوز الدفع إليه من حيث ولايته على مستحقّي الصدقه و كونه أعرف بمواقعها.

و يمكن أن يقال: إنّ أخبار التصدّق واردة في مقام إذن الإمام عليه السلام بالصدقه، أو محموله على بيان المصرف، فإنّك إذا تأملت كثيراً من التصرفات الموقوفه على إذن الحاكم وجدتها واردة في النصوص على طريق الحكم العام، كإقامه البيئه و الإحلاف و المقاصه.

و كيف كان، فالأحوط - خصوصاً بملاحظه ما دلّ (1) على أنّ مجهول المالك مال الإمام عليه السلام - مراجعه الحاكم في الدفع إليه أو استئذانه، و يتأكد ذلك في الدين المجهول المالك؛ إذ الكلّي لا يتشخص للغريم إلّا بقبض الحاكم الذي هو وليه و إن كان ظاهر الأخبار الوارده فيه (2) ثبوت الولايه للمديون.

ثمّ إنّ حكم تعذّر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلاً حكم جهاله المالك و تردده بين غير محصورين في التصدّق استقلالاً أو بإذن الحاكم، كما صرح به جماعه، منهم المحقق في الشرائع (3) و غيره (4).

ثمّ إنّ مستحقّ هذه الصدقه هو الفقير؛ لأنّه المتبادر من إطلاق

ص: ١٩٣

١- ١) الوسائل ١٧:٣٥٧، الباب ٧ من أبواب اللقطه، الحديث الأوّل.

٢- ٢) انظر الصفحه ١٩٢ و ما بعدها.

٣- ٣) الشرائع ١٣:٢.

٤- ٤) مثل العلامه في التحرير ١٦٣:١، و السبزواري في الكفايه: ٨٨، و الطباطبائي في الرياض ٥٠٩:١، و ولده المجاهد في

المناهل: ٣٠٤.

الأمر بالتصدّق. و في جواز إعطائها للهاشمي قولان: من أنّها صدقه مندوبه على (١) المالك و إن وجب على من هي بيده إلّا أنّه نائب كالوكيل و الوصي، و من أنّها (٢) مال تعين صرفه بحكم الشارع، لا- بأمر المالك حتّى تكون مندوبه، مع أنّ كونها من المالك غير معلوم فلعلّها ممّن تجب عليه.

ثمّ إنّ في الضمان- لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدّق و عدمه مطلقاً أو بشرط عدم ترتب يد الضمان- كما إذا أخذه من الغاصب حسبه لا بقصد التملك- وجوهاً (٣)؛ من أصله براءة ذمّه المتصدّق، و أصله لزوم الصدقه بمعنى عدم انقلابها عن الوجه الذي وقعت عليه، و من عموم «ضمان من أتلف».

و لا- ينافيه إذن الشارع؛ لاحتمال أنّه أذن في التصدّق على هذا الوجه كإذنه في التصدّق باللقطه المضمونه- بلا خلاف- و بما استودع من الغاصب، و ليس هنا أمر مطلق بالتصدّق ساكت عن ذكر الضمان حتّى يستظهر منه عدم الضمان مع السكوت عنه.

و لكن يضعّف هذا الوجه: أنّ ظاهر دليل الإتلاف (٤) كونها علّه تامّه للضمان، و ليس كذلك ما نحن فيه و إيجابه للضمان مراعيّ بعدم إجازة المالك يحتاج إلى دليلٍ آخر، إلّا أن يقال: إنّّه ضامن بمجرد

ص: ١٩٤

١- ١) في مصححه «خ» و نسخه بدل «ع»: عن.

٢- ٢) في غير «ش»: أنّه.

٣- ٣) في غير «ش»: وجوه.

٤- ٤) مثل ما في الوسائل ٢٣٩: ١٨، الباب ١١ من أبواب الشهادات، الحديث ٢ و ٣.

التصدّق، و يرتفع بإجازته، فتأمل.

هذا، مع أنّ الظاهر من دليل الإِتلاف اختصاصه بالإِتلاف على المالك، لا الإِتلاف له و الإِحسان إليه، و المفروض أنّ الصدقه إنّما قلنا بها (١)؛ لكونها إحساناً و أقرب طرق (٢) الإيصال بعد اليأس من وصوله إليه.

و أمّا احتمال كون التصدّق مراعى كالفضولى فمفروض الانتفاء؛ إذ لم يقل أحد برجوع المالك على الفقير مع بقاء العين، و انتقال الثواب من شخص إلى غيره حكم شرعى.

و كيف كان، فلا مقتضى للضمان و إن كان مجرد الإيذن فى الصدقه غير مقتضى لعدمه، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل، لكنّ الرجوع إلى أصله البراءة إنّما يصحّ فيما لم يسبق يد الضمان، و هو ما إذا أخذ المال من الغاصب حسبه. و أمّا إذا تملكه منه ثمّ علم بكونه مغصوباً فالأجود استصحاب الضمان فى هذه الصورة؛ لأنّ المتيقّن هو ارتفاع الضمان بالتصرّف الذى يرضى به المالك بعد الاطّلاع، لا مطلقاً.

فتبيّن: أنّ التفصيل بين يد الضمان و غيرها أوفق بالقاعده، لكنّ الأوجه الضمان مطلقاً؛ إمّا تحكيمياً للاستصحاب، حيث يعارض البراءة و لو بضميمه عدم القول بالفصل، و إمّا للمرسله المتقدّمه (٣) عن السرائر،

ص: ١٩٥

١-١) لم ترد «بها» فى «ف».

٢-٢) فى «ن»، «ع» و «ص»: طريق.

٣-٣) فى الصفحه ١٩٠.

و إنما لاستفاده ذلك من خبر الوديعه (١) إن لم نتعدّ (٢) عن (٣) مورده إلى ما نحن فيه من جعله بحكم اللقطه، لكن استفاد منه أنّ الصدقه بهذا الوجه حكم اليأس عن المالك.

ثمّ الضمان، هل يثبت بمجرد التصدّق و إجازته رافعه، أو يثبت بالردّ من حينه، أو من حين التصدّق؟ وجوه: من دليل الإلتلاف، و الاستصحاب، و من أصله عدم الضمان قبل الردّ، و من ظاهر الروايه المتقدّمه (٤) في أنّه بمنزله (٥) اللقطه.

و لو مات المالك، ففي قيام وارثه مقامه في إجازته التصدّق و ردّه وجه قوى؛ لأنّ ذلك من قبيل الحقوق المتعلّقه بالأموال (٦)، فيورث كغيره من الحقوق، و يحتمل العدم؛ لفرض لزوم التصدّق بالنسبه إلى العين، فلا حقّ لأحدٍ فيه، و المتيقّن من الرجوع إلى القيمه هو المالك.

و لو مات المتصدّق فرد المالك، فالظاهر خروج الغرامه من تركته؛ لأنّه من الحقوق الماليه اللازمه عليه بسبب فعله.

ص: ١٩٦

١-١) المتقدّم في الصفحه ١٨٩.

٢-٢) في «ف»: و إن لم نتعدّ.

٣-٣) في «ف» و «خ»: من.

٤-٤) و هي روايه حفص بن غياث المتقدّمه في الصفحه ١٨٩.

٥-٥) عبارته «أنّه بمنزله» من «ش».

٦-٦) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في «ص»: بتلك الأموال، و في «خ»، «م» و «ع»: بتلك الأموال، و في «ف»: المتعلّقه بذلك، و شطب على «بذلك» و كتب فوقه: بالأموال.

هذا كله على تقدير مباشره المتصدق له. و لو دفعه إلى الحاكم فتصدق به بعد اليأس، فالظاهر عدم الضمان؛ لبراءه ذمه الشخص بالدفع إلى ولي الغائب، و تصرف الولي كتصرف المولى عليه.

و يحتمل الضمان؛ لأن الغرامه هنا ليست (1) لأجل ضمان المال و عدم نفوذ التصرف الصادر من المتصدق حتى يفرق بين تصرف الولي و غيره؛ لثبوت الولاية للمتصدق في هذا التصرف (2) كالحاكم، و لذا لا يسترد العين من الفقير إذا رد المالك، فالتصرف لازم، و الغرامه حكم شرعي تعلق بالمتصدق كائناً من كان، فإذا كان المكلف بالتصدق هو من وقع في يده لكونه هو المأبوس و الحاكم و كياً، كان الغرم على الموكل، و إن كان المكلف هو الحاكم لوقوع المال في يده قبل اليأس عن ماله، فهو المكلف بالفحص ثم التصديق كان الضمان عليه.

و أما الصورة الرابعة: و هو

و أما الصورة الرابعة: و هو (3) ما علم إجمالاً اشتمال الجائزه على الحرام،

فإنما أن يكون الاشتباه موجباً لحصول الإشاعه و الاشتراك (4)، و إما أن لا يكون.

و على الأول: فالقدر و المالك إما معلومان أو مجهولان أو مختلفان.

و على الأول: فلا إشكال. و على الثاني: فالمعروف إخراج الخمس على

ص: ١٩٧

١-١) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: ليس.

٢-٢) في النسخ زياده: «لأن المفروض ثبوت الولاية له»، و لكن شطب عليها في «ف».

٣-٣) العبارة في «ف» هكذا: القسم الرابع فحكمه حكم الحلال المختلط بالحرام، و هو... و كتب فوق القسم الرابع: الصورة الرابعة.

٤-٤) لم ترد «و الاشتراك» في «ش».

تفصيل مذکور فی باب الخمس (۱). و لو علم القدر فقد تقدّم فی القسم الثالث. و لو علم المالك وجب التخلّص معه بالمصالحة.

و علی الثانی: فیتعیّن القرعه أو البیع و الاشتراك فی الثمن، و تفصیل ذلك كلّه فی کتاب الخمس (۲).

و اعلم، أنّ أخذ ما فی ید الظالم ینقسم باعتبار نفس الأخذ إلى الأحكام الخمسه، و باعتبار نفس المال إلى المحرّم و المكروه و الواجب.

فالمحرّم ما علم كونه مال الغير مع عدم رضاه بالأخذ. و المكروه المال المشتبه. و الواجب ما يجب استنقاذه من یده من حقوق الناس، حتّى أنه يجب علی الحاكم الشرعی استنقاذ ما فی ذمّته من حقوق الساده و الفقراء و لو بعنوان المقاصه، بل يجوز ذلك لآحاد الناس، خصوصاً نفس المستحقّین مع تعذّر استئذان الحاكم.

و كيف كان، فالظاهر أنّه لا إشكال فی كون ما فی ذمّته من قيم المتلفات غصباً من جمله ديونه، نظير ما استقرّ فی ذمّته بقرض أو ثمن مبيع أو صداق أو غيرها.

و مقتضى القاعده كونها كذلك بعد موته، فيقدّم جميع ذلك على الإرث و الوصيه، إلّا أنّه ذكر بعض الأساطين: أنّ ما فی یده من المظالم تالفاً لا يلحقه حكم الديون فی التقديم على الوصايا و الموارث؛ لعدم انصراف الدين إليه و إن كان منه و بقاء عموم الوصيه و الميراث على حاله، و للسيره المأخوذه يداً بيد من مبدأ الإسلام إلى يومنا هذا،

ص: ۱۹۸

۱-۱) راجع كتاب الخمس (للمؤلف قدس سره): ۲۵۶.

۲-۲) راجع كتاب الخمس (للمؤلف قدس سره): ۲۴۳، المسأله ۱۶.

فعلى هذا لو أوصى بها بعد التلف أخرجت من الثلث (١).

و فيه: منع الانصراف (٢)؛ فإننا لا نجد بعد مراجعته العرف فرقاً بين ما أتلّفه هذا الظالم عدواناً و بين ما أتلّفه نسياناً، و لا بين ما أتلّفه عدواناً هذا الظالم (٣) و بين ما أتلّفه شخص آخر من غير الظلمه، مع أنّه لا إشكال فى جريان أحكام الدين عليه فى حال حياته من جواز المقاصه من ماله كما هو المنصوص (٤)، و تعلق (٥) الخمس و الاستطاعه و غير ذلك، فلو تمّ الانصراف لزم إهمال الأحكام المنوطه بالدين وجوداً و عدماً (٦) من غير فرق بين حياته و موته.

و ما ادّعا من السيره، فهو ناشٍ من قلّه مبالاه الناس كما هو دَيِّدَنهم فى أكثر السير التى استمرّوا عليها؛ و لذا لا يفرّقون فى ذلك بين الظلمه و غيرهم ممّن علموا باشتغال ذمّته بحقوق الناس من جهه حقّ الساده و الفقراء، أو من جهه العلم بفساد أكثر معاملاته، و لا- فى إنفاذ وصايا الظلمه و توريث و رثتهم بين اشتغال ذممهم بعوض المتلفات و أرش (٧) الجنایات، و بين اشتغالها بديونهم المستقرّه عليهم من معاملاتهم

ص: ١٩٩

١-١) شرح القواعد (مخطوط)، الورقه: ٣٧.

٢-٢) كذا فى النسخ، و لعلّ الأولى: عدم الانصراف، كما فى هامش «ش».

٣-٣) كذا فى «ف»، و فى غيرها: ما أتلّفه هذا الظالم عدواناً.

٤-٤) انظر الوسائل ٢٠٢: ١٢، الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٥-٥) فى «ش»: و لعدم تعلق، و فى نسخه بدل «ن»: و عدم تعلق.

٦-٦) فى «ف»: أو عدماً.

٧-٧) فى «ف»: أو أروش.

و صدقاتهم الواجبه (١) عليهم، و لا- بين ما علم المظلوم فيه تفصيلاً، و بين ما لم يعلم؛ فإنك إذا تتبعت أحوال الظلمه وجدت ما استقرّ في ذمهم من جهه المعاوضات و المداينات مطلقاً، أو من جهه (٢) خصوص (٣) أشخاص معلومين تفصيلاً، أو مشتبهين في محصور كافياً (٤) في استغراق تركتهم المانع من التصرف فيها بالوصيه أو الإرث.

و بالجمله، فالتمسك بالسيره المذكوره أوهن من دعوى الانصراف السابقه، فالخروج بها عن القواعد المنصوصه المجمع عليها غير متوجّه.

ص: ٢٠٠

-
- ١-١) كذا في مصححه «ص»، و في غيرها: الواجب.
 - ٢-٢) لم ترد «جهه» في «ف».
 - ٣-٣) في «ش»: وجود.
 - ٤-٤) كذا في نسخه بدل «ص»، و في النسخ: كافيه.

المسأله الثالثه ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمه من الأراضى باسمهما و من الأنعام باسم الزكاه،

اشاره

يجوز أن يقبض منه مجاناً أو بالمعاوضه، و إن كان مقتضى القاعده حرمة؛ لأنه غير مستحق لأخذه، فتراضيه مع من عليه الحقوق المذكوره فى تعيين شىء من ماله لأجلها فاسد، كما إذا تراضى الظالم مع مستأجر دار الغير فى دفع شىء إليه عوض الأجره، هذا مع التراضى. و أما إذا قهره على أخذ شىء بهذه العنوانات ففساده أوضح.

و كيف كان، فما يأخذه الجائر باقٍ على ملك المأخوذ منه، و مع ذلك يجوز قبضه عن الجائر بلا خلاف يعتد به بين الأصحاب، و عن بعض حكاية الإجماع عليه:

قال فى محكى التنقيح: لأنّ الدليل على جواز شراء الثلاثه من الجائر و إن لم يكن مستحقاً له: النصّ الوارد عنهم عليهم السلام، و الإجماع و إن لم يعلم مستنده، و يمكن أن يكون مستنده أنّ ذلك حقّ للأئمه عليهم السلام و قد أذنوا لشيعتهم فى شراء ذلك، فيكون تصرّف الجائر كتصرّف

الفضولى إذا انضم إليه إذن المالك (١)، انتهى.

أقول: و الأولى أن يقال (٢): إذا انضم إليه إذن متولى الملك، كما لا يخفى.

و فى جامع المقاصد: أن عليه إجماع فقهاء الإماميه، و الأخبار المتواتره عن الأئمه الهداه عليهم السلام (٣).

و فى المسالك: أطبق عليه علماؤنا، و لا نعلم فيه مخالفاً (٤).

و عن المفاتيح: أنه لا خلاف فيه (٥).

و فى الرياض: أنه (٦) استفاض نقل الإجماع عليه (٧).

و قد تأيدت دعوى هؤلاء بالشهره المحققه بين الشيخ و من تأخر عنه.

و يدلّ عليه - قبل الإجماع، مضافاً إلى لزوم الحرج العظيم فى الاجتناب عن هذه الأموال، بل اختلال النظام، و إلى الروايات المتقدمه (٨) لأخذ الجوائز من السلطان، خصوصاً الجوائز العظام التى لا يحتمل عادة أن تكون من غير الخراج، و كان الإمام عليه السلام يابى عن

ص: ٢٠٢

١- (١) التنقيح الرائع ٢:١٩.

٢- (٢) فى «ف»: يقول.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤:٤٥.

٤- (٤) المسالك ٣:١٤٢.

٥- (٥) مفاتيح الشرائع ٣:١٠.

٦- (٦) لم ترد «أنه» فى «ف».

٧- (٧) الرياض ١:٥٠٨.

٨- (٨) المتقدمه فى الصفحه ١٧٨ و ما بعدها.

أخذها أحياناً؛ معللاً بأن فيها حقوق الأئمة-روايات:

منها: صحيحه الحداء عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل مَنَّا يشتري من السلطان (١) من إبل الصدقه و غنمها، و هو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذي يجب عليهم. قال (٢): فقال:

ما الإبل و الغنم إلّا مثل الحنطه و الشعير و غير ذلك، لا بأس به حتّى يعرف الحرام بعينه فيجتنب (٣). قلت: فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ مَنَّا (٤) صدقات أغنامنا، فنقول: بعناها، فيبيعنا إيّاها (٥)، فما ترى في شرائها (٦) منه؟ فقال: إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس، قيل له:

فما ترى في الحنطه و الشعير، يجيئنا القاسم فيقتسم لنا حظنا، و يأخذ حظّه، فيعزله (٧) بكييل، فما ترى في شراء ذلك الطعام (٨) منه؟ فقال:

إن كان قد قبضه بكييل و أنتم حضور فلا بأس بشرائه منه من غير كيل (٩)» (١٠).

ص: ٢٠٣

١- ١) في «ش»: من عمال السلطان، و في «ن»، «م» و «ع»: عن السلطان.

٢- ٢) لم ترد «قال» في غير «ص» و «ش».

٣- ٣) في «ف»: فليجتنب، و لم ترد الكلمه في المصدر.

٤- ٤) لم ترد «مَنَّا» في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع».

٥- ٥) في «ص» و المصدر: فيبيعناها.

٦- ٦) في غير «ش»: في شراء ذلك.

٧- ٧) كذا في «ش» و المصدر و مصححتي «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: فنأخذه.

٨- ٨) لم ترد «الطعام» في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع».

٩- ٩) عبارته «شراؤه منه من غير كيل» من «ن» و «ش» و المصدر.

١٠- ١٠) الوسائل ١٦١: ١٢، ١٦٢، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٥.

دلّت هذه الروايه على أنّ شراء الصدقات من الأنعام و الغنمات من عمّال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل، و إنّما سأل أولاً: عن الجواز مع العلم الإجمالي بحصول الحرام فى أيدي العمّال، و ثانياً: من جهة توهم الحرمة أو الكراهه فى شراء ما يخرج فى الصدقه، كما ذكر فى باب الزكاه (1)، و ثالثاً: من جهة كفايه الكيل الأوّل.

و بالجمله، فى هذه الروايه سؤالاً - و جواباً إشعار بأنّ الجواز كان من الواضحات الغير المحتاجه إلى السؤال، و إلّا لكان أصل الجواز أولى بالسؤال؛ حيث إنّ ما يأخذونه باسم الزكاه معلوم الحرمة تفصيلاً، فلا فرق بين أخذ الحقّ الذى يجب عليهم، و أخذ أكثر منه.

و يكفى قوله عليه السلام: «حتى يعرف الحرام منه» فى الدلاله على مفروغيه حلّ ما يأخذونه من الحقّ، و أنّ الحرام هو الزائد، و المراد بالحلال هو الحلال بالنسبه إلى من ينتقل إليه و إن كان حراماً بالنسبه إلى الجائر الآخذ له، بمعنى معاقبته على أخذه و ضمانه و حرمة التصرف فى ثمنه.

و فى وصفه عليه السلام للمأخوذ بالحليه دلالة على عدم اختصاص الرخصه بالشراء، بل يعمّ جميع أنواع الانتقال إلى الشخص، فاندفع ما قيل: من أنّ الروايه مختصّه بالشراء فليقتصر فى مخالفه القواعد عليه (2).

ص: ٢٠٤

١- ١) راجع كتاب الزكاه (للمؤلف قدّس سرّه): ٢٢٢، المسأله ٢٥.

٢- ٢) لم نقف على القائل.

ثمّ الظاهر من الفقرة الثالثة (١): السؤال و الجواب عن حكم المقاسمه، فاعتراض الفاضل القطيفى الذى صنّف فى الردّ على رساله المحقّق الكركى المسمّاه ب«قاطعه اللجاج فى حلّ الخراج» رساله زيّف فيها جميع ما فى رساله من أدلّه الجواز بعدم دلالة الفقرة الثالثه (٢) على حكم المقاسمه، و احتمال كون القاسم هو مزارع (٣) الأرض أو وكيله (٤)، ضعيف جداً.

و تبعه على هذا الاعتراض المحقّق الأردبيلي، و زاد عليه ما سكت هو عنه: من عدم دلالة الفقرة الأولى على حلّ شراء الزكاه، بدعوى:

أنّ قوله عليه السلام: «لا بأس حتّى يعرف الحرام منه» لا يدلّ إلّا على جواز شراء ما كان حلالاً بل مشتبهاً، و عدم جواز شراء ما كان معروفاً أنّه حرام بعينه، و لا يدلّ على جواز شراء الزكاه بعينها صريحاً.

نعم ظاهرها ذلك، لكن لا ينبغى الحمل عليه؛ لمنافاته العقل و النقل، و يمكن أن يكون سبب الإجمال منه (٥) التقيّه، و يؤيد عدم الحمل على الظاهر: أنّه غير مراد بالاتفاق؛ إذ ليس بحلال ما أخذه الجائر، فتأمل (٦)، انتهى.

ص: ٢٠٥

١-١ فى «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: الثانيه.

٢-٢ فى «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: الثانيه.

٣-٣ فى «خ»، «ن»، «م»، «ع» و «ص»: زارع.

٤-٤ راجع السراج الوهاج (المطبوع ضمن الخراجات): ١٠٩.

٥-٥ فى نسخه بدل «ش»: فيه.

٦-٦ مجمع الفائده ١٠١: ٨-١٠٢.

و أنت خبير بأنه ليس فى العقل ما يقتضى قبح الحكم المذكور، و أى فارق بين هذا و بين ما أحلوه عليهم السلام لشيعتهم ممّا فيه حقوقهم؟ و لا فى النقل إلّا عمومات قابله للتخصيص بمثل هذا الصحيح و غيره المشهور بين الأصحاب روايه و عملاً مع نقل الاتفاق عن جماعه (١).

و أمّا الحمل على التقيّه، فلا يجوز بمجرد معارضه العمومات، كما لا يخفى.

و منها: روايه إسحاق بن عمار، قال: «سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم. قال: يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحداً» (٢).

وجه الدلاله: أنّ الظاهر من الشراء من العامل شراء ما هو عامل فيه، و هو الذى يأخذه من الحقوق من قبل (٣) السلطان.

نعم، لو بنى على المناقشه احتمال أن يريد السائل شراء أملاك العامل منه، مع علمه بكونه ظالماً غاصباً، فيكون سؤالاً عن معامله الظلمه، لكنّه خلاف الإنصاف و إن ارتكبه صاحب الرساله (٤).

و منها: روايه أبى بكر الحضرمى، قال: «دخلت على أبى عبد الله عليه السلام و عنده ابنه إسماعيل، فقال: ما يمنع ابن أبى سماك» (٥).

ص: ٢٠٦

١-١) الذين تقدّم ذكرهم فى الصفحه ٢٠٣.

٢-٢) الوسائل ١٦٣:١٢، الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٣-٣) لم ترد «قبل» فى «ن» و «م»، و وردت نسخه بدل فى «خ»، «ع» و «ص».

٤-٤) راجع السراج الوهاج (المطبوع ضمن الخراجيات): ١٠٧-١٠٨.

٥-٥) فى الوسائل: السمال، و فى نسختى بدله: السماك، الشمال.

أن يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفى الناس، و يعطيهم ما يعطى الناس. قال: ثم قال لى (١): لِمَ تركت عطاءك؟ قلت: مخافه على دينى.

قال: ما منع ابن أبى سماك (٢) أن يبعث إليك بعطائك، أما علم أن لك فى بيت المال نصيباً؟» (٣).

فإن ظاهره (٤) حلّ ما يعطى من بيت المال عطاءً أو اجره للعمل فى ما يتعلّق به، بل قال المحقّق الكركى: إنّ هذا الخبر نصّ فى الباب؛ لأنّه عليه السلام بيّن أن لا خوف على السائل فى دينه؛ لأنّه لم يأخذ إلّا نصيبه من بيت المال، و قد ثبت فى الأصول تعدّى الحكم بتعدّى العله المنصوصه (٥)، انتهى. و إن تعجّب منه الأردبيلى و قال: أنا ما فهمت منه (٦) دلالة ما؛ و ذلك لأنّ غايتها ما ذكر، و (٧) قد يكون شىء (٨) من بيت المال و يجوز (٩) أخذه و إعطاؤه للمستحقّين، بأن يكون مندوراً أو وصيّهم بأن يعطيهم ابن أبى سماك، و غير ذلك (١٠)، انتهى.

ص: ٢٠٧

١- ١) كذا فى «ش» و «ص»، و فى غيرهما: ثمّ قال.

٢- ٢) فى الوسائل: السمال، و فى نسختى بدله: السماك، السمال.

٣- ٣) الوسائل ١٥٧: ١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٤- ٤) كذا، و المناسب: ظاهرها.

٥- ٥) قاطعه اللجاج (رسائل المحقّق الكركى) ٢٧٢: ١.

٦- ٦) كذا، و المناسب: «منها» كما فى المصدر.

٧- ٧) فى مصححه «ن»: و ذلك، كما فى المصدر.

٨- ٨) لم ترد «شىء» فى «ش» و المصدر.

٩- ٩) فى «ن» و «ش» و المصدر: بيت مالٍ يجوز.

١٠- ١٠) مجمع الفائدة ١٠٤: ٨، مع تفاوت.

وقد تبع في ذلك صاحب الرسالة، حيث قال: إنَّ الدليل لا إشعار فيه بالخراج (١).

أقول: الإنصاف أنَّ الرواية ظاهره في حلِّ ما في بيت المال ممَّا يأخذه الجائر.

و منها: الأخبار الواردة في أحكام تقبيل الخراج من السلطان (٢) على وجه يستفاد من بعضها كون أصل التقبيل مسلّم الجواز عندهم.

فمنها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في جملة حديث -قال: «لا بأس بأن يتقبيل الرجل الأرض وأهلها من السلطان. و عن مزارعه أهل الخراج بالنصف و الربع و الثلث (٣)؟ قال:

نعم، لا بأس به، و قد قبل رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ خبيراً أعطاه (٤) لليهود، حيث (٥) فتحت عليه بالخبر (٦)، و الخبر هو النصف (٧).

ص: ٢٠٨

١-١) السراج الوهّاج (المطبوع ضمن الخراجيات): ١٠٥.

٢-٢) انظر الوسائل ١٣: ٢٦١، الباب ٢١ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث ٣، ٤ و ٥ وغيرها.

٣-٣) في «ش»: بالنصف و الثلث و الربع.

٤-٤) كذا في «ش» و المصدر و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: أعطاه.

٥-٥) في المصدر و نسخه بدل «ص»: حين.

٦-٦) الخبر بفتح الخاء و كسرهما و سكون الباء بمعنى المخابره، و هي المزارعه ببعض ما يخرج من الأرض. (لسان العرب ١٣: ٤، مادة «خبر»).

٧-٧) الوسائل ١٣: ٢١٤، الباب ١٨ من أبواب أحكام المزارعه، الحديث ٣، و الصفحه ٢٠٠، الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعه، الحديث ٨، و فيه: أنه سُئل عن مزارعه أهل الخراج بالربع و النصف و الثلث.

و منها: الصحيح عن إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن الرجل يتقيل بخراج الرجال و جزیه رؤوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدري، لعل هذا لا يكون أبداً، أ يشتريه، و فى أى زمان يشتريه و يتقبل؟ قال: إذا علمت من ذلك شيئاً واحداً قد أدرك فاشتره و تقبل به» (١).

و نحوها الموثق المروى فى الكافى (٢) و التهذيب (٣) عن إسماعيل بن الفضل (٤) الهاشمى بأدنى تفاوت.

و رواه الفيض بن المختار، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

جعلت فداك، ما تقول فى الأرض أتقبلها من السلطان ثم أؤجرها من أكرتى (٥) على أن ما أخرج الله تعالى منها من شىء لى من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان؟ قال: لا بأس، كذلك أعامل أكرتى» (٦).

إلى غير ذلك من الأخبار الواردة فى باب قبالة الأرض و استئجار أرض الخراج من السلطان ثم إجارتها للزارع بأزيد من ذلك (٧).

ص: ٢٠٩

١-١) الفقيه ٣: ٢٢٤، الحديث ٣٨٣٢.

٢-٢) الكافى ٥: ١٩٥، الحديث ١٢.

٣-٣) التهذيب ٧: ١٢٤، الحديث ٥٤٤، و أنظر الوسائل ١٢: ٢٦٤، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع، الحديث ٤.

٤-٤) كذا فى «ص» و المصادر الحديثية، و فى سائر النسخ: الفضيل.

٥-٥) فى «ص»: لأكرتى، و فى المصدر: أؤجرها أكرتى.

٦-٦) الوسائل ١٣: ٢٠٨، الباب ١٥ من أبواب أحكام المزارع، الحديث ٣.

٧-٧) الوسائل ١٣: ٢٠٧، الباب ١٥ من أبواب أحكام المزارع، و ٢٦٠، الباب ٢١ من أبواب أحكام الإجاره، و غيرهما.

وقد يستدلّ بروايات آخر (١) لا تخلو عن قصور في الدلالة:

منها: الصحيح عن جميل بن صالح، قال: «أرادوا بيع تمر عين أبي زياد (٢) و أردت أن أشتريه، فقلت: لا حتّى استأمر (٣) أبا عبد الله عليه السلام، فسألت معاذاً أن يستأمره، فسأله، فقال: قل له: يشتريه؛ فإنّه إن لم يشتريه اشتراه غيره» (٤).

و دلّلته مبتيه على كون عين زياد من الأملاك الخراجيّة، ولعلّه من الأملاك المغصوبه من الإمام أو غيره الموقوف اشتراء حاصلها على إذن الإمام عليه السلام، ويظهر من بعض الأخبار أنّ عين زياد كان ملكاً لأبي عبد الله عليه السلام (٥).

و منها: صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «قال لي أبو الحسن عليه السلام: ما لك لا تدخل مع عليّ في شراء الطعام، إنّي أظنّك ضيقاً؟ قلت: نعم، وإن شئت وسعت عليّ. قال: اشتريه» (٦).

و بالجملة، ففي الأخبار المتقدمه غنى عن ذلك.

ص: ٢١٠

١-١) كذا في «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: أخرى.

٢-٢) اختلفت المصادر الحديثيه في هذه العبارة، ففي بعضها: عين أبي زياد، و في بعضها الآخر: عين أبي ابن زياد، و في ثالث: عين ابن زياد، و في رابع: عين زياد. و الظاهر أنّها كانت لأبي عبد الله عليه السلام فغصبت منه، انظر الكافي ٣: ٥٦٩.

٣-٣) في «ص»: استأذن.

٤-٤) الوسائل ١٢: ١٦٢، الباب ٥٣ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٥-٥) الوسائل ٦: ١٤٠، الباب ١٨ من أبواب زكاه الغلّات، الحديث ٢.

٦-٦) الوسائل ١٢: ١٦١، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

و ينبغي (١) التنبيه على أمور:

الأول إن ظاهر عبارات الأكثر، بل الكل: أن الحكم مختص بما يأخذه السلطان،

فقبل أخذه للخراج لا يجوز المعامله عليه بشراء ما في ذمّه مستعمل الأرض أو الحوالة عليه و نحو ذلك، و به صرح السيد العميد فيما حكى عن شرحه (٢) على النافع (٣)، حيث قال: إنما يحلّ ذلك بعد قبض السلطان أو نائبه، و لذا قال المصنّف: يأخذه، انتهى.

لكن صريح جماعه (٤): عدم الفرق، بل صرح المحقّق الثانی بالإجماع على عدم الفرق بين القبض و عدمه (٥)، و فى الرياض صرح بعدم الخلاف (٦).

ص: ٢١١

١-١) كذا فى «ف»، «خ» و «ص»، و فى سائر النسخ: ينبغي.

٢-٢) فى «ف»: من شرحه.

٣-٣) لم نقف فى الفهارس على شرح للسيد عميد الدين الأعرجى للنافع. نعم، قال الفاضل القطيفى فى السراج الوهاج (المطبوع ضمن الخراجيات: ١١٥): «قال الفاضل السيد ابن عبد الحميد الحسينى فى شرحه للنافع..»، و لعلّ منشأ ما نسبته المؤلف قدّس سرّه هو ما ذكره السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٤٧: ٤.

٤-٤) منهم: الشهيد الأول فى الدروس ١٧٠: ٣، و الفاضل المقداد فى التنقيح ١٩: ٢، و الشهيد الثانى فى المسالك ١٤٣: ٣، و راجع المناهل: ٣١٠.

٥-٥) جامع المقاصد ٤٥: ٤.

٦-٦) الرياض ٥٠٨: ١.

و هذا هو الظاهر من الأخبار المتقدمه (١) الواردة في قبالة الأرض و جزية الرؤوس، حيث دلت على أنه يحل ما في ذمه مستعمل الأرض من الخراج لمن تقبل الأرض من السلطان.

و الظاهر من الأصحاب (٢) في باب المساقاة حيث يذكرون أن خراج السلطان على مالك الأشجار إلا أن يشترط خلافه:- إجراء ما يأخذه الجائر منزله ما يأخذه العادل في براه (٣) ذمه مستعمل الأرض الذي استقرّ عليه أجرتها بأداء غيره، بل ذكروا في المزارع - أيضاً:- أن خراج الأرض كما في كلام الأكثر (٤) أو الأرض الخراجية كما في الغنية (٥) و السرائر (٦) على مالكةا، و إن كان يشكل توجيهه من جهة عدم المالك للأراضي الخراجية.

و كيف كان، فالأقوى أن المعاملة على الخراج جائزه و لو قبل قبضها.

و أما تعبير الأكثر (٧) بما يأخذه، فالمراد به إما الأعمّ ممّا بينى على

ص: ٢١٢

-
- ١- ١) في الصفحة ٢٠٩ و ما بعدها.
 - ٢- ٢) منهم الشيخ المفيد في المقنعه: ٦٣٨، و الحلبي في الكافي: ٣٤٨، و الشيخ الطوسي في النهاية: ٤٤٢، و الحلبي في السرائر ٢: ٤٥٢.
 - ٣- ٣) في «ف»، «خ» و «ص» و مصححه «ع»: إبراء.
 - ٤- ٤) انظر السرائر ٢: ١٥٣، و القواعد ١: ٢٣٨، و الكفاية: ١٢٢، و الحدائق ٢١: ٣٣٦، و غيرها.
 - ٥- ٥) الغنية (الجوامع الفقيهية): ٥٤٠.
 - ٦- ٦) السرائر ٢: ٤٤٣.
 - ٧- ٧) كالشيخ في النهاية: ٣٥٨، و القاضي في المهذب ١: ٣٤٨، و الحلبي في السرائر ٢: ٢٠٤، و المحقق في السرائر ٢: ١٣.

أخذه و (١) لو لم يأخذه فعلاً، وإمّا المأخوذ فعلاً، لكن الوجه في تخصيص العلماء العنوان به جعله كالمستثنى من جوائز السلطان، التي حكموا بوجوب ردّها على مالكيها إذا علمت حراماً بعينها، فافهم.

و يؤيد الثاني: سياق كلام بعضهم، حيث يذكرون هذه المسألة عقيب مسألة الجوائز، خصوصاً عبارته القواعد، حيث صرّح بتعميم الحكم بقوله: وإن عرف (٢) أربابه (٣).

و يؤيد الأول: أنّ المحكي عن الشهيد قدّس سرّه في حواشيه على القواعد - أنه علّق على قول العلّامة: «إنّ الذي يأخذه الجائر... إلى آخر قوله»: وإن لم يقبضها الجائر (٤)، انتهى.

ص: ٢١٣

١- ١) لم ترد «و» في «خ»، «م» و «ع»، و وردت في «ن» مصححه.

٢- ٢) في «ش»: عرفت.

٣- ٣) القواعد ١: ١٢٢.

٤- ٤) حاشية القواعد، لا يوجد لدينا، و حكاها المحقق الثاني في قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ١: ٢٧٧.

الثانى هل يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعده كونه مالاً مغصوباً محرماً بمن ينتقل إليه،

فلا استحقاق للجائر فى أخذه أصلاً، فلم يمض الشارع من هذه المعامله إلا حلّ ذلك للمنتقل إليه، أو يكون الشارع قد أمضى سلطنه الجائر عليه، فيكون منعه عنه أو عن بدله المعوّض عنه فى العقد معه حراماً، صريح الشهيدين (١) والمحكى عن جماعه ذلك.

قال المحقق الكركى فى رسالته: ما زلنا نسمع من كثير ممن عاصرناهم لا سيّما شيخنا الأعظم الشيخ على بن هلال قدّس سرّه، أنّه لا يجوز لمن عليه الخراج سرقته و لا جحوده و لا منعه و لا شىء منه؛ لأنّ ذلك حقّ واجب عليه (٢)، انتهى.

و فى المسالك فى باب الأرضين -: و ذكر الأصحاب أنّه لا يجوز لأحد جحدها و لا منعها، و لا التصرّف فيها بغير إذنه، بل ادعى بعضهم الاتفاق عليه، انتهى. و فى آخر كلامه أيضاً: إنّ ظاهر الأصحاب أنّ الخراج و المقاسمه لازم للجائر حيث يطلبه أو يتوقّف على إذنه (٣)، انتهى.

و على هذا عوّل بعض الأساطين فى شرحه على القواعد، حيث قال: و يقوى حرمه سرقة الحصّه و خيانتها، و الامتناع عن تسليمها و عن

ص: ٢١٤

١-١) انظر الدروس ١٧٠:٣، و المسالك ٥٥:٣ و ١٤٣.

٢-٢) قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركى) ٢٨٥:١.

٣-٣) المسالك ٥٥:٣-٥٦.

تسليم ثمنها (١) بعد شرائها إلى الجائر وإن حرمت عليه، و دخل تسليمها في الإعانة على الإثم في البدايه أو الغايه؛ لنصّ الأصحاب على ذلك و دعوى الإجماع عليه (٢)، انتهى.

أقول: إن أُريد منع الحصّه مطلقاً فيتصرف في الأرض من دون أجره، فله وجه؛ لأنّها ملك المسلمین، فلا بدّ لها من أجره تُصرف في مصالحهم، و إن أُريد منعها من خصوص الجائر، فلا دليل على حرمة؛ لأنّ اشتغال ذمّه مستعمل الأرض بالأجره لا يوجب دفعها إلى الجائر، بل يمكن القول بأنّه لا يجوز مع التمكّن؛ لأنّه غير مستحقّ فيسلم إلى العادل أو نائبه الخاص أو العام، و مع التعذّر يتولّى صرفه في المصالح حسبه.

مع أنّ في بعض الأخبار ظهوراً في جواز الامتناع، مثل صحيحه زراره: «اشترى ضريس بن عبد الملك و أخوه (٣) أرزاً من هبيرة بثلاثمائة ألف درهم. قال: فقلت له: ويلك أو يحك انظر إلى خمس هذا المال فابعث به إليه و احتبس الباقي، فأبى عليّ و ادى المال و قدم هؤلاء فذهب أمر بني أميه. قال: فقلت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام، فقال مبادراً للجواب: هو له، هو له، هو له (٤)، فقلت له: إنّه أذاها، فعصّ على

ص: ٢١٥

١-١) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: و الامتناع من تسليم ثمنها.

٢-٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٣٨.

٣-٣) لم ترد في «ف»، «خ»، «م» و «ع».

٤-٤) كذا في «ف»، «ن» و «ص»، و لم ترد «هو له» الثانيه في سائر النسخ.

فإنَّ أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الأرز من المقاسمه، و أمَّا حملة على كونه مال الناصب أعنى «هبيره» أو بعض بنى أميه، فيكون دليلاً على حلِّ مال الناصب بعد إخراج خمسه كما استظهره فى الحدائق (٢)، فقد ضَعَف فى محلّه بمنع هذا الحكم، و مخالفته لاتفاق أصحابنا كما تحقّق (٣) فى باب الخمس (٤) و إن ورد به غير واحد من الأخبار (٥).

و أمَّا الأمر بإخراج الخمس فى هذه الروايه، فلعلّه من جهه اختلاط مال المقاسمه بغيره (٦) من وجوه الحرام فيجب تخميسه، أو من جهه احتمال اختلاطه بالحرام فيستحبّ تخميسه (٧) كما تقدّم فى جوائز الظلمه (٨).

و ما روى من أنّ على بن يقطين قال له الإمام عليه السلام: «إن كنت و لا بدّ فاعلاً، فاتّق أموال الشيعة. و أنّه كان يجيها من الشيعة علانيه

ص: ٢١٦

١- (١) الوسائل ١٢:١٦١، الباب ٥٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٢- (٢) الحدائق ١٨:٢٧٠.

٣- (٣) فى «ص»: حَقَّق.

٤- (٤) انظر كتاب الخمس (للمؤلف قدس سرّه): ٢٣.

٥- (٥) الوسائل ٦:٣٤٠، الباب ٢ من أبواب ما يجب فيه الخمس، الحديث ٦، ٧، ٨.

٦- (٦) كذا فى «ص» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: لغيره.

٧- (٧) فى «ف» شطب على «تخميسه»، و وردت الكلمه فى هامش «ن»، «خ»، «م» و «ع» بصوره نسخه بدل، و فى «خ» و «ع» زياده: فيجتنب، و فى هامشهما: فيجب- خ ل.

٨- (٨) راجع الصفحه ١٧٣ و ما بعدها.

و يردّها (١) عليهم سرّاً» (٢).

قال المحقق الكركي في قاطعه اللجاج: إنّه يمكن أن يكون المراد به ما يجعل عليهم من وجوه الظلم المحرّمه، و يمكن أن يراد به وجوه الخراج و المقاسمات و الزكوات؛ لأنّها و إن كانت حقّاً عليهم، لكنّها ليست حقّاً للجائر، فلا يجوز جمعها لأجله إلّا عند الضروره، و ما زلنا نسمع من كثيرٍ ممّن عاصرناهم لا سيما شيخنا الأعظم... إلى آخر ما تقدم نقله عن مشايخه (٣).

أقول: ما ذكره من الحمل على وجوه الظلم المحرّمه مخالف لظاهر العامّ في قول الإمام عليه السلام: «فأتق أموال الشيعة»، فلاحتمال الثاني أولى، لكن بالنسبه إلى ما عدا الزكوات؛ لأنّها كسائر وجوه الظلم المحرّمه، خصوصاً بناء على عدم الاجتزاء بها عن الزكاه الواجبه، لقوله عليه السلام: «إنّما هؤلاء قوم غصبوكم أموالكم و إنّما الزكاه لأهلها» (٤)، و قوله عليه السلام: «لا تعطوهم شيئاً ما استطعتم؛ فإنّ المال لا ينبغي أن يزكى مرّتين» (٥).

ص: ٢١٧

١-١) في «ش»: و يردّ.

٢-٢) الوسائل ١٢:١٤٠، الباب ٤٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

٣-٣) في الصفحه ٢١٦، و أنظر قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ١:٢٨٥.

٤-٤) الوسائل ٦:١٧٥، الباب ٢٠ من أبواب المستحقّين للزكاه، الحديث ٦، و فيه: إنّما الصدقه لأهلها.

٥-٥) الوسائل ٦:١٧٤، الباب ٢٠ من أبواب المستحقّين للزكاه، الحديث ٣، و فيه: فإنّ المال لا يبقى على هذا أن يزكّيه مرّتين.

و فيما ذكره (١) المحقق من الوجه الثاني دلالة على أن مذهبه ليس وجوب دفع الخراج و المقاسمه إلى خصوص الجائر و جواز منعه عنه، و إن نقل بعد (٢) عن مشايخه في كلامه المتقدم (٣) ما يظهر منه خلاف ذلك، لكن يمكن بل لا يبعد أن يكون مراد مشايخه: المنع عن سرقة الخراج أو وجوده رأساً حتى عن نائب العادل، لا منعه عن خصوص الجائر مع دفعه إلى نائب العادل أو صرفه حسبه في وجوه بيت المال، كما يشهد لذلك تعليل المنع بكونه حقاً واجباً عليه؛ فإن وجوبه عليه إنما يقتضى حرمة منعه رأساً، لا عن خصوص الجائر؛ لأنه ليس حقاً واجباً له.

و لعل ما ذكرناه هو مراد المحقق، حيث نقل هذا المذهب عن مشايخه رحمهم الله بعد ما ذكره من التوجيه المتقدم بلا فصل من دون إشعار بمخالفته لذلك الوجه (٤).

و ممّا يؤيد ذلك: أنّ المحقق المذكور بعد ما ذكر أنّ هذا -يعنى حِلّ ما يأخذه الجائر من الخراج و المقاسمه- ممّا وردت به النصوص و أجمع عليه الأصحاب، بل المسلمون قاطبه، قال:
فإن قلت: فهل يجوز أن يتولّى من له النيابة حال الغيبه ذلك،

ص: ٢١٨

١- ١) في غير «ف»: و فيما ذكر.

٢- ٢) لم ترد «بعد» في «ف».

٣- ٣) في الصفحة ٢١٦.

٤- ٤) راجع قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ١: ٢٨٥، و راجع الصفحة السابقه.

أعنى الفقيه الجامع للشرائط؟ قلنا: لا نعرف للأصحاب فى ذلك تصريحاً، لكن من جَوَزَ للفقهاء حال الغيبه تولّى استيفاء الحدود و غير ذلك من توابع منصب الإمامه، ينبغى له تجويز ذلك بطريق أولى، لا سيما و المستحقون لذلك موجودون فى كلّ عصر. و من تأمّل فى أحوال (١) كبراء علمائنا الماضين قدّس الله أسرارهم - مثل علم الهدى و علم المحقّقين نصير المله و الدين و بحر العلوم جمال المله و الدين (٢) العلماءه رحمه الله و غيرهم - نظر متأمّل منصف لم يشكّ فى أنّهم كانوا (٣) يسلكون هذا المسلك، و ما كانوا يودعون فى كتبهم إلّا ما يعتقدون صحته (٤)، انتهى.

و حمل ما ذكره من تولّى الفقيه، على صورته عدم تسلّط الجائر، خلاف الظاهر.

و أمّا قوله: «و من تأمّل... إلخ» فهو استشهاد على أصل المطلب، و هو حلّ ما يؤخذ من السلطان من الخراج على وجه الاتّهاب، و من الأراضى على وجه الاقتطاع (٥)، و لا دخل له بقوله: «فإن قلت» و «قلنا» (٦) أصلاً؛ فإنّ علماءنا المذكورين و غيرهم لم يعرف منهم

ص: ٢١٩

١-١) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: أقوال.

٢-٢) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: جمال الدين.

٣-٣) لم ترد «كانوا» فى غير «ش».

٤-٤) قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركى) ٢٧٠: ١.

٥-٥) فى «ع»، «ص» و «ش»: الانقطاع، و فى مصححه «ص»: الاقتطاع.

٦-٦) كذا فى مصححه «ص»، و فى سائر النسخ: قلت و قلته.

الاستقلال على أراضى الخراج بغير إذن السلطان.

و ممن يتراءى منه القول بحرمة منع الخراج عن خصوص الجائر شيخنا الشهيد رحمه الله في الدروس، حيث قال رحمه الله: يجوز شراء ما يأخذه الجائر باسم الخراج و الزكاه و المقاسمه و إن لم يكن مستحقاً له. ثم قال:

و لا- يجب ردّ المقاسمه و شبهها على المالك، و لا يعتبر رضاه، و لا يمنع تظلمه من الشراء. و كذا لو علم أنّ العامل يظلم، إلا أن يعلم الظلم بعينه، نعم، يكره معاملته الظلمه و لا يحرم؛ لقول الصادق عليه السلام: «كلّ شيءٍ فيه حلالٌ و حرامٌ فهو حلالٌ حتى تعرف الحرام بعينه» (١). و لا فرق بين قبض الجائر إياها أو وكيهه و بين (٢) عدم القبض، فلو أحاله بها و قبل الثلاثه، أو و كّله في قبضها، أو باعها و هى فى يد المالك (٣) أو فى ذمته، جاز التناول، و يحرم على المالك المنع. و كما يجوز الشراء يجوز سائر المعاوضات، و الوقف، و الهبه (٤)، و الصدقه، و لا يحلّ تناولها بغير ذلك (٥)، انتهى.

لكن الظاهر من قوله: «و يحرم على المالك المنع» أنّه عطف على قوله: «جاز التناول»، فيكون من أحكام الإحاله بها و التوكيل و البيع،

ص: ٢٢٠

-
- ١- ١) الوسائل ١٢: ٥٩، الباب ٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول، مع اختلاف سير.
 - ٢- ٢) لم ترد «بين» فى غير «ش».
 - ٣- ٣) فى غير «ش»: البائع.
 - ٤- ٤) لم ترد «الهبه» فى غير «ش».
 - ٥- ٥) الدروس ١٦٩: ٣-١٧٠.

فالمراد: منع المالك المحال و المشتري عنها (١)، وهذا لا إشكال فيه؛ لأنّ اللازم من فرض صحّته الإحالة و الشراء تملك المحال و المشتري فلا يجوز منعها عن ملكهما.

و أمّا قوله رحمه الله: «و لا يحلّ تناولها بغير ذلك»، فلعلّ المراد به ما تقدّم (٢) في كلام مشايخ المحقّق الكركي من إرادته تناولها بغير إذن أحدٍ حتى الفقيه النائب عن السلطان العادل (٣)، وقد عرفت أنّ هذا مسلّم فتوى و نصّاً، و أنّ الخراج لا يسقط من مستعملي (٤) أراضي المسلمين.

ثمّ إنّ ما ذكره من جواز الوقف لا يناسب ذكره في جملة التصرّفات فيما يأخذه الجائر. و إن أراد وقف الأرض المأخوذة منه إذا نقلها السلطان إليه لبعض مصالح المسلمين، فلا يخلو عن إشكال.

و أمّا ما تقدّم (٥) من المسالك من نقل الاتفاق على عدم جواز المنع عن الجائر (٦) و الجحود، فالظاهر منه أيضاً ما ذكرناه من جحود الخراج و منعه رأساً، لا عن خصوص الجائر مع تسليمه إلى الفقيه النائب عن العادل؛ فإنّه رحمه الله بعد ما نقلنا عنه من حكاية الاتفاق،

ص: ٢٢١

١- ١) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرها: عنهما.

٢- ٢) في الصفحة ٢١٦.

٣- ٣) في «ش»: العارف.

٤- ٤) في «ف»: عن مستعمل.

٥- ٥) في الصفحة ٢١٦.

٦- ٦) لم ترد «عن الجائر» في «ش».

قال بلا فصل: و هل يتوقف التصرف في هذا القسم (١) على إذن الحاكم الشرعي إذا كان متمكناً من صرفها على وجهها (٢)؛ بناءً على كونه نائباً عن المستحق عليه السلام (٣) و مفوضاً إليه ما هو أعظم من ذلك؟ الظاهر ذلك، و حينئذٍ فيجب عليه صرف حاصلها في مصالح المسلمين، و مع عدم التمكّن أمرها إلى الجائر.

و أما جواز التصرف فيها كيف اتفق لكل واحد من المسلمين، فبعيد جداً، بل لم أقف على قائل به؛ لأن المسلمين بين قائل بأولويه الجائر و توقف التصرف على إذنه، و بين مفوض الأمر إلى الإمام عليه السلام، و مع غيبته يرجع الأمر إلى نائبه، فالتصرف بدونهما لا دليل عليه (٤)، انتهى.

و ليس مراده رحمه الله من «التوقف» التوقف على إذن الحاكم بعد الأخذ من الجائر، و لا خصوص صورته عدم استيلاء الجائر على الأرض، كما لا يخفى.

و كيف كان، فقد تحقق ممّا ذكرناه: أنّ غايه ما دلّت عليه النصوص و الفتاوى كفايه إذن الجائر في حلّ الخراج، و كون تصرفه بالإعطاء و المعاوضه و الإسقاط و غير ذلك نافذاً.

أمّا انحصاره بذلك، فلم يدلّ عليه دليل و لا أماره، بل لو نوقش

ص: ٢٢٢

١- ١) في «ش» زياده: «منها»، كما في المصدر.

٢- ٢) في «ش» هكذا: متمكناً في صرفها في وجهها.

٣- ٣) التسليم من «ف».

٤- ٤) المسالك ٥٥: ٣.

في كفايه تصرّفه في الحليّه و عدم توقّفها على إذن الحاكم الشرعي مع التمكن -بناءً على أنّ الأخبار الظاهره في الكفايه (١) منصرفه إلى الغالب من عدم تيسر استئذان الإمام عليه السلام أو نائبه -أمكن ذلك، إلا أنّ المناقشه في غير محلّها؛ لأنّ المستفاد من الأخبار الإذن العام من الأئمه عليهم السلام، بحيث لا -يحتاج بعد ذلك إلى إذن خاص في الموارد الخاصه منهم عليهم السلام، و لا من نوابهم.

هذا كلّه مع استيلاء الجائر على تلك الأرض و التمكن من استئذانه، و أما مع عدم استيلائه على أرض خراجيه؛ لقصور يده عنها؛ لعدم انقياد أهلها له ابتداء، أو طغيانهم عليه بعد السلطنه عليهم، فالأقوى -خصوصاً مع عدم الاستيلاء ابتداء -عدم جواز استئذانه و عدم مضيّ إذنه فيها، كما صرح به بعض الأساطين، حيث قال بعد بيان أنّ الحكم مع حضور الإمام عليه السلام مراجعته، أو مراجعه الجائر مع التمكن -: و أمّا مع فقد سلطان الجور، أو ضعفه عن التسلط، أو عدم التمكن من مراجعته، فالواجب الرجوع إلى الحاكم الشرعي (٢)؛ إذ ولاية الجائر إنما ثبتت على من دخل في قسم رعيتته حتى يكون في سلطانه، و يكون مشمولاً لحفظه من الأعداء و حمايته، فمن بعد عن سلطانهم، أو كان على الحدّ فيما بينهم، أو تقوى (٣) عليهم فخرج عن مأموريّتهم،

ص: ٢٢٣

١- ١) انظر الوسائل ١٦١: ١٢، ١٦٢، الباب ٥٢ و ٥٣ من أبواب ما يكتسب به، و راجع الصفحه ٢٠٤ و ما بعدها.

٢- ٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨١، مع اختلاف في الألفاظ.

٣- ٣) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: يقوى، و في «ش»: قوى.

فلا- يجرى عليه (١) حكمهم؛ اقتصاراً على المقطوع به من الأخبار و كلام الأصحاب في قطع الحكم بالأصول (٢) و القواعد، و تخصيص ما دلّ على المنع عن الركون إليهم و الانقياد لهم.

ص: ٢٢٤

-
- ١-١) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: عليهم.
- ٢-٢) شطب في «ف» على كلمة «الحكم»، و الباء الجارّة، فصارت العبارة: في قطع الأصول...، و كذا في مصحّحه «ن».

الثالث أن ظاهر الأخبار (١) وإطلاق الأصحاب: حلّ الخراج و المقاسمه المأخوذين من الأراضي التي يعتقد الجائر كونها خراجيه وإن كانت عندنا من الأنفال، وهو الذي يقتضيه نفي الحرج.

نعم، مقتضى بعض أدلتهم و بعض كلماتهم هو الاختصاص؛ فإنّ العلماء قدس سرّه قد استدلّ في كتبه على حلّ الخراج و المقاسمه بأنّ هذا مال لا يملكه (٢) الزارع و لا- صاحب الأرض، بل هو حقّ لله (٣) أخذه غير مستحقّه، فبرأت ذمّته و جاز شراؤه (٤).

و هذا الدليل و إن كان فيه ما لا يخفى من الخلل إلّا أنّه كاشف عن اختصاص محلّ الكلام بما كان من الأراضي التي (٥) لها حقّ على الزارع، و ليس الأنفال كذلك؛ لكونها مباحه للشيعة.

نعم، لو قلنا بأنّ غيرهم يجب عليه أجره الأرض- كما لا يبعد- أمكن تحليل ما يأخذه منهم الجائر بالدليل المذكور لو تمّ.

و ممّا (٦) يظهر منه الاختصاص: ما تقدّم (٧) من الشهيد و مشايخ

ص: ٢٢٥

١-١) المتقدّمه في الصفحات ٢٠٤-٢١١.

٢-٢) في «ش»: ما لم يملكه، بدل: مال لا يملكه.

٣-٣) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: حقّ الله.

٤-٤) التذكرة ٥٨٣: ١، و لم نعر عليه في غير التذكرة.

٥-٥) لم ترد «التي» في غير «ش».

٦-٦) في «ف»: و ممّن.

٧-٧) في الصفحه ٢١٦.

المحقق الثاني من حرمه جحود الخراج و المقاسمه، معللين ذلك بأن ذلك حقّ عليه؛ فإنّ الأنفال لا حقّ و لا اجره في التصرف فيها. و كذا ما تقدّم (١) من التنقيح (٢) - حيث ذكر بعد دعوى الإجماع على الحكم -:

أنّ تصرف الجائر في الخراج و المقاسمه من قبيل تصرف الفضولي إذا أجاز المالك.

و الإنصاف: أنّ كلمات الأصحاب بعد التأمل في أطرافها ظاهره في الاختصاص بأراضي المسلمين، خلافاً لما استظهره المحقق الكركي قدس سرّه (٣) من كلمات الأصحاب و إطلاق الأخبار، مع أنّ الأخبار (٤) أكثرها لا عموم فيها و لا إطلاق.

نعم، بعض الأخبار الواردة في المعامله على الأراضي الخراجيه التي جمعها صاحب الكفايه (٥) شامله لمطلق الأرض المضروب عليها الخراج من السلطان.

نعم، لو فرض أنّه ضرب الخراج على ملك غير الإمام، أو على ملك الإمام لا بالإمامه، أو على الأراضي التي أسلم أهلها عليها طوعاً، لم يدخل في منصرف الأخبار قطعاً، و لو أخذ الخراج من الأرض المجهوله المالك معتقداً لاستحقاقه إياها، ففيه وجهان.

ص: ٢٢٦

١ - ١) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: ما تقدّم فيها، لكن شطب في «ن» على «فيها».

٢ - ٢) في الصفحه ٢٠٣.

٣ - ٣) قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ١: ٢٥٨.

٤ - ٤) التي تقدّم شطر منها في الصفحات: ٢٠٩ - ٢١١.

٥ - ٥) الكفايه: ٧٧.

الرابع ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب: الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسه العامه و عماله،

فلا يشمل من تسلط على قريه أو بلده خروجاً على سلطان الوقت فيأخذ منهم حقوق المسلمين.

نعم، ظاهر الدليل المتقدم (١) عن (٢) العلامة شموله له، لكنك عرفت أنه قاصر عن إفاده المدعى، كما أن ظاهره عدم الفرق بين السلطان المخالف المعتقد لاستحقاق أخذ الخراج، و المؤمن و الكافر و إن اعترفا بعدم الاستحقاق، إلما أن ظاهر الأخبار الاختصاص بالمخالف.

و المسأله مشكله:

من اختصاص موارد الأخبار بالمخالف المعتقد لاستحقاق أخذه (٣)، و لا- عموم فيها لغير المورد، فيقتصر في مخالفه القاعده عليه.

و من لزوم الحرج، و دعوى الإطلاق في بعض الأخبار المتقدمه، مثل قوله عليه السلام في صحيحه الحلبي: «لا- بأس بأن يتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان» (٤)، و قوله عليه السلام- في صحيحه محمد بن مسلم-: «كل أرض دفعها إليك سلطان فعليك فيما أخرج الله منها

ص: ٢٢٧

١- ١) في الصفحه ٢٢٧.

٢- ٢) كذا في «ف»، و في غيرها: من.

٣- ٣) في «ف»: الأخذ.

٤- ٤) الوسائل ١٣: ٢١٤، الباب ١٨ من أبواب المزارعه، الحديث ٣.

الذي قاطعك عليه» (١). و غير ذلك.

ويمكن أن يردّ لزوم الحرج بلزومه على كلّ تقدير؛ لأنّ المفروض أنّ السلطان المؤمن -خصوصاً في هذه الأزمنة- يأخذ الخراج عن كلّ أرض ولو لم تكن خراجيّة، وأنهم يأخذون كثيراً من وجوه الظلم المحرّمه منضمّاً إلى الخراج، وليس الخراج عندهم ممتازاً عن سائر ما يأخذونه ظلماً من العشور و سائر ما يظلمون به الناس، كما لا يخفى على من لاحظ سيره عمّالهم، فلا بدّ إمّا من الحكم بحلّ ذلك (٢) كلّّه؛ لدفع الحرج، وإمّا من الحكم بكون ما في يد السلطان و عمّاله، من الأموال المجهوله المالك.

و أمّا الإطلاقات، فهي -مضافاً إلى إمكان دعوى انصرافها إلى الغالب كما في المسالك (٣)- مسوقه لبيان حكم آخر، كجواز إدخال أهل الأرض الخراجيه في تقبيل الأرض في صحيحه الحلبي (٤)؛ لدفع توهم حرمة ذلك كما يظهر من أخبار آخر (٥)، و كجواز أخذ أكثر ممّا (٦) تقبيل به الأرض من السلطان في روايه الفيض بن المختار (٧)، و كغير ذلك من

ص: ٢٢٨

١- (١) الوسائل ١٢٩:٦، الباب ٧ من أبواب زكاه الغلّات، الحديث الأوّل.

٢- (٢) عبارته «بحلّ ذلك» ساقطه من «ش».

٣- (٣) المسالك ١٤٤:٣.

٤- (٤) المتقدّمه في الصفحه ٢٠٩.

٥- (٥) مثل صحيح إسماعيل بن فضل المتقدّم في الصفحه ٢١٠.

٦- (٦) كذا في «ف» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: ما.

٧- (٧) المتقدّمه في الصفحه ٢١٠.

أحكام قبالة الأرض و استئجارها فيما عداها من الروايات.

و الحاصل: أنّ الاستدلال بهذه الأخبار على عدم البأس بأخذ أموالهم، مع اعترافهم بعدم الاستحقاق مشكل.

و ممّا (١) يدلّ على عدم (٢) شمول كلمات الأصحاب: أنّ عنوان المسألة في كلامهم «ما يأخذه الجائر لشبهه (٣) المقاسمه أو الزكاه» كما في المنتهى (٤)، أو «باسم الخراج أو المقاسمه» (٥) كما في غيره (٦).

و ما يأخذه الجائر المؤمن ليس لشبهه الخراج و المقاسمه؛ لأنّ المراد بشبهتهما: شبهه استحقاقهما الحاصله في مذهب العامه، نظير شبهه تملك سائر ما يأخذون ممّا لا يستحقّون؛ لأنّ مذهب الشيعة: أنّ الولاية في الأراضي الخراجيه إنّما هي للإمام عليه السلام، أو نائبه الخاص، أو العام، فما يأخذه الجائر المعتقد (٧) لذلك إنّما هو شيء يظلم به في اعتقاده، معترفاً بعدم براءة ذمّه زارع الأرض من أجرتها شرعاً، نظير ما يأخذه من الأملاك الخاصه التي لا خراج عليها أصلاً.

و لو فرض حصول شبهه الاستحقاق لبعض سلاطين الشيعة من

ص: ٢٢٩

١-١) كذا في «ف»، «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: و ما.

٢-٢) كلمه «عدم» ساقطه من «ش».

٣-٣) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: لشبهه.

٤-٤) منتهى المطلب ١٠٢٧: ٢.

٥-٥) في «ف»: و المقاسمه.

٦-٦) الشرائع ١٣: ٢، و القواعد ١٢٢: ١، و الدروس ١٦٩: ٣ و غيرها.

٧-٧) كذا في «ف» و «ن»، و في غيرهما: الجائر و المعتقد.

بعض الوجوه، لم يدخل بذلك في عناوين الأصحاب قطعاً؛ لأنّ مرادهم من الشبهه: الشبهه من حيث المذهب التي أمضاها الشارع للشيعة، لا الشبهه في نظر شخصٍ خاص؛ لأنّ الشبهه الخاصه إن كانت عن سببٍ صحيح، كاجتهادٍ أو تقليد، فلا إشكال في حلّيته له واستحقاقه للأخذ بالنسبه إليه، وإلا كانت باطله غير نافذه في حقّ أحد.

والحاصل: أنّ أخذ الخراج و المقاسمه لشبهه الاستحقاق في كلام الأصحاب ليس إلما الجائر المخالف، ومّا (1) يؤيّده أيضاً: عطف الزكاه عليها، مع أنّ الجائر الموافق لا يرى لنفسه ولايه جبايه الصدقات.

و كيف كان، فالذى أتخيل: أنّه (2) كلّما ازداد (3) المنصف التأميل في كلماتهم يزداد (4) له هذا المعنى وضوحاً، فما أظن به بعض (5) في دعوى عموم النصّ و كلمات الأصحاب ممّا لا ينبغي أن يغتّر به.

و لأجل ما ذكرنا و غيره فسّر صاحب إيضاح النافع (6) في ظاهر كلامه المحكى الجائر في عبارته النافع (7): بمن تقدّم (8) على

ص: ٢٣٠

١-١) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: و ما.

٢-٢) لم ترد «أنّه» في «ش».

٣-٣) في «ف»: أزداد.

٤-٤) في «ف»: يزداد.

٥-٥) الظاهر أنّه صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ١٩٠: ٢٢-١٩٥.

٦-٦) مخطوط، و لا يوجد لدينا. نعم، حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٤٧: ٤.

٧-٧) المختصر النافع: ١١٨.

٨-٨) في مصححه «ن»: يقدم.

أمير المؤمنين عليه السلام و اقتفى أثر الثلاثة، فالقول بالاختصاص - كما استظهره في المسالك (١)، و جزم به في إيضاح النافع (٢) - و جعله الأصح في الرياض (٣) - لا يخلو عن قوه.

فينبغي في الأراضي التي بيد الجائر الموافق، في المعامله على عينها أو على ما يؤخذ عليها مراجعه الحاكم الشرعى.

و لو فرض ظهور سلطان مخالف لا يرى نفسه مستحقاً لجبايه تلك الوجوه، و إنما أخذ ما يأخذ نظير ما يأخذه (٤) على غير الأراضي الخراجيه من الأملاك الخاصه، فهو أيضاً غير داخل في منصرف الأخبار، و لا في كلمات الأصحاب، فحكمه حكم السلطان الموافق.

و أمّا السلطان الكافر، فلم أجد فيه نصّاً، و ينبغي لمن تمسك بإطلاق النصّ و الفتوى (٥) الترام دخوله فيهما، لكنّ الإنصاف انصرفهما (٦) إلى غيره، مضافاً إلى ما تقدّم (٧) في السلطان الموافق من اعتبار كون الأخذ بشبهه الاستحقاق. و قد تمسك في ذلك بعض (٨) بنفى السبيل للكافر على المؤمن، فتأمل.

ص: ٢٣١

١-١ المسالك ١٤٤:٣.

٢-٢ مخطوط، و لا يوجد لدينا.

٣-٣ الرياض ٥٠٧:١.

٤-٤ في غير «ش» و «ص»: يأخذ.

٥-٥ مثل صاحب الجواهر، كما تقدّم في الصفحه السابقه.

٦-٦ في غير «ش»: انصرفها.

٧-٧ في الصفحه ٢٣١.

٨-٨ لم نقف عليه.

الخامس الظاهر أنه لا يعتبر في حلّ الخراج المأخوذ أن يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الآخذ للأخذ،

فلا- فرق حينئذٍ بين المؤمن و المخالف و الكافر؛ لإطلاق بعض الأخبار المتقدّمة (١) و اختصاص بعضها الآخر بالمؤمن، كما في روايتي الحداء و إسحاق بن عمّار (٢) و بعض روايات قبالة الأراضى الخراجية (٣).

و لم يستبعد بعض (٤) اختصاص الحكم بالمأخوذ من معتقد استحقاق الآخذ، مع اعترافه بأن ظاهر الأصحاب التعميم، و كأنه أدخل هذه المسألة-يعنى مسألة حلّ الخراج و المقاسمه-في القاعده المعروفه، من:

إلزام الناس بما ألزموا به أنفسهم، و وجوب المضى معهم في أحكامهم (٥)،

ص: ٢٣٢

١- (١) في الصفحة ٢٠٤ و ما بعدها.

٢- (٢) تقدّمتا في الصفحة ٢٠٤ و ٢٠٧، و لكن ليس في روايه إسحاق ما يدلّ على الاختصاص، فراجع.

٣- (٣) الوسائل ٢١٤:١٣، الباب ١٨ من أبواب أحكام المزارعه، الحديث ٤.

٤- (٤) هو الفاضل القطيفي في رساله السراج الوهاج (المطبوعه ضمن الخراجيات): ١٢٤-١٢٥.

٥- (٥) هذه القاعده مستفاده من روايات عديده، انظر الوسائل ٣٢٠:١٥، الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق، و ٤٨٥:١٧، الباب ٤ من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد، الحديث ٥.

على ما يشهد به تشبيه بعضهم (١) ما نحن فيه باستيفاء الدين من الذمى من ثمن (٢) ما باعه من الخمر و الخنزير.
و الأقوى: أنّ المسأله أعمّ من ذلك، و إنّما (٣) الممضى فى ما نحن فيه تصرّف الجائر فى تلك الأراضى مطلقاً.

ص: ٢٣٣

-
- ١ - ١) لم نقف عليه، نعم شبه الفاضل القطيفى فى رساله السراج الوهاج (المطبوعه ضمن الخراجيات): ١٢٤- ما نحن فيه بجواز
ابتياح عوض الخمر من اليهود.
٢ - ٢) فى «ف» و «خ»: من عين.
٣ - ٣) فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ص»: و أنّ، و فى نسخه بدل «ص»: إنّما.

بل المناط فيه ما تراضى فيه السلطان و مستعمل الأرض؛ لأنَّ الخراج هي أجره الأرض، فينوط (١) برضى المؤجر و المستأجر.

نعم، لو استعمل أحد الأرض قبل تعيين الأجره تعيّن عليه أجره المثل، و هي مضبوطة عند أهل الخبره، و أمّا قبل العمل فهو تابع لما يقع التراضى عليه، و نسب ما ذكرناه إلى ظاهر الأصحاب (٢).

و يدلّ عليه قول أبي الحسن عليه السلام في مرسله حمّاد بن عيسى:

«و الأرض التي أخذت عنوّه بخيل و ركاب، فهي موقوفه متروكه في يد من يعمرها و يحييها على صلح ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج: النصف، أو الثلث، أو الثلثان، على قدر ما يكون لهم صالحاً و لا يضرّ بهم... الحديث» (٣).

و يستفاد منه: أنّه إذا جعل (٤) عليهم من (٥) الخراج أو المقاسمه

ص: ٢٣٤

١- ١) في هامش «ن»: فيناط-خ ل، و في هامش «ص»: فيناط-ظ.

٢- ٢) لم نعثر عليه.

٣- ٣) التهذيب ١٣٠: ٤، الحديث ٣٦٦، و انظر الوسائل ٨٥: ١١، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

٤- ٤) في «ف»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: جعلت.

٥- ٥) لم ترد «من» في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص».

ما يضّرّ بهم لم يجر ذلك، كالذى يؤخذ من بعض مزارعى (١) بعض بلادنا، بحيث لا يختار الزارع الزراعه من كثره الخراج، فيجبرونه على الزراعه، وحينئذٍ ففى حرمه كل ما يؤخذ أو المقدار الزائد على ما تضرّ (٢) الزيادة عليه، وجهان.

و حكى (٣) عن بعض: أنه يشترط أن لا يزيد على ما كان يأخذه المتولّى له -الإمام العادل- إلّا برضاه.

و التحقيق: أن مستعمل الأرض بالزرع و الغرس إن كان مختاراً فى استعمالها فمقاطعه الخراج و المقاسمه باختياره و اختيار الجائر، فإذا تراضيا على شىء فهو الحق، قليلاً كان أو كثيراً، و إن كان لا بدّ له من استعمال الأرض -لأنها كانت مزرعه له مدّه سنين (٤) و يتضرّر بالارتحال عن تلك القريه إلى غيرها- فالمناطق ما ذكر فى المرسله، من عدم كون المضروب عليهم مضراً، بأن لا يبقى لهم بعد أداء الخراج ما يكون بإزاء ما أنفقوا على الزرع من المال، و بذلوا له من أبدانهم الأعمال.

ص: ٢٣٥

١- ١) فى غير «ش»: مزارع.

٢- ٢) فى غير «ص»: يضّرّ.

٣- ٣) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٤٧ عن السيد عميد الدين.

٤- ٤) فى «ف» و «م»: مدّ سنين، و صُحّح فى «ن» ب «مدّه»، و لعلّه كان فى الأصل: مذ سنين.

السابع ظاهر إطلاق الأصحاب: أنه لا يشترط في من يصل إليه الخراج أو الزكاة من السلطان على وجه الهدية،

أو يقطع الأرض الخراجية إقطاعاً، أن يكون مستحقاً له، ونسبه الكركي رحمه الله في رسالته (١) إلى إطلاق الأخبار و الأصحاب، ولعله أراد إطلاق ما دلّ على حلّ جوائز السلطان و عمّاله (٢) مع كونها غالباً من بيت المال، وإلا فما استدّلوا به لأصل المسألة إنما هي الأخبار الواردة في جواز ابتياع الخراج و المقاسمه و الزكاة (٣)، و الواردة في حلّ تقبّل (٤) الأرض الخراجية من السلطان (٥).

ولا ريب في عدم اشتراط كون المشتري و المتقبّل مستحقاً لشيء من بيت المال، و لم يرد خبر في حلّ ما يهبه السلطان من الخراج حتى يتمسك بإطلاقه عدا أخبار جوائز السلطان، مع أنّ تلك الأخبار واردة أيضاً في أشخاص خاصه، فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال.

فالحكم بنفوذ تصرّف الجائر على الإطلاق في الخراج-من حيث البذل و التفريق- كنفوذ تصرّفه على الإطلاق فيه بالقبض و الأخذ و المعامله عليه، مشكل.

ص: ٢٣٦

١-١) قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ٢٨٣:١.

٢-٢) المتقدّم في الصفحة ١٧٨ و ما بعدها.

٣-٣) راجع الصفحة ٢٠٤ و ما بعدها.

٤-٤) في غير «ص»: تقبيل.

٥-٥) انظر الصفحة ٢٠٩ و ما بعدها.

و أما قوله عليه السلام- في روايه الحضرمي السابقه-: «ما يمنع ابن ابي سماك أن يبعث إليك بعطائك، أما علم أن لك نصيباً من بيت المال» (١)، فإنّما يدلّ على أنّ كلّ من له نصيب في بيت المال يجوز له الأخذ، لا أنّ كلّ من لا نصيب له لا يجوز أخذه.

و كذا تعليل العلامة قدّس سرّه فيما تقدّم من دليله: بأنّ الخراج حقّ لله أخذه غير مستحقّه (٢)؛ فإنّ هذا لا ينافي إمضاء الشارع لبذل الجائر إياه كيف شاء، كما أنّ للإمام عليه السلام أن يتصرّف في بيت المال كيف شاء.

فالاستشهاد بالتعليل المذكور في (٣) الروايه المذكوره (٤)، و المذكور (٥) في كلام العلامة رحمه الله على اعتبار استحقاق الآخذ لشيء (٦) من بيت المال، كما في رساله الخراجيّه (٧)، محلّ نظر.

ثمّ أشكل من ذلك تحليل الزكاه المأخوذه منه لكلّ أحد، كما هو

ص: ٢٣٧

-
- ١- ١) الوسائل ١٥٧:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦، و تقدمت في الصفحه ٢٠٨.
 - ٢- ٢) تقدّم في الصفحه ٢٢٧.
 - ٣- ٣) في «م»: و في.
 - ٤- ٤) لم ترد «المذكوره» في «ف» و «ن».
 - ٥- ٥) لم ترد «المذكور» في «ص»، و لم ترد: «و المذكور» في «خ»، «م» و «ع».
 - ٦- ٦) في غير «ف» و «ص»: بشىء.
 - ٧- ٧) رساله قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركي) ١:٢٨٣.

ظاهر إطلاقهم (١) القول بحلّ آتهاب ما يؤخذ باسم الزكاه.

و فى المسالك: أنه يشترط أن يكون صرفه لها على وجهها (٢) المعتبر عندهم، بحيث لا يعدّ عندهم غاصباً (٣)؛ إذ (٤) يمتنع الأخذ منه عندهم أيضاً. ثم قال: و يحتمل الجواز مطلقاً؛ نظراً إلى إطلاق النصّ و الفتوى. قال: و يجيء (٥) مثله فى المقاسمه و الخراج؛ فإنّ مصرفهما (٦) بيت المال، و له أرباب مخصوصون عندهم أيضاً (٧)، انتهى.

ص: ٢٣٨

-
- ١ - ١) كالمحقّق فى الشرائع ٢: ١٣، و العلامه فى القواعد ١: ١٢٢، و الشهيد فى الدروس ٣: ١٧٠، و الفاضل المقداد فى التنقيح الرائع ٢: ١٩ و غيرهم.
 - ٢ - ٢) فى غير «ش»: وجهه.
 - ٣ - ٣) فى «ص» و «ش»: عاصياً.
 - ٤ - ٤) فى غير «ص» و «ش»: أو.
 - ٥ - ٥) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»: و يجوز.
 - ٦ - ٦) كذا فى المصدر و مصحّحه «ن» و هامش «ص»، و فى النسخ: مصرفها.
 - ٧ - ٧) المسالك ٣: ١٤٣.

الثامن أن كون الأرض خراجيه (١)، بحيث يتعلّق بما يؤخذ منها ما تقدّم من أحكام الخراج و المقاسمه، يتوقّف على أمور ثلاثه:

الأول: كونها مفتوحة عنوة، أو صلحاً على أن تكون

الأول: كونها مفتوحة عنوة، أو صلحاً على أن تكون (٢) الأرض للمسلمين؛

إذ ما عداهما (٣) من الأرضين لا خراج عليها.

نعم، لو قلنا بأنّ حكم (٤) ما يأخذه الجائر من الأنفال حكم ما يأخذه من أرض الخراج، دخل ما يثبت كونه من الأنفال في حكمها.

فنقول: يثبت الفتح عنوة بالشياع الموجب للعلم، و بشهاده عدلين، و بالشياع المفيد للظن المتأخّم للعلم؛ بناءً على كفايته في كلّ ما يعسر إقامه البينه عليه، كالنسب، و الوقف، و الملك المطلق، و أمّا ثبوتها بغير ذلك من الأمارات الظنيه حتى قول من يوثق به من المؤرّخين فمحلّ إشكال؛ لأنّ الأصل عدم الفتح عنوة، و عدم تملك المسلمين.

نعم، الأصل عدم تملك غيرهم أيضاً، فإن فرض دخولها بذلك في الأنفال و إلحقناها بأرض الخراج في الحكم فهو، و إلّا فمقتضى القاعده حرمة تناول ما يؤخذ قهراً من زراعتها. و أمّا الزراع فيجب عليهم

ص: ٢٣٩

١- ١) كذا في «ف» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: الخراجيه.

٢- ٢) في غير «ص»: يكون.

٣- ٣) في «ف»، «خ»، «خ»، «ع»، و «ص»: عداها.

٤- ٤) لم ترد «حكم» في «ف»، «خ»، «م»، و «ع».

مراجعته حاكم الشرع، فيعمل فيها معهم على طبق ما يقتضيه القواعد عنده: من كونه مال الإمام عليه السلام، أو مجهول المالك، أو غير ذلك.

و المعروف بين الإماميه - بلا خلاف ظاهر - أن أرض العراق فتحت عنوه، و حكى ذلك عن التواريخ المعتمرة (١).

و حكى عن بعض العامة أنها فتحت صلحاً (٢).

و ما دلّ على كونها ملكاً للمسلمين يحتمل الأمرين (٣).

ففى صحيحه الحلبي: «أنه سُئِلَ أبو عبد الله عليه السلام عن أرض السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم (٤)، و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق بعد» (٥).

و رواه أبى الربيع الشامى: «لا تشتت من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمّه، فإنما هى فىء للمسلمين» (٦). و قريب منها صحيحه ابن الحجاج (٧).

و أما غير هذه الأرض ممّا ذكر أو اشتهر (٨) فتحها عنوه؛ فإن

ص: ٢٤٠

١-١) حكاة المحقق السبزوارى فى الكفاية: ٧٩، و انظر تأريخ الطبرى ٣: ٨٧.

٢-٢) حكاة العلّامة فى التذكرة ١: ٤٢٨ عن أبى حنيفة و بعض الشافعية.

٣-٣) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»: أمرين.

٤-٤) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: اليوم مسلم.

٥-٥) الوسائل ١٢: ٢٧٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٤.

٦-٦) نفس المصدر، الحديث ٥.

٧-٧) الوسائل ١٧: ٣٣٠، الباب ٤ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٣.

٨-٨) فى «ش»: و اشتهر.

أخبر به عدلان (١) يحتمل حصول العلم لهما من السماع أو الظن المتأخّر من الشيعاء أخذ به، على تأمّل فى الأخير كما فى العدل الواحد.

و إالّا فقد عرفت (٢) الإشكال فى الاعتماد على مطلق الظنّ.

و أمّا العمل بقول المؤرّخين-بناءً على أنّ قولهم فى المقام نظير قول اللغوى فى اللغه و قول الطيب و شبههما-فدون إثباته خرط القتاد.

و أشكال منه إثبات ذلك باستمرار السيره على أخذ الخراج من أرض، لأنّ ذلك إمّا من جهه ما قيل: من كشف السيره عن ثبوت ذلك من الصدر الأوّل من غير تكبير؛ إذ لو كان شيئاً حادثاً لنقل فى كتب التواريخ؛ لا اعتناء أربابها بالمبتدعات و الحوادث (٣)، و إمّا من جهه وجوب حمل تصرّف المسلمين و هو أخذهم الخراج على الصحيح.

و يرد على الأوّل-مع أنّ عدم التعرّض يحتمل كونه لأجل عدم اطلاعهم الذى لا يدلّ على العدم:- أنّ هذه الأماره (٤) ليست (٥) بأولى من تنصيب أهل التواريخ الذى عرفت حاله.

و على الثانى: أنّه إن أريد بفعل المسلم تصرّف السلطان بأخذ الخراج، فلا ريب أنّ أخذه حرام و إن علم كون الأرض خراجيّة، فكونها كذلك لا يصحّ فعله.

ص: ٢٤١

١-١) فى «خ»، «م» و «ع»: أخبره عدلان، و صحّح فى «ع» بما فى المتن.

٢-٢) فى الصفحه ٢٣٧.

٣-٣) قاله المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ٧٩.

٤-٤) فى غير «ف»: الأمارات.

٥-٥) كذا فى «ف»، و فى غيرها: ليس.

و دعوى: أن أخذ الخراج من أرض الخراج أقل فساداً من أخذه من غيرها، توهم؛ لأن مناط الحرمة في المقامين واحد، وهو أخذ مال الغير من غير استحقاق، و اشتغال ذمه المأخوذ منه بأجره الأرض الخراجيه و عدمه في غيرها لا يهون الفساد.

نعم، بينهما فرق من حيث الحكم المتعلق بفعل غير السلطان، و هو من يقع في يده شيء من الخراج بمعاوضه أو تبرع، فيحل في الأرض الخراجيه دون غيرها، مع أنه لا دليل على وجوب حمل الفاسد على الأقل فساداً إذا لم يتعدّد عنوان الفساد- كما لو دار الأمر بين الزنا مكرهاً للمرأة، و بين الزنا برضاها؛ حيث إن الظلم محرّم آخر غير الزنا، بخلاف ما نحن فيه- مع أن أصله الصحة لا تثبت الموضوع، و هو كون الأرض خراجيه.

إلّا أن يقال: إن المقصود ترتب آثار الأخذ الذي هو أقل فساداً، و هو حلّ تناوله من الآخذ و إن لم يثبت كون الأرض خراجيه بحيث يترتب عليه الآثار الأخرى، مثل وجوب دفع أجره الأرض إلى حاكم الشرع ليصرفه في المصالح إذا فرض عدم السلطان الجائر، و مثل حرمة التصرف فيه من دون دفع أجره أصلاً، لا إلى الجائر و لا إلى حاكم الشرع.

و إن أريد بفعل المسلم تصرف المسلمين فيما يتناولونه من الجائر من خراج هذه الأرض، ففيه: أنه لا عبره بفعلهم إذا علمنا بأنهم لا يعلمون حال هذه الأراضي، كما هو الغالب في محلّ الكلام؛ إذ نعلم بفساد تصرفهم من جهة عدم إحراز الموضوع. و لو احتمل تقليدهم لمن

يرى تلك (١) الأرض خراجيه (٢) لم ينفع. و لو فرض احتمال علمهم بكونها خراجيه كان اللازم من ذلك جواز تناول من أيديهم لا من يد السلطان، كما لا يخفى.

الثاني: أن يكون الفتح بإذن الإمام عليه السلام،

و إلاً كان المفتوح مال الإمام عليه السلام؛ بناءً على المشهور، بل عن المجمع: أنه كاد يكون إجماعاً (٣)، و نسبه في المبسوط إلى روايه أصحابنا، و هي مرسله العباس الوزّاق، و فيها: «أنه إذا غزى قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلّها (٤) للإمام» (٥).

قال في المبسوط: و على هذه الروايه يكون جميع ما فتحت بعد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم إلاً ما فتحت في زمان الوصي عليه السلام من مال الإمام عليه السلام (٦)، انتهى.

أقول: فيبيني حلّ المأخوذ منها خراجاً على ما تقدّم من حلّ الخراج المأخوذ من الأنفال (٧).

و الظاهر أنّ أرض العراق مفتوحه بالإذن كما يكشف عن ذلك

ص: ٢٤٣

١- ١) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: تملك.

٢- ٢) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: الخراجيه.

٣- ٣) مجمع الفائدة ٤٧٣: ٧.

٤- ٤) لم ترد «كلها» في غير «ش».

٥- ٥) الوسائل ٣٦٩: ٦، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ١٦.

٦- ٦) المبسوط ٣٤: ٢، نقلاً بالمعنى.

٧- ٧) تقدّم في الصفحه ٢٢٧.

ما دلّ على أنّها للمسلمين (١)، و أمّياً غيرها ممّياً فتحت في زمان خلافه الثاني، و هي أغلب ما فتحت، فظاهر بعض الأخبار كون ذلك أيضاً بإذن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام و أمره، ففي الخصال- في أبواب السبعة، في باب أنّ الله تعالى يمتحن أوصياء الأنبياء في حياه الأنبياء في سبعة مواطن، و بعد وفاتهم في سبعة مواطن-، عن أبيه و شيخه، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن الحسين بن سعيد، عن جعفر بن محمد النوفلي، عن يعقوب بن الرائد (٢)، عن أبي عبد الله جعفر بن أحمد بن محمد بن عيسى بن محمد بن علي بن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، عن يعقوب بن عبد الله الكوفي، عن موسى بن عبيد (٣)، عن عمرو (٤) ابن أبي المقدم، عن جابر الجعفي، عن أبي جعفر عليه السلام: أنّه «أتى يهودى أمير المؤمنين عليه السلام في منصرفه عن وقعه النهروان فسأله عن تلك المواطن، و فيه قوله عليه السلام: و أمّياً الرابعه- يعني من المواطن الممتحن بها بعد النبي صلّى الله عليه و آله و سلم-: فإنّ القائم بعد صاحبه- يعني عمر بعد أبي بكر- كان يشاورني في موارد الأمور (٥)، فيصدرها عن أمرى، و يناظرني في غوامضها فيمضيها عن رأيى (٦) لا أعلم

ص: ٢٤٤

١- (١) الوسائل ١٢: ٢٧٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٤ و ٥.

٢- (٢) في «ش»: يعقوب الرائد، و في المصدر: يعقوب بن يزيد.

٣- (٣) في المصدر: موسى بن عبيده.

٤- (٤) في غير «ش»: عمر.

٥- (٥) في «ش»: زياده: و مصادرها.

٦- (٦) في غير «ش»: رأي.

أحدًا (١)، ولا يعلمه أصحابي، يناظره في ذلك غيري (٢)...الخبر» (٣).

و الظاهر أنّ عموم الأمور إضافي بالنسبة إلى ما لا يقدح في رئاسته ممّا يتعلّق بالسياسة، ولا يخفى أنّ الخروج إلى الكفار و دعاءهم إلى الإسلام من أعظم تلك الأمور، بل لا أعظم منه.

و في سند الرواية جماعه تخرجها عن حدّ الاعتبار، إلّا أنّ اعتماد القميين عليها و روايتهم لها، مع ما عُرف من حالهم لمن تتبعها من أنّهم لا- يخرجون (٤) في كتبهم روايه في راويها (٥) ضعف إلّا بعد احتفافها بما يوجب الاعتماد عليها، جابر لضعفها في الجملة.

مضافاً إلى ما اشتهر من حضور أبي محمد الحسن عليه السلام في بعض الغزوات (٦)، و دخول بعض خواصّ أمير المؤمنين عليه السلام من الصحابه كعمّار في أمرهم (٧).

ص: ٢٤٥

١- ١) ما أثبتناه مطابق للمصدر، و في «ش»: لا يعلمه أحد، و في «ص»: لا علمه أحد، و في سائر النسخ: لا أعلمه أحد.

٢- ٢) ما أثبتناه مطابق للمصدر، و في مصححه «ن» ظاهراً: و لا يناظر في ذلك غيري، و في النسخ: و لا يناظرني غيره.

٣- ٣) الخصال: ٣٧٤، باب السبعه، الحديث ٥٨.

٤- ٤) كذا في «ف» و «خ» و نسخه بدل «ن»، «ع» و «ش»، و في «ن»، «م»، «ع»، «ص» و «ش» و نسخه بدل «خ»: لا يثبتون.

٥- ٥) كذا في «ش»، و في غيرها: روايه.

٦- ٦) راجع تاريخ الطبري ٣: ٣٢٣، و الكامل في التاريخ لابن الأثير ٣: ١٠٩، لكنهما ذكرا حضور أبي محمد الحسن و أبي عبد

الله الحسين عليهما السلام.

٧- ٧) راجع اسد الغابه ٤: ٤٦ (ترجمه عمّار بن ياسر رضی الله عنه).

و فى صحيحه محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن سيره الإمام فى الأرض التى فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام قد سار فى أهل العراق بسيره، فهى إمام لسائر الأرضين... الخبر» (١).

و ظاهرها أن سائر الأرضين المفتوحة بعد النبى صلى الله عليه وآله وسلم حكمها حكم أرض العراق، مضافاً إلى أنه يمكن الاكتفاء عن إذن الإمام المنصوص فى مرسله الوراق (٢) بالعلم بشاهد الحال برضى أمير المؤمنين عليه السلام و سائر الأئمة بالفتوحات (٣) الإسلاميه الموجه لتأييد هذا الدين.

و قد ورد: «أن الله تعالى يؤيد هذا الدين بأقوام لا خلاق لهم منه» (٤).

مع أنه يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاه من فتح البلاد على الوجه الصحيح (٥)، و هو كونه بأمر الإمام عليه السلام.

مع أنه يمكن أن يقال: إن عموم ما دلّ من الأخبار الكثيره على

ص: ٢٤٦

١-١) الوسائل ١١٧:١١، الباب ٦٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

٢-٢) الوسائل ٣٦٩:٦، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ١٦.

٣-٣) فى «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: بالفتوحات.

٤-٤) الوسائل ٢٨:١١، الباب ٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأول، و فيه: ينصر هذا الدين.

٥-٥) كذا فى «ص»، و فى «ف»: على الصحيح، و فى سائر النسخ: على وجه الصحيح.

تقييد الأرض المعدوده من الأنفال بكونها ممّا لم يوجف (١) عليه بخيلٍ ولا- ركاب (٢)، و على أنّ ما أخذت بالسيف من الأرضين يصرّفها في مصالح المسلمين (٣)، معارض بالعموم من وجه لمرسلة الوراق (٤)، فيرجع إلى عموم قوله تعالى: وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِإِخْوَتِ الْقُرْبَىٰ الْآيَةَ (٥)، فيكون الباقي للمسلمين؛ إذ ليس لمن قاتل (٦) شيء من الأرضين نصّاً و إجماعاً.

الثالث: أن يثبت كون الأرض المفتوحة عنه بإذن الإمام عليه السلام مجيء حال الفتح،

لتدخل في الغنائم و يخرج منها الخمس- أوّلاً- على المشهور و يبقى الباقي للمسلمين، فإن كانت حينئذٍ مواتاً كانت للإمام، كما هو المشهور، بل المتفق عليه، على الظاهر المصرّح به عن الكفاية (٧) و محكى التذكرة (٨)، و يقتضيه إطلاق الإجماعات المحكيه (٩) على أنّ الموات

ص: ٢٤٧

- ١- ١) في «ن»، «خ»، «م»، «ع»، و «ش»: لا يوجف.
- ٢- ٢) انظر الوسائل ٦:٣٦٤، الباب الأوّل من أبواب الأنفال.
- ٣- ٣) انظر الوسائل ١١:١١٩، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو، و ١٢:٢٧٣، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه.
- ٤- ٤) الوسائل ٦:٣٦٩، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ١٦.
- ٥- ٥) الأنفال: ٤١.
- ٦- ٦) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: قابل، و في نسخه بدل أكثرها: قاتل.
- ٧- ٧) انظر كفاية الأحكام: ٢٣٩، و فيه: بلا خلاف.
- ٨- ٨) التذكرة ٢:٤٠٢، و فيه: عند علمائنا.
- ٩- ٩) الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٠، و أنظر الخلاف ٣:٥٢٥-٥٢٦، كتاب إحياء الموات، المسألة ٣، و جامع المقاصد ٧:٩.

من الأنفال؛ لإطلاق الأخبار الدالّة على أنّ الموات بقول مطلق له عليه السلام (١). ولا يعارضها إطلاق الإجماعات (٢) والأخبار (٣) الدالّة على أنّ المفتوحة عَنَوَه للمسلمين (٤)؛ لأنّ موارد الإجماعات هي (٥) الأرض المغنومه (٦) من (٧) الكفّار-كسائر الغنائم التي يملكونها منهم و يجب فيها الخمس -و ليس الموات من أموالهم (٨)، و إنّما هي مال الإمام. و لو فرض جريان أيديهم عليه كان بحكم المغضوب لا يعدّ في الغنيمه، و ظاهر الأخبار خصوص المحياه، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف.

نعم، لو مات المحياه حال الفتح، فالظاهر بقاؤها على ملك المسلمين، بل عن ظاهر الرياض (٩) استفاده عدم الخلاف في ذلك من السرائر (١٠)؛ لاختصاص أدلّه الموات بما إذا لم يجر عليه ملك مسلم، دون ما عرف صاحبه.

ص: ٢٤٨

-
- ١-١) انظر الوسائل ٦:٣٦٤، الباب الأول من أبواب الأنفال.
 - ٢-٢) انظر الخلاف ٢:٦٧-٧٠، كتاب الزكاه، المسأله ٨٠، و الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٢٢، و المنتهى ٢:٩٣٤، و الرياض ١:٤٩٥.
 - ٣-٣) انظر الوسائل ١٢:٢٧٣، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع.
 - ٤-٤) في «ف»: للإمام.
 - ٥-٥) في غير «ش»: هو.
 - ٦-٦) في «ف»: المفتوحه.
 - ٧-٧) في «ش»: عن.
 - ٨-٨) العبارة في «ف» هكذا: و الموات ليس من أموالهم.
 - ٩-٩) الرياض ١:٤٩٦.
 - ١٠-١٠) انظر السرائر ١:٤٨١.

ثم إنه يثبت الحياه حال الفتح بما كان يثبت به الفتح عنوه، ومع الشك فيها فالأصل العدم وإن وجدناها الآن محياه؛ لأصالة عدمها حال الفتح، فيشكل الأمر في كثير من محياه أراضي البلاد المفتوحة عنوه.

نعم، ما وجد منها في يد مدّع للملكيه حكم بها له. أمّا (١) إذا كانت بيد السلطان أو من أخذها منه فلا يحكم لأجلها بكونها خراجيه؛ لأن يد السلطان عاديّه على الأراضي الخراجيه أيضاً.

وما لا يد لمدّعي الملكيه عليها كان مردّداً بين المسلمين و مالك خاصّ مردّد بين الإمام عليه السلام - لكونها تركه من لا وارث له - وبين غيره، فيجب مراجعته حاكم الشرع في أمرها، وظيفه الحاكم في الأجره المأخوذه منها: إمّا القرعه، وإمّا صرفها في مصرف مشترك بين الكلّ، كفقير يستحقّ الإنفاق من بيت المال؛ لقيامه ببعض مصالح المسلمين.

ثم اعلم أنّ ظاهر الأخبار (٢) تملك المسلمين لجميع أرض العراق المسمّى بأرض السواد من غير تقييد بالعامر، فينزل على أنّ كلّها كانت عامره حال الفتح.

و يؤيدّه أنّهم ضبطوا أرض الخراج - كما في المنتهى (٣) وغيره (٤) - بعد المساحه (٥) بستّه أو اثنين و ثلاثين ألف ألف جريب، و حينئذٍ فالظاهر

ص: ٢٤٩

١- ١) لم ترد «أمّا» في «ف».

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٢٧٤، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٤ و ٥.

٣- ٣) المنتهى ٩٣٧: ٢.

٤- ٤) المبسوط ٣٤: ٢.

٥- ٥) في «ع» و «ص»: المسامحه.

أن البلاد الإسلامية المبته في العراق هي مع ما يتبعها (١) من القرى، من المحياه حال الفتح التي تملكها (٢) المسلمون.

و ذكر العلامه رحمه الله في كتبه (٣) -تبعاً لبعض ما عن المبسوط (٤) و الخلاف (٥) - أن حدّ سواد العراق ما بين منقطع الجبال بحلوان (٦) إلى طرف القادسيه (٧) المتصل بعذيب (٨) من أرض العرب عرضاً، و من تخوم الموصل إلى ساحل البحر ببلاد عبّادان طولاً.

و زاد العلامه رحمه الله قوله: من شرقي دجله، فأما الغربي الذي يليه البصره فإنما هو إسلامي، مثل شط عثمان بن أبي العاص و ما والاها،

ص: ٢٥٠

١- ١) كذا في «ف» و مصححه «ص»، و في «ش» و مصححه «ن»: هي و ما يتبعها، و في سائر النسخ: و هي ما يتبعها.

٢- ٢) في «ف»: يملكها.

٣- ٣) المنتهى ٢:٩٣٧، و التحرير ١:١٤٢، و التذكرة ١:٤٢٨.

٤- ٤) المبسوط ٢:٣٤.

٥- ٥) الخلاف ٤:١٩٦، كتاب الفياء و قسمه الغنائم، المسألة ١٩.

٦- ٦) في معجم البلدان ٢:٢٩٠ مادة «حلوان»: حلوان العراق، و هي في آخر حدود السواد ممّا يلي الجبال من بغداد.

٧- ٧) قريه قرب الكوفه، من جهه البرّ، بينها و بين الكوفه خمس عشر فرسخاً، و بينها و بين العذيب أربعة أميال. (مرصد الاطلاع ٣:١٠٥٤، معجم البلدان ٤: ٢٩١ مادة «قادس»).

٨- ٨) العذيب: يخرج من قادسيه الكوفه إليه، و كانت مسلحه للفرس، بينها و بين القادسيه حائطان متّصلان، بينهما نخل، و هي سته أميال، فإذا خرجت منه دخلت الباديه. (معجم البلدان ٤:٩٢ مادة «عذب»).

كانت سباخاً (١) فأحياها عثمان.

و يظهر من هذا التقييد أنّ ما عدا ذلك كانت محياه، كما يؤيِّده ما تقدّم من تقدير الأرض المذكوره بعد المساحه بما ذكر من الجريب.

فما قيل: من أنّ البلاد المحدثه (٢) بالعراق مثل بغداد، والكوفه والحله، والمشاهد المشرفه إسلاميه بناها المسلمون و لم تفتح عنوه، و لم يثبت أنّ أرضها تملكها (٣) المسلمون بالاستغنام، و التي فتحت عنوه و أخذت من الكفار قهراً قد انهدمت (٤)، لا يخلو عن نظر؛ لأنّ المفتوح عنوه لا يختص بالأبنيه حتّى يقال: إنّها انهدمت، فإذا كانت البلاد المذكوره و ما يتعلّق بها من قرأها غير مفتوحه عنوه، فأين أرض العراق المفتوحه عنوه المقدّر (٥) بسسته و ثلاثين ألف ألف جريب؟ و أيضاً من البعيد عادةً أن يكون بلد «المدائن» (٦) على طرف العراق، بحيث يكون الخارج منها ممّا يليه البلاد المذكوره مواتاً

ص: ٢٥١

١-١) كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: مماتاً، و في المصدر: سباخاً و مواتاً.

٢-٢) كذا في «ص» و «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: المحدث.

٣-٣) كذا في «ص»، و في غيرها: يملكها.

٤-٤) لم نقف على القائل.

٥-٥) كذا، و المناسب: المقدّره.

٦-٦) في معجم البلدان (٥:٧٥، مادّه «مدائن»): المسّمى بهذا الاسم بليده شبيهه بالقريه، بينها و بين بغداد سته فراسخ، و أهلها فلاحون يزرعون و يحصدون، و الغالب على أهلها التشيع على مذهب الإماميه. و بالمدينه الشرقيه قرب الإيوان قبر سلمان الفارسي رضى الله عنه، و عليه مشهد يزار إلى وقتنا هذا.

غير معموره وقت الفتح (١) والله العالم، والله الحمد أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً.

ص: ٢٥٢

١-١) من هنا إلى آخر العبارة لم ترد في «ف».

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 الإخصائين 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 قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

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
الغمامة اصحمان



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



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

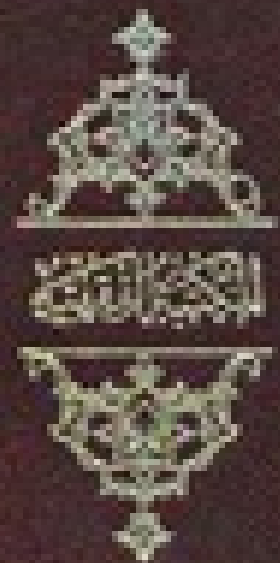
كتاب الكافي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الشيخ محمد باقر الكافي

١٣٤١ - ١٣٤٢ هـ



اصحاب
مجلس تفتيش كتاب الشيخ الكافي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

ص: ٥

و هو في الأصل كما عن المصباح (١)-:مبادله مالٍ بمال.

و الظاهر اختصاص المعوّض بالعين، فلا يعمّ إبدال المنافع بغيرها، و عليه استقرّ اصطلاح الفقهاء (٢) في البيع (٣).

نعم، ربما يستعمل في كلمات بعضهم (٤) في نقل غيرها، بل يظهر ذلك من كثيرٍ من الأخبار، كالخبر الدالّ على جواز بيع خدمه المدبّر (٥)، و بيع سكنى الدار التي لا يُعلم صاحبها (٦)، و كأخبار بيع الأرض الخراجيه و شرائها (٧)، و الظاهر أنّها مسامحه في التعبير، كما أنّ

ص: ٧

-
- ١-١) المصباح المنير: ٦٩، مادّه: «بيع».
 - ٢-٢) في «ص» و نسخه بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع» زياده: في تعين العوض و المعوّض.
 - ٣-٣) لم ترد «في البيع» في «ف».
 - ٤-٤) كالشيخ قدّس سرّه في المبسوط ١٧٢: ٦.
 - ٥-٥) الوسائل ١٦: ٧٤، الباب ٣ من أبواب التدبير، الأحاديث ٣، ١ و ٤.
 - ٦-٦) الوسائل ١٢: ٢٥٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.
 - ٧-٧) الوسائل ١١: ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ١ و ٦، و ١٢: ٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٩ و ١٠.

لفظ الإجاره يستعمل عرفاً في نقل بعض الأعيان، كالثمره على الشجره.

و أما العوض، فلا إشكال في جواز كونها منفعه، كما في غير موضع من القواعد (1)، و عن التذكره (2) و جامع المقاصد (3)، و لا يبعد عدم الخلاف فيه.

نعم، نُسب (4) إلى بعض الأعيان (5) الخلاف فيه؛ و لعلّه لما اشتهر في كلامهم: من أنّ البيع لنقل (6) الأعيان، و الظاهر إرادتهم بيان المبيع (7)، نظير قولهم: إنّ الإجاره لنقل المنافع.

و أما عمل الحرّ، فإن قلنا: إنّّه قبل المعاوضه عليه من الأموال، فلا إشكال، و إلّا ففيه إشكال؛ من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع «مألاً» قبل المعاوضه؛ كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

و أما الحقوق (8)، فإن لم (9) تقبل المعاوضه بالمال كحقّ الحضانه

ص: ٨

١-١) القواعد ١:١٣٦ و ٢٢٥.

٢-٢) التذكره ١:٥٥٦-٥٥٧ و ٢:٢٩٢.

٣-٣) جامع المقاصد ١٠٣:٧.

٤-٤) نسبه الشيخ الكبير قدّس سرّه في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٤٨.

٥-٥) هو الوحيد البهبهاني قدّس سرّه في رسالته العمليه الموسومه بـ «آداب التجاره» (انظر هدايه الطالب: ١٤٩).

٦-٦) في غير «ف»: نقل.

٧-٧) في «ش»: البيع.

٨-٨) في غير «ش» زياده: «الأخر». قال الشهيد في شرحه (الصفحه ١٤٩): الظاهر زياده كلمه «الأخر».

٩-٩) في «ف»: فلو لم.

و الولاية (١) فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل (٢)، كحق الشفعة، وحق الخيار؛ لأن البيع تمليك الغير.

ولا ينتقض (٣) بيع الدين على من هو عليه؛ لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط؛ ولذا جعل الشهيد في قواعد «الإبراء» مردداً بين الإسقاط والتملك (٤).

والحاصل: أنه يعقل أن يكون مالكاً لما (٥) في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط، ولا يعقل أن يتسلط على نفسه. والسرى: أن هذا (٦) الحق سلطنه فعليه لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنها نسبة بين المالك والمملوك، ولا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك والمملوك عليه، فافهم.

وأما الحقوق القابلة للانتقال - كحق التحجير ونحوه فهي وإن قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح، إلا أن في جواز وقوعها عوضاً للبيع إشكالاً، من أخذ المال في عوضى المبايعه لغه و عرفاً، مع ظهور كلمات الفقهاء - عند التعرض لشروط العوضين ولما يصح أن يكون اجره في الإجاره في حصر الثمن في المال.

ص: ٩

١-١) عبارته «كحق الحضانه و الولاية» من «ش».

٢-٢) كذا في «ف» و «ش» و نسخه بدل «ن»، «خ»، «م» و «ع»، و في غيرها: الانتقال.

٣-٣) النقض من صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٠٩:٢٢.

٤-٤) القواعد و الفوائد ٢٩١:١.

٥-٥) لم ترد «لما» في «ش».

٦-٦) في «ش» و هامش «ن»: مثل هذا.

إشاره

ثمّ الظاهر: أنّ لفظ «البيع» ليس له حقيقه شرعيه و لا متشرعيه (١)، بل هو باقٍ على معناه العرفي، كما سنوضحه إن شاء الله، إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا في تعريفه، ففي المبسوط (٢) و السرائر (٣) و التذكره (٤) و غيرها (٥):

«انتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضي».

و حيث إنّ في هذا التعريف مسامحه واضحه، عدل آخرون (٦) إلى تعريفه ب: «الإيجاب و القبول الدالّين على الانتقال»، و حيث إنّ البيع من مقوله المعنى دون اللفظ مجرّداً أو بشرط قصد المعنى، و إلّا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب: «نقل العين بالصيغه المخصوصه» (٧).

و يرد عليه مع أنّ النقل ليس مرادفاً للبيع؛ و لذا صرّح في التذكره: بأنّ إيجاب البيع لا يقع بلفظ «نقلت»، و جعله من الكنايات (٨)،

ص: ١٠

١- ١) في «ف»: متشرّعه.

٢- ٢) المبسوط ٧٦:٢.

٣- ٣) لم ترد «السرائر» في غير «ف»، انظر السرائر ٢٤٠:٢.

٤- ٤) التذكره ٤٦٢:١.

٥- ٥) في «ن»، «ع»، «ص»، و «ش»: غيرهما، انظر القواعد ١٢٣:١، و التحرير ١٦٤:١.

٦- ٦) منهم: المحقّق في المختصر النافع: ١١٨، و الشهيد في الدروس ١٩١:٣، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢٤:٢.

٧- ٧) جامع المقاصد ٥٥:٤.

٨- ٨) لم نعثر عليه بعينه، نعم فيه -بعد ذكر شرط التصريح-: «عدم انعقاده بمثل: أدخلته في ملكك أو جعلته لك»، انظر التذكره ٤٦٢:١.

و أنّ المعاطاه عنده (١) بيع مع خلّوها عن الصيغه:- أنّ النقل بالصيغه أيضاً لا يعقل إنشاءؤه بالصيغه.

و لا يندفع هذا: بأنّ المراد أنّ البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغه، فجعله مدلول الصيغه إشاره إلى تعيين ذلك الفرد من النقل، لا أنّه (٢) مأخوذ فى مفهومه حتى يكون مدلول «بعث»: نقلت بالصيغه؛ لأنّه إن أُريد بالصيغه خصوص «بعث» لزم الدور؛ لأنّ المقصود معرفه ماده «بعث»، و إن أُريد بها ما يشمل (٣) «ملكت» و جب الاقتصار على مجرّد التمليك و النقل.

فالأولى تعريفه بأنّه: «إنشاء تمليك عين بمال»

إشاره

و لا يلزم عليه شىء ممّا تقدّم.

نعم،

يبقى عليه أمور:

منها: أنّه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ «ملكت»

و إلّا لم يكن مرادفًا له (٤).

و يردّه: أنّه الحقّ كما سيجىء (٥).

و منها: أنّه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه؛

لأنّ الإنسان لا يملك مالاً على نفسه.

ص: ١١

١- ١) أى عند المحقق الثانى، راجع جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٢- ٢) فى «ف»: لا لأنّه.

٣- ٣) فى «ف»: يشتمل.

٤- ٤) فى غير «ش» و مصحّحه «ن»: لها.

٥- ٥) يجىء فى الصفحه ١٥ و ١٢٠.

و فيه مع ما عرفت (١) و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه (٢) و رجوعه إلى سقوطه عنه، نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته، و سقوطه بالتهاتر- أنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع؛ إذ ليس للبيع -لغّه و عرفاً- معنى غير المبادله و النقل و التمليك و ما يساويها من الألفاظ؛ و لذا قال فخر الدين: إن معنى «بعت» في لغة العرب:

«ملك غيري» (٣)، فإذا لم يعقل ملكيه (٤) ما في ذمّه نفسه لم يعقل شيء مما يساويها، فلا يعقل البيع.

و منها: أنه يشمل التمليك بالمعاطاه،

مع حكم المشهور، بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعاً (٥).

و فيه: ما سيجيء من كون المعاطاه بيعاً (٦)؛ و أنّ (٧) مراد النافين نفي صحته.

و منها: صدقه على الشراء؛

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع.

ص: ١٢

١-١) راجع الصفحه ٩، قوله: «و الحاصل: أنه يعقل...».

٢-٢) في «ف»: «ما في ذمّه نفسه». و في مصححه «ن» و نسخه بدل «ش»: «ما في ذمته».

٣-٣) قاله في شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٢: ٤.

٤-٤) في «ف»: ملكيته.

٥-٥) كما ادّعاها ابن زهره في الغنيه: ٢١٤.

٦-٦) يأتي في الصفحه ٤٠.

٧-٧) في «ش»: لأنّ.

و فيه: أنّ التملك فيه ضمنى، وإنما حقيقته التملك بعوض؛ ولذا لا يجوز الشراء بلفظ «ملك»، تقدّم على الإيجاب أو تأخر. و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين (1)؛ حيث إنّ الاستئجار يتضمّن تملك العين بمال، أعنى: المنفعة.

و منها: انتقاض طرده بالصلح على العين بمال، و بالهبة المعوّضه.

و فيه: أنّ حقيقه الصلح و لو تعلق بالعين ليس هو التملك على وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الأصلي هو التسالم؛ ولذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم، هو متضمّن للتملك إذا تعلق بعين، لا أنّه نفسه.

و الذى يدلّك على هذا: أنّ الصلح قد يتعلّق بالمال عيناً أو منفعه، فيفيد التملك. و قد يتعلّق بالانتفاع به (2)، فيفيد فائده العاربه، و هو مجرد التسليط (3)، و قد يتعلّق بالحقوق، فيفيد الإسقاط أو الانتقال، و قد يتعلّق بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين لصاحبه:

«صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك» فيفيد مجرد التقرير.

فلو كانت (4) حقيقه الصلح هى عين كلّ من (5) هذه المفاداه الخمسه لزم كونه مشتركاً لفظياً، و هو واضح البطلان، فلم يبقَ إلّا أن يكون مفهومه معنى آخر، و هو التسالم، فيفيد فى كلّ موضع (6) فائده من

ص: ١٣

١-١) لم ترد «بعين» فى «ف».

٢-٢) لم ترد «به» فى غير «ف».

٣-٣) فى «ف»: التسلّط.

٤-٤) فى غير «ش»: كان.

٥-٥) لم ترد «كلّ من» فى «ف».

٦-٦) فى هامش «ف» زياده: من المواضع.

فالصلح على العين بعوض: تسالّم عليه (١)، وهو يتضمّن التملك، لا- أنّ مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقة هو إنشاء التملك، و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقراراً (٢)، بخلاف طلب التملك.

و أمّا الهبة المعوّضه و المراد بها هنا: ما اشترط فيها (٣) العوض فليست إنشاء تملك بعوض على جهة المقابله، و إنما لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر (٤)، مع أنّ ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة (٥)، بل غاية الأمر أنّ المتّهب لو لم يؤدّ العوض كان للواهب الرجوع فى هبته، فالظاهر أنّ التعويض المشترط فى الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها فى كونه تملكاً (٦) مستقلاً يقصد به وقوعه عوضاً، لا أنّ حقيقه المعاوضه و المقابله مقصوده فى كلّ من العوضين؛ كما يتّضح ذلك بملاحظه التعويض الغير المشترط فى ضمن (٧) الهبة الأولى (٨).

ص: ١٤

١-١ فى «ف» زياده: به.

٢-٢ فى «ش» زياده: له.

٣-٣ فى «ص»: فيه.

٤-٤ لم ترد «للآخر» فى «ف».

٥-٥ فى «ش» و «م» و نسخه بدل «ن»، «خ» و «ع»: بالهبة.

٦-٦ فى «ف»: تملكاً.

٧-٧ فى «ف» بدل «ضمن»: إنشاء.

٨-٨ فى غير «ف» و «ش» زياده ما يلى: «و ممّا ذكرنا تقدّر على إخراج القرض من التعريف؛ إذ ليس المقصود الأصلي منه المعاوضه و المقابله، فتأمل»، لكن شطب عليها فى «م» و كتب عليها فى «ن»: زائد.

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أنّ حقيقته تملك العين بالعوض ليست إلّا البيع، فلو قال: «ملكتك كذا بكذا» كان بيعاً، ولا يصحّ صلحاً ولا هبة معوّضه وإن قصدتهما؛ إذ التملك على جهه المقابله الحقيقته ليس صلحاً، ولا هبة، فلا يقعان به.

نعم، لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحه توجه تحقّقهما مع قصدهما، فما قيل من أنّ البيع هو الأصل في تملك الأعيان بالعوض، فيقدّم على الصلح و الهبه المعوّضه (١)، محلّ تأمل، بل منع؛ لما عرفت من أنّ تملك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير.

نعم، لو اتى بلفظ «التمليك بالعوض» واحتمل إرادته غير حقيقته كان [مقتضى (٢)] الأصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي، فيحكم بالبيع، لكنّ الظاهر أنّ الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم، وسيجيء توضيحه في مسأله المعاطاه في غير البيع إن شاء الله (٣).

بقي

بقي (٤) القرض داخلاً في ظاهر الحدّ،

و يمكن إخرجه بأنّ مفهومه ليس نفس المعاوضه، بل هو تملك على وجه ضمان المثل (٥) أو القيمه، لا معاوضه للعين بهما؛ و لذا لا يجري فيه ربا المعاوضه (٦)، ولا الغرر

ص: ١٥

١- ١) انظر الجواهر ٢٤٦: ٢٢.

٢- ٢) لم ترد «مقتضى» في النسخ، إلّا أنّها زيدت في «ن»، «ص» و«ش» تصحيحاً أو استظهاراً.

٣- ٣) يجيء في الصفحه ٩١ عند قوله: الخامس في حكم جريان المعاطاه..

٤- ٤) في «ف» و«ن»: وبقية.

٥- ٥) في «ف»: الضمان للمثل.

٦- ٦) في «ف»: المعاوضات.

المنفى فيها، ولا ذكر العوض، ولا العلم به، فتأمل (١).

ثم إن ما ذكرنا، تعريفُ للبيع المأخوذ في صيغته «بعث» وغيره (٢) من المشتقات،

و يظهر من بعض من قارب عصرنا

أشاره

و يظهر من بعض من قارب عصرنا (٣) استعماله في معانٍ آخر غير ما ذكر

أشاره

(٤)

:

أحدها: التملك المذكور، لكن

أحدها: التملك المذكور، لكن (٥) بشرط تعقبه بتملك المشتري،

و إليه نظر بعض مشايخنا (٦)، حيث أخذ قيد التعقب (٧) بالقبول (٨) في تعريف البيع المصطلح؛ ولعله لتبادر التملك المقرون بالقبول من اللفظ، بل و صحه السلب عن المجرد؛ ولهذا لا يقال: «باع فلان ماله»، إلا بعد أن يكون قد اشتراه غيره، ويستفاد من قول القائل: «بعث مالي»، أنه اشتراه غيره، لا أنه أوجب (٩) البيع فقط.

ص: ١٦

١ - ١) عبارته «بقي القرض إلى فتأمل» لم ترد في «خ»، و كتب عليها في غير «ف» و «ش»: «زائد»، وقد تقدم (في الصفحة ١٤، الهامش ٨) زياده عبارته عن بعض النسخ ترتبط بإخراج القرض، و الظاهر أن المؤلف قدس سره كتب أولاً تلك العبارة ثم أعرض عنها و بينها هنا بلفظٍ أوفى، فصار ذلك منشأً لاختلاف النسخ.

٢ - ٢) في «ف»: غيرها.

٣ - ٣) انظر مقابس الأنوار: ١٠٧ (كتاب البيع)، و ٢٧٥ (كتاب النكاح).

٤ - ٤) عبارته «غير ما ذكر» من «ف» و «ش» و مصححه «ن».

٥ - ٥) في «ف»: لكنّه.

٦ - ٦) لم نعثر عليه، ولعله المحقق النراقي، انظر المستند ٢: ٣٦٠.

٧ - ٧) في «ف»: التعقيب.

٨ - ٨) في غير «ش» زياده: «مأخوذاً»، و شطب عليها في «ن».

الثاني: الأثر الحاصل من الإيجاب و القبول،

و هو الانتقال، كما يظهر من المبسوط (١) و غيره (٢).

الثالث: نفس العقد المركب من الإيجاب و القبول،

و إليه ينظر من عرّف البيع بالعقد (٣). قال (٤): بل الظاهر اتّفاقهم على إرادته هذا المعنى في عناوين أبواب المعاملات، حتى الإجاره و شبهها التي ليست هي في الأصل (٥) اسماً لأحد طرفي العقد (٦).

[المناقشه في هذه الاستعمالات]

أقول: أمّا البيع بمعنى الإيجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنّه ليس مقابلاً للأوّل، و إنّما هو فردٌ انصرف إليه اللفظ في مقام قيام القرينه على إرادته الإيجاب المثمر؛ إذ لا ثمره في الإيجاب المجرد، فقول المخبر:

«بعت»، إنّما أراد الإيجاب المقيّد، فالقيّد مستفاد من الخارج، لا- أنّ البيع مستعمل في الإيجاب المتعقّب للقبول، و كذلك لفظ «النقل» و «الإبدال» و «التمليك» و شبهها، مع أنّه لم يقل (٧) أحد بأنّ تعقّب القبول له دخل في معناها.

نعم، تحقّق القبول شرط للانتقال في الخارج، لا في نظر الناقل؛ إذ

ص: ١٧

١- (١) المبسوط ٧٦:٢.

٢- (٢) السرائر ٢٤٠:٢.

٣- (٣) مثل الحلبي في الكافي: ٣٥٢، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٣٦، و اختاره العلّامة في المختلف ٥١:٥.

٤- (٤) أي بعض من قارب عصر المؤلّف قدّس سرّه، المشار إليه آنفاً.

٥- (٥) لم ترد «هي في الأصل» في «ف».

٦- (٦) انظر مقابيس الأنوار: ١٠٧ و ٢٧٥.

٧- (٧) في «ف»: لم ينقل.

لا- ينفك التأثير عن الأثر (١)، فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الإيجاب و الوجوب، لا- الكسر و الانكسار كما تخيله بعض (٢) فتأمل. و منه يظهر ضعف أخذ القيد المذكور في معنى البيع المصطلح، فضلاً عن أن يجعل أحد معانيها (٣).

و أمّا البيع بمعنى الأثر و هو الانتقال، فلم يوجد في اللغة و لا في العرف (٤)، و إنّما وقع في تعريف جماعه تبعاً للمبسوط (٥). و قد يوجه (٦): بأنّ المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول، أعني: «المبيعيه»، و هو تكلف حسن.

و أمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرح الشهيد الثاني رحمه الله: بأنّ إطلاقه عليه مجاز؛ لعلاقه السببيه (٧).

و الظاهر أنّ المسبّب هو الأثر الحاصل في نظر الشارع؛ لأنّه المسبّب عن العقد، لا النقل الحاصل من فعل الموجب؛ لما عرفت من أنّه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقّف على شيء، كحصول وجوب الضرب في نظر الأمر (٨) بمجرّد الأمر و إن لم يصير واجباً في

ص: ١٨

-
- ١- ١) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و قد وردت العبارة في سائر النسخ مع اختلاف غير مخلّ في التقديم و التأخير.
 - ٢- ٢) المراد به ظاهراً الشيخ أسد الله التستري، راجع مقابس الأنوار: ١٠٧.
 - ٣- ٣) كذا في النسخ، و المناسب: معانيه.
 - ٤- ٤) العبارة في «ف» هكذا: فلم يوجد له أثر في اللغة و لا العرف.
 - ٥- ٥) راجع الصفحه ١٠.
 - ٦- ٦) وجهه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ٢٧٤.
 - ٧- ٧) المسالك ١٤٤: ٣.
 - ٨- ٨) في «ف»: في نفس الأمر.

الخارج (١) في نظر غيره.

و إلى هذا نظر جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من قولهم: «لزم البيع»، أو «وجب»، أو «لا- بيع بينهما»، أو «أقاله في البيع» و نحو ذلك.

و الحاصل: أنّ البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحقّقه فى نظر الشارع، المتوقّف على تحقّق الإيجاب و القبول، فإضافه العقد إلى البيع بهذا المعنى ليست بيانيه؛ و لذا يقال: «انعقد البيع»، و «لا ينعقد البيع».

[البيع و نحوه من العقود اسم للصحيح أو للأعم]

ثم إنّ الشهيد الثانى نصّ فى «كتاب اليمين» من المسالك على أنّ عقد البيع و غيره من العقود حقيقه فى الصحيح، مجاز فى الفاسد؛ لوجود خواصّ الحقيقه و المجاز، كالتبادر و صحّح السلب. قال: و من ثمّ حمل (٢) الإقرار به عليه، حتى لو ادّعى إرادته الفاسد لم يسمع إجماعاً، و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبلى تفسيره بأحدهما كغيره من الألفاظ المشتركة، و انقسامه إلى الصحيح و الفاسد أعتم من الحقيقه (٣)، انتهى.

و قال الشهيد الأول (٤) فى قواعد: الماهيات الجعليه كالصلاه و الصوم و سائر العقود لا تطلق على الفاسد إلّا الحجّ؛ لوجوب المضىّ فيه (٥)، انتهى. و ظاهره إرادته الإطلاق الحقيقى.

و يشكل ما ذكره بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك

ص: ١٩

١-١) لم ترد «فى الخارج» فى «ف»، و شطب عليها فى «ن».

٢-٢) فى غير «ش»: «قبل»، و صحّح فى أكثر النسخ بما فى المتن.

٣-٣) المسالك (الطبعه الحجريه) ١٥٩: ٢.

٤-٤) لم ترد «الأول» فى «ف».

٥-٥) القواعد و الفوائد ١٥٨: ١.

بإطلاق نحو وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (١)، وإطلاقات (٢) أدلّه سائر العقود في مقام الشكّ في اعتبار شيءٍ فيها، مع أنّ سيره علماء الإسلام التمسك بها في هذه المقامات.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر الذي يراد من قول القائل (٣): «بعت» عند الإنشاء، لا يستعمل حقيقه إلّا في ما كان صحيحاً مؤثراً و لو في نظر القائل (٤)، ثمّ إذا كان مؤثراً في نظر الشارع كان بيعاً عنده، و إلّا كان صورته بيع، نظير بيع الهازل عند العرف.

فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل: «بعت» عند العرف و الشرع حقيقه في الصحيح المفيد للأثر، و مجاز في غيره، إلّا أنّ الإفادة و ثبوت الفائده مختلف في نظر العرف و الشرع.

و أمّا وجه تسميّة العلماء بإطلاق أدلّه البيع و نحوه؛ فلأنّ الخطابات لمّا وردت على طبق العرف، حمل لفظ «البيع» و شبهه في الخطابات الشرعيّه على ما هو الصحيح المؤثّر عند العرف، أو على المصدر الذي يراد من لفظ «بعت»، فيستدلّ بإطلاق الحكم بحلّه أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثراً في نظر الشارع أيضاً، فتأمل فإنّ للكلام محلاً آخر.

ص: ٢٠

١ - ١) البقره: ٢٧٥.

٢ - ٢) في «ف»: إطلاق.

٣ - ٣) كلمه «القائل» من «ش» و مصحّحه «ن».

٤ - ٤) في «ف»: «نظر الفاعل»، و في «ش»: «نظرهم»، و في سائر النسخ جُمع بين ما أثبتناه و ما في «ش».

[الكلام فى المعاطاه]

ص: ٢١

[البحث في حقيقه المعاطاه صورها]

إعلم أنّ المعاطاه-على ما فسّره جماعه (١)-: أن يعطى كلُّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر، وهو يتصوّر على وجهين:

أحدهما: أن يبيح كلُّ منهما للآخر التصرف فيما يعطيه، من دون نظر إلى تملكه.

الثاني: أن يتعاطيا على وجه التملك.

وربما يذكر وجهان آخران (٢):

أحدهما: أن يقع النقل (٣) من غير قصد البيع ولا تصريح بالإباحه المزبوره، بل يعطى شيئاً ليتناول شيئاً فدفعه (٤) الآخر إليه.

الثاني: أن يقصد الملك المطلق، دون خصوص البيع.

ص: ٢٣

١-١) منهم المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٥، والشهيد الثاني في الروضه البهيّه ٣: ٢٢٢، والسيد الطباطبائي في الرياض ١: ٥١٠.

٢-٢) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٢٦ و ٢٢٧.

٣-٣) في «ن»: الفعل.

٤-٤) كذا في النسخ، والمناسب: «فدفعه»، كما في مصحّحه «ع».

و يردّ الأول: بامتناع خلق الدافع (١) عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الإباحه، أو العاربه، أو الوديعه، أو القرض، أو غير ذلك من العنوانات الخاصه.

و الثانى: بما تقدّم فى تعريف البيع (٢): من أنّ التمليك بالعوض على وجه المبادله هو مفهوم البيع، لا غير.

نعم، يظهر من غير واحدٍ منهم (٣) فى بعض (٤) العقود - كبيع لبن الشاه مدّه، و غير ذلك -: كون التمليك المطلق أعمّ من البيع.

[حكم المعاطاه و أقوال العلماء فى ذلك]

ثمّ إنّ المعروف بين علمائنا فى حكمها: أنّها مفيده لإباحه التصرف (٥)، و يحصل الملك بتلف إحدى العينين، و عن المفيد (٤) و بعض العامه (٧): القول بكونها لازمه كالبيع، و عن العلامه رحمه الله فى النهايه:

ص: ٢٤

١- ١) فى نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: الواقع.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه ١٥.

٣- ٣) انظر المختلف ٥: ٢٤٩، و الدروس ٣: ١٩٧، و جامع المقاصد ٤: ١١٠.

٤- ٤) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ بدل «فى بعض»: كون بعض.

٥- ٥) كما سيأتى عن الحلبي، و الشيخ، و ابن زهره، و ابن إدريس، و العلامه فى التذكرة.

٦- ٦) نقله عنه المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٦، و فيه: «خلافاً للمفيد رحمه الله فإنّه جعلها كالعقد»، و نسبه فى

جامع المقاصد (٤: ٥٨) إلى ظاهر عباره المفيد، و نحوه فى مجمع الفائده (٨: ١٤٢). و فى الجواهر (٢٢: ٢١٠): «اشتهر نقل هذا عن

المفيد»، و لكن قال بعد أسطر: «و ليس فيما وصل إلينا من كلام المفيد تصريح بما نسب إليه».

٧- ٧) حكاه صاحب الجواهر فى الجواهر (٢٢: ٢١٠) عن أحمد و مالك، و أنظر المغنى لابن قدامه ٣: ٥٦١، و المجموع ٩: ١٩١.

احتمال كونها بيعاً فاسداً في عدم إفادتها لإباحه التصرف (١).

و لا- بدّ- أوّلاً- من ملاحظه أنّ النزاع في المعاطاه المقصود بها الإباحه، أو في المقصود بها التمليك؟ الظاهر من الخاصه و العامه هو المعنى الثانى.

و حيث إنّ الحكم بالإباحه بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا يجامع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطيين، نزل المحقق الكركى الإباحه فى كلامهم على الملك الجائر المترلزل، و أنّه يلزم بذهاب إحدى العينين، و حقّق ذلك فى شرحه على القواعد و تعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه (٢).

لكن بعض المعاصرين لمّا استبعد هذا الوجه التجأ إلى جعل محلّ النزاع هى المعاطاه المقصود بها مجرد الإباحه، و رجّح بقاء الإباحه فى كلامهم على ظاهرها المقابل للملك، و نزل مورد حكم قدماء الأصحاب بالإباحه على هذا الوجه، و طعن على من جعل محلّ النزاع فى المعاطاه بقصد التمليك، قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخاليه عن الملك مع قصد الملك ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبة، فضلاً عن أعظم الأصحاب و كبرائهم (٣).

و الإنصاف: أنّ ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الإباحه بالملك المترلزل، بعيد فى الغايه عن مساق كلمات الأصحاب، مثل: الشيخ فى

ص: ٢٥

١- ١) نهايه الأحكام ٢: ٤٤٩.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨، حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٦.

٣- ٣) الجواهر ٢٢٤: ٢٢٢-٢٢٥.

المبسوط، و الخلاف (١)، و الحلبي في السرائر (٢)، و ابن زهره في الغنيه (٣)، و الحلبي في الكافي (٤)، و العلامه في التذكره و غيرها (٥)، بل كلمات بعضهم صريحه في عدم الملك- كما ستعرف- إلا أن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التمليك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد في كلام أحدٍ منهم ما يقبل (٦) الحمل على هذا المعنى.

و لننقل- أولاً- كلمات جماعه ممن ظفرنا على كلماتهم؛ ليظهر منه بعد تنزيل الإباحه على الملك المترزل- كما صنعه المحقق الكركي (٧)- و أبعديّه جعل محلّ الكلام في كلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد إباحه التصرفات دون التمليك (٨)، فنقول و بالله التوفيق:

قال (٩) في الخلاف: إذا دفع قطعه إلى البقلى أو الشارب، فقال:

أعطني بها بقلًا أو ماءً، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعاً- وكذلك سائر المحققات- وإنما يكون إباحه له، فيتصرف كلُّ منهما في ما أخذه تصرفاً

ص: ٢٦

١- ١) المبسوط ٨٧:٢، الخلاف ٤١:٣، كتاب البيوع، المسأله ٥٩.

٢- ٢) السرائر ٢٥٠:٢.

٣- ٣) الغنيه: ٢١٤.

٤- ٤) الكافي في الفقه: ٣٥٢-٣٥٣.

٥- ٥) التذكره ٤٦٢:١. و انظر المختلف ٥١:٥، و الإرشاد ٣٥٩:١، و القواعد ١٢٣:١.

٦- ٦) العبارة في «ف» هكذا: بل لا يكاد يوجد كلام منهم يقبل...

٧- ٧) تقدّم عنه في الصفحة السابقه.

٨- ٨) في «ف» زياده: كما صنعه بعض المعاصرين.

٩- ٩) في «ف»: قال الشيخ.

مباحاً من دون أن يكون ملكه؛ وفائده ذلك: أنّ البقلى إذا أراد أن يسترجع البقل أو أراد صاحب القطعه أن يسترجع قطعه كان لهما ذلك؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما؛ وبه قال الشافعى.

وقال أبو حنيفة: يكون بيعاً صحيحاً وإن لم يحصل (١) الإيجاب و القبول. وقال ذلك فى المحقّرات، دون غيرها.

دليلنا: إنّ العقد حكم شرعى، ولا دلالة فى الشرع على وجوده هنا (٢)، فيجب أن لا يثبت، وأمّا الإباحه بذلك، فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها (٣)، انتهى.

ولا يخفى صراحه (٤) هذا الكلام فى عدم حصول الملك، وفى أنّ محلّ الخلاف بينه وبين أبى حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحه المجرّده، كما يظهر أيضاً من بعض كتب الحنفية؛ حيث إنّه -بعد تفسير البيع ب:

«مبادله مال بمال» -قال: وينعقد بالإيجاب و القبول، وبالتعاطى (٥)، (٦) و أيضاً، فتمسّكه بأنّ العقد حكم شرعى، يدلّ على عدم انتفاء قصد البيعه، وإلّا لكان الأولى، بل المتعين: التعليل به؛ إذ مع انتفاء حقيقه

ص: ٢٧

١- ١) فى «ش» والمصدر: لم يوجد.

٢- ٢) فى «ف» والمصدر: ها هنا.

٣- ٣) الخلاف ٣: ٤١، كتاب البيوع، المسأله ٥٩.

٤- ٤) فى «ن»، «خ»، «م» و«ع»: «ظهور»، وفى نسخه بدلها: صراحه.

٥- ٥) فى «ف»: و التعاطى.

٦- ٦) انظر الفتاوى الهنديه ٣: ٢، وفيه -بعد التعريف المذكور-: و أمّا ركنه، فنوعان: أحدهما الإيجاب و القبول، والثانى التعاطى و هو الأخذ و الإعطاء.

البيع لغه و عرفاً لا معنى للتمسك بتوقيفیه (١) الأسباب الشرعيه، كما لا يخفى.

و قال فى السرائر- بعد ذكر اعتبار الإيجاب و القبول و اعتبار تقدّم الأوّل على الثانى- ما لفظه: فإذا دفع قطعه إلى البقلى أو إلى الشارب، فقال: «أعطني»، فإنه لا يكون بيعاً و لا عقداً؛ لأنّ الإيجاب و القبول ما حصلوا، و كذلك سائر المحقّرات، و سائر الأشياء محقّراً كان أو غير محقّر، من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و إنّما يكون إباحه له، فيتصرّف كلّ منهما فى ما أخذه تصرّفاً مباحاً، من غير أن يكون ملكه أو دخل فى ملكه، و لكلّ منهما أن يرجع فى ما بذله؛ لأنّ الملك لم يحصل لهما، و ليس ذلك من العقود الفاسده؛ لأنّه لو كان عقداً فاسداً لم يصحّ التصرّف فيما صار إلى كلّ واحدٍ منهما، و إنّما ذلك على جهه الإباحه (٢)، انتهى.

فإنّ تعليله (٣) عدم الملك بعدم حصول الإيجاب و القبول يدلّ على أن ليس المفروض (٤) ما لو لم يقصد التملك، مع أنّ ذكره فى حيز شروط العقد يدلّ على ما ذكرنا، و لا ينافى ذلك (٥) قوله: «و ليس هذا من العقود الفاسده... إلخ (٦)» كما لا يخفى.

ص: ٢٨

١- ١) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: «بتوقّفه على»، إلّا أنّه صحّح فى «ن» و «ع» بما فى المتن.

٢- ٢) السرائر ٢: ٢٥٠.

٣- ٣) فى «ف»: تعليل.

٤- ٤) فى ظاهر «ف»: المقصود.

٥- ٥) لم ترد «ذلك» فى «ف».

٦- ٦) لم ترد «إلخ» فى «ف».

وقال في الغنيه-بعد ذكر الإيجاب و القبول في عداد شروط صحّحه انعقاد البيع، كالتراضى و معلوميه العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكلّ (١) من الشروط عن المعامله الفاقد له-ما هذا لفظه:

و اعتبرنا حصول الإيجاب و القبول؛ تحرّزاً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و الإيجاب من البائع، بأن يقول: «بعنيه بألف»، فيقول: «بعتك بألف»؛ فإنّه لا ينعقد بذلك، بل لا بدّ أن يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» حتى ينعقد، و احترازاً أيضاً عن القول بانعقاده بالمعاطاه، نحو أن يدفع إلى البقلى قطعه و يقول:

«أعطني بقلّاً»، فيعطيه؛ فإنّ ذلك ليس ببيع، و إنّما هو إباحه للتصرّف.

يدلّ على ما قلناه: الإجماع المشار إليه؛ و أيضاً فما اعتبرناه مجمع على صحّحه العقد به، و ليس على صحّته بما عداه دليل، و لما ذكرنا نهى (٢) صلّى الله عليه و آله و سلم عن بيع «المنابذه» و «الملامسه»، و عن بيع «الحصاه» على التأويل الآخر، و معنى ذلك: أن يجعل اللمس بشيء (٣)، و النبذ له، و إلقاء الحصاه بيعاً موجباً (٤)، انتهى.

فإنّ دلالة هذا الكلام على أنّ المفروض قصد المتعاطيين التملك (٥)، من وجوه متعدده:

ص: ٢٩

١-١) في غير «ش»: لكلّ.

٢-٢) في «ف»: نهى النبىّ.

٣-٣) كذا في النسخ، و الأصحّ: «للشيء»، كما فى المصدر.

٤-٤) الغنيه: ٢١٤.

٥-٥) فى «ف»: التملك.

منها: ظهور أدلته (١) الثلاثة في ذلك.

و منها: احترازه عن المعاطاه و المعامله بالاستدعاء بنحو واحد.

و قال في الكافي - بعد ذكر أنه يشترط في صحه (٢) البيع أمورٌ ثمانية ما لفظه: و اشتراط (٣) الإيجاب و القبول؛ لخروجه من دونهما عن حكم البيع - إلى أن قال -: فإن اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع إخلال بعضها؛ للتراضى، دون عقد البيع، و يصح معه الرجوع (٤)، انتهى.

و هو في الظهور قريب من عبارته الغنيه.

و قال المحقق رحمه الله في الشرائع: و لا يكفي التقابض من غير لفظٍ و إن حصل من الأمارات ما دلّ على إرادته البيع (٥)، انتهى.

و ذكر كلمه الوصل ليس لتعميم المعاطاه لما لم يقصد (٦) به البيع، بل للتنبيه على أنه لا عبره بقصد البيع من الفعل.

و قال في التذكرة في حكم الصيغه الأشهر عندنا أنه لا بدّ منها، فلا يكفي التعاطى في الجليل و الحقيق، مثل «أعطني بهذا الدينار ثوباً»

ص: ٣٠

١ - ١) كذا في «خ»، «ش» و نسخه بدل «ع» و ظاهر «ف»، و في سائر النسخ: أدلّه.

٢ - ٢) لم ترد «صحّه» في «ف».

٣ - ٣) في غير «ف»: و اشترط.

٤ - ٤) الكافي في الفقه: ٣٥٢-٣٥٣.

٥ - ٥) الشرائع ١٣: ٢.

٦ - ٦) في «ف»: لما يقصد.

فيعطيه ما يرضيه، أو يقول (١): «خذ هذا الثوب بدينار» فيأخذه. و به قال الشافعي مطلقاً؛ لأصالة بقاء الملك، و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد. و عن (٢) بعض الحنفيه و ابن شريح في الجليل. و قال أحمد:

ينعقد مطلقاً. و نحوه قال مالك، فإنه قال: ينعقد (٣) بما يعتقده (٤) الناس بيعاً (٥)، انتهى (٦).

و دلالة على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه، أدونها:

جعل مالك موافقاً لأحمد في الانعقاد من جهة أنه قال: ينعقد بما يعتقده (٧) الناس بيعاً.

و قال الشهيد في قواعده - بعد قوله: قد يقوم السبب الفعلي مقام السبب القولي، و ذكر أمثله لذلك - ما لفظه: و أما المعاطاه في المبايعات، فهي تفيد الإباحة لا الملك و إن كان في الحقير عندنا (٨)، انتهى (٩).

و دلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى.

ص: ٣١

١-١ (١) كذا في «ش» و «ص» و المصدر، و في «ف»: «و بقوله»، و في سائر النسخ: أو بقوله.

٢-٢ (٢) لم ترد «عن» في «ف» و المصدر.

٣-٣ (٣) في «ف» و نسخه بدل «م» و «ع»: يبيع.

٤-٤ (٤) في غير «ش»: يقصده.

٥-٥ (٥) لم ترد «بيعاً» في «ف».

٦-٦ (٦) التذكرة ١: ٤٦٢.

٧-٧ (٧) تقدم آنفاً اختلاف النسخ في هذه العبارة، انظر الهامش ٣ و ٤.

٨-٨ (٨) القواعد و الفوائد ١: ١٧٨، القاعدة ٤٧.

٩-٩ (٩) كلمه «انتهى» من «ف».

هذا كله، مع أنّ الواقع فى أيدى الناس هى المعاطاه بقصد التمليك، و يبعد فرض الفقهاء-من العامه و الخاصه-الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس، مع أنّهم صرّحوا بإراداه المعامله المتعارفه بين الناس.

ثمّ إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمه فى عدم حصول الملك، بل صراحه بعضها، كالخلاف و السرائر و التذكره و القواعد.

و مع ذلك كله فقد قال المحقّق الثانى فى جامع المقاصد: إنهم أرادوا بالإباحه الملك المتزلزل؛ فقال: المعروف بين الأصحاب أنّ المعاطاه بيعٌ و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم، خلافاً لظاهر عبارّه المفيد، و لا يقول أحد (١) بأنّها بيع فاسد سوى المصنّف فى النهايه، و قد رجع عنه فى كتبه المتأخره عنها (٢). و قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** (٣) عامٌ إلّا ما أخرجّه الدليل.

و ما يوجد فى عبارّه جمع من متأخري الأصحاب: من أنّها تفيد الإباحه و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم فى أوّل الأمر و بالذهاب يتحقّق اللزوم؛ لامتناع إراداه الإباحه المجردّه عن (٤).

ص: ٣٢

١- ١) فى «ش» و المصدر زياده: من الأصحاب. □
٢- ٢) فى «ش» و المصدر زياده: و قوله تعالى **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** يتناولها؛ لأنّها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها؛ لأنهم يقولون: هى بيع فاسد.

٣- ٣) النساء: ٢٩.

٤- ٤) فى غير «ف» و «ص»: من.

أصل الملك؛ إذ المقصود للمتعاطيين (١) الملك، فإذا لم يحصل كان بيعاً فاسداً (٢) و لم يجز التصرف (٣)، و كافة الأصحاب على خلافه.

و أيضاً، فإن الإباحة المحضه لا تقتضى الملك أصلاً و رأساً، فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده؟ و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحه كالقول- لأنها (٤) تدلّ بالقرائن- منعوا من لزوم العقد بها، فيجوز التراد ما دام ممكناً، و مع (٥) تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق (٦) اللزوم (٧)، و يكفي تلف بعض إحدى العينين؛ لامتناع التراد فى الباقي؛ إذ هو موجب لتبعض الصفقه و الضرر (٨)، انتهى (٩).

و نحوه المحكى عنه فى تعليقه على الإرشاد، و زاد فيه: أن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبه كسائر البيوع، فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلنا، و إلما لوجب أن لا- تحصل إباحه بالكليه، بل يتعين الحكم بالفساد؛ إذ المقصود غير واقع، فلو وقع غيره لوقع بغير

ص: ٣٣

-
- ١- ١) فى «ش» و المصدر زياده: إنما هو.
 - ٢- ٢) فى «ش» و المصدر: كانت فاسده.
 - ٣- ٣) فى «ش» و المصدر زياده: فى العين.
 - ٤- ٤) العبارة فى «ش» و المصدر هكذا: فى الصراحه كالأقوال، و إنما.
 - ٥- ٥) فى «ش» و المصدر: فمع.
 - ٦- ٦) فى «ش»: و يتحقق.
 - ٧- ٧) فى «ش» و المصدر زياده: لأن إحداهما فى مقابل الأخرى.
 - ٨- ٨) جامع المقاصد ٤: ٥٨.
 - ٩- ٩) لم ترد «انتهى» فى «ف».

قصد، و هو باطل. و عليه يتفرّع النماء، و جواز و طء الجاربه، و من منع فقد أغرب (١)، انتهى.

و الذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و أنهم يحكمون بالإباحه المجرّده عن الملك فى المعاطاه مع فرض قصد المتعاطيين التمليك، و أنّ الإباحه لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنّما حصلت - كما اعترف به فى المسالك (٢) - من استلزام إعطاء كلّ منهما سلطه مسلطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجه التصرفات، فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدّم فى عبارته المتقدّمه، و حاصله:

أنّ المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحه التصرف؛ إذ الإباحه إن كانت من المالك فالمفروض أنّه لم يصدر منه إلّا التمليك، و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل، و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نصّ فى ذلك، مع أنّ إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيداً جداً، مع أنّ التأمل فى كلامهم يعطى إرادته الإباحه المالكه لا الشرعيه.

و يؤيد إرادته الملك: أنّ ظاهر إطلاقهم «إباحه التصرف» شمولها للتصرفات التى لا تصحّ إلّا من المالك، كالوطف و العتق و البيع لنفسه.

و التزامهم حصول الملك مقارناً لهذه التصرفات - كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار، أو من (٣) الواهب الذى يجوز له الرجوع - بعيد.

ص: ٣٤

١ - ١) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٦.

٢ - ٢) المسالك ٣: ١٤٨.

٣ - ٣) فى «ف»: و من.

و سيجيء (١) ما ذكره بعض الأساطين: من أنّ هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدته.

لكنّ الإنصاف: أنّ القول بالتزامهم لهذه الأمور (٢) أهون من توجيه كلماتهم؛ فإنّ هذه الأمور لا استبعاد في التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيه، و لم يساعد عليها دليل معتبر، و اقتضى الدليل صحّه التصرفات المذكوره؛ مع أنّ المحكّي (٣) عن حواشى الشهيد على القواعد (٤): المنع عمّا يتوقف على الملك، كإخراجه في خمس، أو زكاه (٥)، و كوطء الجاربه (٦).

و ممّا يشهد على نفى التبعد عمّا ذكرنا- من إرادتهم الإباحه المجرّده مع قصد المتعاطين التملك-: أنّه قد صرّح الشيخ في المبسوط (٧)، و الحلّى في السرائر (٨)، كظاهر العلامه في القواعد (٩) بعدم حصول الملك

ص: ٣٥

١- ١) يجيء في الصفحه ٤٤.

٢- ٢) في «ف»: لهذه الوجوه.

٣- ٣) حكاه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ١٥٨:٤.

٤- ٤) لم ترد «على القواعد» في «ف».

٥- ٥) في «ف»: و زكاه.

٦- ٦) في غير «ف» و «ش» زياده ما يلى: «و صرّح الشيخ في المبسوط: بأنّ الجاربه لا تملك بالهديه العاربه عن الإيجاب و القبول، و لا- يحلّ وطؤها»، لكن شطب عليها في «ن»، و قال المامقانى رحمه الله: و هذه العبارة بتمامها قد خطّ- أى شطب- عليها المصنّف قدّس سرّه في نسخته. أنظر غايه الآمال: ١٧٨.

٧- ٧) المبسوط ٣١٥:٣.

٨- ٨) السرائر ١٧٧:٣.

٩- ٩) القواعد ٢٧٤:١.

بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول، نعم يفيد ذلك إباحة التصرف، لكن الشيخ استثنى و طء الجارية.

ثم إنَّ المعروف بين المتأخرين: أنَّ من قال بالإباحة المجزَّده في المعاطاه، قال بأنَّها ليست بيعاً حقيقه كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدِّمه (١) و معقد إجماع الغنيه (٢)، و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقِّق الثاني من إرادته نفى اللزوم (٣) او كلاهما خلاف الظاهر.

و يدفع الثاني (٤): تصريح بعضهم (٥) بأنَّ شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، فكلُّ بيعٍ عنده لازم من غير جهة الخيارات، و تصريح غير واحد (٦) بأنَّ الإيجاب و القبول من شرائط صحَّه انعقاد البيع بالصيغه (٧).

و أما الأوَّل (٨)، فإن قلنا بأنَّ البيع عند المتشرِّعه حقيقه في الصحيح

ص: ٣٦

١ - ١) تقدّم في الصفحه ٢٦ عباره الشيخ قدّس سرّه في الخلاف: «فإنّه لا يكون بيعاً»، و في الصفحه ٢٨ عباره الحلّي في السرائر: «فإنّه لا يكون بيعاً و لا عقداً».

٢ - ٢) تقدّم في الصفحه ٢٩.

٣ - ٣) تقدّم كلامه في الصفحه ٣٢.

٤ - ٤) أي توجيه المحقِّق الثاني.

٥ - ٥) لم نقف على مصرّح بذلك، نعم قال العلّامة قدّس سرّه في القواعد (١٤١: ١-١٤٢): الأصل في البيع اللزوم، و إنّما يخرج عن أصله بأمرين: ثبوت خيار، و ظهور عيب.

٦ - ٦) كالحلبي في الكافي: ٣٥٣، و ابن زهره في الغنيه: ٢١٤، و تقدّم كلامهما في الصفحه ٢٩ و ٣٠، فراجع.

٧ - ٧) قال الشهيدى في شرحه بعد ذكر توجيهه للعباره: فالظاهر بل المتعيّن أنّ كلمه «بالصيغه» من غلط النسخه. (هداياه الطالب: ١٦٠).

٨ - ٨) أي ما هو المعروف بين المتأخرين من أنّ المعاطاه ليست بيعاً حقيقه.

و لو بناءً على ما قدّمناه في آخر تعريف البيع (١): من أن البيع في العرف اسمٌ للمؤثر منه في النقل، فإن كان في نظر الشارع أو المتشرّعه، من حيث إنهم متشرّعه و متديّنون بالشرع، صحيحاً مؤثراً في الانتقال كان بيعاً حقيقياً، وإلا كان (٢) صورياً، نظير بيع الهازل في نظر العرف - فيصحّ على ذلك نفي البيعته على وجه الحقيقه في كلام كل من اعتبر في صحته الصيغه، أو فسّره بالعقد؛ لأنهم في مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر في النقل في نظر الشارع.

إذا عرفت ما ذكرنا،

فالأقوال في المعاطاه - على ما يساعده ظواهر كلماتهم - سنّه:

اللزوم مطلقاً،

كما عن ظاهر (٣) المفيد (٤)، و يكفي في وجود القائل به قول العلّامة رحمه الله في التذكرة: الأشهر عندنا أنّه لا بدّ من الصيغه (٥).

و اللزوم بشرط كون الدالّ على التراضي أو المعامله لفظاً،

حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني (٦)، و بعض متأخري المحدّثين (٧)، لكن

ص: ٣٧

١- ١) تقدّم في الصفحه ٢٠.

٢- ٢) في «ف» زياده: بيعاً.

٣- ٣) كذا في «ف» و «ن»، و في «م» و «ص»: «كما هو ظاهر المفيد»، و في «خ» و مصحّحه «ع»: «كما هو عن ظاهر المفيد»، و في «ش»: «كما هو ظاهر عن المفيد».

٤- ٤) راجع الصفحه ٢٤، الهامش ٦.

٥- ٥) التذكرة ٤٦٢: ١.

٦- ٦) هو السيّد حسن بن السيّد جعفر، على ما في مفتاح الكرامه ٤: ١٥٦، و قد حكاه الشهيد الثاني عنه بلفظ: و قد كان بعض مشايخنا المعاصرين يذهب إلى ذلك، المسالك ٣: ١٤٧.

٧- ٧) و هو المحدّث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٥٥.

فى عدّ هذا من الأقوال فى المعاطاه تأمل (١).

و الملك الغير اللزم،

ذهب إليه المحقق الثانى، و نسبه إلى كلّ من قال بالإباحه (٢). و فى النسبه ما عرفت (٣).

و عدم الملك مع إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك،

كما هو ظاهر عبائر كثير (٤)، بل ذكر فى المسالك: أنّ كلّ من قال بالإباحه يسوّغ جميع التصرفات (٥).

و إباحه ما لا يتوقف على الملك،

و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد (٦)، و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى إهداء الجاريه من دون إيجاب و قبول (٧).

و القول بعدم إباحه التصرف مطلقاً، نسب إلى ظاهر النهايه (٨)، لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها (٩).

و المشهور بين علمائنا: عدم ثبوت الملك بالمعاطاه

و إن قصد

ص: ٣٨

١- ١) كتب فى «ش» على قوله: «لكن -إلى- تأمل»: هذه حاشيه منه قدّس سرّه.

٢- ٢) جامع المقاصد ٥٨: ٤.

٣- ٣) راجع الصفحه ٢٥-٢٦ و ٣٤.

٤- ٤) تقدّمت عباراتهم فى الصفحه ٢٦-٣١.

٥- ٥) المسالك ٣: ١٤٩، و لفظه: لأنّ من أجاز المعاطاه سوّغ أنواع التصرفات.

٦- ٦) تقدّم فى الصفحه ٣٥.

٧- ٧) راجع الصفحه ٣٥-٣٦.

٨- ٨) نهايه الإحكام ٢: ٤٤٩، حيث قرّب فيها كون حكم المعاطاه حكم المقبوض بالعقود الفاسده.

٩- ٩) كما سيأتى عن التحرير.

المتعاطيان بها التملك (١)، بل لم نجد قائلاً به إلى زمان المحقق الثاني الذي قال به، و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب (٢).

نعم، ربما يوهمه ظاهر عبارته التحرير، حيث قال فيه: الأقوى أنّ المعاطاه غير لازمه، بل لكلّ منهما فسخ المعاوضه ما دامت العين باقيه، فإن تلفت لزمته، انتهى. و لذا نسب ذلك إليه في المسالك (٣)، لكنّ قوله بعد ذلك: «و لا يحرم على كلّ منهما الانتفاع بما قبضه، بخلاف البيع الفاسد» (٤) ظاهر في أنّ مراده مجرد الانتفاع؛ إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.

[الأقوى حصول الملك]

إشاره

و أمّا قوله: «و الأقوى... إلخ»، فهو إشاره إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامّة القائلين باللزوم. و إطلاق «المعاوضه» عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان، و إطلاق «الفسخ» على «الردّ» (٥) بهذا الاعتبار أيضاً، و كذا «اللزوم».

و يؤيد ما ذكرنا- بل يدلّ عليه-: أنّ الظاهر من عبارته التحرير في باب الهبه توقّفها على الإيجاب و القبول، ثمّ قال (٦): و هل يستغنى عن

ص: ٣٩

-
- ١- ١) عبارته «و إن قصد- إلى- التملك» لم ترد في «ف» و «ش»، و شطب عليها في «خ»، و كتب عليها في «ن»: زائد.
 - ٢- ٢) راجع الصفحه ٣٢.
 - ٣- ٣) المسالك ١٤٨: ٣.
 - ٤- ٤) التحرير ١٦٤: ١.
 - ٥- ٥) في «ف»: التراد.
 - ٦- ٦) كذا في النسخ، و العبارة لا تخلو من تأمل، و المعنى واضح.

الإيجاب و القبول في هديه الأُطعمه؟ الأُقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال (١)، انتهى. و صرح بذلك أيضاً في الهدية (٢)، فإذا لم يقل في الهبة بصحة المعاطاه فكيف يقول بها في البيع؟

[الاستدلال بالسيره]

و ذهب جماعه (٣)-تبعاً للمحقق الثاني- إلى حصول الملك، و لا يخلو عن قوه؛ للسيره المستمره على معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملك في التصرف فيه بالعتق، و البيع، و الوطاء، و الإيصاء، و توريثه، و غير ذلك من آثار الملك.

[الاستدلال بآيه أحل الله البيع]

و يدلّ عليه أيضاً: عموم قوله تعالى: **وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٤)**؛ حيث إنّهُ يدلّ على حليه جميع التصرفات المترتبة على البيع، بل قد يقال: بأن الآيه داله عرفاً بالمطابقه (٥) على صحه البيع، لا مجرد الحكم التكليفي. لكنّه محلّ تأمل.

و أمّا منع صدق البيع عليه عرفاً فمكابره.

و أمّا دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاه بيعاً

ص: ٤٠

١-١) التحرير ١:٢٨١.

٢-٢) التحرير ١:٢٨٤.

٣-٣) منهم: المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١٣٩:٨-١٤١، و المحدث الكاشاني في المفاتيح ٣:٤٨، و المحدث البحراني في الحدائق ١٨:٣٥٠ و ٣٦١، و المحقق النراقي في المستند ٢:٣٦١-٣٦٢، و نفى عنه البعد المحقق السبزواري في الكفايه: ٨٨.

٤-٤) البقره: ٢٧٥.

٥-٥) في «ف»: داله بالمطابقه عرفاً.

-كابين زهره فى الغنيه (١)-فمرادهم بالبيع:المعامله اللازمه التى هى إحدى (٢)العقود؛ولذا صرح فى الغنيه بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحه البيع.

و دعوى:أنّ البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً،قد عرفت الحال فيها (٣).

[الاستدلال بأيه التجاره]

و ممّا ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** (٤).

[الاستدلال بحديث السلطنه و المناقشه فيه]

و أمّا قوله صلى الله عليه و آله و سلم:«الناس مسلطون على أموالهم» (٥)فلا- دلالة فيه على المدعى؛لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنه،فهو إنّما يجدى فيما إذا شكّ فى أنّ هذا النوع من السلطنه ثابتة للمالك،و ماضيه شرعاً فى حقّه،أم لا؟أمّا إذا قطعنا بأنّ (٦)سلطنه خاصه-كتمليك ماله للغير-نافذه فى حقّه،ماضيه شرعاً،لكن شكّ فى أنّ هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد،أم لا بدّ من القول الدالّ عليه (٧)؟فلا يجوز الاستدلال على سببته المعاطاه فى الشريعة للتمليك

ص: ٤١

١-١) تقدّم كلامه فى الصفحه ٢٩.

٢-٢) فى «ف» و«ش»:أحد.

٣-٣) راجع الصفحه ١٩ و غيرها.

٤-٤) النساء:٢٩.

٥-٥) عوالى اللآلى ٢٢٢:١،الحديث ٩٩.

٦-٦) فى «ف»:بأنّه.

٧-٧) فى «ع» و«ش» زياده:«فلا»استدراكاً.

بعموم تسلط الناس على أموالهم، ومنه يظهر- أيضاً- عدم جواز التمسك به (١) لما سيحىء من شروط الصيغه.

[المناقشه فى دلالة الآيتين]

و كيف كان، ففى الآيتين مع السيره كفايه. اللهم إلاً أن يقال:

إنهما لا- تدلان على الملك، وإنما تدلان على إباحه جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك، كالبيع و الوطاء و العتق و الإيضاء، و إباحه هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمه الشرعيه الحاصله فى سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك، دون المقام الذى لا يعلم ذلك منهم، حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحه التصرفات.

و صرح فى المسالك: بأن من أجاز المعاطاه سوغ جميع التصرفات (٢)، غايه الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنأ ما؛ فإن الجمع بين إباحه هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالترام هذا المقدار.

و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر (٣) ليقال (٤): إن مرجع هذه الإباحه أيضاً إلى التملك.

[المناقشه فى دلالة السيره]

و أما ثبوت (٥) السيره و استمرارها على التوريث، فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه و قلّه المبالاه فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم، كما لا يخفى.

ص: ٤٢

١- ١) لم ترد «به» فى «خ»، «م» و «ع».

٢- ٢) المسالك ١٤٩: ٣.

٣- ٣) فى هامش «ف» زياده: كما التزمه المحقق الثانى- صح.

٤- ٤) فى غير «ف» و «ش»: فيقال.

٥- ٥) فى «ف»: و أمّا ترتب.

و دعوى: أنه لم يعلم من القائل بالإباحه جواز مثل هذه التصرفات المتوقفه على الملك- كما يظهر من المحكي عن حواشى الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى، و عدم جواز و طء الجاريه المأخوذه بها (١)، و قد صرح الشيخ رحمه الله بالأخير فى معاطاه الهدايا (٢)- فيتوجه (٣) التمسك حينئذ بعموم الآيه على جوازها، فيثبت الملك، مدفوعه: بأنّه و إن لم يثبت ذلك، إلما أنه لم يثبت أنّ كلّ من قال بإباحه جميع هذه التصرفات قال بالملك من أوّل الأمر، فيجوز للفقيه حينئذ التزام إباحه جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك، لا من أوّل الأمر.

[الأولى فى الاستدلال على المختار]

إشاره

فالأولى حينئذ: التمسك فى المطلب بأن المتبادر عرفاً من «حلّ البيع» صحته شرعاً.

هذا، مع إمكان إثبات صحه المعاطاه فى الهبه و الإجاره ببعض إطلاقاتهما، و تتميمه فى البيع بالإجماع المركب.

هذا، مع أنّ (٤) ما ذكر: من أنّ للفقيه (٥) التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه، لا يليق بالمتفقّه فضلاً عن الفقيه! و لذا ذكر

[دعوى كاشف الغطاء أن القول بالإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده]

ص: ٤٣

١- ١) تقدّم فى الصفحه ٣٥.

٢- ٢) المبسوط ٣: ٣١٥.

٣- ٣) فى «ف»: فيوجه.

٤- ٤) فى «ن» شطب على كلمه: أنّ.

٥- ٥) فى «ن» شطب على كلمه: للفقيه.

بعض الأساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد:- أن القول بالإباحه المجزّده، مع فرض (1) قصد المتعاطيين التملك و البيع، مستلزم لتأسيس قواعد جديده:

منها: أن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصور.

و منها: أن يكون إرادته التصرف من المملكات، فتملك (2) العين أو المنفعه بإرادته التصرف بهما (3)، أو معه (4) دفعه و إن لم يخطر ببال المالك الأول الإذن فى شىء من هذه التصرفات؛ لأنه قاصد للنقل من حين الدفع، و أنه (5) لا سلطان له بعد ذلك، بخلاف من قال: أعتق عبدك عنى، و تصدق بمالى عنك.

و منها: أن الأخماس و الزكوات و الاستطاعه و الديون و النفقات و حقّ المقاسمه (6) و الشفعه و المواريث و الربا و الوصايا تتعلّق بما (7) فى اليد، مع العلم ببقاء مقابله، و عدم التصرف فيه، أو عدم العلم به، فينفى بالأصل، فتكون متعلقه بغير الأملاك، و أن صفه الغنى و الفقر تترتب

ص: ٤٤

١-١) لم ترد «فرض» فى «ف».

٢-٢) كذا فى «ص» و مصحّحه «ن»، و فى غيرهما: فيملك.

٣-٣) كذا فى «ش» و «ص» و المصدر و مصحّحه «ن»، و فى «خ»: «فيها»، و فى سائر النسخ: بها.

٤-٤) فى أكثر النسخ: «بيعه»، إلّا أنه صحّح بعضها طبقاً لما أثبتناه.

٥-٥) فى «ش»: لأنه.

٦-٦) فى «ش» و مصحّحتى «ن» و «ع»: المقاصه.

٧-٧) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: «بما يتعلّق»، لكنّه صحّح بعضها طبقاً لما أثبتناه.

عليه كذلك، فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك.

و منها: كون التصرف من جانب مملوكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرف.

و منها: جعل التلف السماوي من جانب مملوكاً للجانب الآخر، و التلف من الجانبين (١) معيّناً للمسمى من الطرفين، و لا رجوع إلى قيمه المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.

و مع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب؛ لأنه تملك (٢) بالغصب أو التلف في يد الغاصب، غريب! و القول بعدم الملك بعيداً، مع أن في التلف القهري إن ملك التالف قبل التلف فهو عجيب (٣)؛ و معه بعيد؛ لعدم قابليته (٤)، و بعده ملك معدوم، و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض، و نفى الملك مخالف للسيره و بناء المتعاطيين.

و منها: أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على التيه، فهو بعيد، و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجاريه من غيرها (٥) واطئاً بالشبهه، و الجاني عليه و المتلف (٦) جانياً على مال الغير و متلفاً له.

ص: ٤٥

١-١) في «ش» و هامش «ن» زياده: مع التفريط.

٢-٢) في «ص» و المصدر: يملك.

٣-٣) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: فعجيب.

٤-٤) في «ص» و المصدر زياده: حينئذٍ.

٥-٥) في المصدر: من غير علمٍ.

٦-٦) في «ش» زياده: له.

و منها: أنّ النماء الحادث قبل التصرف، إن جعلنا حدوثه مملّكاً له دون العين فبعيد، أو معها فكذلك، و كلاهما منافٍ لظاهر الأكثر، و شمول الإذن له خفى (١).

و منها: قصر التملك (٢) على التصرف مع الاستناد فيه إلى أنّ (٣) إذن المالك فيه إذن في التملك، فيرجع إلى كون المتصرف في تملكه (٤) نفسه موجباً قابلاً، و ذلك جارٍ في القبض، بل هو أولى منه؛ لاقتترانه بقصد التملك، دونه (٥)، انتهى.

[المناقشه فيما ادعاه كاشف الغطاء]

و المقصود من ذلك كلّ استبعاد هذا القول، لا- أنّ الوجوه المذكوره تنهض (٦) في مقابل الأصول و العمومات؛ إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديده لتخالف القواعد المتداوله بين الفقهاء.

أمّا حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للمقصود، ففيها:

أولاً- أنّ المعاطاه ليست عند القائل بالإباحه المجرّده من العقود، و لا- من القائم مقامها شرعاً؛ فإنّ تبعية العقد للمقصود و عدم انفكاكه عنه إنّما هو لأجل دليل صحّه ذلك العقد، بمعنى ترتّب الأثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحّه مع عدم ترتّب الأثر المقصود عليه،

ص: ٤٦

١- ١) في «ف»: و شمول العين له غير خفى.

٢- ٢) في المصدر: التملك.

٣- ٣) لم ترد «أنّ» في «ش».

٤- ٤) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: في تملك.

٥- ٥) شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقه: ٥٠.

٦- ٦) في «ف»: لأنّ الوجوه المذكوره لا تنهض.

أمّا المعاملات الفعلية التي لم يدلّ على صحّتها دليل، فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها، كما تبّه عليه الشهيد في كلامه المتقدّم (١) من أنّ السبب الفعلي لا يقوم مقام السبب القولي في المبيعات (٢)، نعم إذا دلّ الدليل على ترتّب أثر عليه حكم به (٣) وإن لم يكن مقصوداً.

و ثانياً: أنّ تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فإنّهم أطبقوا على أنّ عقد المعاوضة إذا كان فاسداً يؤثّر في ضمان كلّ من العوضين القيمة (٤)؛ لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه، مع أنّهما لم يقصدا إلّا ضمان كلّ منهما بالآخر.

و توهم: أنّ دليلهم على ذلك «قاعده اليد»، مدفوع: بأنّه لم يذكر هذا الوجه إلّا بعضهم معطوفاً على الوجه الأوّل، وهو إقدامهما على الضمان، فلاحظ المسالك (٥).

و كذا الشرط الفاسد (٦) لم يقصد معامله إلّا (٧) مقرّونه به غير مفسد عند أكثر القدماء.

ص: ٤٧

١-١) تقدّم في الصفحة ٣١.

٢-٢) في «ن»، «خ»، «م» و«ع»: «المعاملات»، و في نسخه بدلها: المبيعات.

٣-٣) العبارة في «ف» هكذا: على عدم ترتّب الأثر عليه يحكم به.

٤-٤) في مصحّحه «ن»: بالقيمة.

٥-٥) المسالك ٣: ١٥٤.

٦-٦) كذا في النسخ، و صحّحت العبارة في «ص» بزياده: مع أنّه.

٧-٧) لم ترد «إلّا» في «ف».

و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل.

و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير (١).

و ترك ذكر الأجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائماً على قولٍ نسبه فى المسالك و كشف اللثام إلى المشهور (٢).

نعم، الفرق بين العقود و ما نحن فيه: أن التخلف عن القصد (٣) يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدله صحه العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل.

و أمّا ما ذكره من لزوم كون إرادته التصرف مملّكاً، فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق، و أدله توقّف بعض التصرفات على الملك، فيكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبهها (٤).

و أمّا ما ذكره من تعلق الأحماس و الزكوات - إلى آخر ما ذكره - فهو استبعاد محض، و دفعه بمخالفته (٥) للسيرة رجوع إليها، مع أن تعلق الاستطاعه الموجه للحجّ، و تحقّق الغنى المانع عن استحقات الزكاه، لا يتوقّفان على الملك.

ص: ٤٨

١ - ١) منهم العلماء فى المختلف ٥:٥٥، و التحرير ٢:١٤٢، و القواعد ١:١٢٤ و غيرها، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٦٩، و الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:٢٧، و انظر مقابس الأنوار: ١٣٠.

٢ - ٢) المسالك ٧:٤٤٧. كشف اللثام ٢:٥٥.

٣ - ٣) فى بعض النسخ: المقصود.

٤ - ٤) فى «ف»: و شبههما.

٥ - ٥) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: و دفعها بمخالفتها.

و أما كون التصرف مملكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

و أما كون التلف مملكاً للجانبين، فإن ثبت بإجماع أو سيره - كما هو الظاهر - كان كلُّ من المالكين مضموناً بعوضه، فيكون تلفه في يد كلِّ منهما من ماله مضموناً بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع؛ لأنَّ هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم «على اليد ما أخذت» (١) و بين أصالة عدم الملك إلّا في الزمان المتيقن وقوعه (٢) فيه.

توضيحه: أنَّ الإجماع لما دلَّ على عدم ضمانه بمثله أو قيمته، حكم بكون التلف (٣) من مال ذي اليد؛ رعايته لعموم «على اليد ما أخذت»، فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزله الرواية الواردة في أن: تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه (٤)، فإذا قدر التلف (٥) من مال ذي اليد (٦)، فلا بدَّ من أن يقدر في آخر أزمته إمكان تقديره؛ رعايته لأصالة عدم حدوث الملكيه قبله، كما يقدر ملكيه المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف؛ استصحاباً لأثر العقد.

و أما ما ذكره من صورته غصب المأخوذ بالمعاطاه، فالظاهر على

ص: ٤٩

-
- ١- ١) مستدرک الوسائل ٨: ١٤، الباب الأول من كتاب الوديعه، الحديث ١٢.
 - ٢- ٢) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: بوقوعه.
 - ٣- ٣) في مصححه «ن»: التالف.
 - ٤- ٤) مستدرک الوسائل ٣: ١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث الأول، و انظر الوسائل ١٢: ٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار.
 - ٥- ٥) في مصححه «ن»: التالف.
 - ٦- ٦) في غير «ش»: البائع، إلّا أنه صحَّح في «ن»، «ع» و «ص» بما في المتن.

القول بالإباحه أنّ لكلّ منهما المطالبه ما دام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم «التملك (1) بالتلف»: تلفه من مال المغصوب منه. نعم، لو [لا] (2) قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

و أما ما ذكره من حكم النماء، فظاهر المحكي عن بعض أنّ القائل بالإباحه لا يقول بانتقال النماء إلى الآخذ (3)، بل حكمه حكم أصله، و يحتمل أن يحدث النماء في ملكه بمجرد الإباحه.

ثمّ إنّك بملاحظه ما ذكرنا (4) تقدر على التخلّص عن سائر ما ذكره، مع أنّه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد، و الإنصاف: أنّها استبعادات في محلّها.

و بالجملة، فالخروج عن أصله عدم الملك المعتضد بالشهره المحقّقه إلى زمان المحقّق الثاني، و بالاتّفاق المدعى في الغنيه (5) و القواعد (6) هنا و في المسالك- في مسأله توقّف الهبه على الإيجاب و القبول (7)- مشكل، و رفع اليد عن عموم أدله البيع و الهبه و نحوهما المعتضده بالسيره

ص: ٥٠

١- ١) في «ف»، «م»، «ع» و «ص»: التملك.

٢- ٢) الزيادة من «ش» و مصحّحه «ن»، و في شرح الشهيدى: حكى أنّ نسخه المصنّف رحمه الله صحّحت هكذا (هدايه الطالب: ١٦٩).

٣- ٣) في «ش»: بالأخذ.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ص» و مصحّحتى «خ» و «ع»، و في «ن» و «م»: «ثمّ إنّ ممّا ذكرنا»، و في «ش»: «ثمّ إنّك ممّا ذكرنا».

٥- ٥) تقدّم في الصفحه ٢٩.

٦- ٦) أى قواعد الشهيد، كما تقدّم في الصفحه ٣١.

٧- ٧) المسالك ١٠: ٦.

القطعيه المستمره، و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثاني (١)-بناءً على تأويله لكلمات القائلين بالإباحه-أشكل.

فالقول الثاني لا يخلو عن قوه.

[هل المعاطاه لازمه أم جائزه]

اشاره

و عليه، فهل هي لازمه ابتداءً مطلقاً؟ كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله (٢)، أو بشرط كون الدال على التراضى لفظاً؟ كما حكى عن بعض معاصري الشهيد الثاني (٣)، و قواه جماعه من متأخري المحدثين (٤)، أو هي غير لازمه مطلقاً فيجوز لكل منهما الرجوع في ماله؟ كما عليه أكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت، وجوه:

[مقتضى القاعده اللزوم]

اشاره

أوقفها بالقواعد هو الأول؛ بناءً على أصالة اللزوم في الملك؛ للشك في زواله بمجرد رجوع مالكة الأصلي.

و دعوى: أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقر، و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، و الفرد الثاني كان مشكوك الحدوث من أول الأمر، فلا ينفع الاستصحاب، بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول، مدفوعه-مضافاً إلى إمكان دعوى كفايه تحقق القدر المشترك في الاستصحاب، فتأمل-: بأن انقسام الملك إلى المتزلزل و المستقر ليس باعتبار اختلاف في حقيقته، و إنما هو باعتبار حكم الشارع عليه في

ص: ٥١

١-١) تقدم في الصفحه ٣٢.

٢-٢) راجع الصفحه ٢٤ و ٣٧.

٣-٣) راجع الصفحه ٣٧.

٤-٤) كالمحدث البحراني في الحدائق ١٨:٣٥٥، و لم نعر على غيره، و قد تقدم في الصفحه ٣٧ عن بعض متأخري المحدثين.

بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الأصلي. و منشأ هذا الاختلاف اختلاف حقيقه السبب المملك، لا- اختلاف حقيقه الملك. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعيه للسبب، لا من الخصوصيات المأخوذه فى المسبب.

و يدلّ عليه-مع أنّه يكفى فى الاستصحاب الشكّ فى أنّ اللزوم من خصوصيات الملك. أو من لوازم السبب المملك، و مع أنّ المحسوس بالوجدان أنّ إنشاء الملك فى الهبه اللازمه و غيرها على نهج (1) واحد:-

أنّ اللزوم و الجواز لو كانا (2) من خصوصيات الملك، فإنّما أن يكون تخصيص القدر المشترك بإحدى الخصوصيتين بجعل المالك، أو بحكم الشارع.

فإن كان الأوّل، كان اللازم التفصيل بين أقسام التملك المختلفه بحسب (3) قصد الرجوع، و قصد عدمه، أو عدم قصده، و هو بديهى البطلان؛ إذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه.

و إن كان الثانى، لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو باطل فى العقود؛ لما تقدّم أنّ العقود المصححه (4) عند الشارع تتبع القصد، و إن أمكن القول بالتخلّف هنا فى مسأله المعاطاه؛ بناءً على ما ذكرنا سابقاً انتصاراً للقائل بعدم الملك: من منع و جوب

ص: ٥٢

١-١ فى «ف»: منهج.

٢-٢ كذا فى «ش» و مصححه «ص»، و فى غيرهما: لو كان.

٣-٣ العبارة فى «ف» هكذا: التفصيل فى أقسام التملك بين.

٤-٤ فى «ف»: الصحيحه.

إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين (١)، لكنَّ الكلام في قاعده اللزوم في الملك يشمل (٢) العقود أيضاً.

و بالجمله، فلا- إشكال في أصالة اللزوم في كلِّ عقدٍ شكَّ في لزومه شرعاً، وكذا لو شكَّ في أنَّ الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائر، كالصلح من دون عوض، والهبة. نعم، لو تداعيا احتمال التحالف في الجملة.

[ما يدل على اللزوم من الكتاب و السنه]

و يدلُّ على اللزوم-مضافاً إلى ما ذكر-عموم قوله (٣) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

«الناس مسلطون على أموالهم» (٤) فَإِنَّ مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته (٥) بغير اختياره، فجاوز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه منافعٍ للسلطنة المطلقة.

فاندفع ما ربما يتوهم: من أنَّ غايه مدلول الروايه سلطنه الشخص على ملكه، ولا نسلم ملكيته (٤) له بعد رجوع المالك الأصلي.

و لما (٧) ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله-في الشرائع-على لزوم القرض

ص: ٥٣

١-١) راجع الصفحة ٤٧.

٢-٢) كذا في «ف» و«ن»، و في غيرهما: تشمل.

٣-٣) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: قولهم.

٤-٤) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

٥-٥) في «ف»: «عن الملكيه»، و في نسخه بدل «ش»: «عن ملكه».

٦-٦) كذا في «ص»، و في سائر النسخ: ملكيه.

٧-٧) في أكثر النسخ: بما.

بعد القبض: بأنّ فائده الملك السلطنة (١)، ونحوه العلامة رحمه الله في موضع (٢) آخر (٣).

و منه يظهر جواز التمسّك بقوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب نفسه» (٤)؛ حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه في رضا المالك، فلا يحلّ بغير رضاه.

و توهم: تعلّق الحِلّ بمال الغير، و كونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام، مدفوع: بما تقدّم (٥)، مع أنّ (٦) تعلّق الحِلّ بالمال يفيد العموم، بحيث يشمل التملّك أيضاً، فلا يحلّ التصرّف فيه و لا تملّكه إلّا بطيب نفس المالك.

و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى: [□] لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ [□] (٧)، و لا ريب أنّ الرجوع

ص: ٥٤

١- (١) الشرائع ٢:٤٨.

٢- (٢) في «ف»: مواضع.

٣- (٣) لعله أشار بذلك إلى ما أفاده في التذكرة (١:٤٦٤) بقوله: «يجوز بيع كلّ ما فيه منفعة؛ لأنّ الملك سبب لإطلاق التصرّف»، أو إلى ما أفاده في (١:٥٩٥) بقوله: «و فائده الملك استباحه وجوه الانتفاعات».

٤- (٤) عوالم اللآلى ٢:١١٣، الحديث ٣٠٩، وفيه: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلم...»، و جاء في تحف العقول مرسلًا عن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم: «و لا يحلّ لمؤمنٍ مال أخيه إلّا عن طيب نفسٍ منه»، تحف العقول: ٣٤.

٥- (٥) تقدّم في الصفحة السابقة عند دفع التوهم عن الاستدلال بقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «الناس مسلّطون...».

٦- (٦) في «ش» و مصحّحه «ن»: من أنّ.

٧- (٧) النساء: ٢٩.

ليست (١) تجارته، ولا عن تراضٍ، فلا يجوز أكل المال.

و التوهم المتقدم في السابق [غير (٢)] جارٍ هنا؛ لأنَّ حصر مجوّز أكل المال في التجاره إنّما يراد به أكله على أن يكون ملكاً للأكل لا لغيره.

و يمكن التمسّيك أيضاً بالجمله المستثنى منها؛ حيث إنّ أكل المال و نقله عن مالكة بغير رضا المالك، أكل و تصرّف بالباطل عرفاً.

نعم، بعد إذن المالك الحقيقي - وهو الشارع - و حكمه بالتسلّط (٣) على فسخ المعامله من دون رضا المالك يخرج عن (٤) البطلان؛ و لذا كان أكل المارّه من الثمره الممرور بها أكلاً بالباطل لو لا إذن المالك الحقيقي، و كذا الأخذ بالشفعه، و الفسخ بالخيار، و غير ذلك من الأسباب (٥) القهريّه.

[الاستدلال بما يدل على لزوم خصوص البيع]

هذا كله، مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٦).

ص: ٥٥

١-١) في «ص» و مصحّحه «ن»: ليس.

٢-٢) لم ترد «غير» في النسخ، و وردت في هامش نسخ «ن»، «ع» و «ش» استظهاراً، و قد أيد الشهيدى قدّس سرّه ضروره هذه الزياده، انظر هدايه الطالب: ١٧٠.

٣-٣) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: التسلّط.

٤-٤) في «ف»: من.

٥-٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: النواقل.

٦-٦) عوالي اللآلى ٣: ٢٠٩، الحديث ٥١، و انظر الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

و قد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)؛ بناءً على أن العقد هو مطلق العهد، كما في صحيحه عبد الله بن سنان (٢)، أو العهد المشدد، كما عن بعض أهل اللغة (٣)، و كيف كان، فلا يختص باللفظ فيشمل المعاطاه.

و كذلك قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (٤)؛ فإنَّ الشرط لغه مطلق الالتزام (٥)، فيشمل ما كان بغير اللفظ.

[قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه]

إشارة

و الحاصل: أنَّ الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع ممَّا لا ينكر، إلَّا أنَّ الظاهر فيما نحن فيه قيام الإجماع على عدم لزوم المعاطاه، بل ادَّعاه صريحاً بعض الأساطين في شرح القواعد (٦)، و يعضده الشهره المحقَّقه، بل لم يوجد به قائل إلى زمان بعض متأخري المتأخريين (٧)، فإنَّ عبارته المحكيه عن المفيد رحمه الله (٨) في المقنعه لا تدلُّ

ص: ٥٦

١- ١) المائده: ١.

٢ - ٢) تفسير القمى ١٦٠: ١، و تفسير العياشى ٢٨٩: ١، الحديث ٥. و عنه الوسائل ٢٠٦: ١٦، الباب ٢٥ من كتاب النذر و العهد، الحديث ٣.

٣- ٣) انظر لسان العرب ٣٠٩: ٩، و القاموس ٣١٥: ١، مادّه: «عقد»، و مجمع البحرين ١٠٣: ٣.

٤- ٤) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٥- ٥) قال الفيروز آبادى في القاموس (٣٦٨: ٢): الشرط إلزام الشئ و التزامه في البيع و نحوه.

٦- ٦) شرح القواعد (مخطوط): الورقه: ٤٩.

٧- ٧) كالمحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١٤٤: ٨، و المحدث الكاشانى في مفاتيح الشرائع ٤٨: ٣.

٨- ٨) عبارته «المحكيه عن المفيد» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن».

على هذا القول- كما عن المختلف الاعتراف به (١)- فإنه قال (٢): ينعقد البيع على تراضٍ بين الاثنین فيما يملكان التبایع له إذا عرفاه جميعاً، و تراضیا بالبيع، و تقابضاً، و افتراقاً بالأبدان (٣)، انتهى.

و يقوى إرادته بيان شروط صحه العقد الواقع بين اثنين و تأثيره فى اللزوم؛ و كأنه لذلك (٤) حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمهما الله:

أنه لا بدّ فى البيع عندهما من لفظٍ مخصوص (٥).

و قد تقدّم دعوى الإجماع من الغنيه على عدم كونها بيعاً (٦)، و هو نصّ فى عدم اللزوم، و لا يقدر كونه ظاهراً فى عدم الملكيه الذى لا نقول به.

[التشكيك فى انعقاد الإجماع]

و عن جامع المقاصد: يعتبر اللفظ فى العقود اللازمه بالإجماع (٧).

نعم، قول العلامة رحمه الله فى التذكرة: «إنّ الأشهر عندنا أنّه لا بدّ

ص: ٥٧

١- ١) المختلف ٥١: ٥، و فيه بعد نقل عبارته المقنعه:- و ليس فى هذا تصريح بصحته إلّا أنّه موهم.

٢- ٢) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: فإنّ المحكى عنه أنّه قال.

٣- ٣) المقنعه: ٥٩١.

٤- ٤) فى «ف»: لذا.

٥- ٥) كشف الرموز ٤٤٥: ١- ٤٤٦.

٦- ٦) تقدّم فى الصفحه ٢٩.

٧- ٧) جامع المقاصد ٣٠٩: ٥، و فيه: «لأنّ النطق معتبر فى العقود اللازمه بالإجماع»، و حكاها عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ٢٧٦.

من الصيغه» (١) يدلّ على وجود الخلاف المعتدّ به في المسأله، و لو كان المخالف شاذّاً لعبر بالمشهور، و كذلك نسبته في المختلف إلى الأكثر (٢)، و في التحرير: أنّ الأقوى أنّ المعاطاه غير لازمه (٣).

[عدم كشف هذا الإجماع عن رأي المعصوم على فرض حصوله]

ثمّ لو فرضنا الاتّفاق من العلماء على عدم لزومها- مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم إلى أنّها ليست مملّكه، و إنّما تفيده الإباحه- لم يكن هذا الاتّفاق كاشفاً؛ إذ القول باللزوم فرع الملكيه، و لم يقل بها إلّا بعض من تأخّر عن المحقّق الثاني (٤) تبعاً له، و هذا ممّا يوهن حصول القطع- بل الظنّ- من الاتّفاق المذكور؛ لأنّ قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء (٥) الموضوع.

نعم، يمكن أن يقال- بعد ثبوت الاتّفاق المذكور:- إنّ أصحابنا بين قائلٍ بالملك الجائر، و بين قائلٍ بعدم الملك رأساً، فالقول بالملك اللازم قولٌ ثالث، فتأمل.

و كيف كان، فتحصيل الإجماع على وجه استكشاف قول الإمام عن قول غيره من العلماء- كما هو طريق (٦) المتأخّرين- مشكل؛

ص: ٥٨

١- (١) التذكرة ٤٦٢: ١.

٢- (٢) المختلف ٥١: ٥.

٣- (٣) التحرير ١٦٤: ١.

٤- (٤) مثل المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٣٩: ٨، و غيره، راجع الصفحه ٤٠، الهامش ٣.

٥- (٥) في «ف»: منتفیه.

٦- (٦) في «ف»: طريقه.

لما ذكرنا (١) وإن كان هذا لا يقدح في الإجماع على طريق القدماء، كما بيّن في الأصول (٢).

و بالجمله، فما ذكره في المسالك من قوله -بعد ذكر قول من اعتبر (٣) مطلق اللفظ في اللزوم-: «ما أحسنه و أمتن (٤) دليله إن لم يكن إجماع (٥) على خلافه» (٦) في غايه الحسن و المتانه.

[ما يدل على عدم لزوم المعاطاه]

اشاره

و الإجماع و إن لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع، إلا أنّ المظنون قوياً تحقّقه على عدم اللزوم، مع عدم لفظٍ دالٍّ على إنشاء التملك، سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد و لكن لم ينشأ التملك به (٧)، بل كان من جمله القرائن على قصد التملك بالتقابض.

و قد يظهر ذلك من غير واحد من الأخبار (٨)، بل يظهر (٩) منها أنّ إيجاب البيع باللفظ دون مجرد التعاطى كان متعارفاً بين أهل السوق و التجار.

ص: ٥٩

١-١) في الصفحه السابقه.

٢-٢) راجع فرائد الأصول: ٧٩-٨٣.

٣-٣) في «ش»: من لم يعتبر.

٤-٤) كذا في «ف»، و في غيره: و ما أمتن.

٥-٥) في «ش» و المصدر: إن لم ينعقد الإجماع.

٦-٦) المسالك ١٥٢:٣.

٧-٧) في «ف»: به التملك.

٨-٨) انظر الوسائل ١١٤:١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، و الصفحه ٣٧٥ و ٣٨٥، الباب ٨ و ١٤ من أبواب أحكام العقود.

٩-٩) في «ف»: بل قد يظهر.

بل يمكن دعوى السيره على عدم الاكتفاء فى السبوع الخطيره التى يراد بها عدم الرجوع بمجرّد التراضى. نعم، ربما يكتفون بالمصافقه، فىقول البائع: بارك الله لك، أو ما أدى هذا المعنى بالفارسيه (١). نعم، يكتفون بالتعاطى فى المحقّرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها، بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم، الاكتفاء فى اللزوم (٢) بمطلق الإنشاء القولى غير بعيد؛ للسيره و لغير واحدٍ من الأخبار، كما سيجىء إن شاء الله تعالى فى شروط الصيغه.

بقى الكلام فى الخبر الذى تُمسك به فى باب المعاطاه، تارةً على عدم إفاده المعاطاه إباحه التصرف، و أخرى على عدم إفادتها اللزوم؛

جمعاً بينه و بين ما دلّ على صحّحه مطلق البيع - كما صنعه فى الرياض (٣) - و هو قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحرم الكلام».

و توضيح المراد منه يتوقّف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقه الإسلام فى باب «بيع ما ليس عنده»، و الشيخ فى باب «النقد و النسيئه» عن ابن أبى عمير، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج (٤) - أو ابن نجیح (٥) - قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل

ص: ٦٠

١ - ١) وردت عبارته: «نعم - إلى - بالفارسيه» فى أكثر النسخ فى المتن و فى بعضها فى الهامش، لكن شطب عليها فى «ف»، و كُتب عليها فى «ن»: زائد.

٢ - ٢) فى «ف»: باللزوم.

٣ - ٣) الرياض ٥١١: ١.

٤ - ٤) كما فى التهذيب.

٥ - ٥) كما فى الكافى.

يحيثنى و يقول: اشترى لى هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس، إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام (١)» (٢).

و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات أخر مجردة عن قوله عليه السلام:

«إنما يحلل... إلخ» (٣)، كلها تدلّ على أنه لا بأس بهذه المواعده و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل أن يشتريه من صاحبه.

و نقول: إن هذه الفقرة - مع قطع النظر عن صدر الروايه - تحتمل وجوهاً:

الأول:

أن يراد من «الكلام» فى المقامين اللفظ المدالّ على التحليل و التحريم (٤)، بمعنى أن تحريم شىء و تحليله لا - يكون إلما بالنطق بهما، فلا يتحقّق بالقصد المجرد عن الكلام، و لا بالقصد المدلول عليه بالأفعال دون الأقوال.

الثانى:

أن يراد ب«الكلام» اللفظ مع مضمونه، كما فى قولك:

«هذا الكلام صحيح» أو «فاسد»، لا مجرد اللفظ - أعنى الصوت - و يكون المراد: أن المطلب الواحد يختلف حكمه الشرعى جلاً و حرمة (٥)

ص: ٦١

١- ١) فى «ن»، «خ»، «م» و «ع» زياده: «الخبر»، و الظاهر أنه لا وجه له؛ لأنّ الخبر مذكور بتمامه.

٢- ٢) انظر الكافى ٥: ٢٠١، الحديث ٦، و التهذيب ٧: ٥٠، الحديث ٢١٦، و الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٣- ٣) انظر الوسائل ١٢: ٣٧٥، الباب ٨ من أبواب العقود.

٤- ٤) كذا فى «ف»، و فى غيره: التحريم و التحليل.

٥- ٥) فى «ف»: أو حرمة.

باختلاف المضامين المؤداه بالكلام، مثلاً (١): المقصود الواحد، وهو التسليط على البضع مدّه معينه يتأتى بقولها: «ملكك بضعي» أو «سلطتك عليه» أو «آجرتك نفسي» أو «أحللتها لك»، وبقولها:

«متعتك (٢) نفسي بكذا»، فما عدا الأخير موجب لتحريمه، و الأخير محلل، و بهذا (٣) المعنى ورد قوله عليه السلام: «إنما يحرم الكلام» في عدّه من روايات المزارعه (٤).

منها: ما في التهذيب عن ابن محبوب، عن خالد بن جرير (٥)، عن أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام: أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر، و ثلثاً للبقر، فقال:

«لا ينبغي له أن يسمّى بذرّاً و لا بقرّاً، و لكن يقول لصاحب الأرض:

أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا: نصف، أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا يسمّى بذرّاً و لا بقرّاً؛ فإنما يحرم الكلام» (٦).

ص: ٦٢

١- ١) كلمه «مثلاً» ساقطه من «خ»، «م»، «ع» و «ص».

٢- ٢) كذا في «ف»، و في غيره: متعت.

٣- ٣) كذا في «ف»، و في غيره: على هذا.

٤- ٤) راجع الوسائل ٢٠٠: ١٣- ٢٠١، الباب ٨ من أبواب المزارعه و المساقاه، الحديث ٤٦، ٤٧ و ١٠.

٥- ٥) عبارته «عن خالد بن جرير» من «ش» و المصدر.

٦- ٦) التهذيب ٧: ١٩٤، الحديث ٨٥٧، و عنه الوسائل ١٣: ٢٠١، الباب ٨ من أبواب المزارعه، الحديث ١٠. و بما أن الحديث ورد مختلفاً في النسخ، و مع تقديم و تأخير في بعضها، فلذلك أثبتناه طبقاً لنسخه «ش» التي هي مطابقه مع المصدر.

الثالث:

أن يراد بـ«الكلام» في الفقرتين الكلام الواحد، و يكون تحليله و تحريمه (١) باعتبار (٢) وجوده و عدمه، فيكون وجوده محللاً و عدمه محرماً، أو بالعكس، أو باعتبار محلّه و غير محلّه، فيحلّ في محلّه و يحرم في غيره؛ و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة في المزارعه.

الرابع:

أن يراد من الكلام المحلّ خصوص المقاوله و المواعده، و من الكلام المحرّم إيجاب البيع و إيقاعه.

ثم إن الظاهر عدم إرادته المعنى الأول؛ لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر- حيث إن ظاهره حصر أسباب التحليل و التحريم في الشريعة في اللفظ- يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور في الخبر جواباً عن السؤال، مع كونه كالتعليل له؛ لأنّ ظاهر-الحكم كما يستفاد من عدّه روايات أخر (٣)- تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء (٤) المتاع من مالكة، و لا دخل لاشتراط النطق في التحليل و التحريم في هذا الحكم أصلاً، فكيف يعلّل به؟ و كذا المعنى الثاني؛ إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللاً، و بآخر محرماً.

ص: ٦٣

١- ١) كذا في «ف»، و في غيرها: تحريمه و تحليله.

٢- ٢) كذا في «م»، «ص» و مصحّحه «ن»، و في غيرها: اعتبار.

٣- ٣) انظر الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب العقود، الحديث ٤، و الصفحة ٣٧٤، الباب ٧ من الأبواب، الحديث ٣، و الصفحة ٣٧٨، الباب ٨ من الأبواب، الحديث ١١ و ١٣.

٤- ٤) في «ف»: اشتراء.

فتعيّن: المعنى الثالث، وهو: أنّ الكلام الدالّ على الالتزام بالبيع لا- يحرم هذه المعامله إلّا وجوده قبل شراء العين التي يريدّها الرجل؛ لأنّه بيع ما ليس عنده، ولا يحلّل إلّا عدمه؛ إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع لم يحصل إلّا التواعد بالمبايعه، وهو غير مؤثّر.

فحاصل الروايه: أنّ سبب التحليل و التحريم في هذه المعامله منحصر في الكلام عدماً و وجوداً (١).

أو المعنى الرابع، وهو: أنّ المقاوله و المراضاه مع المشتري الثاني قبل اشتراء العين محلّل للمعامله، و إيجاب البيع معه محرّم لها.

و على كلا المعنيين يسقط الخبر عن الدلاله على اعتبار الكلام في التحليل، كما هو المقصود في مسأله المعاطاه.

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر بعد ما عرفت من أنّ (٢) المراد ب«الكلام» هو إيجاب البيع- بأن يقال: إنّ حصر المحلّ و المحرّم في الكلام لا- يتأتى إلّا مع انحصار إيجاب البيع في الكلام؛ إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلّ و المحرّم في الكلام، إلّا أن يقال: إنّ وجه انحصار إيجاب البيع في الكلام في مورد الروايه هو عدم إمكان المعاطاه في خصوص المورد؛ إذ المفروض أنّ المبيع عند مالكة الأول، فتأمل.

و كيف كان، فلا تخلو الروايه عن إشعار أو ظهور. كما يشعر به قوله عليه السلام في روايه أخرى وارده في هذا الحكم أيضاً، و هي روايه

ص: ٦٤

١- ١) في «ف»: أو وجوداً.

٢- ٢) في «خ»، «م»، «ع»، «ص» و مصحّحه «ن»: بأنّ.

يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ قال لي: اشتر لي هذا الثوب أو هذه الدابة، وبعنيها أربحك (١) فيها كذا وكذا؟ قال:

لا بأس بذلك، اشترها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (٢)؛ فإنَّ الظاهر أنَّ المراد من مواجهه البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشتري (٣).

و يشعر به أيضاً روايه العلاء الوارده في نسبه الربح إلى أصل المال، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يبيع بيعاً فيقول: أبيعك بده دوازده، [أو ده يازده (٤)]؟ فقال: لا - بأس، إنما هذه "المرأوضه" فإذا جمع البيع جعله جمله واحده» (٥)؛ فإنَّ ظاهره - على ما فهمه بعض الشراح (٦) - : أنه لا يكره ذلك في المقاوله التي قبل العقد، و إنما يكره حين العقد.

و في صحيحه ابن سنان: «لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك، ثم تبعه منه بعد» (٧).

ص: ٦٥

١ - ١) في «ش»: أربحك.

٢ - ٢) الوسائل ٣٧٨: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

٣ - ٣) لم ترد عبارته: «فإنَّ الظاهر - إلى - للمشتري» في «ف».

٤ - ٤) من «ش» و المصدر.

٥ - ٥) الوسائل ٣٨٦: ١٢، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥.

٦ - ٦) و هو المحدث الكاشاني قدس سره في الوافي ٦٩٣: ١٨، الحديث ١٨١٣١.

٧ - ٧) الوسائل ٣٧٥: ١٢، الباب ٨ من أبواب العقود، الحديث الأول.

الأول الظاهر

الأول الظاهر (١): أن المعاطاه قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك-بيع،

بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد (٢): أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسده، كالعلامة في النهايه (٣). و دلّ على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٤).

و أمّا على القول بإفادتها للإباحه (٥)، فالظاهر: أنها (٦) بيع عرفي لم يؤثر شرعاً إلا الإباحه، فنفي البيع عنها في كلامهم (٧) و معاهد إجماعاتهم (٨) هو البيع المفيد شرعاً اللزوم زياده على الملك.

هذا على ما اخترناه سابقاً (٩): من أن مقصود المتعاطين في

ص: ٦٦

١- ١) في «ف»: أن الظاهر.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٥٨.

٣- ٣) نهايه الأحكام ٢: ٤٤٩.

٤- ٤) البقره: ٢٧٥.

٥- ٥) في «ف» زياده: دون الملك.

٦- ٦) كذا في «ف» و مصححه «م» و «ص»، و في غيرها: أنه.

٧- ٧) مثل ما تقدّم عن الخلاف في الصفحه ٢٦، و عن السرائر و الغنيه في الصفحه ٢٨ و ٢٩.

٨- ٨) كذا في «ف»، و في غيرها: إجماعهم.

٩- ٩) في الصفحتين ٢٥ و ٣٢.

المعاطاه التملك (١) و البيع (٢)، و أما على ما احتمله بعضهم (٣) - بل استظهره (٤) - من أن محلّ الكلام هو ما إذا قصد (٥) مجرد الإباحه، فلا إشكال في عدم كونها بيعاً عرفاً، و لا شرعاً.

و على هذا فلا بدّ عند الشكّ في اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلّه الدالّه على صحّحه هذه الإباحه العوضيّه من خصوص أو عموم، و حيث إنّ المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم:

«الناس مسلّطون على أموالهم» (٦) كان مقتضى القاعده هو نفي شرطيه غير ما ثبت شرطيته، كما أنّه لو تمسك لها بالسيره كان مقتضى القاعده العكس.

و الحاصل: أنّ المرجع - على هذا - عند الشكّ في شروطها، هي أدلّه هذه المعامله، سواء اعتبرت في البيع أم لا.

و أما على المختار: من أنّ الكلام فيما قصد (٧) به البيع، فهل (٨)

ص: ٦٧

١ - ١) في هامش «ص»: التملك ظ، و هكذا أثبتته المامقاني قدّس سرّه في حاشيته، انظر غايه الآمال: ١٨٧.

٢ - ٢) لم ترد «و البيع» في «ف».

٣ - ٣) و هو صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ٢٢٤: ٢٢.

٤ - ٤) في «ف»: استظهر.

٥ - ٥) في «ف»: قصد.

٦ - ٦) عوالي اللآلي ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.

٧ - ٧) في «ف»: يقصد.

٨ - ٨) كذا في «ص» و «ش»، و في غيرهما: هل.

يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى (١) على القول بإفادتها للملك، والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحه (٢)؟ وجوه:

يشهد للأوّل: كونها بيعاً عرفاً، فيشترط (٣) فيها جميع ما دلّ على اشتراطه في البيع.

و يؤيّده: أنّ محلّ النزاع بين العامّة و الخاصّه في المعاطاه هو: أنّ الصيغه معتبره في البيع كسائر الشرائط، أم لا؟- كما يفصح عنه عنوان المسأله في كتب كثير من الخاصّه و العامّه (٤)- فما انتفى فيه غير الصيغه من شروط البيع، خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركاً له في الحكم؛ و لذا ادّعى (٥) في الحدائق: أنّ المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاه: صحّه المعاطاه المذكوره إذا استكملت (٦) شروط البيع غير الصيغه المخصوصه، و أنّها تفيد إباحه تصرف كلّ منهما فيما صار إليه من العوض (٧).

و مقابل المشهور في كلامه، قول العلّامه رحمه الله في النهايه بفساد المعاطاه (٨)- كما صرّح به بعد ذلك- فلا يكون كلامه موهماً لثبوت

ص: ٦٨

١- ١) في «ف»: مبنيّ.

٢- ٢) في «ف»: إلّا للإباحه.

٣- ٣) في «ف»: ليشترط.

٤- ٤) كذا في «ف»، و في غيرها: العامّه و الخاصّه.

٥- ٥) كذا في «ش»، و في «ف» غير مقروءه، و في غيرهما: أفتى.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في غيرها: استكمل.

٧- ٧) الحدائق ٣٥٦: ١٨.

٨- ٨) نهايه الإحكام ٤٤٩: ٢.

الخلاف في اشتراط صحه المعاطاه باستجماع شرائط البيع.

و يشهد للثانى: أنّ البيع فى النصّ و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم، و ثبت له الخيار فى قولهم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، و نحوه.

أمّا على القول بالإباحه، فواضح؛ لأنّ المعاطاه ليست على هذا القول بيعاً فى نظر الشارع و المتشرّعه؛ إذ لا نقل فيه عند الشارع، فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه فى مقام (١)، فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف، لاشتماله على النقل فى نظرهم، و قد تقدّم سابقاً فى تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاه بيعاً (٢) - بيان ذلك.

و أمّا على القول بالملك، فلأنّ المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم: «البيعان بالخيار»، و قولهم: «إنّ الأصل فى البيع اللزوم، و الخيار إنّما ثبت لدليل»، و «أنّ البيع بقول مطلق (٣) من العقود اللازمه»، و قولهم: «البيع هو العقد الدالّ على كذا»، و نحو ذلك.

و بالجملة، فلا يبقى للمتأمل شكّ فى أنّ إطلاق البيع فى النصّ و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلّا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل (٤).

و وجه الثالث: ما تقدّم للثانى على القول بالإباحه، من سلب

ص: ٦٩

١ - ١) لم ترد «فى مقام» فى «ف».

٢ - ٢) فى الصفحه ٤١ و غيرها.

٣ - ٣) فى «ف»: و أنّ البيع مطلقاً.

٤ - ٤) فى «ف»: لخيار أو لتقاييل.

البيع عنه، وللأول على القول بالملك، من صدق البيع عليه حينئذٍ وإن لم يكن لازماً.

و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص، فيحمل على البيع العرفى و إن لم يفد عند الشارع إلا الإباحه، و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره فى البيع بناءً على انصراف «البيع» فى كلمات المجمعين إلى العقد اللازم.

و الاحتمال الأول لا- يخلو عن قوّه؛ لكونها بيعاً ظاهراً على القول بالملك- كما عرفت من جامع المقاصد (١)-، و أمّا على القول بالإباحه؛ فلأنها لم تثبت إلا فى المعامله الفاقده للصيغه فقط، فلا تشمل الفاقده للشرط الآخر أيضاً.

ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه على القواعد أنه -بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى إلماً بعد تلف العين، يعنى العين الأخرى- ذكر: أنه يجوز أن يكون الثمن و المضمن فى المعاطاه مجهولين؛ لأنها ليست عقداً، و كذا جهاله الأجل، و أنه لو اشترى أمه بالمعاطاه لم يجز له (٢) نكاحها قبل تلف الثمن (٣)، انتهى. و حكى عنه فى باب الصرف أيضاً: أنه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاه النقدين (٤).

ص: ٧٠

١-١) راجع الصفحه ٣٢ و غيرها.

٢-٢) لم ترد «له» فى «ف».

٣-٣) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٥٨.

٤-٤) نفس المصدر، الصفحه ٣٩٧.

أقول: حكمه قدس سرّه بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطه في الصدقات الواجبه و عدم جواز نكاح المأخوذ بها، صريح في عدم (١) إفادتها للملك، إلّا أنّ حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكوره (٢) للبيع و الصرف معللاً بأنّ المعاطه ليست عقداً، يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك؛ حيث إنّ المفيد للملك منحصرٌ في العقد، و أن يكون باعتبار عدم اللزوم؛ حيث إنّ الشروط المذكوره شرائطٌ للبيع العقدي اللازم.

و الأقوى: اعتبارها و إن قلنا بالإباحه؛ لأنّها بيع عرفي و إن لم يفد شرعاً إلّا الإباحه، و مورد الأدلّه الدالّه على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفي لا- خصوص العقدي، بل تقييدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب؛ و لما عرفت من أنّ الأصل في المعاطه بعد القول بعدم الملك، الفساد و عدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم، و هو المعامله الجامعه للشروط عدا الصيغه، و بقي الباقي.

و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيها (٣) أيضاً و إن خصصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتّى عند من لا يراها (٤) مفيده للملك؛ لأنّها معاوضه عرفيه و إن لم تفد الملك، بل معاوضه شرعيّه، كما (٥) اعترف بها

ص: ٧١

١- ١) في «ف»: صريح في قوله بعدم.

٢- ٢) في «ف»: باعتبار الشرط المذكور.

٣- ٣) كذا في «ف» و «م»، و في غيرهما: فيه.

٤- ٤) في «ف»: عند من يراها.

٥- ٥) كما «ساقطه من «ش».

الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي؛ حيث قال: إنَّ المعاطاه معاوضه مستقله جائزه أو لازمه (١)، انتهى.

و لو قلنا بأنَّ المقصود للمتعاطين (٢) الإباحه لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الربا؛ لكونها معاوضه عرفاً، فتأمل (٣).

و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم، فيمكن نفيه على المشهور؛ لأنَّها إباحه (٤) عندهم، فلا معنى للخيار (٥).

و إن قلنا بإفاده الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه (٦) مطلقاً؛ بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم - كما سيأتي عند تعرّض الملزمات - فالخيار موجود من زمان المعاطاه، إلّا أنّ أثره يظهر بعد اللزوم، و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم.

و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصه بالبيع، فلا تجرى؛ لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار (٧)، و بين

ص: ٧٢

١-١) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٥٨.

٢-٢) فى «ف» زياده: إنشاء.

٣-٣) وردت عبارته «و لو قلنا - إلى - فتأمل» فى «ف» و هامش «ن»، «خ» و «م»، و كتب بعدها فى «ن»: «إلحاق منه دام ظلّه»، و فى «خ» و «م»: «إلحاق منه رحمه الله».

٤-٤) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «جائزه» بدل «إباحه»، لكن صُحِّحت فى «ع» بما أثبتناه.

٥-٥) فى «ف» زياده: مطلقاً.

٦-٦) لم ترد «فيه» فى «ف».

٧-٧) عبارته «لاختصاص - إلى - الخيار» ساقطه من «ف».

غيرها- كخيار الغبن و العيب بالنسبه إلى الردّ دون الأرش- فتجرى (1)؛ لعموم أدلتها.

و أما حكم الخيار بعد اللزوم، فسيأتي (2) بعد ذكر الملزمات إن شاء الله (3).

ص: ٧٣

١-١) كذا في «ص» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: فيجرى.

٢-٢) سيأتي في الأمر السابع، الصفحة ١٠٣.

٣-٣) التعليق على المشيئه من «ف».

الأمر الثاني إنّ المتيقّن من مورد المعاطاه: هو حصول التعاطى فعلاً من الطرفين،

فالملك أو الإباحه في كلّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب إباحه الآخر أو ملكيته، فلا يتحقّق المعاوضه و لا الإباحه رأساً؛ لأنّ كلّاً منهما ملكٌ أو مباح في مقابل ملكيه (١) الآخر أو إباحته، إلّا أنّ الظاهر من جماعه من متأخري المتأخريين (٢) - تبعاً للشهيد في الدروس (٣) - جعله (٤) من المعاطاه، و لا ريب أنّه لا يصدق معنى المعاطاه، لكنّ هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه؛ بناءً على عموم الحكم لكلّ بيع فعليّ، فيكون إقباض أحد العوضين من مالكة تملكاً له بعوض، أو مبيعاً (٥) له به، و أخذ الآخر له تملكاً له بالعوض، أو إباحه له بإزائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان

ص: ٧٤

١ - ١) كذا في «ش»، و في «ف»: «الملك»، و في «ن»: «ملك»، و في غيرها: ملكه.

٢ - ٢) منهم: المحقّق الثاني في حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٧، و السيد المجاهد في المناهل: ٢٧٠، و الشيخ الكبير في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه: ٥١، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣٨: ٢٢، و يظهر من المحدّث البحراني و السيد العاملي أيضاً، انظر الحدائق ٣٦٤: ١٨، و مفتاح الكرامه ١٥٨: ٤.

٣ - ٣) الدروس ١٩٢: ٣.

٤ - ٤) كذا في «ش»، و في غيرها: «جعلوه»، إلّا أنّه صحّح في «خ»، «ع» و «ص» بما في المتن.

٥ - ٥) في «ص»: إباحه.

دفعه على القول بالملك و البيع (١) اشتراءً، و أخذه بيعاً للمثمن به، فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان (٢) بفعلٍ واحدٍ في زمانٍ واحد.

ثمَّ صحَّ هذا على القول بكون المعاطاه بيعاً مملُكاً واضحاً؛ إذ يدلُّ عليها ما دلَّ على صحَّه المعاطاه من الطرفين، و أمَّا على القول بالإباحه، فيشكل بأنَّه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحه، اللهمَّ إلَّا أن يدعى قيام السيره عليها، كقيامها على المعاطاه الحقيقيه.

و ربما يدعى انعقاد المعاطاه بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثمن من غير صدق إعطاءٍ أصلاً، فضلاً عن التعاطى، كما تعارف أخذ الماء مع غيبه السقاء، و وضع الفلس في المكان المعدَّ له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقَّرات كالخضروات (٣) و نحوها، و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الأجره في كوز صاحب الحمام مع غيبته.

فالمعيار في المعاطاه: وصول العوضين، أو أحدهما (٤) مع الرضا بالتصرّف، و يظهر ذلك من المحقّق الأردبيلي رحمه الله أيضاً في مسأله المعاطاه (٥)، و سيأتي توضيح ذلك في مقامه (٦) إن شاء الله.

ص: ٧٥

١- ١) في «ف»: أو البيع.

٢- ٢) كذا في «ف»، و في غيرها: الفعلين.

٣- ٣) كذا في «ف»، و في غيرها: كالخضريات.

٤- ٤) في «ف» زياده: مقامه.

٥- ٥) انظر مجمع الفائده ١٤١: ٨.

٦- ٦) سيأتي في الصفحه ١١٢-١١٣.

ثمّ إنّه لو قلنا بأنّ اللفظ الغير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاه، أمكن خلوّ المعاطاه من الإعطاء و الإيصال رأساً، فيتقاولان على مبادله شىء بشىء من غير إيصال، ولا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك، و أمّا على القول بالإباحه، فالإشكال المتقدّم هنا آكد.

ص: ٧٤

الأمر (١) الثالث تميّز البائع من المشتري في المعاطاه الفعلية

مع كون أحد العوضين ممّا تعارف جعله ثمنًا—كالدرهم و الدينار و الفلوس المسكوكة—واضح؛ فإنّ صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرّح بالخلاف.

و أمّا مع كون العوضين من غيرها، فالثمن ما قصد (٢) قيامه مقام الثمن (٣) في العوضيه، فإذا أعطى الحنطه في مقابل اللحم قاصداً إنّ هذا المقدار (٤) من الحنطه يسوى درهماً هو ثمن اللحم، فيصدق عرفاً (٥) أنه اشترى اللحم بالحنطه، و إذا انعكس انعكس الصدق، فيكون المدفوع بتيه البدليه عن الدرهم و الدينار هو الثمن، و صاحبه هو (٦) المشتري.

و لو لم يلاحظ إلّا كون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون تيه قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيه، أو لوحظ قيمه في كليهما، بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم، و ذلك المقدار (٧) من الحنطه بدرهم،

ص: ٧٧

١-١ من «ص».

٢-٢ في «ف»: ما قصد.

٣-٣ في «ف»، «خ»، «ع» و «ص»: المثلث.

٤-٤ في «ف»: القدر.

٥-٥ لم ترد «عرفاً» في «ف».

٦-٦ لم ترد «هو» في «ف».

٧-٧ في «ف»: القدر.

فتعاطيا من غير سبق مقاوله تدلّ على كون أحدهما بالخصوص بائعاً:

ففى كونه بيعاً و شراءً بالنسبه إلى كلّ منهما؛ بناءً على أنّ البيع لغه - كما عرفت - مبادله مالٍ بمال، و الاشتراء: ترك شىءٍ و الأخذ بغيره - كما عن بعض أهل اللغه (١) - فيصدق على صاحب اللحم أنّه باعه بحنطه، و أنّه اشترى الحنطه، فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطه. نعم، لا - يترتب عليهما أحكام البائع و لا - المشتري؛ لانصرافهما فى أدله تلك الأحكام إلى من اختصّ بصفه (٢) البيع أو الشراء، فلا يعمّ من كان فى معامله واحده مصداقاً لهما باعتبارين.

أو كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أولاً؛ لصدق الموجب عليه، و شراءً بالنسبه إلى الآخذ؛ لكونه قابلاً عرفاً.

أو كونها (٣) معاطاه مصالحه؛ لأنها بمعنى التسالم على شىء؛ و لذا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه: «لك ما عندك، و لى ما عندى» (٤) على الصلح (٥).

ص: ٧٨

١ - ١) انظر لسان العرب ٧: ١٠٣، و القاموس ٤: ٣٤٨، مادّه: «شرى».

٢ - ٢) فى «خ»، «ع» و «ص»: «بصيغه»، و فى نسخه بدلها: بصفه.

٣ - ٣) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرها: «كونهما»، و تأنيث الضمير باعتبار الخبر، كما هى طريقه المصنّف قدّس سرّه.

٤ - ٤) الوسائل ١٣: ١٦٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأوّل.

٥ - ٥) فإنّهم استدلّوا بالروايه المذكوره على صحّه المصالحه مع جهاله المصطلحين بما وقعت فيه المنازعه، انظر المسالك

٤: ٢٦٣، و الحدائق ٢١: ٩٢، و الجواهر ٢٦: ٢١٦.

أو كونها معاوضه مستقله لا يدخل تحت العناوين المتعارفه، وجوه.

لا- يخلو ثانيها عن قوه؛ لصدق تعريف «البائع» لغه و عرفاً على الدافع أولاً دون الآخر، و صدق «المشترى» على الآخذ أولاً، دون الآخر، فتدبر.

ص: ٧٩

الأمر (١) [الرابع أن أصل المعاطاه - وهي إعطاء كل منهما الآخر (٢) ماله - يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه:

أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر،

فيكون الآخر (٣) في أخذه قابلاً و مملكاً (٤) بإزاء ما يدفعه، فلا يكون في دفعه العوض إنشاء تملك، بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون الإيجاب و القبول (٥) بدفع العين الأولى و قبضها، فدفع العين الثاني (٦) خارج عن حقيقه المعاطاه، فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه؛ و بهذا الوجه صححنا سابقاً (٧) عدم توقف المعاطاه على قبض كلا العوضين، فيكون إطلاق المعاطاه عليه من حيث حصول المعامله فيه بالعطاء دون القول، لا من حيث كونها متقومه

ص: ٨٠

١-١ من «ص».

٢-٢ في «ف»: لآخر.

٣-٣ عبارته «فيكون الآخر» ساقطه من «ش».

٤-٤ كذا في «ش»، و مصححتي «ن» و «ص»، و في «ف»: «أو مملكاً»، و في سائر النسخ: و مملكاً.

٥-٥ ورددت عبارته «إنشاء تملك - إلى - الإيجاب و القبول» في «ف» هكذا: أنشأ نفسه بإزاء ما تملكه، فيكون تملك، بل دفع لما التزمه على الإيجاب و القبول.

٦-٦ كذا في النسخ، و الصواب: الثانيه، كما في مصححه «ص».

٧-٧ راجع الصفحه ٧٤-٧٥.

بالعطاء من الطرفين.

و مثله فى هذا الإطلاق: لفظ «المصالحة» و«المساقاة» و«المزارعه» و«المؤاجره» و غيرها، و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاه فى الرهن و القرض و الهبه، و ربما يستعمل فى المعامله الحاصله بالفعل و لو لم يكن عطاء، و فى صحته تأمل.

ثانيها

ثانيها (١): أن يقصد كلٌّ منهما تملك الآخر ماله بإزاء تملك ماله إيّاه،

فيكون تملكاً (٢) بإزاء تملك، فالمقاوله بين التملكين لا الملكين، و المعامله متقومه بالعطاء من الطرفين (٣)، فلو مات الثانى قبل الدفع لم يتحقق المعاطاه.

و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبه المعوضه؛ لكون كلٍّ من المالين خالياً عن العوض، لكن إجراء حكم الهبه المعوضه عليه مشكل؛ إذ لو لم يملكه الثانى هنا لم يتحقق التملك من الأول؛ لأنه إنّما ملكه بإزاء تملكه، فما لم يتحقق تملك الثانى لم يتحقق تملكه (٤)، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً عند تملك الأول على نحو الداعى، لا العوض، فلا يقدر تخلفه.

فالأولى أن يقال: إنّها مصالحه و تسالم على أمرٍ معين أو معاوضه مستقله.

ص: ٨١

١-١ فى «ف»: الثانى.

٢-٢ كذا فى «ف»، و فى غيرها: تملك.

٣-٣ عبارته «من الطرفين» ساقطه من «ف».

٤-٤ كذا فى «ف»، و فى «ص» و«ش»: «تملكه»، و فى «ن» و«م»: «تملكاً»، و فى «خ» و«ع»: «تملك».

ثالثها: أن يقصد الأول إباحه ماله بعوض،

فيقبل الآخر بأخذه إتياءه، فيكون الصادر من الأول الإباحه بالعوض، و من الثاني -بقبوله لها- التملك، كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كل منهما الإباحه بإزاء إباحه الآخر

(١)

، فيكون إباحه بإزاء إباحه، أو إباحه بداعي (٢) إباحه، على ما تقدّم نظيره في الوجه الثاني من إمكان تصوّره على نحو الداعي، و على نحو العوضيه.

و كيف كان، فالإشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين لهما، و منشأ الإشكال:

أولاً - الإشكال في صحّه إباحه (٣) جميع التصرفات حتى المتوقّفه على ملكيه المتصرف، بأن يقول: أبحث لك كلّ تصرف، من دون أن يملكه العين.

و ثانياً - الإشكال في صحّه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مرّكب من إباحه و تملك.

فقول: أمّا إباحه جميع التصرفات حتى المتوقّفه على الملك، فالظاهر (٤) أنّها (٥) لا تجوز؛ إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ

ص: ٨٢

١-١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «آخر»، و في مصحّحه «ع» و نسخه بدل «ش»: أخرى.

٢-٢) كذا في «ص»، و في غيرها: لداعي.

٣-٣) لم ترد «إباحه» في «ف».

٤-٤) لم ترد «فالظاهر» في «ف».

٥-٥) كذا في «ش»، و في غيرها: أنّه.

لغير المالك بمجرد إذن المالك؛ فإنّ إذن المالك ليس مشرعاً، وإنّما يمضى فيما يجوز شرعاً، فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه- بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره- غير معقول- كما صرح به العلامة في القواعد (١)- فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه؟ نعم، يصحّ ذلك بأحد وجهين، كلاهما في المقام مفقود (٢):

أحدهما: أن يقصد المبيع بقوله: «أبحت لك أن تباع مالي لنفسك» أن ينشأ (٣) توكيلاً له في بيع ماله له، ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة، أو في نقله أولاً- إلى نفسه ثم بيعه، أو تمليكاً له بنفس هذه الإباحة، فيكون إنشاء تمليك له، ويكون بيع المخاطب بمنزله قبوله، كما صرح في التذكرة: بأن قول الرجل (٤) لمالك العبد: «أعتق عبدك عنّي بكذا» استدعاءً لتمليكه، وإعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء (٥)، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب، و يقدر وقوعه قبل العتق آنأ ما، فيكون هذا بيعاً ضمناً لا يحتاج إلى الشروط المقرّره

ص: ٨٣

١- ١) انظر القواعد ١:١٦٦، وفيه: «لأنّه لا يتصوّر أن يبيع ملك غيره لنفسه»،

٢- ٢) في مصحّحه «ن»: مفقودان.

٣- ٣) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ع»، «ص» و نسخه بدل «ش»: «إنشاء توكيل»، و نسبه الشهيدى- فى شرحه- إلى بعض النسخ المصحّحه، انظر هدايه الطالب: ١٨٠.

٤- ٤) وردت عبارته «بمنزله قبوله»- إلى قول الرجل «في «ف» هكذا: بمنزله قبول له، كما صرح به فى التذكرة بأن يقول الرجل.

٥- ٥) التذكرة ١:٤٦٢.

لعقد البيع، ولا - شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن في نقل المال إلى نفسه أولاً، ولا في نقل الثمن إليه ثانياً، ولا قصد التمليك بالإباحة المذكورة، ولا - قصد المخاطب التملك (١) عند البيع حتى يتحقق تمليك (٢) ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب، كما كان مقصوداً و لو إجمالاً في مسأله «أعتق عبدك عنى»؛ و لذا عدّ (٣) العامه و الخاصه من الأصوليين دلاله هذا الكلام على التمليك من دلاله الاقتضاء التي عرفوها: بأنّها دلاله مقصوده للمتكلّم يتوقف صحه الكلام عقلاً أو شرعاً عليه، فمثلاً للعقلى (٤) بقوله تعالى: وَ سئلَ القَرَبَةَ (٥)، و للشرعى (٦) بهذا المثال (٧)، و من المعلوم - بحكم الفرض - أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلّا مجرد الإباحة.

الثانى: أن يدلّ دليل شرعى على حصول الملكيه للمباح له بمجرد الإباحه، فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند إرادته البيع آنأ ما، فيقع البيع فى ملكه (٨)، أو يدلّ دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع

ص: ٨٤

١ - ١) فى «ف»: التمليك.

٢ - ٢) فى «ف» بدل «تمليك»: قصد.

٣ - ٣) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: عدّه.

٤ - ٤) فى «ف»: العقلى.

٥ - ٥) يوسف: ٨٢.

٦ - ٦) فى «ف»: و الشرعى.

٧ - ٧) انظر: الإحكام فى أصول الأحكام؛ للآمدى ٣: ٧٢ (طبعه دار الكتاب العربى)، و الوافيه فى أصول الفقه: ٢٢٨.

٨ - ٨) كذا فى «ش»، و فى «ف» و «خ»: «يقع المبيع فى ملكه له»، و هكذا فى سائر النسخ مع اختلافٍ يسير، إلّا أنه صُحِّح فى بعضها بما فى المتن.

بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص آنأ ما لا يقبل غير العتق؛ فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آنأ ما؛ للجمع بين الأدله.

و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه؛ إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحه هذه الإباحه العامه، و إثبات صحته بعموم مثل «الناس مسلطون على أموالهم» (١) يتوقف على عدم مخالفه مؤداه لقواعد أخر مثل: توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثلن مالاً. له، و توقف صحه العتق على الملك، و صحه الوطاء على التحليل بصيغه خاصه، لا- بمجرد الإذن في مطلق التصرف.

و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور، بل قيل: لم يوجد خلاف (٢)، في أنه لو دفع إلى غيره مالاً و قال: اشتر به لنفسك طعاماً-من غير قصد الإذن في اقتراض المال قبل الشراء، أو اقتراض الطعام، أو استيفاء الدين منه بعد الشراء-لم يصح، كما صرح به في مواضع من القواعد (٣)، و علله في بعضها (٤) بأنه لا يعقل شراء شيء لنفسه

ص: ٨٥

١-١) عوالى اللآلى ٢٢٢:١، الحديث ٩٩.

٢-٢) قاله صاحب الجواهر قدس سره، انظر الجواهر ١٧٤:٢٣.

٣-٣) لم نظفر على التصريح بذلك إلأ في مورد واحد، و هو حكم التسليم و القبض، انظر القواعد ١٥١:١.

٤-٤) لا يوجد هذا التعليل في المورد المتقدم، نعم قال في كتاب الرهن: «و لو قال: بعه لنفسك بطل الإذن؛ لأنه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه»، القواعد ١٦٦:١. و سيأتى نقل المؤلف لهذا المطلب بعينه من كتب العلامه لا خصوص القواعد، في الصفحه

بمال الغير (١). و هو كذلك؛ فإن مقتضى مفهوم المعاوضه و المبادله دخول العوض فى ملك من خرج المعوض (٢) عن ملكه، و إلا لم يكن عوضاً و بدلاً؛ و لما ذكرنا حكم الشيخ (٣) و غيره (٤) بأن الهبه الخاليه عن الصيغه تفيد إباحه التصرف، لكن لا يجوز و طء الجاربه مع أن الإباحه المتحققه من الواهب تعم جميع التصرفات.

و عرفت أيضاً: أن الشهيد فى الحواشى لم يجوز إخراج المأخوذ بالمعاطه فى الخمس و الزكاه و ثمن الهدى، و لا و طء الجاربه (٥)، مع أن مقصود المتعاطين الإباحه المطلقه.

و دعوى: أن الملك التقديرى هنا أيضاً لا- يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفى الدلاله بمجرد (٦) الجمع بين عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٧) الدال على جواز هذه الإباحه المطلقه، و بين أدله توقف مثل العتق و البيع على الملك (٨)، نظير الجمع بين الأدله فى الملك التقديرى،

ص: ٨٦

-
- ١-١) فى «ف»: بمال غيره.
 - ٢-٢) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: العوض.
 - ٣-٣) المبسوط ٣:٣١٥.
 - ٤-٤) الدروس ٢:٢٩١.
 - ٥-٥) راجع الصفحه ٣٥ و ٧٠.
 - ٦-٦) كذا فى النسخ، و المناسب: يكفى فى الدلاله مجرد...
 - ٧-٧) عوالى اللآلى ١:٢٢٢، الحديث ٩٩.
 - ٨-٨) راجع: الوسائل ٦:١٦، الباب ٥ من أبواب العتق، و ٢٤٨:١٢-٢٥٢، الباب ١ و ٢ من أبواب عقد البيع، و عوالى اللآلى ٢:٢٩٩، الحديث ٤، و الصفحه ٢٤٧، الحديث ١٦.

مدفوعة: بأنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» إنّما يدلّ على تسلّط الناس على أموالهم لا- على أحكامهم، فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحه المالك كل تصرّفٍ جائز شرعاً، فالإباحه وإن كانت مطلقة، إلّا أنّه لا يباح بتلك الإباحه المطلقة إلّا ما هو جائز بذاته في الشريعة.

و من المعلوم: أنّ بيع الإنسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدالّ على لزوم دخول العوض في ملك مالك المعوض، فلا- يشمله العموم في «الناس مسلّطون على أموالهم» حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلّه الدالّاه على توقّف البيع على الملك، فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى أنّاً ما.

و بالجمله، دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم على عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» الدالّ على إمضاء الإباحه المطلقة من المالك على إطلاقها، نظير حكومه دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم (1) وجوب الوفاء بالندر و العهد إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر.

نعم، لو كان هناك تعارض و تراحم من (2) الطرفين، بحيث أمكن تخصيص كلّ منهما لأجل الآخر، أمكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى أنّاً ما، فتأمل.

ص: ٨٧

١ - ١) من الكتاب: الآيه ٢٩ من سوره الحجّ، و الآيه ٩١ من سوره النحل، و الآيه ٣٤ من سوره الإسراء، و من السنّه: ما ورد في الوسائل ١٦: ١٨٢، كتاب النذر و العهد.

٢ - ٢) في «ف»: في.

و أمّا حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع و العتق، فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكاً تقديرياً نظير الملك التقديري في المديه بالنسبه إلى الميت، أو شراء العبد المعتق عليه، بل هو ملك حقيقيّ حاصل قبل البيع من جهه كشف البيع عن الرجوع قبله في الآن المتصل؛ بناءً على الاكتفاء بمثل هذا في الرجوع، و ليس كذلك فيما نحن فيه.

و بالجملة، فما نحن فيه لا ينطبق على التملك الضمني المذكور أولاً في «أعتق عبدك عني»؛ لتوقفه على القصد، و لا على الملك المذكور ثانياً في شراء من ينعق عليه؛ لتوقفه على التنافي بين دليل التسلّط و دليل توقّف العتق على الملك، و عدم حكمه الثاني على الأول، و لا على التملك الضمني المذكور (1) ثالثاً في بيع الواهب و ذى الخيار؛ لعدم تحقّق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه، فلم يبق إلّا الحكم بطلائح الإذن في بيع ماله لغيره، سواء صرّح بذلك كما لو قال: «بع مالى لنفسك»، أو «اشتر بمالى لنفسك»، أم أدخله في عموم قوله:

«أبحت لك كلّ تصرف»، فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك إمّا لازماً؛ بناءً على أنّ قصد (2) البائع البيع (3) لنفسه غير مؤثّر (4)، أو موقوفاً على الإجازة؛ بناءً على أنّ المالك لم ينو تملك الثمن.

ص: ٨٨

١- ١) لم ترد «المذكور» في «ف».

٢- ٢) في «خ» و نسخه بدل «ع» و «ص»: نيّه.

٣- ٣) لم ترد «البيع» في «خ»، «م»، «ع» و «ص».

٤- ٤) في «ف» و «خ»: غير مؤثّره.

هذا، ولكن الذي يظهر من جماعه-منهم قطب الدين (١) والشهيد قدس سرهما-في باب بيع الغاصب: أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والإذن في إتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، وأنه يملك الثمن (٢) بدفعه إليه، فليس للمالك إجازه هذا الشراء (٣).

ويظهر أيضاً من محكي المختلف، حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جاريه بعين مغضوبه أن له وطء الجارية مع علم البائع بغصبيته الثمن، فراجع (٤). و مقتضى ذلك: أن يكون تسليط الشخص لغيره على ماله وإن لم يكن على وجه الملكيه يوجب جواز التصرفات المتوقّفه على الملك، فتأمل. وسيأتي توضيحه في مسأله الفضولي إن شاء الله تعالى.

وأقياً الكلام في صحه الإباحه بالعوض-سواء صححنا إباحه التصرفات المتوقّفه على الملك أم خصصنا الإباحه بغيرها- فمحصي له: أن هذا النحو من الإباحه المعوضه ليست معاوضه مائيه ليدخل كل من العوضين في ملك مالك العوض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، إلا أن

ص: ٨٩

١-١) و هو محمد بن محمد الرازي البويهى، من تلامذه العلّامة الحلّي قدس سرّه، و روى عنه الشهيد قدس سرّه، و هو من أولاد أبي جعفر ابن بابويه، ذكره الشهيد الثاني في بعض إجازاته-و غيره. أنظر رياض العلماء ١٦٨:٥.

٢-٢) في «ش»: المضمن.

٣-٣) يظهر ذلك ممّا قالاه في حاشيتهما على القواعد، على ما حكاها عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٩٢:٤.

٤-٤) راجع المختلف ٢٥٩:٥.

المباح له يستحقّ التصرف؛ فيشكل الأمر فيه (١) من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعاً و عرفاً، مع التأميل في صدق التجاره عليها (٢)، فضلاً عن البيع، إلا أن يكون نوعاً من الصلح، لمناسبه (٣) له لغه؛ لأنه في معنى التسالم على أمر بناءً على أنه لا يشترط فيه لفظ «الصلح»، كما يستفاد من بعض الأخبار الداله على صحته بقول المتصالحين: «لك ما عندك و لى ما عندى» (٤)، و نحوه ما ورد في مصالحه الزوجين (٥)، و لو كانت معامله مستقله كفى فيها عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٦)، و «المؤمنون عند شروطهم» (٧).

و على تقدير الصحه، ففى لزومها مطلقاً؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»؛ أو من طرف المباح له؛ حيث إنه يخرج ماله عن ملكه، دون المبيع؛ حيث إن ماله باقٍ على ملكه، فهو مسلط عليه، أو جوازها مطلقاً، وجوه، أقواها أولها، ثم أوسطها.

و أمّا حكم الإباحه بالإباحه، فلا إشكال فيه أيضاً يظهر ممّا ذكرنا فى سابقه، و الأقوى فيها أيضاً الصحه و اللزوم؛ للعموم، أو الجواز من الطرفين؛ لأصاله التسلط.

ص: ٩٠

١-١) كذا، و لعلّ تذكير الضمير باعتبار عوده إلى «هذا النحو».

٢-٢) أى الإباحه المعوضه.

٣-٣) فى «ش»: لمناسبته.

٤-٤) الوسائل ١٦٦:١٣، الباب ٥ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأول.

٥-٥) انظر الوسائل ٩٠:١٥-٩١، الباب ١١ من أبواب القسم و النشوز.

٦-٦) عوالى اللآلى ٢٢٢:١، الحديث ٩٩.

٧-٧) الوسائل ٣٠:١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

الأمر (١) [الخامس في حكم جريان المعاطاه في غير البيع من العقود و عدمه

إعلم أنه ذكر المحقق الثاني رحمه الله في جامع المقاصد-على ما حكى عنه:- أن في كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه في الإجاره، و كذا في (٢) الهبه؛ و ذلك لأنه (٣) إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معيّن فعمله استحقّ (٤) الأجره، و لو كانت هذه إجاره فاسده لم يجز له العمل، و لم يستحقّ أجره مع علمه بالفساد، و ظاهرهم الجواز بذلك، و كذا لو وهب بغير عقد؛ فإنّ ظاهرهم جواز الإتلاف، و لو كانت هبه فاسده لم يجز، بل منع (٥) من مطلق التصرف، و هي ملحظ (٦) و جيه (٧)، انتهى.

و فيه: أن معنى جريان المعاطاه في الإجاره على مذهب المحقق الثاني: الحكم بملك المأمور (٨) الأجر المعيّن على الأمر، و ملك الأمر العمل

ص: ٩١

١- ١) من «ص».

٢- ٢) عبارته «كذا في» من «ش» و المصدر و هامش «ص».

٣- ٣) في غير «ش»: أنه.

٤- ٤) في «خ»، «م»، «ع»، «ص» و المصدر: «عمله، و استحقّ»، و في «ف»: و عمله استحقّ.

٥- ٥) في «ص»: يمنع.

٦- ٦) في المصدر: و هو ملخص.

٧- ٧) جامع المقاصد ٤: ٥٩.

٨- ٨) لم ترد «المأمور» في «ف».

المعِين على المأمور به، و لم نجد من صرح به فى المعاطاه.

و أما قوله: «لو كانت إجاره فاسده لم يجر له العمل» فموضع (١) نظر؛ لأنّ فساد المعامله لا يوجب منعه عن (٢) العمل، سيّما إذا لم يكن العمل تصرفاً (٣) فى عين من أموال المستأجر.

و قوله: «لم يستحقّ اجره مع علمه بالفساد»، ممنوع؛ لأنّ الظاهر ثبوت اجره المثل؛ لأنه لم يقصد التبرّع و إنّما قصد عوضاً لم يسلم له.

و أمّا مسأله الهبه، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاه فيها (٤)، إلّا إذا قلنا فى المعاطاه بالإباحه؛ فإنّ جماعه - كالشيخ (٥) و الحلى (٦) و العلّامه (٧) - صرّحوا بأنّ إعطاء الهديه من دون الصيغه يفيد الإباحه دون الملك، لكنّ المحقّق الثانى رحمه الله ممّن لا يرى (٨) كون (٩) المعاطاه عند القائلين بها مفيداً للإباحه المجرّده (١٠).

و توقّف الملك فى الهبه على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متّفقاً

ص: ٩٢

١-١) كذا فى «ش»، و فى غيرها: موضع.

٢-٢) فى «ف»: من.

٣-٣) لم ترد «تصرفاً» فى «ف».

٤-٤) كذا فى «ش»، و فى غيرها: فيه.

٥-٥) المبسوط ٣:٣١٥.

٦-٦) السرائر ٣:١٧٧.

٧-٧) القواعد ١:٢٧٤.

٨-٨) فى «ف» و «خ» و مصحّحه «ن»: لا يرضى.

٩-٩) كذا فى «ص»، و فى غيرها: بكون.

١٠-١٠) جامع المقاصد ٤:٥٨.

عليه كما يظهر من المسالك (١).

و ممّا ذكرنا يظهر المنع في قوله: «بل مطلق التصرف».

هذا، ولكن الأظهر بناءً على جريان المعاطاه في البيع جريانها في غيره من الإجاره و الهبه؛ لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما (٢).

و ظاهر المحكي عن التذكرة: عدم القول بالفصل بين البيع و غيره؛ حيث قال في باب الرهن: إنّ الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاه و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكوره (٣) في البيع آت هنا (٤)، انتهى.

لكن استشكله في محكي جامع المقاصد: بأنّ البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع، بخلاف ما هنا (٥).

و لعلّ وجه الإشكال: عدم تأتّي المعاطاه بالإجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع؛ لأنّها هناك إمّا مفيدة للإباحه أو الملكيه الجائزه-على الخلاف-و الأول غير متصوّر هنا، و أمّا الجواز (٦) فكذلك؛ لأنّه ينافي الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، خصوصاً بملاحظه أنّه لا يتصوّر هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم، ليحصل به الوثيقه في بعض الأحيان.

ص: ٩٣

١-١) المسالك ١٠:٦.

٢-٢) في «ف»: فيها.

٣-٣) في «ش» و مصحّحه «ن»: المذكور.

٤-٤) التذكرة ١٢:٢.

٥-٥) جامع المقاصد ٤٥:٥.

٦-٦) العبارة في «ف» هكذا: هناك أمّا الجواز.

و إن جعلناها مفيدة للزوم، كان مخالفاً لما أطبقوا عليه من توقّف العقود اللازمه على اللفظ، و كأنّ هذا هو الذى دعا المحقّق الثانى إلى الجزم بجريان المعاطاه فى مثل الإجاره و الهبه و القرض (١)، و الاستشكال فى الرهن.

نعم، من لا- يبالى مخالفة ما هو المشهور، بل المتفق عليه بينهم، من توقّف العقود اللازمه على اللفظ، أو حمل تلك العقود على اللازمه من الطرفين، فلا يشمل الرهن- و لذا جوّز بعضهم (٢) الإيجاب بلفظ الأمر كـ «خذه»، و الجملة الخبرية- أمكن أن يقول بإفاده المعاطاه فى الرهن للزوم؛ لإطلاق بعض أدلّه الرهن (٣)، و لم يقم هنا إجماع على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات.

و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض؛ لأنّ القول فيه باللزوم منافٍ لما اشتهر بينهم من توقّف اللزوم على اللفظ، و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع، فتأمل.

نعم، احتمال (٤) الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من

ص: ٩٤

-
- ١- ١) تقدّم- منه قدّس سرّه- ما يرتبط بالأوّلين فى الصفحه ٩١، و أمّا بالنسبه إلى القرض فليراجع جامع المقاصد ٥: ٢٠.
 - ٢- ٢) كالشهيد قدّس سرّه فى كتاب الرهن من الدروس ٣: ٣٨٣.
 - ٣- ٣) مثل قوله تعالى: ^قفَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ البقره: ٢٨٣، و مثل ما ورد فى الوسائل ١٣: ١٢١، كتاب الرهن.
 - ٤- ٤) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: «يظهر»، و فى نسخه بدل «خ»، «م» و «ع»: يحتمل.

الذكرى (١) تبعاً للشيخ رحمه الله (٢).

ثم إنَّ الملزم للمعاطاه فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم فى باب البيع، كما سنتبه به بعد هذا الأمر.

ص: ٩٥

١-١) الذكرى: ١٥٨.

٢-٢) المبسوط ١: ١٦٢.

الأمر السادس في ملزمات المعاطاه على كل من القول بالملك و القول بالإباحه

إعلم: أنّ الأصل على القول بالملك اللزوم؛ لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمه (1)، و أمّا على القول بالإباحه فالأصل عدم اللزوم؛ لقاعده تسلط الناس على أموالهم، و أصاله سلطنه المالك الثابته قبل المعاطاه، و هي حاكمه على أصاله بقاء الإباحه الثابته قبل رجوع المالك لو سلّم جريانها.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ تلف العوضين ملزم إجماعاً-على الظاهر المصرّح به في بعض العبائر (2)- أمّا على القول بالإباحه فواضح؛ لأنّ تلفه من مال مالكة و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه، و توهم جريان قاعده الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء (3).

و أمّا على القول بالملك، فلما عرفت (4) من أصاله اللزوم، و المتيقن

ص: ٩٦

١- ١) المتقدمه في الصفحه ٥١-٥٦.

٢ - ٢) صرّح بعدم الخلاف: المحدّث البحراني في الحقائق ١٨:٣٦٢، و الشيخ الكبير - كاشف الغطاء - في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه: ٥٠، و السيّد المجاهد في المناهل: ٢٦٩، و السيّد العامل في مفتاح الكرامه ٤:١٥٧.

٣- ٣) يجيء في الصفحه ٩٨ عند قوله: و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محلّه.

٤- ٤) في الصفحه ٥١.

من مخالفتها جواز تراءد العينين (١)، و حيث ارتفع مورد التراءد امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعامله على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف؛ لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا مانع من بقائه، بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما (٢)، بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع فى العين، نظير جواز الرجوع فى العين الموهوبه، فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز (٣)، بل الجواز هنا يتعلق (٤) بموضوع التراءد، لا مطلق الرجوع الثابت فى الهبه.

هذا، مع أن الشك فى أن متعلق الجواز هل هو أصل (٥) المعامله أو الرجوع فى العين، أو تراءد العينين؟ يمنع من استصحابه؛ فإن المتيقن تعلقه بالتراءد؛ إذ لا دليل فى مقابله أصاله اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراءد العينين الذى لا يتحقق إلّا مع بقائهما.

و منه يعلم حكم ما لو تلف إحدى العينين أو بعضها على القول بالملك.

و أما على القول بالإباحه، فقد استوجه بعض مشايخنا (٦) -وفاً

ص: ٩٧

١- ١) كذا فى «ف»، «ش» و نسخه بدل «م»، «ع»، «ص» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: العين.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: تلفها.

٣- ٣) فى «ف»: للجواز.

٤- ٤) فى «ف»: متعلق.

٥- ٥) لم ترد «أصل» فى «ف».

٦- ٦) و هو السيد المجاهد فى المناهل: ٢٦٩.

لبعض معاصريه (١)، تبعاً للمسالك (٢) -أصالة عدم اللزوم؛ لأصالة بقاء سلطنه مالك العين الموجوده، وملكه لها.

و فيه: أنّها معارضه بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف (٣) أو قيمته، و التمسك بعموم «على اليد» هنا في غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا -بعده إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه و لم يرد الرجوع، إنّما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع، و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنّ أصالة بقاء السلطنه حاكمه على أصالة عدم الضمان بالمثل أو قيمه، مع أنّ ضمان (٤) التالف ببذله معلوم، إلّا أنّ الكلام في أنّ البذل هو البذل الحقيقي، أعنى المثل أو قيمه، أو البذل الجعلي، أعنى العين الموجوده، فلا أصل.

هذا، مضافاً إلى ما قد يقال: من أنّ عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يدلّ على السلطنه على المال الموجود بأخذه، و على المال التالف بأخذ بذله الحقيقي، و هو المثل أو قيمه، فتدبر.

و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمه أحد المتعاطيين، فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته، فيسقط عنه، و الظاهر أنّه في حكم التالف؛

ص: ٩٨

١ - ١) و هو الفاضل النراقي في المستند ٢: ٣٦٣.

٢ - ٢) المسالك ٣: ١٤٩.

٣ - ٣) في «ش» زياده: عنده.

٤ - ٤) ورد في «ف» بدل عبارته «و لكن يمكن أن يقال -إلى- مع أنّ ضمان» ما يلي: و لكن يمكن أن يمنع أصالة عدم الضمان بالمثل أو قيمه؛ لأنّ ضمان...

لأن الساقط لا يعود، و يحتمل العود، و هو ضعيف، و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه، فافهم.

و لو نقل العينان (١) أو إحداهما (٢) بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك؛ لامتناع التراد، و كذا على القول بالإباحه إذا قلنا بإباحه التصرفات الناقله.

و لو عادت العين بفسخ، ففي جواز التراد على القول بالملك؛ لإمكانه فيستصحب، و عدمه؛ لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه، و جهان. أجمدهما ذلك؛ إذ لم يثبت في مقابله أصاله اللزوم جواز التراد بقولٍ مطلق، بل المتيقن منه غير ذلك، فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

و كذا على القول بالإباحه؛ لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف، فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني، فلا دليل على زواله، بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك؛ لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب، بل المحقق أصاله بقاء سلطنه المالك الأول المقطوع بانتفائها.

نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحاً لغيره ما لم يستردّ عوضه، كان مقتضى قاعده السلطنه جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقياً على ملك مالكه الأول، أو عائداً (٣) إليه بفسخ.

ص: ٩٩

١- ١) كذا في «ش»، و في غيرها: العينين.

٢- ٢) في «ف»: أحدهما.

٣- ٣) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: و عائداً.

و كذا لو قلنا: بأنّ (١) البيع لا- يتوقّف على سبق الملك، بل يكفي فيه إباحه التصرّف و الإنلاف، و يملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعه فى الأمر الرابع (٢).

لكنّ الوجهين (٣) ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

و لو كان الناقل عقداً جائزاً لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق، و تحصيله غير واجب، و كذا على القول بالإباحه؛ لكون المعاوضه كاشفه عن سبق الملك.

نعم، لو كان غير معاوضه كالهبه، و قلنا بأنّ التصرّف فى مثله لا يكشف (٤) عن سبق الملك- إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالاً لواحد و انتقال المعوّض (٥) إلى الآخر (٦)، بل الهبه ناقله للملك (٧) عن ملك المالك إلى المتّهب فيتحقّق حكم جواز الرجوع بالنسبه إلى المالك لا الواهب- أتجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين

ص: ١٠٠

١-١ فى «ف»: أنّ.

٢-٢ تقدّم استظهار ذلك عن قطب الدين و الشهيد قدّس سرّهما فى الصفحه ٨٩.

٣-٣ كذا فى «ش» و مصحّحه «ص»، و فى غيرهما: الوجهان.

٤-٤ كذا فى «ش» و نسخه بدل «م»، «ع»، «ص» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: للكشف.

٥-٥ كذا فى «ف» و «ش»، و أمّا سائر النسخ، ففى بعضها: «لانتقال العين»، و فى بعضها: «انتقال العين».

٦-٦ فى مصحّحه «ن» و «خ»: آخر.

٧-٧ لم ترد «للملك» فى «ف».

الأخرى أو عودها إلى مالِكها (١) بهذا النحو من العود؛ إذ لو عادت (٢) بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

و لو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأول، على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً كبيعته و سائر تصرفاته الناقله.

و لو أجاز المالك الثاني، نفذ بغير إشكال.

و ينعكس الحكم إشكالاً و وضوحاً على القول بالإباحه، و لكل منهما ردّه قبل إجازته الآخر.

و لو رجع الأول فأجاز الثاني، فإن جعلنا الإجازة كاشفه لغى الرجوع، و يحتمل عدمه؛ لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ (٣) و يلغو الإجازة، و إن جعلناها ناقله لغت الإجازة قطعاً.

و لو امتزجت العينان أو إحداهما، سقط الرجوع على القول بالملك؛ لامتناع التراد، و يحتمل الشركه، و هو ضعيف.

أمّا على القول بالإباحه، فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير، فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به، نعم لو كان المزج ملحقاً له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

و لو تصرف في العين تصرفاً مغتيراً للصوره - كطحن الحنطه و فصل الثوب - فلا لزوم على القول بالإباحه، و على القول بالملك، ففي اللزوم

ص: ١٠١

١- ١) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: عوده إلى مالِكه.

٢- ٢) في غير «ش»: لو عاد.

٣- ٣) كذا في «ف»، «ش» و نسخه بدل «ن»، و في «ص»: و يفسد، و في سائر النسخ: فيفسد.

وجهان مبيتان على جريان استصحاب جواز التراد، و منشأ الإشكال:

أن الموضوع في الاستصحاب عرفي أو حقيقي.

ثم إنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسأله المعاطاه نظير الفسخ في العقود اللازمه حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداءً أو في ضمن المعامله، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبه، و على القول بالإباحه نظير الرجوع في إباحه الطعام، بحيث ينط الحكم فيه بالرضا الباطني، بحيث لو علم كراهه المالك باطناً لم يجر له التصرف، فلو مات أحد المالكين لم يجر لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل؛ لأنّ مَن له و إليه الرجوع هو المالك الأصلي، و لا يجرى الاستصحاب.

و لو جُنَّ أحدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين.

ص: ١٠٢

الأمر (١) [السابع أن الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين في صيروره المعاطاه بيعاً بعد التلف أو معاوضه مستقله،

قال: يحتمل الأول؛ لأنّ المعاوضات محصوره و ليست إحداها، و كونها معاوضه برأسها يحتاج إلى دليل.

و يحتمل الثاني؛ لإطباقهم على أنّها ليست بيعاً حال وقوعها، فكيف تصير بيعاً بعد التلف؟ و تظهر الفائده في ترتب الأحكام المختصه بالبيع عليها، كخيار الحيوان، لو كان التالف الثمن أو بعضه. و على تقدير ثبوته، فهل الثلاثه من حين المعاطاه، أو من حين اللزوم؟ كلّ محتمل، و يشكل الأول بقولهم: «إنّها ليست بيعاً»، و الثاني بأنّ التصرف ليس معاوضه بنفسها (٢)، اللهم إلّا أن يجعل المعاطاه جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا؛ بناءً على أنّها ليست لازمه، و إنّما يتمّ على قول المفيد و من تبعه (٣)، و أمّا خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أنّ خيار المجلس منتفٍ (٤)، انتهى.

و الظاهر أنّ هذا تفرّيع على القول بالإباحه في المعاطاه، و أمّا على

ص: ١٠٣

١-١ (١) من «ص».

٢-٢ (٢) في المصدر و نسخه بدل «ن»: بنفسه.

٣-٣ (٣) من القائلين بلزوم المعاطاه كما تقدّم عنهم في الصفحه ٣٧ و غيرها.

٤-٤ (٤) المسالك ١٥١: ٣.

القول بكونها (١) مفيدة للملك المترزل، فيلغى (٢) الكلام في كونها معاوضه مستقلة أو بيعاً مترزلاً قبل اللزوم، حتى يتبعه حكمها (٣) بعد اللزوم؛ إذ الظاهر أنه (٤) عند القائلين بالملك المترزل بيع بلا إشكال (٥) في ذلك عندهم - على ما تقدم من المحقق الثاني (٦) - فإذا لم صار بيعاً لازماً، فيلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدي الذي مبناه على اللزوم لو لا الخيار، وقد تقدم (٧) أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار.

و كيف كان، فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفي لم يصححه الشارع و لم يمضه إلّا بعد تلف إحدى العينين أو ما في حكمه، و بعد التلف يترتب عليه أحكام البيع عدا ما اختصّ دليله بالبيع الواقع صحيحاً من أول الأمر.

و المحكي عن حواشي الشهيد: أن المعاطاة معاوضه مستقلة جائزه

ص: ١٠٤

١ - ١) في «ف»: بأنها.

٢ - ٢) في «ف» و مصححه «ن»: «فيبقى»، و في «ص»: «فيلغو»، و في نسخه بدل «ش»: «فينبغي»، و جاء في هامش «ن»: «الظاهر أن يقال: فلا ينبغي الكلام»، و في شرح الشهيد (١٨٧): الصحيح «ينبغي» بدل «يلغى».

٣ - ٣) كذا في النسخ، و المناسب: «حكمه»، كما في مصححه «ن».

٤ - ٤) كذا في النسخ، و المناسب: «أنها»، كما في مصححه «ن».

٥ - ٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: بل لا إشكال.

٦ - ٦) تقدم في الصفحة ٣٢.

٧ - ٧) تقدم في الصفحة ٩٧.

أو لازمه (١). و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحه و كونها معاوضه قبل الزوم، من جهه كون كل من العينين مباحاً عوضاً عن الأخرى، لكن لزوم (٢) هذه المعاوضه لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى، فلا بد أن يقول بالإباحه اللازمه، فافهم.

ص: ١٠٥

١-١) حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٥٨.

٢-٢) فى «ف» بدل «لزوم»: رفع.

الأمر (١) الثامن لا إشكال في تحقّق المعاطاه المصطلحه التي هي معركه الآراء بين الخاصّه و العامّه

بما إذا تحقّق إنشاء التمليك أو الإباحه بالفعل، و هو قبض العينين.

أمّا إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم:

فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء زائد على الإنشاء اللفظي - كما قوينا سابقاً (٢) بناءً على التخلّص بذلك عن اتّفاقهم على توقّف العقود اللازمه على اللفظ - فلا إشكال في صيروره المعامله بذلك عقداً لازماً.

و إن قلنا بمقاله المشهور من اعتبار أمور زائده على اللفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولي إلى حكم المعاطاه مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقّق (٣) به مطلقاً؟ نعم، إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقّق بعده تحقّق المعاطاه، فالإنشاء القولي السابق كالعدم، لا - عبره به و لا - بوقوع القبض بعده خالياً عن قصد الإنشاء، بل بانياً على كونه حقاً لازماً لكونه من آثار الإنشاء القولي السابق، نظير القبض في العقد الجامع للشرائط.

ص: ١٠٦

١-١ (١) من «ص».

٢-٢ (٢) في الصفحه ٦٠.

٣-٣ (٣) لم ترد عبارته «أو لا يتحقّق» في «ش».

ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين (١): الأول، تبعاً لما يستفاد من ظاهر كلام المحقق و الشهيد الثانيين.

قال المحقق في صيغ عقود-على ما حكى عنه بعد ذكره الشروط المعتبره في الصيغه (٢)-:إنه لو أوقع البيع بغير ما قلناه، و علم التراضي منهما كان معاطاه (٣)، انتهى.

و في الروضه-في مقام عدم كفايه الإشاره مع قدره على النطق-:أنها تفيد المعاطاه مع الإفهام الصريح (٤)، انتهى.

و ظاهر الكلامين:صوره وقوع الإنشاء بغير القبض، بل يكون القبض من آثاره.

و ظاهر تصريح (٥) جماعه-منهم المحقق (٦) و العلّامة (٧)-:بأنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك و كان مضموناً عليه، هو الوجه الأخير؛ لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما كان فساده من جهه مجرد (٨) اختلال شروط الصيغه-كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط

ص: ١٠٧

١ - ١) منهم: السيد المجاهد في المناهل: ٢٧٠، و الفاضل النراقي في المستند ٢: ٣٦١ - ٣٦٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٥٦: ٢٢-٢٥٧.

٢ - ٢) عبارته «على ما حكى عنه-إلى-في الصيغه» لم ترد في «ف» و «ش».

٣ - ٣) رسائل المحقق الكركي ١: ١٧٨.

٤ - ٤) الروضه البهيه ٣: ٢٢٥.

٥ - ٥) في «ع» و «ص»: و ظاهره كصريح جماعه.

٦ - ٦) الشرائع ١٣: ٢.

٧ - ٧) القواعد ١٢٣: ١.

٨ - ٨) لم ترد «مجرد» في «ف».

الصيغه، وقبل شروط العوضين و المتعاقدين و-إما (1) ما يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر.

و كيف كان، فالصوره الأولى داخله قطعاً، و لا يخفى أنّ الحكم فيها بالضمان منافٍ لجريان حكم المعاطاه.

و ربما يجمع (2) بين هذا الكلام و ما تقدّم من المحقق و الشهيد الثانيين، فيقال: إنّ موضوع المسأله فى عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلّا بزعم صحّحه المعامله، فإذا انتفت الصحّحه انتفى (3) الإذن؛ لترتبه (4) على زعم الصحّحه، فكان التصرف تصرفاً بغير إذن و أكلاً- للمال بالباطل؛ لانحصار وجه الحلل فى كون المعامله بيعاً أو تجاره عن تراضٍ أو هبه، أو نحوها من وجوه الرضا بأكل المال من غير عوض. و الأَوْلان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا البواقي؛ للقطع -من جهه زعمهما صحّحه المعامله- بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شىء فى المقابل، فالرضا المقدم كعدم. فإن تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمرّ رضاهما فلا كلام فى صحّحه المعامله، و رجعت إلى المعاطاه، كما إذا علم الرضا من أوّل الأمر بإباحتهما التصرف بأى وجهٍ اتفق، سواء صحّت المعامله أم فسدت؛ فإنّ ذلك ليس من البيع الفاسد

ص: ١٠٨

١-١) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: أو.

٢-٢) الجامع هو السيد العاملى فى مفتاح الكرامه.

٣-٣) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: انتفت.

٤-٤) فى «ف»، «خ»، «ع» و «ن»: لترتبتها، و صحّح فى «ن» بما أثبتناه فى المتن.

فى شىء (١)، انتهى (٢).

أقول: المفروض أنّ الصيغه الفاقده لبعض الشرائط لا تتضمن إلّا إنشاءً واحداً هو التمليك، و من المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل فى ضمن التمليك بعد فرض انتفاء التمليك، و الموجود بعده إن كان إنشاءً آخر فى ضمن التقابض خرج عن محلّ الكلام؛ لأنّ المعاطاه حينئذٍ إنّما تحصل به، لا بالعقد الفاقد للشرائط، مع أنّك عرفت أنّ ظاهر كلام الشهيد و المحقّق الثانيين حصول المعاطاه و المراضاه بنفس الإشاره المفهمه بقصد البيع و بنفس الصيغه الخاليه عن الشرائط، لا- بالتقابض الحاصل بعدهما.

و منه يعلم: فساد ما ذكره من حصول المعاطاه بتراضٍ جديد بعد العقد غير مبنيّ على صحّحه العقد.

ثمّ إنّ ما ذكره من التراضى الجديد بعد العلم بالفساد- مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد، دون غيره من الصور، مع أنّ كلام الجميع مطلق- يرد عليه:

أنّ هذا التراضى إن كان تراضياً آخر حادثاً بعد العقد:

فإن كان (٣) لا على وجه المعاطاه، بل كلّ منهما رضى بتصرّف الآخر فى ماله من دون ملاحظه رضا صاحبه بتصرّفه فى ماله، فهذا ليس من المعاطاه، بل هى إباحه مجانيه من الطرفين تبقى ما دام العلم

ص: ١٠٩

١- ١) مفتاح الكرامه ٤: ١٦٨.

٢- ٢) كلمه «انتهى» من «ف» و «خ».

٣- ٣) فى «ف»: و إن كان.

بالرضا، ولا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع (١)؛ لأنه كالإذن الحاصل من شاهد الحال، ولا يترتب عليه أثر المعاطاه: من الزوم بتلف إحدى العينين، أو جواز التصرف إلى حين العلم بالرجوع (٢)؛ وإن كان على وجه المعاطاه فهذا ليس إلا التراضي السابق على ملكيه كل منهما لمالك الآخر (٣)، وليس تراضياً جديداً؛ بناءً (٤) على أن المقصود بالمعاطاه التمليك كما عرفت من كلام المشهور (٥) - خصوصاً المحقق الثاني (٦) - فلا يجوز له أن يريد بقوله - المتقدم عن صيغ العقود - : «إن الصيغه الفاقده للشرائط مع التراضي تدخل في المعاطاه» (٧) التراضي (٨) الجديد الحاصل بعد العقد، لا على وجه المعاوضه.

و تفصيل الكلام: أن المتعاملين بالعقد الفاقده لبعض الشرائط: إما أن يقع تقابضهما بغير رضاً من كل منهما في تصرف الآخر - بل حصل قهراً عليهما أو على أحدهما، وإجباراً على العمل بمقتضى العقد - فلا إشكال في حرمه التصرف في المقبوض على هذا الوجه.

ص: ١١٠

١ - ١) في مصححه «ن» و«ش»: عدم العلم به و بالرجوع.

٢ - ٢) في غير «ف» و«ش» زياده: «أو مع ثبوت أحدهما»، إلا أنه شطب عليها في «ن» و«م».

٣ - ٣) في «ص»: لمال الآخر.

٤ - ٤) لم ترد «بناءً» في «ف».

٥ - ٥) راجع الصفحه ٢٥ و ما بعدها.

٦ - ٦) تقدم كلامه في الصفحه ٣٢.

٧ - ٧) تقدم في الصفحه ١٠٧.

٨ - ٨) في «ف» و«ن»: «بالتراضي»، و لكن صُحِّح في الأخير بما أثبتناه في المتن.

و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكيه الآخر اعتقاداً أو تشريعاً- كما في كل قبض وقع على هذا الوجه-؛ لأنَّ حيثه كون القابض مالكاً مستحقاً لما يقبضه (١) جهه تقييده مأخوذه في الرضا ينتفى بانتفائها في الواقع، كما في نظائره.

و هذان الوجهان ممّا لا إشكال فيه (٢) في حرمة التصرّف في العوضين، كما أنّه لا إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التملك ليكون معاطاه صحيحه عقيب عقد فاسد.

و أمّا إن وقع (٣) الرضا بالتصرّف بعد العقد من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصدٍ لإنشاء التملك (٤)، بل وقع مقارناً لاعتقاد (٥) الملكيه الحاصله، بحيث لولاها لكان الرضا أيضاً موجوداً، و كان المقصود الأصلي من المعامله التصرّف، و أوقعا العقد الفاسد و سيله له- و يكشف عنه أنّه لو سئل كلّ منهما عن رضاه (٦) بتصرّف صاحبه على تقدير عدم التملك، أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضياً- فإدخال هذا في المعاطاه يتوقّف على أمرين

ص: ١١١

١-١) في «ف»: لما يستحقّه.

٢-٢) كلمه «فيه» من «ش» فقط.

٣-٣) في «ف»: أن يقع.

٤-٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: تملك.

٥-٥) في «ف»: لاعتقاده.

٦-٦) كذا في «ف» و «ص»، و في غيرهما: من رضاه.

الأول: كفايه هذا الرضا المركوز في النفس، بل الرضا الشأني؛ لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره، وقد صرح بعض من قارب عصرنا بكفايه ذلك (١)، ولا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره (٢) إلى هذا؛ ولعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس.

الثاني: أنه لا يشترط في المعاطاه (٣) إنشاء الإباحه أو التملك بالقبض، بل ولا بمطلق الفعل، بل يكفي وصول كل من العوضين إلى مالك (٤) الآخر، والرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور.

و فيه إشكال:

من أن ظاهر محل النزاع بين العامه و الخاصه هو العقد الفعلي كما ينبى عنه قول العلّامة رحمه الله (٥) - في ردّ كفايه المعاطاه في البيع -: إن الأفعال قاصره عن إفاده المقاصد (٦)، وكذا استدلال المحقق الثاني - على عدم لزومها -: بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحه الدلاله (٧)، وكذا

ص: ١١٢:

١- ١) الظاهر هو المحقق التستري، انظر مقابس الأنوار: ١٢٨.

٢- ٢) يعنى به ما أفاده السيّد العاملى بقوله: «كما إذا علم الرضا من أول الأمر... إلخ» المتقدم في الصفحه ١٠٨.

٣- ٣) في «ش»: المباحات.

٤- ٤) كذا في «ف» و«ص»، و في غيرهما: المالك.

٥- ٥) في «ف» زياده: «في التذكره»، و لم ترد فيها عبارته الترحيم.

٦- ٦) التذكره ٤٦٢: ١.

٧- ٧) جامع المقاصد ٥٨: ٤.

ما تقدّم من الشهيد رحمه الله في قواعده: من أنّ الفعل في المعاطاه لا يقوم مقام القول، وإنّما يفيد الإباحه (١)، إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهره في أنّ محلّ الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض، وكذا كلمات العامه، فقد ذكر بعضهم أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى (٢).

و من أنّ الظاهر أنّ عنوان التعاطى (٣) في كلماتهم لمجرّد الدلاله على الرضا، و أنّ عمده الدليل على ذلك هي (٤) السيره؛ و لذا تعدّوا إلى ما إذا لم يحصل إلّا قبض أحد العوضين، و السيره موجوده في المقام -أيضاً (٥)- فإنّ بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها (٦) مع عدم حضورهم و وضعهم (٧) الفلوس في الموضع المعدّ له (٨)، و على دخول الحّمّام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامى.

ص: ١١٣

١- ١) القواعد و الفوائد ١٧٨:١، القاعده ٤٧.

٢- ٢) راجع الصفحه ٢٧.

٣- ٣) في «ف» و نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و «ش»: التقابض.

٤- ٤) في «ف»: هو.

٥- ٥) كلمه «أيضاً» من «ف» و مصحّحه «ن».

٦- ٦) في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسخه بدل «ن»: «أربابهم»، و في مصحّحه «ن» و «ص»: «أربابها».

٧- ٧) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «يضعون»، و في نسخه بدل أكثرها ما أثبتناه في المتن.

٨- ٨) في مصحّحه «ص»: «لها».

فالمعيار في المعاطاة: وصول (١) المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحة.

ص: ١١٤

١ - ١) في «ف»، «خ» و«ع»: «دخول»، و في نسخه بدل «ع»: وصول.

[الكلام فى عقد البيع]

ص: ١١٥

مقدمه في خصوص ألفاظ عقد البيع (١)

[اعتبار اللفظ في العقود و كفايه الإشاره أو الكتابه مع العجز عن التلفظ]

قد عرفت أنّ اعتبار اللفظ في البيع-بل في جميع العقود-مما نقل عليه (٢) الإجماع (٣) و تحقّق فيه الشهره العظيمه، مع الإشاره إليه في بعض النصوص (٤)، لكنّ هذا يختصّ (٥) بصوره القدره، أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم القدره على التوكيل لا إشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشاره مقامه، و كذا مع القدره على التوكيل، لا لأصالة عدم وجوبه-كما قيل (٦)-لأنّ الوجوب بمعنى الاشتراط

ص: ١١٧

١-١) سيأتى ذكر ذى المقدمه في الصفحه ١٣٠، و هو قوله: «إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول...».

٢-٢) في غير «ف» و «ش» زياده: «عقد»، إلّا أنّه شطب عليه في «ن».

٣-٣) تقدّم عن السيد ابن زهره في الصفحه ٢٩، و عن المحقّق الكركي في الصفحه ٥٧.

٤-٤) نحو قوله عليه السلام: «إنّما يُحلّل الكلام و يحزّم الكلام»، الوسائل ١٢: ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب العقود، الحديث ٤، و غير ذلك، و راجع الصفحه ٦٢-٦٣.

٥-٥) في «ف»: مختصّ.

٦-٦) قاله السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٦٤.

- كما فيما نحن فيه- هو الأصل، بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس (١)، فإنّ حمله على صورته عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب.

ثمّ لو قلنا: بأنّ الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكيه (٢)، فالقدر المخرج صورته قدره المتبايعين على مباشره اللفظ. و الظاهر أيضاً: كفايه الكتابه مع العجز عن الإشاره؛ لفحوى ما ورد من النصّ على جوازها في الطلاق (٣)، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فيه. و أمّا مع قدره على الإشاره فقد رجّح بعض (٤) الإشاره؛ و لعلّه لأنّها أصرح في الإنشاء من الكتابه. و في بعض روايات الطلاق ما يدلّ على العكس (٥)، و إليه ذهب الحلّي رحمه الله هناك (٦).

ثمّ الكلام في الخصوصيات المعتبره في اللفظ:

إشاره

تارة يقع في موادّ الألفاظ من حيث إفاده المعنى بالصراحه

ص: ١١٨

١- (١) الوسائل ٢٩٩:١٥، الباب ١٩ من أبواب الطلاق.

٢- (٢) كذا في «ف»، و في غيرها: للملكيه.

٣- (٣) الوسائل ٢٩٩:١٥، الباب ١٩ من أبواب الطلاق، الحديث الأوّل.

٤- (٤) كالشيخ الكبير كاشف الغطاء، انظر شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٤٩.

٥- (٥) مثل صحيحه البنزلي المشار إليها في الهامش ٣.

٦- (٦) السرائر ٦٧٨:٢.

و الظهور و الحقيقه و المجاز و الكنايه، و من حيث اللغه المستعمله فى معنى المعامله (١).
و أُخرى فى هيئه كلِّ من الإيجاب و القبول، من حيث اعتبار كونه بالجمله الفعلية، و كونه بالماضى.
و ثالثه فى هيئه تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاته.

[المشهور عدم جواز الإنشاء بالألفاظ الكنايه و المجازيه]

أمّا الكلام من حيث المادّه، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات.

قال فى التذكرة: الرابع من شروط الصيغه: التصريح (٢)، فلا يقع بالكنايه بيّع البتّه، مثل قوله: أدخلته فى ملكك، أو جعلته لك، أو خذه منى بكذا (٣)، أو سلّطتك عليه بكذا؛ عملاً بأصالة بقاء الملك، و لأنّ المخاطب لا يدري بَمَ خوطب (٤)، انتهى.
و زاد فى غايه المراد على الأمثله مثل (٥) قوله (٦): «أعطيتك بكذا» أو «تسلّط عليه بكذا» (٧).

ص: ١١٩

-
- ١- ١) لم ترد عبارته «و من حيث اللغه المستعمله فى معنى المعامله» فى «ف».
 - ٢- ٢) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: الصريح.
 - ٣- ٣) من «ش» و المصدر.
 - ٤- ٤) التذكرة ٤٦٢: ١.
 - ٥- ٥) لم ترد «مثل» فى «ف».
 - ٦- ٦) فى «ش»: قولك.
 - ٧- ٧) لم يزد إلّا مثلاً واحداً و هو: «أعطيتك إيّاه بكذا»، انظر غايه المراد: ٨١.

و ربما يبدل هذا باشتراط الحقيقه فى الصيغه، فلا ينعقد بالمجازات، حتى صرح بعضهم: بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد (١).

و المراد بالصريح- كما يظهر من جماعه من الخاصه (٢) و العامه (٣) فى باب الطلاق، و غيره-: ما كان موضوعاً لعنوان (٤) ذلك العقد لغه أو شرعاً، و من الكنايه: ما أفاد لانزم ذلك العقد بحسب الوضع، فيفيد إرادته نفسه بالقرائن، و هى على قسمين عندهم: جليته و خفيته.

[الظاهر جواز الإنشاء بكل لفظ له ظهور عرفى فى المعنى المقصود]

و الذى يظهر من النصوص المتفرقه فى أبواب العقود اللانزمه (٥) و الفتاوى المتعرضه لصيغها فى البيع بقولٍ مطلق و فى بعض أنواعه و فى غير البيع من العقود اللانزمه (٦)، هو: الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به فى المعنى المقصود، فلا فرق بين قوله: بعث و ملكت، و بين قوله: نقلت إلى ملكك، أو جعلته ملكاً لك، بكذا، و هذا هو الذى قواه جماعه من متأخري المتأخرين.

ص: ١٢٠

- ١ - ١) حكى ذلك السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ١٤٩) عن أستاذه الشريف السيد الطباطبائى (بحر العلوم)، و صرح بعدم الفرق- أيضاً- صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٤٩.
- ٢ - ٢) منهم فخر المحققين فى إيضاح الفوائد ٣: ١٢، و الشهيد الثانى فى المسالك ٥: ١٧٢.
- ٣ - ٣) انظر المغنى ٥: ٥٣٢ (فصل انعقاد النكاح و ألفاظه)، و ٧: ١٢١ (باب ألفاظ الطلاق).
- ٤ - ٤) فى «خ»، «م»، «ع» و «ص»: بعنوان.
- ٥ - ٥) منها ما تقدمت الإشارة إليها فى المعاطاه، راجع الصفحه ٥٩، الهامش ٨.
- ٦ - ٦) سيأتى نص فتاوى بعضهم.

و حكى عن جماعه ممن تقدّمهم - كالمحقّق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز، أنّه حكى عن شيخه المحقّق -: أنّ عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص، و أنّه اختاره أيضاً (١).

[ظهور كلمات الفقهاء في وقوع البيع بكل لفظ يدل عليه]

و حكى عن الشهيد رحمه الله في حواشيه: أنّه جوّز البيع بكلّ لفظ دلّ عليه، مثل: «سَلِّمَت (٢) إليك»، و «عاوضتكَ» (٣). و حكاها في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين (٤).

بل هو ظاهر العلّامة رحمه الله في التحرير، حيث قال: إنّ الإيجاب اللفظ الدالّ على النقل، مثل: «بعتك» أو «ملّكتك»، أو ما يقوم مقامهما (٥).

و نحوه المحكّي عن التبصره و الإرشاد (٦) و شرحه لفخر الإسلام (٧).

فإذا كان الإيجاب هو اللفظ الدالّ على النقل، فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته إلى ملكك»، أو «جعلته ملكاً لك بكذا»؟! بل ربما

ص: ١٢١

-
- ١- ١) كشف الرموز ٤٤٦: ١.
 - ٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: أسلمت.
 - ٣- ٣) حكاها عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٠: ٤.
 - ٤- ٤) المسالك ١٤٧: ٣، و قد تقدّمت ترجمه الشخص المذكور في الصفحه ٣٧، الهامش ٦.
 - ٥- ٥) التحرير ١٦٤: ١.
 - ٦- ٦) كذا حكاها عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٠: ٤، لكنّ الموجود فيهما لا يوافقهما، انظر التبصره: ٨٨، و الإرشاد ٣٥٩: ١.
 - ٧- ٧) شرح الإرشاد (مخطوط)، لا يوجد لدينا، لكن حكاها عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٠: ٤.

يَدْعَى (١): أنه ظاهر كل من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص، كالشيخ (٢) و أتباعه (٣)، فتأمل (٤).

و قد حكى عن الأكثر: تجويز البيع حالاً بلفظ السلم (٥).

و صرح جماعه أيضاً فى بيع «التولية»: بانعقاده بقوله: «وليتك العقد» (٦) أو «وليتك السلعه» (٧)، و التشرىك فى المبيع بلفظ: «شركتك» (٨).

و عن المسالك- فى مسأله تقبل (٩) أحد الشريكين فى النخل حصه صاحبه بشىء معلوم من الثمره-: أن ظاهر الأصحاب جواز ذلك بلفظ التقييل (١٠)، مع أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معامله ثالثة لازمه

ص: ١٢٢

١- ١) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: قد يدعى.

٢- ٢) انظر الخلاف ٧: ٣، كتاب البيوع، المسأله ٦.

٣- ٣) انظر المراسم: ١٧١، المهذب ٣٥٠: ١، الوسيله: ٢٣٦.

٤- ٤) لم يرد «فتأمل» إلّا فى «ف» و «ش» و نسخه بدل «ن».

٥- ٥) حكاه الشهيد الثانى قدس سره فى المسالك ٤٠٥: ٣.

٦- ٦) ممن صرح بذلك العلّامه قدس سره فى التذكره ٥٤٥: ١، و الشهيد الأول فى الدروس ٢٢١: ٣، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣١٣: ٣، و الروضه ٤٣٦: ٣.

٧- ٧) لم نقف على من صرح بانعقاده بهذه الصيغه، إلّا أن الشهيدين قالوا: و لو قال: وليتك السلعه، احتمل الجواز، انظر الدروس ٢٢١: ٣، و المسالك ٣١٤: ٣.

٨- ٨) صرح به الشهيدان فى الدروس ٢٢١: ٣، و اللمعه و شرحها (الروضه البهيته) ٤٣٦: ٣-٤٣٧.

٩- ٩) فى غير «ش» و مصححه «ن»: تقييل.

١٠- ١٠) المسالك ٣٧٠: ٣.

عند جماعه (١).

هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

[ظهور كلمات الفقهاء في وقوع غير البيع بكل لفظ يدل عليه أيضا]

و أمّا في غيره، فظاهر جماعه (٢) في القرض عدم اختصاصه بلفظٍ خاصّ، فجوّزوه بقوله: «تصرّف فيه - أو انتفع به - و عليك ردّ عوضه»، أو «خُذْه بمثله»، و «أسلفتك»، و غير ذلك ممّا عدّوا مثله في البيع من الكنايات، مع أنّ القرض من العقود اللازمه على حسب لزوم البيع و الإجاره.

و حكى عن جماعه (٣) في الرهن: أنّ إيجابه يؤدّي بكلّ لفظٍ يدلّ عليه، مثل قوله: «هذه وثيقه عندك»، و عن الدروس تجويزه بقوله:

«خذه»، أو «أمسكه بمالك» (٤).

و حكى عن غير واحد (٥): تجويز إيجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمه بلفظ «تعهدت المال» و «تقلدته»، و شبه ذلك.

ص: ١٢٣

١ - ١) منهم الشهيد الثاني في الروضه ٣:٣٦٨، و نسبه في المسالك ٣:٣٧٠ إلى ظاهر الأصحاب، و في مفتاح الكرامه (٤:٣٩١) نسبه إلى صريح جماعه.

٢ - ٢) منهم المحقّق في الشرائع ٢:٦٧، و العلّامه في القواعد ١:١٥٦، و الشهيدان في الدروس ٣:٣١٨ و المسالك ٣:٤٤٠.

٣ - ٣) منهم المحقّق في الشرائع ٢:٧٥، و العلّامه في التحرير ١:٢٠١، و الشهيدان في اللمعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٤:٥٤، و المحقّق السبزواري في الكفايه: ١٠٧.

٤ - ٤) الدروس ٣:٣٨٣.

٥ - ٥) مثل العلّامه في التذكره ٢:٨٥، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢:١٨٣، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:٣٥١، و أنظر المناهل: ١١٢.

و قد ذكر المحقق (٢) و جماعه ممن تأخر عنه (٣): جواز الإجاره بلفظ العاريه؛ معللين بتحقق القصد. و تردد جماعه (٤) في انعقاد الإجاره بلفظ بيع المنفعه.

و قد ذكر جماعه (٥): جواز المزارعه بكلّ لفظ يدلّ على تسليم الأرض للمزارعه، و عن مجمع البرهان (٦) - كما في غيره (٧) -: أنّه لا خلاف في جوازها بكلّ لفظ يدلّ على المطلوب، مع كونه ماضياً، و عن المشهور: جوازها بلفظ «ازرع» (٨).

و قد جوّز جماعه (٩): الوقف بلفظ: «حرّمت» و «تصدّقت» مع

ص: ١٢٤

-
- ١-١) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: و لقد.
 - ٢-٢) الشرائع ١٧٩:٢.
 - ٣-٣) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٩:١٠، لكن قيده بانضمام شيء يدلّ على الإجاره، و صاحب الروض على ما نقله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٧:٧٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧:٢٠٥.
 - ٤-٤) منهم المحقق في الشرائع ١٧٩:٢، و الشهيد في اللمعه دمشقيه: ١٦٢.
 - ٥-٥) كالمحقق في الشرائع ١٤٩:٢، و العلّامه في التذكره ٣٣٧:٢، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٧:٢٩٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣:٢٧.
 - ٦-٦) مجمع الفائده ٩٦:١٠.
 - ٧-٧) مفتاح الكرامه ٢٩٩:٧.
 - ٨-٨) الروضه البهيه ٢٧٦:٤.
 - ٩-٩) كالمحقق في الشرائع ٢١١:٢، و العلّامه في القواعد ٢٦٦:١، و الشهيدان في اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ١٦٤:٣، و المسالك ٣١٠:٥، و انظر مفتاح الكرامه ٥:٩.

القرينه الدالّه على إرادته الوقف، مثل: «أن لا يباع ولا يورث»، مع عدم الخلاف- كما عن غير واحد (١)- على أنّهما من الكنايات.

و جَوَزَ جماعه (٢): وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع أنه ليس صريحاً فيه.

و مع هذه الكلمات، كيف يجوز أن يسند (٣) إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقد باللفظ الموضوع له، و أنه لا يجوز بالألفاظ المجازيه؟! خصوصاً مع تعميمها للقريبه (٤) و البعيده (٥) كما تقدّم عن بعض المحققين (٦).

و لعلّه لما عرفت من تنافى ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالألفاظ المجازيه في العقود اللانزمه، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في أكثرها بالألفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد، جمع المحقق الثاني- على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح- بين كلماتهم بحمل المجازات

ص: ١٢٥

-
- ١- ١) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٥:٣١٠، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢:١٧، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣:٢٨.
 - ٢- ٢) منهم المحقق في المختصر: ١٦٩، و الشرائع ٢:٢٧٣، و فيه بعد التردد: و جوازه أرجح، و العلّامه في القواعد ٢:٤، و الإرشاد ٢:٦، و الشهيد في اللمعه: ١٨٤.
 - ٣- ٣) في غير «ص» و «ش»: «يستند»، و صُحِّح في «ن» بما في المتن.
 - ٤- ٤) في «خ»، «م» و «ع»: للقرينه.
 - ٥- ٥) لم ترد «و البعيده» في «خ»، «م»، «ع» و «ص».
 - ٦- ٦) تقدّمت حكايته عن العلّامه بحر العلوم في الصفحه ١٢٠.

الممنوعه على المجازات البعيده (١)، و هو جمع حسن، و لعلّ الأحسن منه (٢):

أن يراد باعتبار الحقائق في العقود اعتبار الدلاله اللفظيه الوضعيه، سواء كان اللفظ الدالّ على إنشاء العقد موضوعاً له بنفسه أو مستعملاً فيه مجازاً بقرينه لفظ موضوع آخر، ليرجع الإفاده بالأخره إلى الوضع؛ إذ لا يعقل الفرق في الوضوح-الذى هو مناط الصراحه-بين إفاده لفظٍ للمطلب بحكم الوضع، أو إفادته له بضميمه لفظٍ آخر يدلّ بالوضع على إرادته المطلب من ذلك اللفظ.

و هذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالته على المطلب لمقارنه حال أو سبق مقال خارج عن العقد؛ فإنّ الاعتماد عليه فى متفاهم (٣) المتعاقدين-و إن كان من المجازات القريبه جداً-رجوع عمّا بنى عليه من عدم العبره بغير الأقوال فى إنشاء المقاصد؛ و لذا لم يجوّزوا العقد بالمعاطاه و لو مع سبق مقالٍ أو اقتران حالٍ تدلّ (٤) على إرادته البيع جزماً.

و ممّا ذكرنا يظهر الإشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالاً على القرينه الحالّيه المعينه، و كذا المشترك المعنوى.

ص: ١٢٦

- ١-١) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٤٩، و انظر جامع المقاصد ٤:٢٠٧-٢٠٨ و ١٢:٧٠.
- ٢-٢) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و كذا فى «ش» لكن بدون «لعلّ»، و فى سائر النسخ: و لعلّ الأولى أن يراد.
- ٣-٣) فى «ف»: تفاهم.
- ٤-٤) فى «ص»: يدلّ.

و يمكن أن ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم في عبارته التذكيره بقوله قدس سره: «لأنّ المخاطب لا يدري بمّ خوطب» (١)؛ إذ ليس المراد: أنّ المخاطب لا يفهم منها المطلوب و لو بالقرائن الخارجيه، بل المراد أنّ الخطاب بالكنايه لَمَّا لم يدلّ على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم؛ لأنّ اللازم الأعمّ، كما هو الغالب بل المطرد في الكنايات، لا يدلّ على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع (٢) مع الملزوم الخاص - فالخطاب في نفسه محتمل، لا يدري المخاطب بمّ خوطب، و إنّما يفهم المراد بالقرائن الخارجيه الكاشفه عن قصد المتكلم.

و المفروض - على ما تقرّر في مسأله المعاطاه (٣) - أنّ التيه بنفسها أو مع انكشافها بغير الأقوال لا - تؤثر في النقل و الانتقال، فلم يحصل هنا عقدٌ لفظيٌ يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه (٤) لا يجرى في جميع ما ذكره من أمثله الكنايه.

[دعوى أن العقود أسباب شرعية توقيفيه]

ثمّ إنه ربما يدعى: أنّ العقود المؤثره في النقل و الانتقال أسباب شرعيّه توقيفيه، كما حكى عن الإيضاح من أنّ كلّ عقدٍ لازم وضع له الشارع صيغه مخصوصه بالاستقراء (٥)، فلا بدّ من الاقتصار على المتيقن.

ص: ١٢٧

١-١) تقدّم في الصفحه ١١٩.

٢-٢) في «خ»، «م» و «ش»: الجامع.

٣-٣) تقدّم في الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة في معنى قوله عليه السلام: «إنّما يحلّل الكلام و يحزّم الكلام» في الصفحه ٦١.

٤-٤) شطب في «ف» على «الوجه» و كتب فوقه: التوجيه.

٥-٥) إيضاح الفوائد ١٢: ٣.

و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء، فضلاً عن الروايات المتكثرة الآتية (١) بعضها.

و أما ما ذكره الفخر قدس سره، فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة في الصيغه شرعاً، هي: اشتغالها على العنوان المعبر عن تلك المعامله به في كلام الشارع، فإذا كانت (٢) العلاقه الحادثه بين الرجل و المرأه معبراً عنها في كلام الشارع بالنكاح، أو الزوجيه، أو المتعه، فلا بد من اشتغال عقدها على هذه العناوين، فلا يجوز بلفظ الهبه أو البيع أو الإجاره أو نحو ذلك، و هكذا الكلام في العقود المنشأه للمقاصد الأخر كالبيع و الإجاره و نحوهما.

فخصوصيه اللفظ من حيث اعتبار اشتغالها على هذه العناوين الدائره في لسان الشارع، أو ما يرادفها (٣) لغه أو عرفاً؛ لأنها بهذه العناوين موارد للأحكام (٤) الشرعيه التي لا تحصى.

و على هذا، فالضابط: وجوب إيقاع العقد بإنشاء العناوين الدائره في لسان الشارع؛ إذ لو وقع بإنشاء غيرها، فإن كان (٥) لا مع قصد تلك العناوين - كما لو لم تقصد المرأه إلّا هبه نفسها أو إجاره نفسها مدّه للاستمتاع (٦) - لم يترتب عليه الآثار المحموله في الشريعه على الزوجيه

ص: ١٢٨

١- ١) في «ص» و مصححه «خ»: الآتى.

٢- ٢) في غير «ش»: كان.

٣- ٣) في «ف»: أو بما يرادفها.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: الأحكام.

٥- ٥) كذا في «ن»، و في غيرها كانت.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في غيرها: مدّه الاستمتاع.

الدائمه أو المنقطعه، و إن كان (١) بقصد هذه العناوين دخلت في الكنايه التي عرفت أنّ تجويزها رجوع إلى عدم اعتبار إفاده المقاصد بالأقوال.

فما ذكره الفخر قدس سرّه (٢) مؤيد لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سرّه (٣).

و إليه يشير-أيضاً- ما عن جامع المقاصد: من أنّ العقود متلقاه من الشارع، فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه (٤).

و ما عن المسالك: من أنّه يجب الاقتصار في العقود اللازمه على الألفاظ المنقوله شرعاً المعهوده لغه (٥)، و مراده من «المنقوله (٦) شرعاً»، هي: المأثوره في كلام الشارع.

و عن كنز العرفان في باب النكاح:- أنّه حكم شرعيّ حادث فلا بدّ له من دليل يدلّ على حصوله، و هو العقد اللفظي المتلقّى من النصّ. ثم ذكر لإيجاب النكاح ألفاظاً (٧) ثلاثه، و علّلها بورودها في القرآن (٨).

ص: ١٢٩

١-١) كذا في مصحّحه «ن»، و في النسخ: كانت.

٢-٢) و هو قوله: «كلّ عقد لازم وضع له الشارع صيغه مخصوصه» المتقدّم في الصفحه ١٢٧.

٣-٣) يعنى كلامه في التذكرة: «لأنّ المخاطب لا يدري بيمّ خوطب» المتقدّم في الصفحه ١٢٧.

٤-٤) جامع المقاصد ٨٣: ٧.

٥-٥) المسالك ١٧٢: ٥.

٦-٦) في غير «ف»: بالمنقوله.

٧-٧) كذا في «ش»، و في «ص»: «ثلاثه ألفاظ»، و في سائر النسخ: ألفاظ ثلاثه.

٨-٨) كنز العرفان ١٤٦: ٢.

ولا يخفى أنّ تعليقه هذا كالصريح فيما ذكرناه (١): من تفسير (٢) توقيفیه العقود، و أنّها متلقاه من الشارع، و وجوب الاقتصار على المتيقن.

و من هذا الضابط تقدر على تمييز (٣) الصريح المنقول شرعاً المعهود لغه—من الألفاظ المتقدّمه فى أبواب العقود المذكوره—من غيره. و أنّ الإجاره بلفظ العاريه غير جائزه، و بلفظ بيع المنفعه أو السكنى—مثلاً—لا يبعد جوازه، و هكذا.

إذا عرفت هذا، فلنذكر ألفاظ الإيجاب و القبول:

[أما الإيجاب]

منها: لفظ «بعت» فى الإيجاب،

و لا خلاف فيه فتوى و نصّاً، و هو و إن كان من الأضداد بالنسبه إلى البيع و الشراء، لكن كثره استعماله فى وقوع البيع تعينه (٤).

و منها

و منها (٥): لفظ «شريت» (٦)

لوضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض أهل اللغه (٧)، بل قيل: لم يستعمل فى القرآن الكريم إلّا فى البيع (٨).

ص: ١٣٠

١-١) انظر الصفحه ١٢٧-١٢٩.

٢-٢) لم ترد «تفسير» فى «خ»، «م»، «ع» و «ص».

٣-٣) فى «ف»، «خ»، «م» و «ع»: تميز.

٤-٤) كذا فى «ف» و مصححه «ن»، و كذا فى «ش» مع زياده «به» بعد «البيع»؛ و فى سائر النسخ: لكن كثره استعماله فى البيع وصلت إلى حدّ تغنيها عن القرينه.

٥-٥) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: و أمّا.

٦-٦) فى غير «ف» و «ش» زياده: فلا إشكال فى وقوع البيع به.

٧-٧) انظر الصحاح ٢٣٩١:٦، و لسان العرب ١٠٣:٧، و القاموس المحيط ٣٤٧:٤.

٨-٨) قاله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٥٣:٤.

و عن القاموس: شراه يشريه: ملكه (١) بالبيع و باعه، كاشترى (٢) فيهما (٣) ضدّ. و عنه أيضاً: كلّ من ترك شيئاً و تمسّك بغيره فقد اشتراه (٤).

و ربما يستشكل فيه: بقلّه استعماله عرفاً في البيع، و كونه محتاجاً إلى القرينه المعينه، و عدم نقل الإيجاب به في الأخبار و كلام القدماء.

و لا يخلو عن وجه.

و منها: لفظ «ملك» - بالتشديد -

و الأ-كثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الإرشاد الاتّفاق؛ حيث قال: إنّه لا يقع البيع بغير اللفظ المتّفق عليه ك «بعت» و «ملك» (٥).

و يدلّ عليه (٦): ما سبق في تعريف البيع، من أنّ التمليك بالعوض المنحلّ إلى مبادله العين بالمال هو المرادف للبيع عرفاً و لغه، كما صرّح به فخر الدين، حيث قال: إنّ معنى «بعت» في لغة العرب: ملكت غيرى (٧).

و ما قيل (٨): من أنّ التمليك يستعمل في الهبه بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها. فيه: أنّ الهبه إنّما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض،

ص: ١٣١

١-١) في «ف»: إذا ملكه.

٢-٢) كذا في «ن» و المصدر، و في «ش»: «كاشتره»، و في سائر النسخ: و اشتراه.

٣-٣) كذا في «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: فهما.

٤-٤) القاموس المحيط ٣٤٧:٤-٣٤٨، مادّه: «شري».

٥-٥) غايه المراد: ٨٠.

٦-٦) في «ف»: عليها.

٧-٧) قاله في شرح الإرشاد، على ما حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٥٢:٤.

٨-٨) قاله الشهيد الثاني في الروضه البهيه ٤١٣:٣.

لا من مادّة التملك، فهي مشتركة معنّى بين ما يتضمّن المقابله و بين المجرد عنها، فإن اتّصل بالكلام ذكر العوض أفاد المجموع المركّب -بمقتضى الوضع التركيبي- البيع، وإن تجرّد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكيه المجانيه.

و قد عرفت سابقاً: أنّ تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقي، فلو أراد منه الهبه المعوّضه أو قصد المصالحه، بنى صحّه العقد به على صحّه عقد بلفظ غيره مع التيه.

و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين في شرح الإرشاد: إنّ معنى «بعت» في لغة العرب ملكت غيرى (١).

و أما الإيجاب ب «اشريت»

ففي مفتاح الكرامه: أنّه قد يقال بصحّته، كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، و المنقول عنها في نسختين من تعليق الإرشاد (٢).

أقول: و قد يستظهر ذلك (٣) من عبارته كلّ من عطف على «بعت» و «ملك»، شبههما أو ما يقوم مقامهما (٤)؛ إذ إرادته خصوص لفظ «شريت» من هذا بعيد جداً، و حمله على إرادته ما يقوم مقامهما في اللغات الأخر للعاجز عن العربيه أبعد، فيتعيّن (٥) إرادته ما يرادفهما لغه

ص: ١٣٢

١-١) تقدّم آنفاً.

٢-٢) مفتاح الكرامه ١٥٠:٤.

٣-٣) لم ترد «ذلك» في «ف».

٤-٤) مثل العلّامة في التحرير ١:١٦٤، و الشهيد في غايه المراد: ٨٠.

٥-٥) في «ف»: فتعيّن.

أو عرفاً، فيشمل «شريت» و«اشترت»، لكنّ الإشكال المتقدّم (1) في «شريت» أولى بالجريان هنا؛ لأنّ «شريت» استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه إلّا فيه، بخلاف «اشترت».

و دفع (2) الإشكال في تعيين المراد منه بقريته تقديمه الدالّ على كونه إيجاباً-إمّا بناءً على لزوم تقديم الإيجاب على القبول، وإمّا لغلبيه ذلك- غير صحيح؛ لأنّ الاعتماد على القرينه الغير اللفظيه في تعيين المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فيه (3)، إلّا أن يدعى أنّ ما ذكر سابقاً من اعتبار الصراحه مختصّ بصراحه اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد، وتميّزه عمّا عداه من العقود.

و أقيماً تميّز إيجاب عقد معيّن عن قبوله الراجع إلى تميّز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحه، بل يكفي استفاده المراد، و لو بقريته المقام أو غلبته (4) أو نحوهما (5)، و فيه إشكال.

و أمّا القبول،

إشاره

فلا ينبغي الإشكال في وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت» و«اشترت» و«شريت» و«ابتعت» و«تملكت» و«ملكتم» مخفّفاً.

ص: ١٣٣

١-١) تقدّم في الصفحه المتقدّمه بقوله: و ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفاً في البيع.

٢-٢) كلمه «دفع» من «ش» و مصحّحه «ن».

٣-٣) أشار بذلك إلى ما ذكره في الصفحه ١٢٦ من قوله: فإنّ الاعتماد عليه في متفاهم المتعاقدين رجوع عمّا بنى عليه...

٤-٤) في «ف»: بـغلبته.

٥-٥) في «ف»، «ن» و«ش»: و نحوها.

و أمّا «بعت»، فلم ينقل إلّا من الجامع (١)، مع أنّ المحكّي عن جماعه من أهل اللغة: اشتراكه بين البيع و الشراء (٢)، و لعلّ الإشكال فيه كإشكال «اشتريت» في الإيجاب.

و اعلم أنّ المحكّي عن نهايه الإحكام و المسالك: أنّ الأصل في القبول «قبلت»، و غيره بدل؛ لأنّ القبول على الحقيقه ممّا لا يمكن به الابتداء (٣)، و الابتداء بنحو «اشتريت» و «ابتعت» ممكن، و سيأتى توضيح ذلك في اشتراط تقديم الإيجاب (٤).

ثمّ إنّ في انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها، وجهين.

«فرع»

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول، ثمّ اختلفا في تعيين الموجب و القابل - إمّا بناءً على جواز تقديم القبول، و إمّا من جهه اختلافهما في المتقدّم - فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثمّ عدم ترتّب الآثار المختصّه بكلّ من البيع و الشراء على واحدٍ منهما.

ص: ١٣٤

-
- ١- ١) نقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٥٢، لكنّ الموجود في الجامع: «ابتعت»، انظر الجامع للشرائع: ٢٤٦.
 - ٢- ٢) انظر الصحاح ٣:١١٨٩، و المصباح المنير: ٦٩، و القاموس ٣:٨، مادّه: «بيع».
 - ٣- ٣) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٥٣، و انظر نهايه الإحكام ٢:٤٤٨، و المسالك ٣:١٥٤.
 - ٤- ٤) يأتي في الصفحه ١٤٣ و ١٤٨.

مسأله [في اشتراط العرييه]

المحكّي عن جماعه، منهم: السّيد عميد الدين (1) و الفاضل المقداد (2) و المحقّق (3) و الشهيد (4) الثانيان: اعتبار العرييه في العقد؛ للتأسي - كما في جامع المقاصد - ولأنّ عدم صحّته بالعربي الغير الماضي يستلزم عدم صحّته بغير العربي بطريقٍ أولى. و في الوجهين ما لا يخفى.

و أضعف منهما: منع صدق العقد على غير العربي (5).

فالأقوى صحّته بغير العربي.

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادّه و الهيئه، بناءً على اشتراط العربي؟ الأقوى ذلك؛ بناءً على أنّ دليل اعتبار العرييه هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل، و كذا اللحن في الإعراب.

ص: ١٣٥

١-١) حكاة عنه الشهيد في حواشيه، على ما في مفتاح الكرامه ١٦٢:٤.

٢-٢) التنقيح الرائع ١٨٤:٢، و كنز العرفان ٧٢:٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٥٩:٤.

٤-٤) الروضه البهيه ٢٢٥:٣.

٥-٥) في غير «ف» زياده: مع التمكن من العربي.

و حكى عن فخر الدين: الفرق بين ما لو قال: «بعتك» - بفتح الباء - وبين ما لو قال: «جوزتك» بدل «زوّجتك»، فصَحّ الأوّل دون الثانى إلّا مع العجز عن التعلّم (١) و التوكيل (٢).

و لعلّه لعدم معنى صحيح فى الأوّل إلّا البيع، بخلاف التجويز (٣)؛ فإنّ له معنى آخر، فاستعماله فى التزويج غير جائز.

و منه يظهر أنّ اللغات المحرّفة لا بأس بها إذا لم يتغيّر بها المعنى.

ثم هل المعتبر (٤) عربيه جميع أجزاء الإيجاب و القبول، كالثمن و المثلن، أم يكفى عربيه الصيغه الدالّه على إنشاء الإيجاب و القبول، حتى لو (٥) قال: «بعتك اين كتاب را به ده درهم» كفى؟ الأقوى (٦) هو الأوّل؛ لأنّ غير العربى كالمعدوم، فكأنه لم يذكر فى الكلام.

نعم، لو لم يعتبر ذكر متعلقات الإيجاب - كما لا - يجب فى القبول - و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ، صحّ الوجه الثانى (٧)، لكنّ

ص: ١٣٦

١ - ١) فى «ف»: العلم.

٢ - ٢) حكاه الشهيد عن فخر الدين على ما فى مفتاح الكرامه ١٦٣: ٤.

٣ - ٣) فى «ف»: بخلاف الثانى.

٤ - ٤) فى «ف»: هل يعتبر.

٥ - ٥) لم ترد «لو» فى النسخ، إلّا أنّها زيدت فى «ش» و «ص» تصحيحاً.

٦ - ٦) فى غير «ف»: و الأقوى.

٧ - ٧) فى غير «ش»: «الأوّل»، إلّا أنّه صُحِّح فى بعضها بما فى المتن، و الظاهر أنّ الكلمه وردت فى النسخه الأصليه هكذا: «الأوّل»، فإنّ الفاضل المامقانى قال - بعد أن أثبتها -: الظاهر هو «الثانى» بدل «الأوّل»، و كأنّه سهو من قلم الناسخ. و قال

الشهيدى: أقول: الصواب «الثانى» بدل «الأوّل» كما لا يخفى، انظر غايه الآمال: ٢٣٩، و شرح الشهيدى (هدايه الطالب): ١٩١.

الشهيد رحمه الله-في غاية المراد في مسأله تقديم القبول-نص على وجوب ذكر العوضين في الإيجاب (١).

ثم إنه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً بمعنى اللفظ، بأن يكون فارقاً بين معنى «بعت» و«أبيع» و«أنا بائع»، أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ يستعمل في لغة العرب لإنشاء البيع؟ الظاهر هو الأول؛ لأنَّ عربيه الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل بقصد (٢) المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب، فلا- يقال: إنه تكلم و أدى المطلب على طبق لسان العرب، إلما إذا ميّز بين معنى «بعت» و«أبيع» و«أوجدت البيع» و غيرها.

بل على هذا لا يكفي (٣) معرفه أن «بعت» مرادف لقوله:

«فروختم»، حتى يعرف أن الميم فى الفارسى عوض تاء المتكلم، فيميّز بين «بعتك» و«بعتُ»-بالضمّ-و«بعتَ»-بفتح التاء-فلا ينبغي ترك الاحتياط و إن كان فى تعيينه نظر (٤)؛ و لذا نصّ بعض (٥) على عدمه.

ص: ١٣٧

١-١) انظر غايه المراد: ٨٠.

٢-٢) كذا فى «ن»، «خ» و«م»، و فى سائر النسخ: يقصد.

٣-٣) فى غير «ش» و مصحّحه «ص»: يكتفى.

٤-٤) فى «ف»: فى تعيينه نظراً.

٥-٥) لم نعثر عليه.

المشهور- كما عن غير واحد (١)-: اشتراط الماضويه، بل في التذكرة: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ «أبيعك» أو «اشتر مني» (٢) و
لعله لصراحته في الإنشاء؛ إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.
و عن القاضي في الكامل و المهذب (٣): عدم اعتبارها؛ و لعله لإطلاق البيع و التجاره و عموم العقود، و ما دلّ في بيع الآبق (٤) و
اللبن في الضرع (٥): من الإيجاب بلفظ المضارع، و فحوى ما دلّ عليه

ص: ١٣٨

-
- ١- ١) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفوائد ٨: ١٤٥، و المحدث الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣: ٤٩، و السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٦٢.
- ٢- ٢) في التذكرة: «أشترى» بدل «اشتر مني»، انظر التذكرة ١: ٤٦٢.
- ٣- ٣) حكاها عنهما العلامة في المختلف ٥: ٥٣. أما الكامل فلا يوجد لدينا. و أما المهذب فلم نقف فيه على ما يدل على المطلوب.
- ٤- ٤) انظر الوسائل ١٢: ٢٦٢، الباب ١١ من أبواب أحكام العقد.
- ٥- ٥) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب أحكام العقد.

فى النكاح (١).

و لا يخلو هذا من قوّه لو فرض صراحه المضارع فى الإنشاء على وجه لا يحتاج إلى قرينه المقام، فتأمل.

ص: ١٣٩

١ - ١) انظر الوسائل ١٩٧:١٤، الباب الأوّل من أبواب عقد النكاح، الحديث ١٠. و ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعه، وغيرهما من الأبواب.

مسأله فى شرطيه الترتيب بين الإيجاب و القبول

الأشهر- كما قيل (١)-: لزوم تقديم الإيجاب على القبول، و به صرح فى الخلاف (٢) و الوسيله (٣) و السرائر (٤) و التذكرة (٥)، كما عن الإيضاح (٦) و جامع المقاصد (٧)؛ و لعلّه للأصل (٨) بعد حمل آيه وجوب الوفاء (٩) على العقود المتعارفه، كإطلاق «البيع» و «التجاره» فى الكتاب و السنّه.

و زاد بعضهم: أنّ القبول فرع الإيجاب فلا يتقدّم عليه، و أنّه تابع

ص: ١٤٠:

- ١- (١) قاله العلامه فى المختلف ٥٢:٥.
- ٢- (٢) الخلاف ٣:٣٩، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.
- ٣- (٣) الوسيله: ٢٣٧.
- ٤- (٤) السرائر ٢:٢٤٣.
- ٥- (٥) التذكرة ١:٤٦٢.
- ٦- (٦) إيضاح الفوائد ١:٤١٣.
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٤:٦٠.
- ٨- (٨) كذا فى «ف»، و فى غيرها: الأصل.
- ٩- (٩) و هى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، المائده: ١.

له فلا يصحّ تقدّمه عليه (١).

و حكى فى (٢) غايه المراد عن الخلاف: الإجماع عليه (٣)، و ليس فى الخلاف فى هذه المسأله إلا أنّ البيع مع تقديم (٤) الإيجاب متّفق عليه فيؤخذ به، فراجع (٥).

خلافًا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح، و إن وافق الخلاف فى البيع (٦) إلاّ أنّه عدل عنه فى باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحّته بين الإماميه؛ حيث إنّه -بعد ما ذكر أنّ تقديم القبول بلفظ الأمر فى النكاح بأن يقول الرجل: «زوّجنى فلان» - جازر بلا - خلاف - قال: أمّا البيع، فإنّه إذا قال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين، و قال قومٌ منهم: لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب (٧)، انتهى.

و كيف كان، فنسبه القول الأوّل إلى المبسوط مستند إلى كلامه فى باب البيع، و أمّا فى باب النكاح فكلامه صريح فى جواز التقديم،

ص: ١٤١

١- ١) ذكره المحقّق الثانى و قال: فإنّ القبول مبنى على الإيجاب، انظر جامع المقاصد ٤:٦٠.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: «عن»، إلاّ أنّه صحّح فى بعضها بما فى المتن.

٣- ٣) غايه المراد: ٨٠.

٤- ٤) فى «ف»: تقدّم.

٥- ٥) الخلاف ٣:٣٩، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.

٦- ٦) المبسوط ٢:٨٧.

٧- ٧) المبسوط ٤:١٩٤.

كالمحقق رحمه الله في الشرائع (١) و العلامه في التحرير (٢) و الشهيدين في بعض كتبهما (٣) و جماعه مّين تأخر عنهما (٤)؛ للعمومات السليمه عمّا يصلح لتخصيصها، و فحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار، مثل خبر أبان بن تغلب-الوارد في كيفية الصيغه-المشتمل على صحّه تقديم القبول بقوله للمرأة: «أتزوجك متعه على كتاب الله و سنّه رسول الله (٥) صلى الله عليه و آله و سلم»-إلى أن قال:- فإذا قالت: «نعم» فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها (٦).

و روايه سهل الساعدي المشهوره في كتب الفريقين- كما قيل (٧)- المشتمله على تقديم القبول من الزوج بلفظ «زوّجنيها» (٨).

ص: ١٤٢

-
- ١- ١) الشرائع ١٣: ٢.
 - ٢- ٢) التحرير ١٦٤: ١.
 - ٣- ٣) الشهيد الأوّل في الدروس ٣: ١٩١، و اللعه: ١٠٩، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٤، و حاشيه الشرائع (مخطوط): ٢٧١.
 - ٤- ٤) منهم المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ١٤٥، و المحقق السبزواري في الكفايه: ٨٩، و المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٤٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٥٤، و غيرهم.
 - ٥- ٥) في «ف»: رسوله، و في المصدر: نيته.
 - ٦- ٦) الوسائل ١٤: ٤٦٦، الباب ١٨ من أبواب المتعه، الحديث الأوّل.
 - ٧- ٧) قاله الشهيد الثاني في المسالك ٧: ٨٩، و السيد الطباطبائي في الرياض ٢: ٦٩.
 - ٨- ٨) عوالي اللآلي ٢: ٢٦٣، الحديث ٨، و سنن البيهقي ٧: ٢٤٢، باب النكاح على تعليم القرآن، و انظر الكافي ٥: ٣٨٠، الحديث ٥، و التهذيب ٧: ٣٥٤، الحديث ١٤٤٤.

و التحقيق: أنَّ القبول إمَّا أن يكون بلفظ «قبلت» و«رضيت»، و إمَّا أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب، نحو «بعني» فيقول المخاطب:

«بعتك»، و إمَّا أن يكون بلفظ «اشتريت» و«ملكك» مخفَّفاً و «ابتعت».

فإن كان بلفظ «قبلت» فالظاهر عدم جواز تقديمه، وفاقاً لمن عرفته (١) في صدر المسأله (٢)، بل المحكى عن الميسيه (٣) و المسالك (٤) و مجمع الفائده (٥): أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ «قبلت»، و هو المحكى عن نهايه الإحكام و كشف اللثام في باب النكاح (٦)، و قد اعترف به غير واحدٍ من متأخري المتأخرين (٧) أيضاً، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة: الإجماع عليه (٨).

و يدلّ عليه -مضافاً إلى ما ذكر، و إلى كونه خلاف المتعارف من

ص: ١٤٣

١- ١) كذا في «ف»، و في «ش»: «لما عرفت»، و في سائر النسخ: لمن عرفت.

٢- ٢) راجع الصفحه ١٤٠-١٤١.

٣- ٣) لا يوجد لدينا، و حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٦٥:٤.

٤- ٤) المسالك ١٥٤:٣.

٥- ٥) مجمع الفائده ١٤٦:٨.

٦- ٦) حكى ذلك عنهما السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٦٥:٤، و أنظر نهايه الإحكام ٤٤٨:٢، و كشف اللثام ١٢:٢.

٧- ٧) منهم السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٦٥:٤، و السيد المجاهد في المناهل: ٢٧٢.

٨- ٨) المشار إليه بقوله: «هناك» هو باب النكاح، لكن لم نقف في مسأله تقديم الإيجاب على القبول على ما يظهر منه الإجماع، و الموجود فيه أنه نقل المنع عن أحمد و نفي عنه البأس، انظر التذكرة ٥٨٣:٢.

العقد-: أنّ القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضة فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه، وليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد (١) مجرد الرضا بالإيجاب حتى يقال: إنّ الرضا بشىء لا يستلزم تحقّقه قبله (٢)، فقد يرضى الإنسان بالأمر المستقبلي، بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة؛ لأنّ المشتري ناقل كالبائع، وهذا لا يتحقّق إلّا مع تأخر الرضا عن الإيجاب؛ إذ مع تقدّمه لا يتحقّق النقل فى الحال، فإنّ من رضى بمعاوضه ينشئها الموجب فى المستقبل لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب، بخلاف من رضى بالمعاوضه التى أنشأها الموجب سابقاً؛ فإنّه يرفع بهذا الرضا يده من ماله، وينقله إلى غيره على وجه العوضيه.

و من هنا يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين فى ردّ الدليل المذكور- هو كون القبول فرعاً للإيجاب (٣) و تابعاً له- هو: أنّ تبعيّة القبول للإيجاب ليس تبعيّة اللفظ للفظ، ولا- القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه، وإنّما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولاً لما يُلقى إليه من الموجب، و الموجب متناولاً، كما يقول السائل فى

ص: ١٤٤

١- ١) لم ترد عبارته «الذى هو ركن للعقد» فى «ف».

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: «مجرد الرضا بالإيجاب سواء تحقّق قبل ذلك أم لا، حيث إنّ الرضا بشىء لا يستلزم تحقّقه فى الماضى، فقد يرضى الإنسان.. إلخ» إلّا أنّه شطب فى «ن» على بعض الكلمات و صُحّحت العبارة بنحو ما أثبتناه فى المتن.

٣- ٣) كذا فى «ف»، و فى غيرها: فرع الإيجاب.

مقام الإنشاء: «أنا راضٍ بما تعطيني وقابلٌ لما تمنحني» فهو متناول، قدّم إنشاءه أو آخر (1)، فعلى هذا يصحّ تقديم القبول و لو بلفظ «قبلت» و«رضيت» إن لم يقدّم إجماع على خلافه (2)، انتهى.

و وجه الفساد: ما عرفت سابقاً (3) من أنّ الرضا بما يصدر من الموجب في المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه، ليس فيه إنشاء نقل من القابل في الحال، بل هو رضا منه بالانتقال في الاستقبال، و ليس المراد أنّ أصل الرضا بشيءٍ تابعٌ لتحقيقه في الخارج أو لأصل الرضا به (4) حتى يحتاج إلى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذي يعدّ قبولاً و (5) ركناً في العقد.

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في المنع عن تقديم (6) القبول بلفظ الأمر، كما لو قال: «بمعنى هذا بدرهم» فقال: «بعتك»؛ لأنّ غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقّق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل في الحال للدّرم إلى البائع، كما لا يخفى.

ص: ١٤٥

١-١) في «ف» زياده: قال.

٢-٢) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٦٥، لكن إلى كلمه «أو آخر»، ثمّ قال: و هذا قد ذكره الأستاذ دام ظلّه.

٣-٣) في الصفحه السابقه.

٤-٤) في «ش»: «أولاً- قبل الرضا به»، و يظهر من شرحى المامقانى و الشهيدى أنّ الموجود فى نسختيهما هو ما أثبتناه، انظر غايه الآمال: ٢٤٥، و هدايه الطالب: ١٩٣.

٥-٥) لم ترد «قبولاً و» فى «ف» و«ش»، و شطب عليها فى «ن».

٦-٦) كذا فى «ش»، و فى غيرها: تقدم.

و أما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق-هنا-على الصحه به (١)، فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه.

و أما فحوى جوازه فى النكاح، ففيها-بعد الإغماض عن حكم الأصل؛ بناءً على منع دلالة روايه سهل (٢) على كون لفظ الأمر هو القبول؛ لاحتمال تحقق القبول بعد إيجاب النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و يؤيده أنه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول-منع الفحوى، و قصور دلالة روايه أبان (٣)؛ من حيث اشتمالها على كفايه قول المرأه: «نعم» فى الإيجاب.

ثم اعلم: أن فى صحه تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافاً كثيراً بين كلمات الأصحاب، فقال فى المبسوط: إن قال: «بعنيها بألف» فقال:

«بعتك»، صح، و الأقوى عندي أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» (٤)، و اختار ذلك فى الخلاف (٥).

و صرح به فى الغنيه، فقال: و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشتري، حذراً عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري، و هو أن يقول: «بعنيها بألف»، فيقول: «بعتك» فإنه لا ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك: «اشتريت» أو «قبلت» (٦)، و صرح به

ص: ١٤٦

١-١) المبسوط ١٩٤:٤، و قد تقدم فى الصفحه ١٤١.

٢-٢) تقدمت الإشاره إليها فى الصفحه ١٤٢.

٣-٣) تقدمت فى الصفحه ١٤٢.

٤-٤) المبسوط ٨٧:٢.

٥-٥) الخلاف ٣٩:٣، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.

٦-٦) الغنيه: ٢١٤.

أيضاً في السرائر (١) و الوسيله (٢).

و عن جامع المقاصد: أنّ ظاهرهم أنّ هذا الحكم اتّفاقي (٣)، و حكى الإجماع أيضاً (٤) عن ظاهر الغنيه أو صريحها (٥).

و عن المسالك: المشهور (٦)، بل قيل: إنّ هذا الحكم ظاهر كلّ من اشترط الإيجاب و القبول (٧).

و مع ذلك كلّ، فقد صرّح الشيخ في المبسوط- في باب النكاح:-

بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، و نسبته إلينا مشعر (٨)- بقريته السياق- إلى عدم الخلاف فيه بيننا، فقال:

إذا تعاقدا، فإن تقدّم الإيجاب على القبول فقال: «زوّجتك»

ص: ١٤٧

١-١) السرائر ٢٤٩:٢-٢٥٠.

٢-٢) لم نقف في الوسيله على هذا التفصيل، و لكن عدّ فيها من شرائط الصّحّه: تقديم الإيجاب على القبول، انظر الوسيله: ٢٣٧، نعم صرّح بذلك العلّامه في نهايه الأحكام ٢:٤٤٩، و لعلّ التشابه بين رمز الوسيله «له» و رمز النهايه «يه» صار منشأً لاشتباه النسخ، و يؤيد هذا الاحتمال تأخير ذكرها عن السرائر.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٥٩.

٤-٤) وردت «أيضاً» في «ع»، «ص» و «ش» بعد عبارته «ظاهر الغنيه».

٥-٥) الغنيه: ٢١٤، و الترديد من السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٦١.

٦-٦) المسالك ٣:١٥٣.

٧-٧) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٦١، و فيه: «...الإيجاب و القبول و الماضويه فيهما».

٨-٨) كذا في «ش»، و في غيرها: «مشعراً»، و في مصحّحه «ص»: «و نسبه إلينا مشعراً».

فقال: «قبلت التزويج» صحّ، وكذا إذا تقدّم الإيجاب على القبول في البيع صحّ بلا- خلاف، وأمّا إن تأخّر الإيجاب و سبّق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: «زوّجنيها» فقال: «زوّجتكها» صحّ و إن لم يُعد الزوج القبول، بلا خلاف؛ لخبر الساعدي: «قال (١): زوّجنيها يا رسول الله، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن» (٢)، فتقدّم (٣) القبول و تأخّر الإيجاب، و إن كان هذا في البيع فقال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا و عند قومٍ من المخالفين؛ و قال قومٌ منهم (٤): لا يصحّ حتى يسبق الإيجاب (٥)، انتهى.

و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل (٦)، بل يمكن نسبه هذا الحكم إلى كلّ من جوّز تقديم القبول على الإيجاب بقولٍ مطلق، و تمسّك له في النكاح بروايه سهل الساعدي المعبرّ فيها عن القبول بطلب التزويج، إلّا أنّ المحقّق رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفايه الاستيجاب و الإيجاب صرّح بجواز تقديم القبول على الإيجاب (٧).

ص: ١٤٨

١- ١) في «ش»: قال الرجل.

٢- ٢) انظر عوالي اللآلي ٢: ٢٦٣، الحديث ٨، و سنن البيهقي ٧: ٢٤٢، باب النكاح على تعليم القرآن.

٣- ٣) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: فقّدّم.

٤- ٤) انظر المغني؛ لابن قدامة ٣: ٥٦١، و المجموع ٩: ١٩٨.

٥- ٥) المبسوط ٤: ١٩٤.

٦- ٦) حكاها عنه العلّامة في المختلف ٥: ٥٣.

٧- ٧) الشرائع ٢: ١٣.

و ذكر العلامه قدس سرّه الاستيحاب و الإيجاب، و جعله خارجاً عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاه و جزم بعدم كفايته، مع أنه تردّد في اعتبار تقديم القبول (١).

و كيف كان، فقد عرفت (٢) أنّ الأقوى المنع في البيع؛ لما عرفت، بل لو قلنا بكفايه التقديم بلفظ «قبلت» يمكن المنع هنا؛ بناءً على اعتبار الماضيه فيما دلّ على القبول.

ثمّ إنّ هذا كلّ بناءً على المذهب المشهور بين الأصحاب: من عدم كفايه مطلق اللفظ في اللزوم و عدم القول بكفايه مطلق الصيغه في الملك.

و أمّا على ما قوينا (٣) سابقاً في مسأله المعاطاه: من أنّ البيع العرفي موجب للملك و أنّ الأصل في الملك اللزوم (٤)، فاللازم الحكم باللزوم في كلّ مورد لم يتمّ إجماع على عدم اللزوم، و هو ما إذا خلت المعامله عن الإنشاء باللفظ رأساً، أو كان اللفظ المنشأ به المعامله ممّا قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم (٥)، و أمّا في غير ذلك فالأصل اللزوم.

ص: ١٤٩

١-١ (١) القواعد ١٢٣: ١.

٢-٢ (٢) في الصفحه ١٤٥.

٣-٣ (٣) في نسخه بدل «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ش»: اخترناه.

٤-٤ (٤) راجع الصفحه ٤٠ و ٩٦.

٥-٥ (٥) في غير «ف» و «ش» زياده: و هو ما إذا خلت المعامله عن الإنشاء، و في «ن»، «خ»، «م» و «ع» كتب عليها: «نسخه».

وقد عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح في (١) المبسوط بصحته، بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا، وحكى عن الكامل أيضاً (٢)، فتأمل.

وإن كان التقديم بلفظ «اشترت» أو (٣) «ابتعت» أو «تملكت» أو «ملكت هذا بكذا» فالأقوى جوازه؛ لأنه أنشأ ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضاً، ففي الحقيقة أنشأ المعاوضه كالبائع (٤) إلا أن البائع ينشئ ملكيه ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، والمشتري ينشئ ملكيه مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله، ففي الحقيقة كلُّ منهما يُخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه، إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و في القبول مفهوم من نفس الفعل، والإخراج بالعكس.

و حينئذٍ فليس في حقيقه الا-شراء-من حيث هو-معنى القبول، لكنّه لَمّا كان الغالب وقوعه عقيب الإيجاب، وإنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله (٥) إليه يوجب تحقّق المطاوعه و مفهوم القبول، أُطلق عليه القبول، وهذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخّر؛ لأنَّ المشتري إنّما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضاً، والبائع إنّما ينشئ انتقال المثلث (٦) إليه كذلك، لا بمدلول الصيغ.

ص: ١٥٠

-
- ١-١) لم ترد «في» في غير «ش».
 - ٢-٢) كما تقدّم في الصفحة ١٤٨.
 - ٣-٣) في «ش» بدل «أو».
 - ٤-٤) في «ف»: كالتبايع.
 - ٥-٥) في «ف»، «ن» و«خ» زياده: له.
 - ٦-٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: الثمن.

و قد صرّح في النهايه و المسالك-على ما حكى (١)-: بأن «اشترت» ليس قبولاً- حقيقةً، وإنما هو بدل، و أنّ الأصل في القبول «قبلت»؛ لأنّ القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به، و لفظ «اشترت» يجوز الابتداء به.

و مرادهما (٢): أنّه بنفسه لا- يكون قبولاً- فلا- ينافى ما ذكرنا من تحقّق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع، كما أنّ «رضيت بالبيع» ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلّا إذا وقع متأخراً؛ و لذا منعنا عن تقديمه.

فكلّ من «رضيت» و «اشترت» بالنسبه إلى إفاده نقل المال و مطاوعه البيع عند التقدّم و التأخر متعاكسان.

فإن قلت: إنّ الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله (٣): «اشترت» حتى يقع قبولاً؛ لأنّ إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملك الغير له يتحقّق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون «اشترت» متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع، بخلاف ما لو تقدّم؛ فإنّ مجرد إنشاء الملكية لمال لا يوجب تحقّق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك (٤) المباحات أو اللقطه، فإنّه لا قبول فيه رأساً.

ص: ١٥١

١- ١) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٥٣، و انظر نهايه الأحكام ٢: ٤٤٨، و المسالك ٣: ١٥٤.

٢- ٢) في «ف»: مرادهم.

٣- ٣) في «ف»: «قول»، و في «خ»: قبوله.

٤- ٤) في «ف»: ملك.

قلت: المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطامعة و قبول الأثر، فلا.

فقد (١) تبين من جميع ذلك: أنّ إنشاء القبول لا بدّ أن يكون جامعاً لتضمّن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع-تقدّم أو تأخّر- و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

فقد تحصّل ممّا ذكرناه: صحّحه تقديم القبول إذا كان بلفظ «اشتريت» وفاقاً لمن عرفت (٢)، بل هو ظاهر إطلاق الشيخ في الخلاف؛ حيث إنّه لم يتعرّض إلّا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب (٣)، و قد عرفت (٤) عدم الملازمه بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل «اشتريت»، و كذا السّيد في الغنيه، حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول، و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاه و بالاستيجاب و الإيجاب (٥)، و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد (٦).

ص: ١٥٢

١-١) في «ف»: و قد.

٢-٢) في الصفحة السابقه.

٣-٣) الخلاف ٣:٣٩، كتاب البيوع، المسأله ٥٦.

٤-٤) انظر الصفحة ١٤٨-١٤٩.

٥-٥) الغنيه: ٢١٤.

٦-٦) انظر الكافي في الفقه: ٣٥٢ (فصل في عقد البيع).

و الحاصل: أنّ المصرح بذلك- في ما وجدت من القدماء- الحلّي (١) و ابن حمزه (٢)، فمن التعجّب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف (٣) على (٤) تقديم الإيجاب، مع أنّه لم يزد على الاستدلال لعدم (٥) كفاية الاستيجاب و الإيجاب (٦) بأنّ ما عداه مجمع على صحّته، و ليس على صحّته دليل (٧). و لعمري أنّ مثل هذا ممّا يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول، و قد تبّهنا على أمثال ذلك في مواردّها.

نعم، يشكّل الأمر بأنّ المعهود المتعارف من الصيغه تقديم الإيجاب، و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسأله الآتية، و هو الوصل بين الإيجاب و القبول، فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال.

ثمّ إنّ ما ذكرنا جارٍ في كلّ قبولٍ يؤدّي بإنشاءٍ مستقلٍّ كالإجاره التي يؤدّي قبولها بلفظ «تملّكت منك منفعه كذا» أو «ملكت»، و النكاح

ص: ١٥٣

١ - ١) السرائر ٢: ٢٤٣، هكذا وردت الكلمه في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: «الحلبى» بدل «الحلّي»، و هو سهوٌ أو تصحيف، فإنّه قد تقدّم آنفاً: أنّ الحلبي أطلق، و لم يذكر تقديم الإيجاب.

٢ - ٢) الوسيله: ٢٣٧.

٣ - ٣) حكاه عنه الشهيد الأوّل في غايه المراد: ٨٠، كما تقدّم في صدر المسأله، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ١٥٣.

٤ - ٤) في «ص» زياده: لزوم.

٥ - ٥) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: بعدم.

٦ - ٦) كذا في النسخ، و الظاهر سقوط كلمه: إلّا.

٧ - ٧) انظر الخلاف ٣: ٤٠، كتاب البيوع، ذيل المسأله ٥٦.

الذى يؤدى قبوله (1) بلفظ «أنكحت» (2) و«تزوجت».

و أمّا ما لا- إنشاء فى قبوله إلما «قبلت» أو ما يتضمّنه ك«ارتهنت» فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه؛ إذ لا التزام فى قبوله بشىء (3) كما كان فى قبول البيع التزام (4) بنقل ماله إلى البائع، بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب، وقد تقدّم (5) أنّ الرضا يجوز تعلّقه بأمرٍ مترقّب (6) كما يجوز تعلّقه بأمرٍ محقّق، فيجوز أن يقول:

«رضيت برهنك هذا عندى» فيقول: «رهن».

و التحقيق: عدم الجواز؛ لأنّ اعتبار القبول فيه من جهة تحقّق عنوان المرتهن، و لا يخفى أنّه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلّا بعد تحقّق الرهن؛ لأنّ الإيجاب إنشاءً للفعل، و القبول إنشاءً للانفعال (7).

و كذا القول (8) فى الهبة و القرض، فإنّه لا يحصل من إنشاء القبول

ص: ١٥٤

١-١ فى غير «ش»: قبولها.

٢-٢ كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: نكحت.

٣-٣ كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: لشىء.

٤-٤ كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: التزاماً.

٥-٥ تقدّم فى الصفحه ١٤٤.

٦-٦ فى «ف»: مستقبل.

٧-٧ فى نسخه بدل «خ»، «م»، «ع»، «ش»: لأنّ الإيجاب إنشاءً للنقل، و القبول إنشاءً للانتقال.

٨-٨ فى «خ»، «ص» و مصحّحه «ع»: القبول.

فيهما (١) التزام بشيء، وإنما يحصل به الرضا بفعل الموجب، ونحوها (٢) قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض.

و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة، فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفين، و كان نسبتها إليهما (٣) على وجه سواء، و ليس الالتزام (٤) الحاصل من أحدهما أمراً مغايراً للالتزام الحاصل من الآخر، كان البادئ منهما موجباً؛ لصدق الموجب عليه لغه و عرفاً. ثم لما انعقد الإجماع على توقّف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول؛ إذ لو قال أيضاً: «صالحتك» كان إيجاباً آخر، فيلزم تركيب العقد من إيجابين.

و تحقّق من جميع ذلك: أنّ تقديم القبول في الصلح أيضاً غير جائز؛ إذ لا قبول فيه بغير لفظ «قبلت» و «رضيت»، و قد عرفت (٥) أنّ «قبلت» و «رضيت» مع التقديم لا يدلّ على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص ممّا ذكرنا: أنّ القبول في العقود على أقسام (٦):

ص: ١٥٥

١- ١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و «ص»، و في غيرها: فيها.

٢- ٢) في «ص»: نحوهما.

٣- ٣) في «ف»: إليها.

٤- ٤) في «ف»: و كان الالتزام.

٥- ٥) في الصفحه ١٤٣-١٤٤.

٦- ٦) في «خ»، «م»، «ع» و «ص»: «ثلاثه أقسام»، إلّا أنّ «ثلاثه» محيت في «ن» تصحيحاً.

لأنه إما أن يكون التزاماً بشيءٍ من القابل، كنقل مالٍ عنه أو زوجيته، وإما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب.

و الأول على قسمين:

لأن الالتزام الحاصل من القابل، إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة، أو متغيراً كالاقتراض.

و الثاني أيضاً على قسمين:

لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعه كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض (١)، وإما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العاربه و شبههما.

فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كلٍّ من القسمين.

ثم إن مغايره الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي، فكلٌّ من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمالٍ آخر يسمى مشترياً، و كلٌّ من نقل ماله على أن يكون عوضه مالاً من آخر يسمى بائعاً.

و بعبارةٍ أخرى: كلُّ من ملك ماله غيره بعوضٍ فهو البائع، و كلُّ (٢) من ملك مالٍ غيره بعوض ماله فهو المشتري، و إلا فكلُّ منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مالٍ غيره، و يملك مالٍ غيره بإزاء ماله.

ص: ١٥٦

١-١) في «ف»: الإقراض.

٢-٢) في «ش»: فكلٌّ.

الموالاه بين إيجابه و قبوله

ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع (١)، ثم العلامة (٢) و الشهيدان (٣) و المحقق الثاني (٤)، و الشيخ المقداد (٥).

قال الشهيد في القواعد: الموالاه معتبره في العقد و نحوه، و هي مأخوذه من اعتبار الأتصال بين الاستثناء (٦) و المستثنى منه، و قال (٧) بعض العامه: لا يضرّ قول الزوج بعد الإيجاب: «الحمد لله و الصلاه

ص: ١٥٧

١- (١) المبسوط ٣٦٢:٤.

٢- (٢) القواعد ٢:٤ و ٨٠ في النكاح و الخلع.

٣- (٣) أمّا الشهيد الأوّل فقد صرّح بذلك في كتاب الوقف من الدروس ٢٦٤:٢، و قال في كتاب البيع منه: «و لا يقدر تخلّل آنٍ أو تنفّسٍ أو سعالٍ»، الدروس ١٩١:٣. و أمّا الشهيد الثاني فقد صرّح بذلك في الهبه و الخلع من المسالك، انظر المسالك ٩:٦، و ٩:٣٨٤.

٤- (٤) رسائل المحقق الكركي ١:٢٠١، في الخلع، و جامع المقاصد ٤:٥٩، في البيع.

٥- (٥) التنقيح الرائع ٢:٢٤.

٦- (٦) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: المستثنى.

٧- (٧) في غير «ش»: فقال.

على رسول الله، قبلت نكاحها» (١).

و منه: الفورية في استتابه المرتد، فيعتبر في الحال، وقيل (٢): إلى ثلاثة أيام.

و منه: السكوت في أثناء الأذان، فإن كان كثيراً أبطله.

و منه: السكوت الطويل في أثناء القراءة أو قراءه غيرها (٣)، وكذا التشهد.

و منه: تحريم المأمومين في الجمعه قبل الركوع، فإن تعبدوا أو نسوا حتى ركع فلا جمعه. واعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحه.

و منه: الموالاه في التعريف بحيث لا ينسى (٤) أنه تكرر، و الموالاه في سنه التعريف، فلو رجع في أثناء المده استؤنفت (٥) ليتوالى (٦)، انتهى (٧).

أقول: حاصله أن الأمر المتدرج شيئاً فشيئاً إذا كان له صورته اتصاليه في العرف، فلا بد في ترتب الحكم المعلق عليه في الشرع من اعتبار صورته الاتصاليه، فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم

ص: ١٥٨

١- ١) قاله النووي، انظر المجموع ١٧: ٣٠٧.

٢- ٢) قاله العلامة في الإرشاد ٢: ١٨٩.

٣- ٣) في المصدر زياده: خلالها.

٤- ٤) في «ف»: لا يصدق.

٥- ٥) في «ف»: استأنف، و في المصدر: استؤنفت.

٦- ٦) القواعد و الفوائد ١: ٢٣٤، القاعده ٧٣.

٧- ٧) لم ترد «انتهى» في «ف» و «م».

بنفس المتعاقدين بمنزله (١) كلام واحدٍ مرتبطٍ ببعضه ببعض، فيقدح تخلل الفصل المخلّ بهيئته الاتّصاليه؛ ولذا لا يصدق التعاقد (٢) إذا كان الفصل مفرداً في الطول كسنة أو أزيد، وانضباط ذلك إنّما يكون بالعرف، فهو في كلّ أمرٍ بحسبه، فيجوز الفصل بين كلّ من الإيجاب و القبول بما لا- يجوز بين كلمات كلّ واحدٍ (٣) منهما، و يجوز الفصل (٤) بين الكلمات بما لا- يجوز بين الحروف، كما في الأذان و القراءه.

و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً، كما هو مقتضى التمسك بآيه الوفاء بالعقود (٥)، و بإطلاق كلمات الأصحاب في اعتبار العقد في اللزوم بل الملك، أمّا لو كان منوطاً بصدق «البيع» أو «التجاره» عن تراضٍ فلا يضرّه عدم صدق العقد.

و أمّا جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى منه، فلأنه منشأ الانتقال إلى هذه القاعده؛ فإنّ أكثر الكليات إنّما يلتفت إليها من التأمل في موردٍ خاصّ، و قد صرح في القواعد

ص: ١٥٩:

-
- ١-١) لم ترد «بمنزله» في «ف».
 - ٢-٢) كذا في «ف»، و في غيرها: المعاقده.
 - ٣-٣) لم ترد «واحد» في «ف».
 - ٤-٤) لم ترد «الفصل» في «ن»، «م» و «ش»، و وردت في «ص» و نسخه بدل «خ» و «ع» بعد «الكلمات»، و ما أثبتناه مطابق ل «ف».
 - ٥-٥) المائده: ١.
 - ٦-٦) في «ف» بدل «أو»: «و».

مكرراً بكون الأصل في هذه القاعده كذا (١).

و يحتمل بعيداً أن يكون الوجه فيه: أنّ الاستثناء أشدّ ربطاً بالمستثنى منه من سائر اللواحق؛ لخروج المستثنى منه معه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقّف عليه؛ فلذا كان طول الفصل هناك أقبح، فصار أصلاً في اعتبار الموالاه بين أجزاء الكلام، ثمّ تُعدّى منه إلى سائر الأمور المرتبطه بالكلام لفظاً أو معنى، أو من حيث صدق عنوانٍ خاصّ عليه؛ لكونه (٢) عقداً أو قراءه أو أذاناً، و نحو ذلك.

ثمّ في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسأله توبه المرتد؛ فإنّ غايه ما يمكن أن يقال في توجيهه: إنّ المطلوب في الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع فلا بدّ من إعادته في أقرب الأوقات.

و أمّا مسأله الجمعه، فالأنّ هيئه الاجتماع في جميع أحوال الصلاه من القيام و الركوع و السجود مطلوبه، فيقدح الإخلال بها.

و للتأمل في هذه الفروع، و في صحّح تفريعها على الأصل المذكور مجال.

ص: ١٦٠

١- ١) منها ما أفاده في القاعده المشار إليها آنفاً من قوله: «و هي مأخوذه من اعتبار الاتّصال بين الاستثناء و المستثنى منه»، و منها قوله في القاعده ٨٠ (الصفحه ٢٤٣): «و هو مأخوذ من قاعده المقتضى في أصول الفقه»، و منها قوله في القاعده ٨٦ (الصفحه ٢٧٠): «لعلّهما مأخوذان من قاعده جواز النسخ قبل الفعل»، و منها قوله في القاعده ١٠٥ (الصفحه ٣٠٨): «و أصله الأخذ بالاحتياط غالباً».

٢- ٢) في «ص»: ككونه.

ثم إنَّ المعيار في الموالاه موكول إلى العرف، كما في الصلاة و القراءه و الأذان و نحوها.

و يظهر من روايه سهل الساعدي-المتقدمه (1) في مسأله تقديم القبول-جواز الفصل بين الإيجاب و القبول بكلامٍ طويل أجنبيّ؛ بناءً على ما فهمه الجماعه من أنّ القبول فيها قول ذلك الصحابيّ:

«زوّجنيها»، و الإيجاب قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ بعد فصلٍ طويل: «زوّجتكها بما معك من القرآن»؛ و لعلّ هذا موهنٌ آخر للروايه، فافهم.

ص: ١٤١

(١-١) راجع الصفحه ١٤٢ و ١٤٨.

التنجز في العقد

بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداه الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعامله في صورته وجود ذلك الشيء، لا في غيرها.

و ممن صرح بذلك: الشيخ (١) و الحلبي (٢) و العلّامة (٣) و جميع من تأخر عنه، كالشهيدين (٤) و المحقق الثاني (٥) و غيرهم (٦) قدّس الله تعالى أرواحهم.

و عن فخر الدين في شرح الإرشاد في باب الوكاله-: أنّ تعليق (٧) الوكاله على الشرط لا يصحّ عند الإماميه، و كذا غيره من

ص: ١٦٢

١- (١) المبسوط ٢:٣٩٩، و الخلاف ٣:٣٥٤، كتاب الوكاله، المسأله ٢٣.

٢- (٢) السرائر ٢:٩٩.

٣- (٣) التذكرة ٢:١١٤ و ٤٣٣، و القواعد ١:٢٥٢ و ٢٦٦، و ٢:٤، و غيرها.

٤- (٤) اللمعه دمشقيه و شرحها (الروضه البهيّه) ٣:١٦٨، الدروس ٢:٢٦٣، و المسالك ٥:٢٣٩ و ٥:٣٥٧.

٥- (٥) جامع المقاصد ٨:١٨٠، و ٩:١٤-١٥، و ١٢:٧٧.

٦- (٦) كالمحقق الحلبي في الشرائع ٢:١٩٣ و ٢١٦، و المحقق السبزواري في الكفايه: ١٢٨ و ١٤٠، و المحدّث الكاشاني في مفاتيح

الشرائع ٣:١٨٩ و ٢٠٧.

٧- (٧) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها: تعلق.

العقود، لازمه كانت أو جائزه (١).

و عن تمهيد القواعد: دعوى الإجماع عليه (٢)، و ظاهر المسالك - في مسأله اشتراط التنجيز في الوقف -: الاتفاق عليه (٣). و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد (٤)، و إن لم يتعرّض الأكثر في هذا المقام.

و يدلّ عليه: فحوى فتاويهم و معاهد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكاله، مع كونه من العقود الجائزه التي يكفى فيها كلّ ما دلّ على الإذن، حتى أنّ العلّامه ادّعى الإجماع - على ما حكى عنه - على عدم صحّحه (٥) أن يقول الموكّل: «أنت وكيلى في يوم الجمعة أن تبيع عبدى» (٦)، و على صحّحه (٧) قوله: «أنت وكيلى، و لا تبع عبدى إلّا في يوم

ص: ١٦٣

١-١) حكاه عنه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٥٢٦:٧.

٢-٢) تمهيد القواعد: ٥٣٣، القاعده ١٩٨، و فيه: «الاتفاق عليه»، و حكاه السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٦٣٩:٧.

٣-٣) المسالك ٣٥٧:٥.

٤-٤) كالعلّامه في التحرير ٢٨٤:١، و المحقّق السيزوارى في الكفايه: ١٤٠، و المحدث الكاشانى في مفاتيح الشرائع ٢٠٧:٣.

٥-٥) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: على صحّحه.

٦-٦) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: أنت وكيلى في أن تبيع عبدى يوم الجمعة.

٧-٧) كذا في «ف» و «ش»، و في سائر النسخ: و على عدم صحّحه، و شطب في «ن» على كلمه «عدم».

الجمعه» (١)، مع كون المقصود واحداً. و فرّق بينهما جماعة (٢) - بعد الاعتراف بأنّ هذا في معنى التعليق - بأنّ العقود لما كانت متلقّاه من الشارع أنيطت (٣) بهذه الضوابط، و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها.

فإذا كان الأمر كذلك عندهم في الوكاله فكيف الحال في البيع؟ و بالجمله، فلا شبهه في اتّفاقهم على الحكم.

و أمّا (٤) الكلام في وجه الاشتراط، فالذى صرّح به العلّامه في التذكرة: أنّه منافٍ للجزم حال الإنشاء، بل جعل الشرط هو الجزم ثمّ فرّع عليه عدم جواز التعليق، قال: الخامس من الشروط: الجزم، فلو علّق العقد على شرطٍ لم يصحّ و إن شرط (٥) المشيئه؛ للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدّته، و هو أحد قولى الشافعى، و أظهرهما عندهم:

الصحة؛ لأنّ هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد؛ لأنّه لو لم يشأ لم يشتر (٦)، انتهى كلامه.

ص: ١٦٤

-
- ١- (١) التذكرة ١١٤:٢، و العبارة منقوله بالمعنى، كما صرّح بذلك المحقّق المامقانى، انظر غايه الآمال: ٢٢٥.
 - ٢- (٢) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ٢٤٠:٥-٢٤١، و تبعه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥٢٧:٧.
 - ٣- (٣) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرها: نيطت.
 - ٤- (٤) فى «ف» و «ن»: و إنّما.
 - ٥- (٥) فى «ش» و المصدر: و إن كان الشرط.
 - ٦- (٦) التذكرة ٤٦٢:١.

و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده، قال: لأنَّ الانتقال بحكم الرضا و لا- رضا إلما مع الجزم، و الجزم ينافى التعليق (١)، انتهى.

و مقتضى ذلك: أنَّ المعبر هو عدم التعليق على أمر مجهول الحصول، كما صرَّح به المحقِّق في باب الطلاق (٢).

و ذكر المحقِّق و الشهيد الثانيان في الجامع (٣) و المسالك (٤) في مسأله «إن كان لى فقد بعته»-: أنَّ التعليق إنَّما ينافى الإنشاء في العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول.

لكنَّ الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم: أنَّ الجزم ينافى التعليق؛ لأنَّه بعرضه عدم الحصول و لو قدَّر العلم بحصوله، كالتعليق على الوصف؛ لأنَّ الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد. ثمَّ قال: فإن قلت: فعلى هذا (٥) يبطل قوله في صورته إنكار التوكيل (٦): «إن كان لى فقد بعته منك بكذا» (٧). قلت:

هذا تعليق على واقع، لا [على (٨)] متوقَّع الحصول، فهو علَّه للوقوع أو

ص: ١٦٥

١- ١) القواعد و الفوائد ١: ٦٥، القاعده ٣٥.

٢- ٢) الشرائع ٣: ١٩.

٣- ٣) جامع المقاصد ٨: ٣٠٥، و اللفظ له.

٤- ٤) المسالك ٥: ٢٧٦.

٥- ٥) عبارته «فعلى هذا» من «ش» و المصدر.

٦- ٦) فى «ف»: الوكيل.

٧- ٧) عبارته «منك بكذا» من «ش» و المصدر.

٨- ٨) من المصدر.

مصاحبٌ له، لا معلق عليه الوقوع، وكذا (١) لو قال في صورة إنكار وكاله الترويج و إنكار الترويج حيث تدعيه المرأة: «إن كانت زوجتي فهي طالق» (٢)، انتهى كلامه رحمه الله.

و علل العلامة في القواعد صحه «إن كان لي فقد بعته» بأنه أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضّر جعله شرطاً، وكذا كل شرط علم وجوده؛ فإنه لا يوجب شكاً في البيع ولا وقوفه (٣)، انتهى.

و تفصيل الكلام: أن المعلق عليه، إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن يكون محتمل التحقق.

و على الوجهين، وإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل و على التقادير، وإما أن يكون الشرط ممّا يكون مصححاً للعقد - ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعاً، أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك، كغير أمّ الولد، و غير الموقوف (٤) و نحوه، و كون المشتري ممّن يصحّ تملكه شرعاً، كأن لا يكون عبداً، و ممّن يجوز العقد معه بأن يكون بالغاً-، و إما أن لا يكون كذلك.

ثم التعليق، إما مصرح به، و إما لازم من الكلام، كقوله:

«ملكك هذا بهذا يوم الجمعة»، و قوله في القرض و الهبة: «خذ هذا

ص: ١٦٦

١- ١) في «ش» زياده: «نقول»، و في المصدر: و كذا القول.

٢- ٢) القواعد و الفوائد ١: ٦٥، القاعدة ٣٥.

٣- ٣) القواعد ١: ٢٦٠-٢٦١.

٤- ٤) في غير «ش» زياده: عليه.

بعوضه»، أو «خذه بلا عوض يوم الجمعة»، فإن التملك معلق على تحقق الجمعه في الحال أو في الاستقبال، ولهذا احتمل العلامة في النهاية (1) وولده في الإيضاح (2) بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن حياته (3)؛ معللاً بأن العقد وإن كان منجزاً في صورته إلا أنه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعتهك.

فما كان منها معلوم الحصول حين العقد، فالظاهر أنه غير قادح، وفاقاً لمن عرفت كلامه - كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني (4) و الصيمري (5) - و حكى أيضاً (6) عن المبسوط (7) و الإيضاح (8) في مسأله ما لو قال: «إن كان لي فقد بعته»، بل لم يوجد في ذلك خلاف صريح، و لذا ادعى في الرياض - في باب الوقف - عدم الخلاف فيه صريحاً (9).

و ما كان معلوم الحصول في المستقبل - و هو المعبر عنه بالصفه - فالظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز - وإن كان تعليلهم

ص: ١٦٧

١- (١) نهاية الإحكام ٢:٤٧٧.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١:٤٢٠.

٣- (٣) كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: موته.

٤- (٤) تقدّم النقل عن هؤلاء الأعلام في الصفحه ١٦٥-١٦٦.

٥- (٥) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتابه و لا على الحاكي عنه.

٦- (٦) الحاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٧:٦٣٩.

٧- (٧) المبسوط ٢:٣٨٥.

٨- (٨) إيضاح الفوائد ٢:٣٦٠.

٩- (٩) الرياض ٢:١٨.

للمنع باسـتراتـالـجـزـم لا يـجـرى فيـه - كما اعـترف به الشـهـيد فيـما تـقـدم عنه (١)، و نحوه الشـهـيد الـثـانـي فيـما حـكى عنه (٢)، بل يـظـهر من عـبارـه المـبـسـوط في باب الـوقـف كـونه ممّا لا خـلاف فيـه بيـننا، بل بيـن العـامـه؛ فـانـه قال: إذا قال الـواقـف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفتـه» لم يـصحّ الـوقـف بلا - خـلاف؛ لأنـه ممثـل الـبيع و الهبه، و عندنا ممثـل العـتق أيضاً (٣)، انـتهى (٤)؛ فـانّ ذـيله يـدلّ على أنّ ممثـله الـوقـف للـبيع و الهبه غير مـختـصّ بالإماميه، نعم ممثـلته للـعتق مـختـصّ بهـم.

و ما كان منها مشكوك الحصول و ليست صحّـه العـقـد مـعـلقـه عليه في الـواقـع - كـقـدوم الـحـاجّ - فهو المـتـيقن من مـعـقـد اتـفـاقـهم.

و ما كان صحّـه العـقـد مـعـلقـه عليه - كالأمثـله المـتـقـدمـه - فـظـاهر إـطـلاق كـلامـهم يشـمـله، إلّا أنّ الشـيـخ في المـبـسـوط حـكى في مسأـله «إن كان لي فقد بعته» قولاً من بعض الناس بالصّحّـه، و أنّ الشرط لا يـضـرّه؛ مستـدلاً بأنـه لم يشـترط إلّا ما يـقتـضيه إـطـلاق العـقـد؛ لأنـه إنّما يـصحّ الـبيع لهـذه الجـاريـه من المـوكل إذا كان أذن له في الشـراء، فإذا اقتضاه الإـطـلاق لم يـضـرّ إـظـهاره و شرطه، كما لو شرط في الـبيع تـسليم الثمن أو تـسليم المـثمن أو ما أشبه ذلك (٥)، انـتهى.

ص: ١٦٨

١-١) تقدّم في الصفحه ١٦٥.

٢-٢) انظر المسالك ٥:٢٣٩.

٣-٣) المـبـسـوط ٣:٢٩٩.

٤-٤) لم ترد «انتهى» في «ف».

٥-٥) المـبـسـوط ٢:٣٨٥.

و هذا الكلام و إن حكاه عن بعض الناس، إلا أن الظاهر ارتضاؤه له. و حاصله: أنه كما لا يضّر اشتراط بعض لوازم العقد المترتب عليه، كذلك لا- يضّر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض (1) غاياته، فكما لا يضّر الإلزام بما يقتضى العقد التزامه (2)، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه و مقيداً به.

و هذا الوجه و إن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد -لأنّ المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعى على العقد، دون إنشاء مدلول الكلام الذى هو وظيفه المتكلم، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شىء، و المعلق على شىء ليس معلقاً في كلام المتكلم على شىء، بل و لا- منجزاً، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام- إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كافٍ في عدم الظنّ بتحقيق الإجماع عليه.

مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدلّ على أن محلّ الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه، فلا وجه لتوهم اختصاصه بصوره العلم (3).

و يؤيد ذلك: أن الشهيد في قواعده جعل الأصحّ صحّه تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع: «بعتك إن قبلت» (4). و يظهر

ص: ١٦٩

١- ١) في «ف»، «ن» و «م»: كإلزام بعض.

٢- ٢) في «ف»: أو التزامه.

٣- ٣) لم ترد عبارته «مع أن الظاهر- إلى- بصوره العلم» في «ف»، و كتب عليها في «ن»: نسخه.

٤- ٤) القواعد و الفوائد ١: ١٥٥-١٥٦، القاعده ٤١.

منه ذلك أيضاً في أواخر (١) القواعد (٢).

ثم إنك قد عرفت أن العمده في المسأله هو الإجماع، وربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز هو عدم قابليه الإنشاء للتعليق، و بطلانه واضح؛ لأن المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه، إلا أن الكلام ليس فيه، وإن كان الكلام في أنه كما يصح إنشاء الملكيه المتحققه على كل تقدير، فهل يصح إنشاء الملكيه المتحققه على تقدير دون آخر، كقوله: «هذا لك إن جاء زيد غداً»، أو (٣) «خذ المال قرضاً-أو قراضاً-إذا أخذته من فلان»، و نحو ذلك؟ فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف و الشرع كثيراً في الأوامر و المعاملات، من العقود و الإيقاعات.

و يتلو هذا الوجه في الضعف: ما قيل: من أن ظاهر ما دل على سببه العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه، فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك (٤).

و فيه -بعد الغض عن عدم انحصار أدله الصحه و اللزوم في مثل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٥)؛ لأن دليل حليه البيع (٦) و تسلط الناس

ص: ١٧٠

١- ١) في «م» و «ش»: «آخر»، و هكذا في «ن» إلا أنها صححت بما أثبتناه.

٢- ٢) انظر القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٧، القاعده ٢٣٨، و ٢٥٨، القاعده ٢٥١، و غيرهما.

٣- ٣) كذا في «ف» و «ن»، و في غيرهما: و.

٤- ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٩٨، و ٢٧: ٣٥٢، و ٣٢: ٧٩.

٥- ٥) المائده: ١.

٦- ٦) مثل قوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، البقره: ٢٧٥.

على أموالهم (١) كافٍ في إثبات ذلك:- أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله، فليس مفاد أوفوا بالعقود إلا مفاد أوفوا بالعهد (٢) في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد.

و الحاصل: أنه إن أُريد بالمسبب هو مدلول العقد، فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيّات التي لا يعقل خلافها، وإن أُريد به الأثر الشرعي وهو ثبوت الملكيه، فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكيه المنجزه، بل هو مطلق الملك، فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق، وإن كان معلقاً فأثره الملكيه المعلقه، مع أنّ تخلف الملك عن العقد كثير جداً.

مع أنّ ما ذكره لا يجرى في مثل قوله: «بعثك إن شئت أو إن (٣) قبلت»، فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه.

مع أنّ هذا لا يجرى في الشرط المشكوك المتحقق في الحال، فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفاً.

مع أنّ ما ذكره لا يجرى (٤) في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى، وليس الكلام في خصوص البيع، وليس على

ص: ١٧١

١- ١) مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم»، انظر عوالي اللآلي ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

٢- ٢) الإسراء: ٣٤.

٣- ٣) في «ف» و«ش»: و إن.

٤- ٤) عبارته «في الشرط المشكوك - إلى - لا يجرى» ساقطه من «ف».

هذا الشرط في كل عقد دليل على حده.

ثم الأضعف من الوجه المتقدم: التمسك في ذلك بتوقيفيه الأسباب الشرعية الموجبه لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، و ليس إلاً العقد العارى عن التعليق.

إذ فيه: أن إطلاق الأدله مثل حليه البيع، و تسلط الناس على أموالهم، و حلّ تجاره عن تراضٍ، و وجوب الوفاء بالعقود، و أدله سائر العقود كافٍ في التوقيف (١).

و بالجملة، فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثيرٍ منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققاً أو منقولاً مشكلاً.

ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء، و أمّا إذا أنشأ من غير تعليق صحّ العقد و إن كان المنشئ متردداً في ترتب الأثر عليه شرعاً أو عرفاً، كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم أن المال له، أو أن المبيع ممّا يتموّل، أو أن (٢) المشتري راض حين الإيجاب أم لا، أو غير ذلك ممّا يتوقف صحّحه العقد عليه عرفاً أو شرعاً، بل الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقّق القصد إلى التمليك العرفي.

و قد صرّح بما ذكرنا بعض المحققين؛ حيث قال: لا يخلّ زعم فساد المعامله ما لم يكن سبباً لارتفاع القصد (٣).

ص: ١٧٢

١- ١) في «ف»: بالتوقيف.

٢- ٢) في «ف»: و أن.

٣- ٣) صرّح به المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٥.

نعم، ربما يشكّل الأمر في فقد الشروط المقومه كعدم الزوجية أو الشكّ فيها في إنشاء الطلاق، فإنّه لا يتحقّق القصد إليه منجزاً من دون العلم بالزوجية، وكذا الرقيّة في العتق، وحينئذٍ فإذا مسّت الحاجة إلى شيءٍ من ذلك للاحتياط، وقلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه، فلا بدّ من إبرازه بصورة التنجيز (١) وإن كان في الواقع معلقاً، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بإيقاعه، ولا يقدح فيه تعليق الوكّال واقعاً على كون الموكل مالكاً للفعل؛ لأنّ فساد الوكّال بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن.

إلّا أنّ ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوّجه (٢) امرأه يشكّ في أنّها محرّمة عليه أو محلّلة (٣)، فظهر حلّها، وعلل ذلك بعدم الجزم حال العقد. قال: وكذا الإيقاعات، كما لو خالغ امرأه أو طلقها وهو شاكّ في زوجيتها، أو ولى نائب الإمام عليه السلام قاضياً لا يعلم أهليته وإن ظهر أهلاً.

ثمّ قال: ويخرج من هذا بيع مال مورّثه لظنّه حياته، فبان ميّتاً؛ لأنّ الجزم هنا حاصل، لكن خصوصيّة البائع غير معلومه، وإن قيل بالبطلان أمكن؛ لعدم القصد إلى نقل ملكه. وكذا لو زوّج أمه أبيه (٤) فظهر ميّتاً (٥)، انتهى.

ص: ١٧٣

١-١) كذا في «ف»، «ن»، «خ» و«م»، وفي سائر النسخ: التنجيز.

٢-٢) كذا في «ف» والمصدر، وفي سائر النسخ: زوّج.

٣-٣) أو محلّلة من «ف» والمصدر.

٤-٤) في «ف»: أمته ابنه.

٥-٥) القواعد و الفوائد ٢: ٢٣٨، القاعده ٢٣٨.

و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه، بإمكان الجزم فيهما، دون مثال الطلاق، فافهم.

و قال في موضع آخر: و لو طلق بحضور خنثيين فظهر ارجلين، أمكن الصحه، و كذا بحضور من يظنه فاسقاً فظهر عدلاً، و يشكلان في العالم بالحكم؛ لعدم قصدهما (١) إلى طلاقٍ صحيح (٢)، انتهى.

ص: ١٧٤

١-١) كذا في النسخ، و الصواب: «قصدته»، كما في المصدر و مصححه «ص».

٢-٢) القواعد و الفوائد ٣٦٧:١، القاعده ١٤٣.

التطابق بين الإيجاب و القبول

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجهٍ خاصٍّ من حيث خصوص المشتري أو المثلن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجهٍ آخر، لم ينعقد.

و وجه هذا الاشتراط واضح، و هو مأخوذ من اعتبار القبول، و هو الرضا بالإيجاب، فحينئذٍ لو قال: «بعته من موكلك بكذا» فقال:

«اشتريته لنفسى» لم ينعقد، و لو قال: «بعته هذا من موكلك»، فقال الموكل الغير المخاطب: «قبلت» صحَّ، و كذا لو قال: «بعتك» فأمر المخاطب و كيله بالقبول فقبل، و لو قال: «بعتك العبد بكذا»، فقال:

«اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه» لم ينعقد، و كذا (١) لو قال:

«بعتك العبد بمائه درهم»، فقال: «اشتريته بعشره دينار» (٢).

و لو قال للثنين: «بعتكما العبد بألف»، فقال أحدهما (٣):

ص: ١٧٥

١ - ١) لم ترد «كذا» في «ف».

٢ - ٢) كذا في النسخ، و الصواب: دنانير.

٣ - ٣) في «ف»: أحد.

«اشتریت نصفه بنصف الثمن» لم يقع، و لو قال كلّ منهما ذلك، لا- يبعد الجواز، و نحوه لو قال البائع: «بعتك العبد بمائه» فقال المشتري:

«اشتریت كلّ نصفٍ منه بخمسين»، و فيه إشكال.

ص: ١٧٤

اشاره

و من جمله الشروط فى العقد (١):

اشاره

أن يقع كل من إيجابه و قبوله فى حالٍ

يجوز لكل واحدٍ (٢) منهما الإنشاء فلو كان المشتري فى حال إيجاب البائع غير قابل للقبول، أو خرج البائع حال القبول عن قابليه الإيجاب، لم ينعقد.

ثم إنَّ عدم قابليتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب - كالموت و الجنون و الإغماء بل النوم - فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقد و المعاهده حينئذٍ.

و أمّا صحّح القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط حقيقه (٣)، لا ركن؛ فإنَّ حقيقه الوصيه الإيصاء، و لذا (٤) لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، و لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك.

و إن كان لعدم الاعتبار (٥) برضاهما، فلخروجه أيضاً عن مفهوم

ص: ١٧٧

١-١) لم ترد «فى العقد» فى «ف».

٢-٢) لم ترد «واحد» فى «ف».

٣-٣) فى «ص»: شرط تحقّقه.

٤-٤) فى غير «ن» و «ش»: و كذا.

٥-٥) فى «ف»: اعتبار.

التعاهد و التعاقد؛ لأنَّ المعترف فيه عرفاً رضا كلِّ منهما لما ينشئه الآخر حين إنشائه، كمن يعرض له الحجر بفلسٍ أو سيفه أو رِقِّ-
لو-فرض أو مرض موت.

و الأصل في جميع ذلك: أنَّ الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق، وكذا لو كان المشتري في زمان الإيجاب غير راضٍ، أو كان ممَّن لا يعتبر رضاه-كالصغير-، فصَحَّه كلُّ من الإيجاب و القبول يكون معناه قائماً في نفس المتكلِّم من أوَّل العقد إلى أن يتحقَّق تمام السبب، و به يتمُّ معنى المعاقد، فإذا لم يكن هذا المعنى قائماً في نفس أحدهما، أو قام و لم يكن قيامه معتبراً، لم يتحقَّق معنى المعاقد.

ثمَّ إنَّهم صرَّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره، و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد، بل يكفي حصوله بعده، فضلاً عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول، اللهمَّ إلَّا أن يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

«فرع»

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقليداً في شروط الصيغه، فهل يجوز أن يكتفى كلُّ منهما بما يقتضيه مذهبه أم لا؟ وجوه، ثالثها:

اشتراط عدم كون العقد المركَّب منهما ممِّياً لا قائل بكونه سبباً في النقل - كما لو فرضنا أنَّه لا قائل بجواز تقديم القبول على الإيجاب و جواز العقد بالفارسي-أردؤها أخيراً.

و الأوَّلان مبنيان على أنَّ الأحكام الظاهرية-المجتهد فيها بمنزله

الواقعيه الاضطراريه، فالإيجاب بالفارسيه من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلاً بمنزله إشاره الأخرس و إيجاب العاجز عن العربيه، و كصلاه المتيّم بالنسيه إلى واجد الماء، أم هي أحكام عذريّه لا يعذر فيها إلّا (١) من اجتهد أو قلّم فيها، والمسأله محزّره في الأصول (٢).

هذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصراحه و العربيه و الماضويه و الترتيب، و أمّا الموالاه و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحّه الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع؛ لأنّ بالإخلال (٣) بالموالاه أو التنجيز أو البقاء على صفات صحّه الإنشاء، يفسد عباره من يراها شروطاً؛ فإنّ الموجب إذا علّق مثلاً، أو لم يبقّ على صفه صحّه الإنشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروعيّه ذلك، لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الإيجاب بالقبول، و كذا القابل إذا لم يقبل إلّا بعد فوات الموالاه بزعم صحّه ذلك؛ فإنّه يجب على الموجب إعادته إيجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاه، فتأمّل.

ص: ١٧٩

-
- ١-١) لم ترد «إلّا» في «ف».
- ٢-٢) انظر مطارح الأنظار: ٢٢ (هدايه في الأمر الظاهري الشرعي). و راجع غيرها من كتب الأصول في مبحث «إجزاء الأمر الظاهري عن الواقعي».
- ٣-٣) في «ع» و «ص»: «الإخلال»، و الظاهر من «ف» كونها: «بالاختلال».

اشاره

(١)

[الأول]

اشاره

[الأول] (٢) [ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه، و كان مضموناً عليه.

أما عدم الملك؛ فلأنه مقتضى فرض الفساد.

و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه و هو أحد الأمور (٣) المتفرّعه على القبض بالعقد الفاسد-فهو المعروف، و ادعى الشيخ في باب الرهن (٤)، و في موضع من البيع: الإجماع عليه صريحاً (٥)، و تبعه في ذلك (٦) فقيه عصره في شرح القواعد (٧).

و في السرائر: أنّ البيع الفاسد يجرى عند المحصّلين مجرى الغصب في الضمان (٨)، و في موضع آخر نسبه إلى أصحابنا (٩).

ص: ١٨٠

١-١ (١) العنوان منّا.

٢-٢ (٢) العنوان منّا

٣-٣ (٣) كذا في «ف» و مصحّحه «خ» و «ص»، و في سائر النسخ: أمور.

٤-٤ (٤) المبسوط ٢:٢٠٤.

٥-٥ (٥) نفس المصدر ٢:١٥٠.

٦-٦ (٦) في «ف»: على ذلك.

٧-٧ (٧) هو الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرح القواعد (مخطوط): ٥٢.

٨-٨ (٨) و (٩) السرائر ٢:٢٨٥ و ٣٢٦.

و يدلّ عليه: النبويّ المشهور: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (١).

و الخدشه في دلالتها: بأنّ كلمه «على» ظاهره في الحكم التكليفي فلا يدلّ على الضمان، ضعيفه جداً؛ فإنّ هذا الظهور إنّما هو إذا أُسند الظرف إلى فعلٍ من أفعال المكلفين، لا إلى مالٍ من الأموال، كما يقال:

«عليه دين»، فإنّ لفظه «على» حينئذٍ لمجرّد الاستقرار في العهد، عيناً كان أو ديناً؛ و من هنا كان المتّجه صحّحه الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه؛ لعدم التمييز (٢) و الشعور.

و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً: قوله عليه السلام في الأمه المبتاعه إذا وُجدت مسروقه بعد أن أولدها المشتري: إنّهُ (٣) «يأخذ الجاربه صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بالقيمه» (٤)، فإنّ ضمان الولد بالقيمه -مع كونه نماءً لم يستوفه المشتري- يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى، و ليس (٥) استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها (٦) غير قابلٍ للملك، فهو كالتالف لا المتلف (٧)، فافهم.

ص: ١٨١

١-١) عوالي اللآلي ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢-٢) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: التمييز.

٣-٣) لم ترد «إنّه» في «ف».

٤-٤) الوسائل ٥٩٢: ١٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٣.

٥-٥) في «ش»: فليس.

٦-٦) في «ش»: إنمائها.

٧-٧) في «ش»: لا كالمتلف.

[البحث في قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده]

ثم إن هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه «كلّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفساده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» و هذه القاعده أصلاً و عكساً و إن لم أجدّها بهذه العبارة في كلام من تقدّم على العلامة، إلّا أنّها تظهر من كلمات الشيخ رحمه الله في المبسوط (1)، فإنّه علّل الضمان في غير واحدٍ من العقود الفاسده: بأنّه دخل على أن يكون المال مضموناً عليه.

و حاصله: أنّ قبض المال مُقَدِّماً على ضمانه بعوضٍ واقعيّ أو جعلي موجب للضمان، و هذا المعنى يشمل المقبوض (2) بالعقود الفاسده التي تضمن بصحيحها.

و ذكر أيضاً في مسأله عدم الضمان في الرهن الفاسد: أنّ صحيحه لا يوجب الضمان فكيف يضمن بفساده (3)؟ و هذا يدلّ على العكس المذكور.

و لم أجد من تأمّل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق في أنّه (4) يستحقّ السابق اجره المثل أم لا؟ (5).

[الكلام في معنى القاعده]

و كيف كان، فالمهمّ بيان معنى القاعده أصلاً و عكساً، ثمّ بيان المدرك فيها.

ص: ١٨٢

١-١) راجع المبسوط ٨٥، ٦٨، ٦٥، ٥٨، ٣ و ٨٩.

٢-٢) في «ش»: القبوض.

٣-٣) المبسوط ٢٠٤: ٢.

٤-٤) كذا في «ف» و هامش «خ» و «م»، و في سائر النسخ: بدل «في أنّه»: فهل.

٥-٥) المسالك ١١٠: ٦.

فنقول و من الله الاستعانه: إنَّ المراد ب«العقد» أعمّ من الجائز و اللازم، بل ممّا كان فيه شائبه الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعالة و الخلع.

و المراد بالضمان في الجملتين: هو كون دَرَكَ المضمون، عليه، بمعنى كون خسارته و دَرَكَه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه؛ لوجوب تداركه منه، و أمّا مجرد كون تلفه في ملكه بحيث يتلف مملوكاً له - كما يتوهم (١) - فليس هذا معنى للضمان أصلاً، فلا يقال: إنَّ الإنسان ضامنٌ لأمواله.

ثمّ تداركه من ماله، تارةً يكون بأداء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و المالك على كونه عوضاً و أمضاه الشارع، كما فى المضمون بسبب العقد الصحيح.

و أخرى بأداء عوضه الواقعى و هو المثل أو قيمه و إن لم يتراضيا عليه.

و ثالثه بأداء أقلّ الأمرين من العوض الواقعى و الجعلى، كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات (٢) مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

ص: ١٨٣

-
- ١ - ١) قيل: إنَّه الشيخ على فى حواشى الروضه فى تفسير القاعده. أنظر غايه الآمال: ٢٧٧، و هدايه الطالب: ٢١٠، و لعلّ المراد من الشيخ على المذكور هو صاحب «الدرّ المنثور» حفيد صاحب المعالم، انظر الذريعة ١٢: ٦٧.
- ٢ - ٢) ذكره المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ١٧٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ٦: ٦٣.

فإذا ثبت هذا، فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق، هو لزوم تداركه بعوضه الواقعي؛ لأنَّ هذا هو التدارك حقيقه، ولذا (١) لو اشترط (٢) ضمان العاربه لزم غرامه مثلها أو قيمتها. ولم يرد في أخبار ضمان المضمونات (٣) - من المغصوبات و غيرها - عدا لفظ «الضمان» بقولٍ مطلق.

و أما تداركه بغيره فلا بدّ من ثبوته من طريقٍ آخر، مثل تواطئهما عليه بعقدٍ صحيحٍ يُمضيه الشارع.

فاحتمال: أن يكون المراد بالضمان في قولهم: «يضمن بفاسده» هو وجوب أداء العوض المسمّى - نظير الضمان في العقد الصحيح -، ضعيف في الغايه (٤)، لا لأنَّ ضمانه بالمسمّى يخرج من فرض الفساد؛ إذ يكفي في تحقّق فرض الفساد بقاء كلِّ من العوضين على ملك مالكة و إن كان عند تلف أحدهما يتعيّن الآخر للعوضيّة - نظير المعاطاه على القول بالإباحه - بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان، و أنّ التدارك بالمسمّى (٥) في الصحيح لإمضاء الشارع ما تواطئا على عوضيته، لا لأنَّ

ص: ١٨٤

١-١) في «ف»: «و لهذا.

٢-٢) في «ع» و «ص»: «شرط»، و كتب فوق الكلمه في «ص»: «اشترط.

٣-٣) انظر الوسائل ٢٥٧:١٣-٢٥٨، الباب ١٧ من أبواب أحكام الإجاره، الأحاديث ٢-٦، و ٢٧١:١٣ و ٢٧٦، الباب ٢٩ و ٣٠، و ١٧٩:١٩-١٨٢، الباب ٨-١١ من كتاب الديات و غيرها.

٤-٤) قال المحقّق المامقاني - بعد نقل العبارة -: تعريض بما في شرح القواعد، انظر غايه الآمال: ٢٧٩، و شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء (مخطوط): الورقه ٥٢.

٥-٥) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: المسمّى.

معنى الضمان فى الصحيح مغاير لمعناه فى الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكاً فى العبارة، فافهم.

ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع ليكون أفراده مثل البيع و الصلح و الإجاره و نحوها؛ لجواز كون نوع لا يقتضى بنوعه الضمان، و إنما المقتضى له بعض أصنافه، فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف، مثلاً- الصلح بنفسه لا- يوجب الضمان؛ لأنه قد لا- يفيد إلّا فائده الهبه الغير المعوّضه أو الإبراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على المعاوضه، فالفرد الفاسد من هذا القسم موجب (١) للضمان أيضاً، و لا يلتفت إلى أنّ نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضماناً فلا يضمن بفاسده، و كذا الكلام فى الهبه المعوّضه، و كذا عاريه الذهب و الفضة.

نعم، ذكروا فى وجه عدم ضمان الصيد الذى استعاره المحرم: أنّ صحيح العاريه لا يوجب الضمان فينبغى أن لا يضمن بفاسدها (٢)، و لعل المراد عاريه غير الذهب و الفضة، و غير المشروط ضمانها.

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقق (٣) فى ضمن العقد الصحيح، ففى الضمان بالفاسد

ص: ١٨٥

١- ١) فى «ف»: يوجب.

٢- ٢) انظر المسالك ٥: ١٣٩، و الحدائق ٢١: ٤٨٩، و مفتاح الكرامه ٦: ٥٦ و غيرها، و سوف يجىء الكلام فى المسأله عند التعرض للإشكال فى أطراد القاعده فى الصفحه ١٩٥.

٣- ٣) فى «ف»: المحقق.

من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكاً بهذه القاعدة إشكال، كما لو استأجر إجاره فاسده و اشترط فيها ضمان العين، و قلنا بصحة هذا الشرط، فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحاحه يضمن به (١) و لو لأجل الشرط، أم لا؟ و كذا الكلام فى الفرد الفاسد من العاربه المضمونه.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقاً (٢)، تبعاً لظاهر المسالك (٣). و يمكن جعل الهبه المعوضه من هذا القبيل؛ بناءً على أنها هبه مشروطه لا معاوضه.

و ربما يحتمل فى العبارة أن يكون معناه: أن كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحاً، يضمن به مع الفساد.

و يترتب (٤) عليه عدم الضمان فيما (٥) لو استأجر بشرط أن لا اجره كما اختاره الشهيدان (٦)، أو باع بلا ثمن، كما هو أحد وجهى العلامة فى القواعد (٧).

و يضعف: بأن الموضوع هو العقد الذى يوجد (٨) له بالفعل صحيح

ص: ١٨٦

-
- ١-١) لم ترد «به» فى «ف».
 - ٢-٢) انظر الرياض ١:٦٢٥.
 - ٣-٣) المسالك ١٣٩:٥-١٤١.
 - ٤-٤) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: و رتب.
 - ٥-٥) لم ترد «فيما» فى «ف».
 - ٦-٦) نقله المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٧:١٢٠، عن حواشى الشهيد، و لكنّها لا توجد لدينا، و نقله الشهيد الثانى أيضاً فى المسالك ١٨٤:٥، و قال: و هو حسن.
 - ٧-٧) القواعد ١:١٣٤.
 - ٨-٨) كذا فى «ف»، و فى غيرها: وجد.

و فاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً، فالمتعين بمقتضى هذه القاعده: الضمان فى مسأله البيع؛ لأنّ البيع الصحيح يضمن به.

نعم، ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعده: بأنّه أقدم على العين (١) مضمونه عليه، لا يجرى فى هذا الفرع، لكنّ الكلام فى معنى القاعده، لا فى مدركها.

ثمّ إنّ لفظه «الباء» فى «بصحيحه» و «بفاسده»، إمّا بمعنى «فى»، بأن يراد: كلّ ما تحقّق الضمان فى صحيحه تحقّق فى فاسده، و إمّا لمطلق السببيّه الشامل للناقصه لا العله التامه؛ فإنّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض، كما فى السلم و الصرف، بل مطلق البيع، حيث إنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع، بمعنى أنّ دركّه عليه، و يتداركه برّد الثمن، فتأمّل، و كذا الإجاره و النكاح و الخلع؛ فإنّ المال فى ذلك كلّه مضمون على من انتقل عنه إلى أن يتسلّمه من انتقل إليه.

و أمّا العقد الفاسد، فلا يكون عله تامه أبداً، بل يفترق فى ثبوت الضمان به (٢) إلى القبض فقبله لا ضمان، فجعل الفاسد سبباً: إمّا لأنّه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان، و إمّا لأنّه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض؛ و لذا علّل الضمان الشيخ (٣) و غيره (٤).

ص: ١٨٧

١- ١) كالشهيّد الثانى فى المسالك ٣: ١٥٤.

٢- ٢) لم ترد «به» فى غير «ف».

٣- ٣) تقدّم فى الصفحه ١٨٢.

٤- ٤) مثل الشهيّد الثانى فى المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

بدخوله على أن تكون العين مضمونه عليه، ولا ريب أن دخوله على الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما يقبضه.

و الغرض من ذلك كله: دفع ما يتوهم أن سبب الضمان في الفاسد هو القبض، لا العقد الفاسد، فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببه الضمان و يقال: كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده؟ وقد ظهر من ذلك أيضاً: فساد توهم أن ظاهر القاعده عدم توقف الضمان في الفاسد على (١) القبض، فلا بد من تخصيص القاعده بإجماع و نحوه.

[الكلام في مدرک القاعده]

ثم إن المدرک لهذه الكليه-على ما ذكره في المسالك في مسأله الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد انقضاء الأجل (٢)- هو: إقدام الآخذ على الضمان، ثم أضاف إلى ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٣).

و الظاهر أنه تبع في استدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط (٤)، حيث علل الضمان في موارد كثيره-من البيع و الإجاره الفاسدين- بدخوله على أن يكون المال مضموناً عليه بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو قيمه.

و هذا الوجه لا يخلو عن (٥) تأمل؛ لأنهما إنما أقدما و تراضيا

ص: ١٨٨

١-١ (١) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: إلى.

٢-٢ (٢) المسالك ٥٦:٤.

٣-٣ (٣) عوالي اللآلى ٢٢٤:١، الحديث ١٠٦، و ٣٨٩:١، الحديث ٢٢.

٤-٤ (٤) تقدم في الصفحه ١٨٢.

٥-٥ (٥) في «ف»: من.

و تواطئاً بالعقد الفاسد على ضمانٍ خاصٍّ، لا الضمان بالمثل أو قيمه (١)، و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان الخاصِّ، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء خصوصيه حتى يتقوّم بخصوصيّه اخرى، فالضمان بالمثل أو قيمه إن ثبت، فحكم شرعى تابع لدليله و ليس ممّا أقدم عليه المتعاقدان.

هذا كلّه، مع أنّ مورد هذا التعليل أعمّ من وجه من المطلب؛ إذ قد يكون الإقدام موجوداً و لا ضمان، كما (٢) قبل القبض، و قد لا يكون إقدام فى العقد الفاسد مع تحقّق الضمان، كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري، و كما إذا قال: «بعتك بلا ثمن» أو «آجرتك بلا اجره».

نعم، قوّى الشهيدان فى الأخير عدم الضمان (٣)، و استشكل العلّامة فى مثال البيع فى باب السلم (٤).

و بالجملة، فدليل الإقدام - مع أنّه مطلب يحتاج إلى دليل لم نحصله - منقوض طرداً و عكساً.

و أمّا خبر اليد (٥) فدلالته و إن كانت ظاهره و سنده منجبراً، إلّا أنّ

ص: ١٨٩

١-١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: و قيمه.

٢-٢) لم ترد «كما» فى «ف».

٣-٣) تقدّم عنهما فى الصفحه ١٨٦.

٤-٤) القواعد ١٣٤:١.

٥-٥) و هو قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، عوالى اللآلى ١:٢٢٤، الحديث ١٠٦.

مورده مختص بالأعيان، فلا يشمل المنافع و الأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده.

اللهم إنا أن يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم (١)، و أنه لا يحل مال امرئ (٢) إلا عن طيب نفسه (٣)، و أن حرمه ماله كحرمه دمه (٤)، و أنه لا يصلح (٥) ذهاب حق أحد (٦)، مضافاً إلى أدله نفي الضرر (٧)، فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلا بد من أداء عوضه؛ لقاعدتى الاحترام و نفي الضرر.

ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام و الدخول عليه: بيان أن العين و المنفعه اللذين (٨) تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجاناً و تبرعاً حتى لا يقضى احترامهما

ص: ١٩٠

١- (١) انظر الوسائل ١٧:٣٠٩، الباب الأول من أبواب الغصب، الحديث ٤، و عوالى اللآلى ٣:٤٧٣، الأحاديث ١-٥.

٢- (٢) لم ترد «مال امرئ» فى غير «ف».

٣- (٣) الوسائل ٣:٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلّى، الحديث ٣، مع اختلاف فى اللفظ، و عوالى اللآلى ٢:١١٣، الحديث ٣٠٩.

٤- (٤) الوسائل ٨:٥٩٩، الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٩، و الصفحه ٦١٠، الباب ١٥٨ من أبواب أحكام العشره، الحديث ٣.

٥- (٥) فى غير «ش»: لا يصح.

٦- (٦) الوسائل ١٣:٣٩٠، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٣.

٧- (٧) منها ما ورد فى الوسائل ١٧:٣٤٠، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

٨- (٨) كذا فى النسخ، و المناسب: اللتين.

بتداركهما بالعوض، كما في العمل المتبرع به و العين المدفوعه مجاناً أو أمانه، فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال و احترام الأعمال.

نعم، في المسالك ذكر كلاً من الإقدام و اليد دليلاً مستقلاً (1)، فيبقى عليه ما ذكر سابقاً من النقص و الاعتراض (2).

[الضمان فيما لا يرجع فيه نفع إلى الضامن]

و يبقى الكلام حينئذ في بعض الأعمال المضمونه التي لا- يرجع نفعها إلى الضامن و لم يقع بأمره، كالسبق في المسابقه الفاسده، حيث حكم الشيخ (3) و المحقق (4) و غيرهما (5) بعدم استحقاق السابق اجره المثل، خلافاً لآخرين (6)، و وجهه: أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر، و لم يقع بأمره أيضاً، فاحترام الأموال- التي منها الأعمال- لا يقضى بضمان

ص: ١٩١

١- (١) المسالك ٣: ١٥٤، و ٤: ٥٦.

٢- (٢) أما النقص، فهو ما أفاده في الصفحه السابقه بقوله: «و بالجمله فدليل الإقدام... منقوض طرداً و عكساً». و أما الاعتراض، فهو ما ذكره في الصفحه ١٨٨-١٨٩ بقوله: «لأنهما إنما أقدما و تراضيا و تواطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمه».

٣- (٣) المبسوط ٦: ٣٠٢، لكنّه نفى فيه استحقاق المسّمى، و أمّا اجره المثل فقد نسب إلى قوم ثبوتّه و إلى آخرين سقوطه.

٤- (٤) الشرائع ٢: ٢٤٠.

٥- (٥) كالشهيد الثاني في المسالك ٦: ١٠٩-١١٠، و السبزواري في الكفايه: ١٣٩.

٦- (٦) منهم العلّامه في القواعد ١: ٢٦٣، و التذكرة ٢: ٣٥٧، و ولده فخر المحققين في الإيضاح ٢: ٣٦٨، و المحقق الثاني في جامع

المقاصد ٨: ٣٣٧.

الشخص له (١) ووجوب (٢) عوضه عليه؛ لأنه ليس كالمستوفى له؛ ولذا كانت شرعيته على خلاف القاعده، حيث إنه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل، وتمام الكلام في بابه.

ثم إنه لا فرق في ما ذكرنا من الضمان في الفاسد، بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض.

و توهم: أن الدافع في هذه الصوره هو الذى سلّطه عليه و المفروض أن القابض جاهل، مدفوع: بإطلاق النصّ و الفتوى، و ليس الجاهل مغروراً؛ لأنه أقدم على الضمان قاصداً، و تسليط الدافع العالم لا يجعلها (٣) أمانه مالكيه؛ لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه، لا- أنه أمانه عنده أو عاريه؛ و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به، و سيأتى تتمه ذلك في مسأله بيع الغاصب مع علم المشتري (٤).

هذا كله في أصل الكليه المذكوره.

و أما عكسها، و هو: أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده،

فمعناه: أن كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضماناً، كما في عقد الرهن و الوكاله و المضاربه و العاريه الغير المضمونه، بل المضمونه- بناءً على أن المراد بإفاده الصحيح للضمان إفادته بنفسه، لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه- و غير ذلك من العقود اللازمه و الجائزه.

ص: ١٩٢

١- ١) لم ترد «له» في «ف».

٢- ٢) في «ف»: أو وجوب.

٣- ٣) كذا في النسخ.

٤- ٤) عبارته «ثم إنه لا فرق- إلى- علم المشتري» لم ترد في «ف».

ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجره فاسداً؛ لأنَّ صحيح الإجاره غير مفيدٍ لضمانيها كما صرح به في القواعد (١) و التحرير (٢) و حكى عن التذكرة (٣) و (٤) إطلاق الباقي (٥)، إلّا أنَّ صريح الرياض الحكم بالضمن، و حكى فيها عن بعضٍ نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب (٦)، و الظاهر أنَّ المحكي عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة (٧).

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد؛ حيث قال في باب الغصب: إنَّ الذي يلوح من كلامهم هو (٨) عدم ضمان العين المستأجره فاسداً باستيفاء المنفعه، و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان، لأنَّ التصرف فيه (٩) حرام؛ لأنَّه غصب فيضمنه، ثم قال: إلّا أنَّ كون الإجاره الفاسده لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها منافٍ لذلك،

ص: ١٩٣

-
- ١-١ (١) القواعد ٢٣٤:١.
 - ٢-٢ (٢) تحرير الأحكام ١:٢٥٢، هذا و قد وردت الكلمه في أكثر النسخ هكذا: «ئر»، و لكننا لم نقف عليه في السرائر، فراجع.
 - ٣-٣ (٣) التذكرة ٣:٣١٨.
 - ٤-٤ (٤) لم ترد «و» في «ف».
 - ٥-٥ (٥) كابن حمزه في الوسيله: ٢٦٧، و المحقق في الشرائع ٢:١٧٩، و الشهيدان في اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٤:٣٣١.
 - ٦-٦ (٦) الرياض ٢:٨.
 - ٧-٧ (٧) مجمع الفائدة ٥٠:١٠.
 - ٨-٨ (٨) لم ترد «هو» في «ف».
 - ٩-٩ (٩) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

فيقال: إنّه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقاً و الأصل براءة الذمّه من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونه، و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن؛ لأنّ استيلاءه بغير حقّ و هو باطل (١)، انتهى.

[منشأ الحكم بالضمان]

و لعلّ الحكم بالضمان في المسأله:

إمّا لخروجها عن قاعده «ما لا يضمن»؛ لأنّ المراد بالمضمون مورد العقد، و مورد العقد في الإجاره المنفعه، فالعين يُرجع في حكمها إلى القواعد، و حيث كانت في صحيح الإجاره أمانه مأذوناً فيها شرعاً و من طرف المالك، لم يكن فيه (٢) ضمان، و أمّا في فاسدها، فدفعت المؤجر للعين إنّما هو للبناء على استحقات المستأجر لها؛ لحقّ الانتفاع فيه (٣)، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه (٤) يد عدوان موجه للضمان.

و إمّا لأنّ (٥) قاعده «ما لا يضمن» معارضه هنا بقاعده اليد.

[الأقوى عدم الضمان]

و الأقوى: عدم الضمان، فالقاعده المذكوره غير مخصّصه بالعين المستأجره، و لا متخصّصه.

ثمّ إنّ يشكل أطراد القاعده في موارد:

منها: الصيد الذي استعاره المحرم من المحلّ؛

بناءً على فساد العاريه، فإنّهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمه، مع أنّ صحيح العاريه

ص: ١٩٤

١-١ (١) جامع المقاصد ٢١٦:٦.

٢-٢ (٢) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

٣-٣ (٣) كذا في النسخ، و المناسب: فيها.

٤-٤ (٤) كذا، و المناسب: عليها.

٥-٥ (٥) كلمه «لأنّ» وردت في غير «ف» مستدركه.

لا يضمن به، ولذا ناقش الشهيد الثاني في الضمان على تقديري الصّحّه و الفساد (١).

إلّا أن يقال: إنّ وجه ضمانه -بعد البناء على أنّه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته-: أنّ المستقرّ عليه قهراً (٢) بعد العاربه هي القيمة لا- العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإلتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كلّ عقد، لا بسبب التلف.

[منها المنافع غير المستوفاه من المبيع فاسدا]

و يشكل اطراد القاعده أيضاً في المبيع (٣) فاسداً بالنسبه إلى المنافع التي لم يستوفها؛ فإنّ هذه المنافع غير مضمونه في العقد الصحيح، مع أنّها مضمونه في العقد الفاسد، إلّا أن يقال: إنّ ضمان العين يستتبع ضمان المنافع في العقد الصحيح و الفاسد، و فيه نظر؛ لأنّ نفس المنفعه غير مضمونه بشيء في العقد الصحيح؛ لأنّ الثمن إنّما هو بإزاء العين دون المنافع.

[منها حمل المبيع فاسدا]

و يمكن نقض القاعده أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرّح به في المبسوط (٤) و الشرائع (٥) و التذكرة (٦) و التحرير (٧): من كونه مضموناً على

ص: ١٩٥

١- (١) المسالك ١٣٩:٥.

٢- (٢) لم ترد «قهراً» في «ف».

٣- (٣) كذا في «ف» و «ظاهر» ن، و في سائر النسخ: البيع.

٤- (٤) المبسوط ٦٥:٣.

٥- (٥) الشرائع ٢٣٦:٣.

٦- (٦) التذكرة ٤٩٦:١، و ٣٩٧:٢.

٧- (٧) التحرير ١٣٧:٢.

المشترى، خلافاً للشهيدين (١) و المحقق الثاني (٢) و بعض آخر (٣) تبعاً للعلامة في القواعد (٤)، مع أنّ الحمل غير مضمون في البيع الصحيح؛ بناءً على أنه للبائع.

و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول في البيع (٥)، و حينئذٍ لا نقض على القاعده.

[منها الشركه الفاسده]

و يمكن النقض أيضاً بالشركه الفاسده؛ بناءً على أنه لا يجوز التصرفّ بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجب للضمان.

[مبنى عدم الضمان في عكس القاعده هي الأولويه و المناقشه فيها]

ثم إنّ مبنى هذه القضيه السالبه-على (٦) ما تقدّم من كلام الشيخ في المبسوط (٧)-هي الأولويه، و حاصلها: أنّ الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده؟ و توضيحه: أنّ الصحيح من العقد إذا لم يقتضِ الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذي هو بمنزله العدم لا يؤثر في الضمان؛ لأنّ أثر الضمان إمّا من الإقدام على الضمان، و المفروض عدمه، و إلّا لضمن

ص: ١٩٦

١- (١) الدروس ٣:١٠٨، و الروضه البهيه ٧:٢٤ و ٢٥، و المسالك (الطبعه الحجرية) ٢:٢٠٥.

٢- (٢) جامع المقاصد ٦:٢٢٠.

٣- (٣) مثل المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ١٠:٥١١.

٤- (٤) القواعد ١:٢٠٢.

٥- (٥) الدروس ٣:١٠٨، و عبارته في «ف» هكذا: إذا شرط الدخول في المبيع.

٦- (٦) كلمه «على» و عبارته «هي الأولويه» وردت في «ف» في الهامش استدراكاً.

٧- (٧) تقدّمت في الصفحه ١٨٢.

بصحيحه، وإما من (١) حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعامله الفاسده، و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

و وجه الأولويه: أنّ الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أن يقال: إنّ الضمان من مقتضيات الصحيح، فلا- يجرى (٢) في الفاسد؛ لكونه لغواً غير مؤثر، على ما سبق تقرّبه: من أنه أقدم على ضمان خاصّ، و الشارع لم يمضه فيرفع أصل الضمان (٣).

لكن يخدمها: أنه يجوز أن يكون صحّحه الرهن و الإجاره المستلزمه لتسلّط المرتهن و المستأجر على العين شرعاً مؤثّره في رفع الضمان، بخلاف الفاسد الذي لا يوجب تسلّطاً لهما على العين، فلا أولويه.

فإن قلت: إنّ الفاسد و إن لم يكن له دخل في الضمان، إلّا أنّ مقتضى عموم «على اليد» هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود التي يكون مواردها غير مضمونه على القابض، و بقى الباقي.

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هي (٤) عموم ما دلّ على أنّ من لم يضمّنه المالك -سواء ملكه إياه بغير عوض، أو سلّطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه (٥) لحفظه، أو دفعه إليه لاستيفاء حقّه، أو العمل فيه بلا اجره أو

ص: ١٩٧

١-١ (١) كلمه «من» من «ش» و مصحّحه «خ».

٢-٢ (٢) في «ف»: و لا يجرى.

٣-٣ (٣) سبق تقرّبه في الصفحه ١٨٩.

٤-٤ (٤) كذا في النسخ، و في «ف» غير واضح، و المناسب: هو.

٥-٥ (٥) في «ف»: أو استأمنه به.

معها أو غير ذلك-فهو غير ضامن (١).

أمّا في غير التمليك بلا عوض-أعنى الهبة-فالدليل المخصّص لقاعده الضمان عموم ما دلّ على أنّ من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن (٢)، بل ليس لك أن تتّهمه (٣)(٤).

و أمّا في الهبة الفاسده، فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم «اليد»: بفحوى ما دلّ على خروج صور (٥) الاستئمان (٦)؛ فإنّ استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى. و التقييد بالمجانیه لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات؛ فإنّه عين التضمين.

فحاصل أدلّه عدم ضمان المستأمن: أنّ من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمّنه بعوض واقعى-أعنى المثل أو القيمه (٧)-و لا جعلى، فليس عليه ضمان.

ص: ١٩٨

١ - ١) قال الشهيدى فى شرحه: «لم نعر بهذا الدليل»، بل الظاهر من عبارته المصنّف فيما بعد عدم عثوره عليه أيضاً (هدايه الطالب: ٢١٨).

٢ - ٢) راجع الوسائل ١٣: ٢٢٧، الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة، و الصفحه ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث الأوّل.

٣ - ٣) كما ورد فى الحديث ٩ و ١٠ من الباب ٤ من أبواب أحكام الوديعة.

٤ - ٤) عبارته «بل ليس لك أن تتّهمه» لم ترد فى «ف».

٥ - ٥) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن» و نسخه بدل «ش»، و فى سائر النسخ بدل «صور»: مورد.

٦ - ٦) انظر الهامش ٢.

٧ - ٧) فى «ن»، «م» و «ش»: و القيمه.

الثاني من الأمور المتفرّعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد، وجوب ردّه فوراً إلى المالك.

و الظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح (٢) من مجمع الفائدة (٣)، بل صرح في التذكرة (٤) - كما عن جامع المقاصد -: أنّ مئونه الردّ على المشتري لوجوب ما لا يتمّ الردّ إلّا به (٥)، وإطلاقه يشمل ما لو كان في ردّه مئونه كثيرة، إلّا أن يقيد بغيرها بأدله نفى الضرر.

و يدلّ عليه: أنّ الإمساك أنّما تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز؛ لقوله عجل الله فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» (٦).

ص: ١٩٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) الضمير في قوله «يلوح» عائذ إلى عدم جواز التصرف، لا- إلى نفى الخلاف، كما صرح به المحقق المامقاني، انظر غايه الآمال: ٢٨٦.

٣-٣) مجمع الفائدة ١٩٢: ٨.

٤-٤) التذكرة ٤٩٥: ١.

٥-٥) جامع المقاصد ٤٣٥: ٤.

٦-٦) الوسائل ٣٠٩: ١٧، الباب الأوّل من أبواب الغصب، الحديث ٤.

و لو نوقش في كون الإمساك تصرفاً، كفى عموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (١):

«لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه» (٢) حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به، التي منها كونه في يده.

و أما توهم: أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره، فمندفع: بأنه إنما ملكه إياه عوضاً، فإذا انتفت صفه العوضيه باعتبار عدم سلامه العوض له شرعاً (٣)، و المفروض أن كونه على وجه الملكيه المجانيه مما لم ينشئها المالك، و كونه مالاً للمالك و (٤) أمانه في يده أيضاً مما لم يؤذن فيه، و لو أذن له فهو استيداع جديد، كما أنه لو ملكه مجاناً كانت هبه جديده.

هذا، و لكن الذي يظهر من المبسوط (٥): عدم الإثم في إمساكه (٦)، و كذا السرائر ناسباً له إلى الأصحاب (٧)، و هو ضعيف، و النسبه غير ثابتة، و لا يبعد إرادته صورته الجهل؛ لأنه لا يعاقب.

ص: ٢٠٠

١- ١) في «ف»، «ن»، «خ» و «ع»: عليه السلام.

٢- ٢) الوسائل ٣: ٤٢٥، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ٣، باختلاف في اللفظ. و رواه في عوالي اللآلي ١١٣: ٢ و ٢٤٠، الحديث ٣٠٩ و ٦.

٣- ٣) الظاهر سقوط جواب الشرط، و هو «انتفى الإذن».

٤- ٤) لم ترد «و» في «ف».

٥- ٥) في غير «ف» و «ش» زياده: «في قبضه معللاً بأنه قبضه بإذن مالكة، و قد تقدم أيضاً من التحرير التصريح بعدم الإثم»، و شطب عليها في «ن»، و لعلها كانت حاشيه خلطت بالمتن، و يشهد لذلك عدم تقدم كلام من التحرير في المسأله، و لم نقف في التحرير أيضاً على التصريح بعدم الإثم في الإمساك.

٦- ٦) المبسوط ٢: ١٤٩.

٧- ٧) السرائر ٢: ٣٢٦.

الثالث أنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاهما المشتري قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور،

بل ظاهر ما تقدم من السرائر، من كونه بمنزله المغصوب (١): الاتّفاق على الحكم.

و يدلّ عليه: عموم قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئ مسلم (٢) إلّا عن طيب نفسه» (٣)، بناءً على صدق المال على المنفعه، و لذا يجعل ثمنًا في البيع و صداقًا في النكاح.

خلافًا للوسيله، فنفي الضمان؛ محتجًا بأنّ الخراج بالضمان (٤) كما في النبوي المرسل (٥).

و تفسيره: أنّ من ضمن شيئاً و تقبله لنفسه فخراجه له، فالباء

ص: ٢٠١

١-١) تقدّم في الصفحه ١٨٠.

٢-٢) في «ش» زياده: لأخيه.

٣-٣) عوالي اللآلى ١١٣:٢، الحديث ٣٠٩.

٤-٤) الوسيله: ٢٥٥.

٥-٥) عوالي اللآلى ٢١٩:١، الحديث ٨٩.

للسبب أو المقابلة، فالمشترى لما أقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه بتقيل البائع و تضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجاناً، كان اللازم على (١) ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد، كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضاً.

و الحاصل: أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج، و مرجعه إلى أن الغنيمه و الفائدة بإزاء الغرامه، و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيره متفرقه، مثل قوله عليه السلام فى مقام الاستشهاد على كون منفعه المبيع فى زمان الخيار للمشترى: «أ لا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟» (٢) و نحوه فى الرهن (٣) و غيره.

و فيه: أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه، و إنما هو أمرٌ قهرىٌ حكم به الشارع كما حكم بضمن المقبوض بالسوم و المغصوب.

فالمراد بالضمان الذى بإزائه الخراج: التزام الشئ على نفسه و تقبله له مع إمضاء الشارع له.

و ربما ينتقض ما ذكرنا فى معنى الروايه بالعاريه المضمونه؛ حيث إنه أقدم على ضمانها، مع أن خراجها ليس له؛ لعدم تملكه للمنفعه، و إنما

ص: ٢٠٢

١- ١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: من.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣، و لفظ الحديث: «أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار، دار المشتري؟!»، و مثله فى الدلاله الحديث الأول من هذا الباب.

٣- ٣) الوسائل ١٣: ١٢٦، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٦، و غيره.

تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمل.

و الحاصل: أنّ دلالة الروايه (١) لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعده ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حلّه إلّا عن طيب النفس.

و ربما يردّ هذا القول: بما ورد في شراء الجاريه المسروقه، من ضمان قيمه الولد و عوض اللبن، بل عوض كلّ ما انتفع (٢).

و فيه: أنّ الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهه أنّ مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهه التصرف في مال الغير.

و أضعف من ذلك ردّه بصحيحه أبي ولاد (٣) المتضمّنه لضمان منفعه المغصوب المستوفاه؛ ردّاً على أبي حنيفه القائل بأنّه إذا تحقّق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها (٤)، كما يظهر من تلك الصحيحه.

نعم، لو كان القول المذكور موافقاً لقول أبي حنيفه في إطلاق القول بأنّ الخراج بالضمان، انتهضت الصحيحه و ما قبلها ردّاً عليه.

هذا كلّه في المنفعه المستوفاه، و أمّا المنفعه الفائته بغير استيفاء،

ص: ٢٠٣

١- ١) أي النبوي المرسل: «الخراج بالضمان»، المتقدّم في الصفحة ٢٠١.

٢- ٢) انظر الوسائل ١٤:٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الأحاديث ٢-٥.

٣- ٣) الوسائل ١٧:٣١٣، الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

٤- ٤) انظر بدايه المجتهد ٢:٢٣١، و المغنى لابن قدامه ٥:٥٠١.

فالمشهور فيها أيضاً الضمان، وقد عرفت عبارته السرائر المتقدمه (١)، ولعله لكون المنافع أموالاً - في يد من بيده العين، فهي مقبوضه في يده؛ ولذا يجرى على المنفعه حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل المنفعه في ضمان المستأجر، ويتحقق قبض الثمن في السلم بقبض الجاربه المجعل خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجعل سكنها ثمناً، مضافاً إلى أنه مقتضى احترام مال المسلم؛ إذ كونه في يد غير مالكة مدّه طويله من غير أجره منافٍ للاحترام.

لكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالاً حقيقه -:

بأن مجرد ذلك لا يكفي في تحقق الضمان، إلا أن يندرج في عموم «على اليد ما أخذت» (٢)، ولا إشكال (٣) في عدم شمول صله الموصول للمنافع، و حصولها في اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ.

و دعوى: أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل في المنافع بقبض (٤) الأعيان، مشكله.

و أما احترام مال المسلم، فإنما يقتضى عدم حلّ التصرف فيه (٥) وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك في الاستيفاء.

ص: ٢٠٤

١-١) تقدّمت في الصفحه ١٨٠، وإليك نصّها: إنّ البيع الفاسد يجرى عند المحضّلين مجرى الغصب في الضمان.

٢-٢) عوالى اللآلى ١:٢٢٤، الحديث ١٠٦.

٣-٣) في «ش»: فلا إشكال.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ف»: «لبعض»، و في سائر النسخ: لقبض.

٥-٥) لم ترد «فيه» في «ف».

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً- كما عن الإيضاح (١)- أو مع علم البائع بالفساد- كما عن بعضٍ آخر (٢)- موافق للأصل السليم.

مضافاً إلى أنه قد يدعى شمول قاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» [له (٣)]. و من المعلوم (٤) أنّ صحيح البيع لا يوجب ضماناً للمشتري للمنفعه؛ لأنها له مجاناً و لا يتقسط الثمن عليها، و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف، فلا ينافى القاعده المذكوره؛ لأنها بالنسبه إلى التلف لا الإتلاف.

مضافاً إلى الأخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجاربه المسروقه المبيعه (٥)، الساكنه من ضمان غيرها في مقام البيان.

و كذا صحيحه محمّد بن قيس الوارده في مَن باع وليده أبيه بغير إذنه، فقال عليه السلام: «الحكم أن يأخذ الوليده و ابنها» (٦) و سكت عن المنافع الفائتة، فإنّ عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريقٍ أولى.

ص: ٢٠٥

١- (١) إيضاح الفوائد ١٩٤: ٢.

٢- (٢) نسبه المؤلف قدّس سرّه إلى بعض من كتب على الشرائع، انظر الصفحة الآتية.

٣- (٣) من مصحّحه «ص».

٤- (٤) في «ف»: إذ من المعلوم.

٥- (٥) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الأحاديث ٢-٥.

٦- (٦) نفس المصدر، الحديث الأوّل.

و الإنصاف: أنَّ للتوقُّف في المسأله- كما في المسالك (١) تبعاً للدروس (٢) و التنقيح (٣)-مجالاً.

و ربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرُّض لأحكام البيع الفاسد-:اختصاص الإشكال و التوقُّف بصورة علم البائع (٤) على ما استظهره السيّد العميد (٥) و المحقّق الثاني (٦) من عبارته الكتاب، و عن الفخر: حمل الإشكال في العبارة على مطلق صورته عدم الاستيفاء (٧).

فتحصّل (٨) من ذلك كلّه: أنَّ الأقوال في ضمان المنافع الغير المستوفاه خمسّه:

الأوّل:الضمان، و كأنّه للأكثر.

الثاني:عدم الضمان، كما عن الإيضاح.

الثالث:الضمان إلّا مع علم البائع، كما عن بعض من كتب على الشرائع (٩).

ص: ٢٠٦

١-١) المسالك ٣:١٥٤.

٢-٢) الدروس ٣:١٩٤.

٣-٣) التنقيح الرائع ٢:٣٢.

٤-٤) القواعد ١:٢٠٨.

٥-٥) كنز الفوائد ١:٦٧٦.

٦-٦) جامع المقاصد ٦:٣٢٤-٣٢٥.

٧-٧) إيضاح الفوائد ٢:١٩٤.

٨-٨) كذا في «ف» و«ص»، و في «ش» و ظاهر «ن»:«فيتحصّل»، و في سائر النسخ:«فيحصل».

٩-٩) لم نقف عليه.

الرابع: التوقّف في هذه الصورة، كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارته القواعد.

الخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد، كما يظهر من فخر الدين.

و قد عرفت أنّ التوقّف أقرب إلى الإنصاف، إلّا أنّ المحكى من التذكرة ما لفظه (١): إنّ منافع الأموال من العبيد (٢) و الثياب و العقار و غيرها مضمونه بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبداً أو جاريه (٣) أو عقاراً أو حيواناً مملوكاً ضمن منفعه -سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدّة في يده (٤) لا يستعملها - عند علمائنا أجمع (٥).

و لا يبعد أن يراد ب«اليد العادية» مقابل اليد الحقّة، فيشمل يد المشتري في ما نحن فيه، خصوصاً مع علمه (٦)، سيّما مع جهل البائع به.

و أظهر منه ما في السرائر في آخر باب الإجاره: -من الاتفاق أيضاً على ضمان منافع المغصوب الفائته (٧)، مع قوله في باب البيع: إنّ

ص: ٢٠٧

١-١) لم ترد «ما لفظه» في «ف» و «ش».

٢-٢) كذا في «ف» و «ن»، و في سائر النسخ: العبد.

٣-٣) في المصدر زياده: أو ثوباً.

٤-٤) في «ف»: بأن بقيت تحت يده مدّة.

٥-٥) التذكرة ٣٨١:٢.

٦-٦) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و «م»، و في سائر النسخ: غلبته.

٧-٧) السرائر ٤٧٩:٢.

البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزله الشيء المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم عن إمساكه (١)، انتهى.

و على هذا، فالقول بالضمان لا يخلو عن قوّه، وإن كان المتراءى [□] من ظاهر صحيحه أبى ولآد (٢) اختصاص الضمان في المغصوب بالمنافع المستوفاه من البغل المتجاوز به إلى غير محلّ الرخصه، إلّا أنّا لم نجد بذلك عاملاً في المغصوب الذي هو موردها.

ص: ٢٠٨

١-١) السرائر ٣٢٦:٢.

٢-٢) الوسائل ٣١٣:١٧، الباب ٧ من أبواب الغصب، الحديث الأوّل.

الرابع إذا تلف المبيع، فإن كان مثلًا وجب مثله

بلا خلاف إلّا ما يحكى عن ظاهر الإسكافي (١).

و قد اختلف كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى، فالشيخ (٢) وابن زهره (٣) وابن إدريس (٤) والمحقق (٥) وتلميذه (٦) والعلماء (٧) وغيرهم (٨) قدّس الله أسرارهم، بل المشهور-على ما حكى (٩)-أنّه: ما يتساوى أجزاءه من حيث القيمة.

ص: ٢٠٩

١-١) حكاة العلماه فى المختلف ١٣١:٦، والشهيد فى غايه المراد: ١٣٥، وغيرهما.

٢-٢) المبسوط ٥٩:٣.

٣-٣) الغنيه: ٢٧٨.

٤-٤) السرائر ٤٨٠:٢.

٥-٥) الشرائع ٢٣٩:٣.

٦-٦) وهو الفاضل الآبى فى كشف الرموز ٣٨٢:٢.

٧-٧) القواعد ٢٠٣:١.

٨-٨) مثل أبى العباس فى المهذب البارع ٢٥١:٤، والمقتصر: ٣٤٢.

٩-٩) حكاة الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٨:٢، والمحقق السيزوارى فى الكفايه: ٢٥٧، والسيد الطباطبائى فى

الرياض ٣٠٣:٢.

و المراد بأجزائه: ما يصدق عليه اسم الحقيقة. و المراد بتساويها من حيث القيمة: تساويها بالنسبه، بمعنى كون قيمه كلِّ بعضٍ بالنسبه إلى قيمه البعض الآخر كنسبه نفس البعضين من حيث المقدار؛ و لذا قيل في توضيحه: إنَّ المقدار منه إذا كان يستوى (١) قيمه (٢)، فنصفه يستوى (٣) نصف تلك القيمة (٤).

و من هنا رجَّح الشهيد الثاني كون المصوغ من النقدين قيمياً، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها (٥).

قلت: و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثلياً؛ إذ لو انكسر نصفين نقص قيمه نصفه عن نصف قيمه المجموع (٦)، إلا أن يقال:

إنَّ الدرهم مثلي بالنسبه إلى نوعه. و هو الصحيح؛ و لذا لا يعدّ الجريش مثلاً للحنطه، و لا الدُّقاهه مثلاً للأرز.

و من هنا يظهر أنَّ كلَّ نوعٍ من أنواع الجنس الواحد، بل كلِّ

ص: ٢١٠

١-١) كذا في النسخ، و لعلّه مصحّف «يسوى» بمعنى: يساوى، لكن عن الأزهري: أن قولهم «يسوى» ليس عربياً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادّه: «سوى».

٢-٢) في «م» زياده: معيّنه.

٣-٣) كذا في النسخ، و لعلّه مصحّف «يسوى» بمعنى: يساوى، لكن عن الأزهري: أن قولهم «يسوى» ليس عربياً صحيحاً، انظر المصباح المنير، مادّه: «سوى».

٤-٤) قاله الشهيد الثاني في المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٨:٢، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٣٠٣:٢.

٥-٥) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٩:٢.

٦-٦) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ف» و مصحّحه «ص»: «نقص قيمه نصفه عن قيمه المجموع»، و في سائر النسخ: «نقص قيمه نصفه عن قيمه المجموع».

صنّفٍ من أصنافٍ نوعٍ واحدٍ مثليّ بالنسبه إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف.

فلا يرد ما قيل: من أنّه إن أُريد التساوى بالكليه، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرّف؛ إذ ما من مثليّ إلّا و أجزاءه مختلفه في قيمه كالحنطه؛ فإنّ قفيزاً من حنطه (١) يساوى عشره و من اخرى يساوى عشرين. و إن أُريد التساوى في الجملة، فهو في القيمي موجود، كالثوب و الأرض (٢)، انتهى.

و قد لوح هذا المورد في آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا: من أنّ كون الحنطه مثليه معناه: أنّ كلّ صنّفٍ منها (٣) متماثل الأجزاء (٤) و متساوٍ (٥) في قيمه، لا- بمعنى أنّ جميع أبعاض هذا النوع متساويه في قيمه، فإذا كان المضمون بعضاً من صنّف، فالواجب دفع مساويه من هذا الصنف، لا القيمه و لا بعض من صنّف (٤) آخر (٧).

لكنّ الإنصاف: أنّ هذا خلاف ظاهر كلماتهم؛ فإنّهم يطلقون المثلى على جنس الحنطه و الشعير و نحوهما، مع عدم صدق التعريف

ص: ٢١١

١- ١) في «ف»: الحنطه.

٢- ٢) قاله المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائده ٥٢٢: ١٠-٥٢٣.

٣- ٣) في غير «ش»: منه.

٤- ٤) كذا في «ن»، و في «ش»: «الأجزاء»، و في سائر النسخ: للأجزاء.

٥- ٥) في غير «ش»: متساويه.

٦- ٦) في «ف»: الصنف الآخر.

٧- ٧) انظر مجمع الفائده ٥٢٥: ١٠-٥٢٦.

عليه، وإطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثليته أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيداً، إلّا أنّ انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جداً، إلّا أن يُهملوا خصوصيات الأصناف الموجهة لزيادته القيمة و نقصانها، كما التزمه بعضهم (١).

غايه الأمر وجوب رعايه الخصوصيات عند أداء المثل عوضاً عن التالف، أو القرض، و هذا أبعد.

هذا، مضافاً إلى أنّه يشكل أطراد التعريف بناءً على هذا، بأنّه:

إن أُريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث قيمته تساويًا حقيقيًا، فقلّ ما (٢) يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع؛ لأنّ أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى في قيمته؛ لتفاوتها بالخصوصيات الموجهة لزيادته الرغبه و نقصانها، كما لا يخفى.

و إن أُريد تقارب أجزاء ذلك الصنف من حيث قيمته و إن لم يتساو حقيقه، تحقّق ذلك في أكثر القيميات؛ فإنّ لنوع الجاربه أصنافاً متقاربه في الصفات الموجهة لتساوى قيمته، و بهذا الاعتبار يصحّ السلم فيها، و لذا اختار العلامه في باب القرض من التذكّره-على ما حكى عنه (٣)- أنّ ما يصحّ فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله (٤).

ص: ٢١٢

١- ١) لم نقف عليه بعينه، و لعلّه ينظر إلى ما قاله الشهيد الثانى و غيره في المثلى: من أنّ المثل ما يتساوى قيمه أجزائه، أى أجزاء النوع الواحد منه، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢: ٢٠٨، و الكفاية: ٢٥٧ و غيرهما.

٢- ٢) في مصحّحه «ص»: فإنّه قلّما.

٣- ٣) عبارته «على ما حكى عنه» لم ترد في «ش»، و شطب عليها في «ن».

٤- ٤) التذكّره ٥: ٢.

وقد عدَّ الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيمّات (١)، مع أنّ كلّ نوعٍ منها مشتمل على أصنافٍ متقاربه في قيمه، بل متساويه عرفاً.

ثمّ لو فرض أنّ الصنف المتساوى من حيث القيمة في الأنواع القيمّيه عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلّيه، لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم، يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمان المثلي بالمثلي، والقيمي بالقيمي.

ثمّ إنّّه قد عُرِّف المثلي بتعاريفٍ أحرّ أعمّ من التعريف المتقدّم أو أخصّ:

فمن التحرير: أنّه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته (٣).

و عن الدروس و الروضه: أنّه المتساوى الأجزاء و المنفعه، المتقارب الصفات (٤)، و عن المسالك و الكفايه: أنّه أقرب التعريفات إلى السلامه (٥).

و عن غايه المراد: ما تساوى أجزاءه في الحقيقه النوعيه (٦).

ص: ٢١٣

١- ١) المبسوط ٩٩:٣.

٢- ٢) لم ترد «قد» في «ف».

٣- ٣) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٤٢:٦، و انظر التحرير ١٣٩:٢، و فيه: «و يتفاوت صفاته»، و لم نقف على غيره.

٤- ٤) الدروس ١١٣:٣، الروضه البهيه ٣٦:٧.

٥- ٥) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٨:٢، الكفايه ٢٥٧:٢، و اللفظ للأخير، و حكاه عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٤٢:٦.

٦- ٦) غايه المراد: ١٣٥، و فيه: ما تتساوى.

و عن بعض العامه: أنه ما قدر بالكيل أو الوزن (١).

و عن آخر منهم زياده: جواز بيعه سلماً (٢).

و عن ثالث منهم زياده: جواز بيع بعضه ببعض (٣)، إلى غير ذلك ممّا حكاه في التذكرة عن العامه (٤).

ثمّ (٥) لا - يخفى أنه ليس للفظ «المثلى» حقيقه شرعيه و لا - متشريعّه (٦)، و ليس المراد معناه اللغوى؛ إذ المراد بالمثل لغه: المماثل، فإن أُريد من جميع الجهات فغير منعكس، و إن أُريد من بعضها، فغير مطرد.

و ليس فى النصوص حكم يتعلّق بهذا العنوان حتّى يبحث عنه.

نعم، وقع هذا العنوان فى معقد إجماعهم (٧) على أنّ المثلى يضمن بالمثل، و غيره بالقيمه، و من المعلوم أنه لا يجوز الاتكال فى تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفه الباقيين.

و حيثئذٍ فينبغى أن يقال: كلّ ما كان مثلياً باتّفاق المجمعين فلا إشكال فى ضمّانه بالمثل؛ للإجماع، و يبقى ما كان مختلفاً فيه بينهم،

ص: ٢١٤

١-١) بدايه المجتهد ٣١٧:٢، و المغنى؛ لابن قدامه ٢٣٩:٥-٢٤٠، و المحلّى ٦: ٤٣٧.

٢-٢) انظر مغنى المحتاج ٢٨١:٢.

٣-٣) لم نقف عليه فى ما بأيدينا من كتب العامه.

٤-٤) التذكرة ٣٨١:٢.

٥-٥) فى «ف»: ثمّ إنّه.

٦-٦) فى النسخ: و لا متشريعّه.

٧-٧) انظر جامع المقاصد ٢٤٥:٦، و الرياض ٣٠٣:٢، و المناهل: ٢٩٩، و مفتاح الكرامه ٢٤١:٦، و الجواهر ٨٥:٣٧.

كالذهب و الفضه الغير المسكوكين، فإن صريح الشيخ فى المبسوط كونهما من القيميات (١)، و ظاهر غيره (٢) كونهما مثليين، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص؛ فإن ظواهر عبائر المبسوط (٣) و الغنيه (٤) و السرائر (٥) كونها قيميه.

و عبارته التحرير صريحه فى كون أصولها مثليه و إن كان المصوغ منها قيمياً (٦).

و قد صرح الشيخ فى المبسوط: يكون الرطب و العنب قيمياً (٧)، و التمر و الزبيب مثلياً (٨).

و قال فى محكى المختلف: إن فى الفرق إشكالاً (٩)، بل صرح بعض

ص: ٢١٥

١-١) المبسوط ٣:٦١.

٢-٢) كالمحقق فى الشرائع ٣:٢٤٠، و العلامه فى التحرير ٢:١٣٩، و التذكره ٢:٣٨٤، و المختلف ٦:١٢٢، و الشهيد فى الدروس ٣:١١٦، و نسبه الشهيد الثانى إلى المشهور، انظر المسالك ٢:٢٠٩، و مثله فى الكفايه: ٢٥٨.

٣-٣) المبسوط ٣:٦٠.

٤-٤) الغنيه: ٢٧٨.

٥-٥) السرائر ٢:٤٨٠.

٦-٦) التحرير ٢:١٣٩.

٧-٧) كذا فى النسخ، و المناسب: «قيمين»، كما فى مصححه «ص»، و هكذا الكلام فى «مثلياً».

٨-٨) انظر المبسوط ٣:٩٩-١٠٠.

٩-٩) المختلف ٦:١٣٥.

من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثلين (١).

و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد: أنّ الثوب مثلئ (٢)، و المشهور خلافه. و أيضاً فقد مثّلوا للمثلى بالحنطه و الشعير (٣)، و لم يعلم أنّ المراد نوعهما أو كلّ صنف؟ و ما المعيار فى الصنف؟ و كذا التمر.

و الحاصل: أنّ موارد عدم تحقّق الإجماع على المثليّه فيها كثيره، فلا بدّ من ملاحظه أنّ الأصل الذى يرجع إليه عند الشكّ هو الضمان بالمثل، أو بالقيمه، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و قيمه؟ و لا يبعد أن يقال: إنّ الأصل هو تخيير الضامن؛ لأصالة براءة ذمّته عمّا زاد على ما يختاره، فإنّ فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك؛ لأصالة عدم براءة ذمّته بدفع ما لا يرضى به المالك، مضافاً إلى عموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» (٤) فإنّ مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين، خرج ما إذا رضى المالك بشيءٍ آخر.

و الأقوى: تخيير المالك من أوّل الأمر؛ لأصالة الاشتغال، و التمسك بأصالة البراءه لا يخلو من منع.

ص: ٢١٦

-
- ١- ١) صرّح به المحقّق القمى فى جامع الشتات (الطبعه الحجريه) ٥٤٣: ٢- ٥٤٤.
 - ٢- ٢) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٤٩: ٦، و انظر جامع المقاصد ٢٥٠: ٦.
 - ٣- ٣) كما فى جامع المقاصد ٢٤٣: ٦، و الروضه البهيّه ٣٦: ٧، و مجمع الفائده ٥٢٢: ١٠.
 - ٤- ٤) عوالى اللآلى ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

نعم، يمكن أن يقال-بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، و الإجماع على عدم تخيير المالك:-التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين، أعنى: تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبه القيمه و لا للضامن الامتناع، و تعيين (١)القيمه كذلك، فلا متيقن في البين، و لا يمكن البراءه اليقينيّه عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى، فتأمل.

هذا، و لكن يمكن أن يقال: إنَّ القاعده المستفاده من إطلاقات الضمان في المغصوبات و الأمانات المفرط فيها، و غير ذلك، هو الضمان بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف من حيث المائيه و الصفات، ثم بعده قيمه التالف من النقدين و شبههما؛ لأنهما (٢)أقرب من حيث المائيه؛ لأنَّ ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما.

و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا- تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نصَّ الشارع فيه على ذكر المضمون به، بل كلّها-إلا ما شدَّ و ندر-قد أطلق فيها الضمان، فلولا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان.

و قد استدلَّ في المبسوط (٣) و الخلاف (٤) على ضمان المثلي بالمثل، و القيمي بالقيمه بقوله تعالى: **فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ**

ص: ٢١٧

١- ١) في غير «ش»: و بين تعيين.

٢- ٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: لأنه.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٦٠.

٤- ٤) الخلاف ٣: ٤٠٢ و ٤٠٦، كتاب الغصب، المسأله ١١ و ١٨.

بتقريب: أنّ مماثل «ما اعتدى» هو المثل فى المثلَى، و القيمه فى غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدواناً (٢) لا يقدح بعد عدم القول بالفصل.

و ربما يناقش فى الآيه بأنّ مدلولها اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به (٣)، و فيه نظر.

نعم، الإنصاف عدم وفاء الآيه - كالدليل السابق عليه (٤) - بالقول المشهور؛ لأنّ مقتضاهما وجوب المماثلة العرفيه فى الحقيقه و المائيه، و هذا يقتضى اعتبار المثل حتّى فى القيمات، سواءً وجد المثل فيها أم لا.

أمّا مع وجود المثل فيها، كما لو أتلّف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويه من جميع الجهات، فإنّ مقتضى العرف و الآيه:

إلزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك - و لو بأضعاف قيمته - و دفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيميه الثوب لا يقول به، و كذا لو أتلّف عليه عبداً و له فى ذمّه المالك - بسبب القرض أو السلم - عبد موصوف بصفات التالف، فإنّهم لا يحكمون بالتهاتر القهرى، كما يشهد به ملاحظه كلماتهم فى بيع عبدٍ من عبدین (٥).

ص: ٢١٨

١- (١) البقره: ١٩٤.

٢- (٢) لم ترد «عدواناً» فى «ف».

٣- (٣) المناقشه من السيد الطباطبائى فى الرياض ٣: ٣٠٣.

٤- (٤) و هو استظهار الضمان بالمثل عرفاً من إطلاقات أدلّه الضمان - فى الصفحه السابقه - بقوله: و لكن يمكن أن يقال... إلخ.

٥- (٥) راجع الخلاف ٣: ٢١٧، كتاب السلم، المسأله ٣٨، و الشرائع ٢: ١٨، و الدروس ٣: ٢٠١، و مفتاح الكرامه ٤: ٣٥٣.

نعم، ذهب جماعة-منهم الشهيدان في الدروس و المسالك (١)- إلى جواز ردّ العين المقترضه إذا كانت قيمته، لكن لعلّه من جهه صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهه ضمان القيمي (٢) بالمثل؛ ولذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و إن كان مماثلاً لها من جميع الجهات.

و أمّا مع عدم وجود المثل للقيميّ التالف، فمقتضى الدليلين (٣) عدم سقوط المثل من الذمّه بالتعذر، كما لو تعذر المثل في المثلي، فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي، و لا يقولون به.

و أيضاً، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث قيمه نقصاناً فاحشاً، فمقتضى ذلك عدم وجوب (٤) إلزام المالك بالمثل؛ لاقتضائهما (٥) اعتبار المماثله في الحقيقه و الماليه، مع أنّ المشهور- كما يظهر من بعض (٦)- إلزامه به و إن قوى خلافه بعض (٧)، بل ربما احتمل جواز دفع

ص: ٢١٩

١- (١) الدروس ٣:٣٢٠، المسالك ٣:٤٤٩.

٢- (٢) كذا في «ش» و «ص» و مصححه «خ»، «م»، «ع» و نسخه بدل «ن»، و في «ف»: المثلي، و في «ن»: القيميّه.

٣- (٣) أي: الاستظهار العرفي و الآيه.

٤- (٤) في شرح الشهيدى: الصواب «الجواز» بدل «الوجوب» كما لا يخفى، انظر هدايه الطالب: ٢٣١.

٥- (٥) كذا في «ش» و مصححه «ن» و «خ»، و في سائر النسخ: لاقتضائهما.

٦- (٦) انظر مفتاح الكرامه ٦:٢٥٢، و الجواهر ٣٧:٩٩.

٧- (٧) قواه الشهيد قدس سرّه في الدروس ٣:١١٣، و لكنّه فيما لو خرج المثلي عن القيميّه.

المثل و لو سقط من قيمه بالكليه (١) و إن كان الحق خلافه.

فتبين: أنّ النسبه بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآيه عموم من وجه، فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما فى المثالين المتقدمين (٢)، و قد ينعكس الحكم كما فى المثال الثالث (٣)، و قد يجتمعان فى المضمون به كما فى أكثر الأمثله.

ثمّ إنّ الإجماع على ضمان القيمي بالقيمه على تقدير تحقّقه لا- يجدى بالنسبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيمياً، ففى موارد الشكّ يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق (٤) و عموم الآيه (٥)؛ بناءً على ما هو الحقّ المحقّق: من أنّ العامّ المخصّص بالمجمل مفهوماً، المتردّد بين الأقلّ و الأكثر لا يخرج عن الحجّيه بالنسبه إلى موارد الشكّ.

فحاصل الكلام: أنّ ما أجمع على كونه مثلياً يضمن بالمثل، مع مراعاة الصفات التى تختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع أو مكانه (٦) عن قيمه التالف؛ بناءً على تحقّق الإجماع على إهمال هذا التفاوت، مضافاً إلى الخبر الوارد فى أنّ الثابت فى ذمّه من

ص: ٢٢٠

١- ١) احتمله العلامة فى القواعد ٢٠٤: ١.

٢- ٢) يعنى: مثالى إتلاف الكرباس و إتلاف العبد، المتقدمين فى الصفحه ٢١٨.

٣- ٣) هو ما لو فرض نقصان قيمه المثل عن قيمه التالف نقصاناً فاحشاً.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحه ٢١٧ المشار إليه بقوله: و لكن يمكن أن يقال...

٥- ٥) المتقدمه فى الصفحه ٢١٧-٢١٨.

٦- ٦) لم ترد «مكانه» فى «ف».

اقترض دراهم (١) وأسقطها السلطان و روج غيرها، هي الدراهم الأولى (٢)(٣).

و ما أجمع على كونه قيمياً يضمن بالقيمه-بناءً على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك (٤)- وإن وجد مثله أو كان مثله في ذمه الضامن (٥).

و ما شك في كونه قيمياً أو مثلياً يلحق بالمثلي، مع عدم اختلاف قيمتي المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي، فتأمل.

ص: ٢٢١

١ - ١) كذا في «ف»، «خ»، «م»، «ع»، «ص» و نسخه بدل «ش»، و في «ن» و «ش» هكذا: «في أن اللازم على مین عليه دراهم»، و قال الشهيد بعد نقل هذه العبارة: هكذا في النسخ المصححة، انظر هدايه الطالب: ٢٣١.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٤٨٨، الباب ٢٠ من أبواب الصرف، الحديث ٢.

٣ - ٣) في «ن» زياده: «فتأمل» استدراكاً، و يشهد على وجودها في الأصل أن المامقاني و الشهيد قدس سرهما نقلها في شرحهما و علّقا عليها، انظر غايه الآمال: ٣٠٥، و هدايه الطالب: ٢٣١.

٤ - ٤) يجيء في الأمر السابع.

٥ - ٥) في «ش»: في ذمه المالك.

الخامس ذكر في القواعد: أنه لو لم يوجد المثل إلا بأكثر من ثمن المثل، ففي وجوب الشراء تردّد

(١)

، انتهى.

أقول: كثره الثمن إن كانت لزياده قيمه السوقيه للمثل بأن صارت قيمته أضعاف قيمه التالف يوم تلفه، فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب الشراء ولا خلاف، كما صرح به في الخلاف، حيث قال: إذا غصب ما له مثل - كالحبوب (٢) والأدهان - فعليه مثل ما تلف في يده، يشتره بأى ثمن كان، بلا خلاف (٣)، انتهى (٤). وفي المبسوط: يشتره بأى ثمن كان إجماعاً (٥)، انتهى (٦).

ص: ٢٢٢

١-١ (١) القواعد ٢٠٤:١.

٢-٢ (٢) كذا في «ش» والمصدر، وفي «ف» ومصححه «ن» ونسخه بدل «ش»: «كاللحم»، وفي سائر النسخ: الحبوب.

٣-٣ (٣) الخلاف ٣:٤١٥، كتاب البيوع، المسألة ٢٩.

٤-٤ (٤) لم ترد «انتهى» في «ش».

٥-٥ (٥) المبسوط ٣:١٠٣.

٦-٦ (٦) عبارته «و في المبسوط: -إلى- انتهى» من «ش» و هامش «ن».

و وجهه: عموم النصّ و الفتوى بوجوب المثل في المثلى، و يؤيّده فحوى حكمهم بأنّ تنزّل قيمه المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال إلى قيمه، بل ربما احتل بعضهم (١) ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المائيه؛ كالماء على الشاطئ و الثلج في الشتاء.

و أمّا إن كان (٢) لأجل تعذّر المثل و عدم وجدانه إلّا عند من يعطيه بأزيد ممّا يرغب فيه الناس مع وصف الإعواز، بحيث يعدّ بذل ما يريد (٣) مالكة بإزائه ضرراً عرفاً- و الظاهر أنّ هذا هو المراد بعبارته القواعد (٤)؛ لأنّ الثمن في الصورة الأولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل، و إنّما زاد على ثمن التالف يوم التلف- و حينئذ (٥) فيمكن (٦) التردّد في الصورة الثانيه كما قيل (٧): من أنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبه في الكفّاره و الهدى، و أنّه يمكن معانده البائع و طلب أضعاف القيمه، و هو ضرر.

ص: ٢٢٣

-
- ١- ١) احتمله العلّامه في القواعد ٢٠٤: ١.
 - ٢- ٢) كذا في النسخ، و المناسب: إن كانت.
 - ٣- ٣) في بعض النسخ: يزيد.
 - ٤- ٤) تقدّمت عبارته في صدر المسأله.
 - ٥- ٥) في مصحّحتي «ن» و «ص»: فحينئذ.
 - ٦- ٦) في مصحّحه «ن»: «و يمكن»، و في مصحّحه «ص»: يمكن.
 - ٧- ٧) قاله العلّامه في التذكرة ٣٨٤: ٢، و السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٦: ٢٥٤.

و (١) لكنّ الأقوى مع ذلك: وجوب الشراء؛ وفاقاً للتحريم (٢) كما عن الإيضاح (٣) و الدروس (٤) و جامع المقاصد (٥)، بل إطلاق السرائر (٦)، و نفى الخلاف المتقدّم عن الخلاف (٧)؛ لعين ما ذكر في الصورة الأولى (٨).

ثمّ إنّ لا- فرق في جواز مطالبه المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته (٩) في مكان المطالبه أزيد من قيمته في مكان التلف، أم لا-؛ وفاقاً لظاهر المحكيّ (١٠) عن السرائر (١١) و التذكرة (١٢) و الإيضاح (١٣) و الدروس (١٤) و جامع المقاصد (١٥).

ص: ٢٢٤

١-١ (١) لم ترد «و» في «ف».

٢-٢ (٢) التحرير ١٣٩:٢.

٣-٣ (٣) إيضاح الفوائد ١٧٨:٢.

٤-٤ (٤) الدروس ١١٣:٣.

٥-٥ (٥) جامع المقاصد ٢٦٠:٦.

٦-٦ (٦) انظر السرائر ٤٨٠:٢.

٧-٧ (٧) تقدّم في الصفحة ٢٢٢.

٨-٨ (٨) و هو ما أفاده بقوله: و وجهه عموم النصّ و الفتوى بوجوب المثل في المثلى.

٩-٩ (٩) في «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص» زياده: «الأولى»، إلّا أنّه شطب عليها في «ن».

١٠-١٠ (١٠) حكاه عنهم السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٥٢:٦.

١١-١١ (١١) السرائر ٤٩٠:٢.

١٢-١٢ (١٢) التذكرة ٣٨٣:٢.

١٣-١٣ (١٣) إيضاح الفوائد ١٧٦:٢.

١٤-١٤ (١٤) الدروس ١١٤:٣.

١٥-١٥ (١٥) جامع المقاصد ٢٥٦:٦.

و فى السرائر: أنه الذى يقتضيه عدل الإسلام و الأدله و أصول المذهب (١)، و هو كذلك؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٢).

هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبه، و أما مع تعذره فسيأتى حكمه فى المسأله السادسه.

ص: ٢٢٥

١-١) انظر السرائر ٢:٤٩٠-٤٩١.

٢-٢) عوالى اللآلى ١:٢٢٢، الحديث ٩٩.

لأن منع المالك ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر، فوجب قيمه؛ جمعاً بين الحقيين.

مضافاً إلى قوله تعالى: فَأَعْتِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ (١) فإن الضامن إذا ألزم بالقيمه مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

و أما مع عدم مطالبه المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول قيمه؛ لأن المتيقن أن دفع قيمه علاج لمطالبه المالك، وجمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبه و حق الضامن بعدم (٢) تكليفه بالمعذور أو المعسور، أما مع عدم المطالبه فلا دليل على سقوط حقه عن المثل.

و ما ذكرناه (٣) يظهر من المحكي عن التذكرة والإيضاح، حيث ذكرنا

ص: ٢٢٦

١- (١) البقره: ١٩٤.

٢- (٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: لعدم.

٣- (٣) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: و ما ذكرنا.

فى ردّ بعض الاحتمالات الآتية فى حكم تعدّر المثل ما لفظه: إنّ المثل لا يسقط بالإعواز، أ لا ترى أنّ المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجدان المثل ملك المطالبه به؟ و إنّما المصير إلى القيمه وقت تغريمها (١)، انتهى.

لكن أطلق كثيرٌ منهم الحكم بالقيمه عند تعدّر المثل، و لعلهم يريدون صوره المطالبه، و إلّا فلا دليل على الإطلاق.

و يؤيد ما ذكرنا: أنّ المحكّي عن الأكثر فى باب القرض: أنّ المعتر فى المثل (٢) المتعدّر قيمته يوم المطالبه (٣)، نعم عبّر بعضهم بيوم الدفع (٤)، فليتأمل.

و كيف كان، فلنرجع إلى حكم المسأله فنقول: المشهور (٥) أنّ العبره فى قيمه المثل المتعدّر بقيمته يوم الدفع (٦)؛ لأنّ المثل (٧) ثابت فى الذمه إلى ذلك الزمان، و لا دليل على سقوطه بتعدّره، كما لا يسقط الدين بتعدّر أدائه.

ص: ٢٢٧

١- ١) التذكرة، ٣٨٣: ٢، إيضاح الفوائد ١٧٥: ٢؛ و قوله: «إنّما المصير... إلخ» ليس فى الإيضاح.

٢- ٢) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: المثلى.

٣- ٣) حكاة السيد المجاهد فى المناهل: ٨، قال بعد نقل أقوال أربعة: لا يبعد أن يقال: إنّ الأحوط هو القول الأوّل؛ لأنّ القائل به أكثر.

٤- ٤) عبّر به العلامة فى المختلف ٣٩٢: ٥.

٥- ٥) فى غير «ف»: إنّ المشهور.

٦- ٦) وردت العبارة فى «ف» هكذا: إنّ العبره بقيمته يوم دفع قيمه المثل المتعدّر.

٧- ٧) كذا فى «ف»، «م» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرها: المثلى.

و قد صرّح بما ذكرنا المحقق الثاني (١)، و قد عرفت من التذكرة و الإيضاح ما يدلّ عليه (٢).

و يحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل، و هو للحلّي في البيع الفاسد (٣)، و للتحريير في باب القرض (٤)، و محكّي (٥) عن المسالك (٦)؛ لأنّه وقت الانتقال إلى قيمه.

و يضعفه: أنّه إن أُريد بالانتقال انقلاب ما في الذمّة إلى قيمه في ذلك الوقت، فلا دليل عليه، و إن أُريد عدم وجوب إسقاط ما في الذمّة إلّا بالقيمه، فوجوب الإسقاط بها و إن حدث يوم التعذّر مع المطالبه، إلّا أنّه لو أّخر الإسقاط بقي المثل في الذمّة إلى تحقّق الإسقاط، و إسقاطه في كلّ زمانٍ بأداء قيمته في ذلك الزمان، و ليس في الزمان الثاني مكلفاً بما صدق عليه الإسقاط في الزمان الأوّل.

هذا، و لكن لو استندنا في لزوم قيمه في المسأله إلى ما تقدّم سابقاً: من الآيه (٧)، و من أنّ المتبادر من إطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعد تعذّر المثل، توجه القول

ص: ٢٢٨

١-١) جامع المقاصد ٢٤٥:٦ و ٢٥٥.

٢-٢) راجع الصفحه السابقه.

٣-٣) السرائر ٢٨٥:٢.

٤-٤) تحرير الأحكام ٢٠٠:١.

٥-٥) في «ف» و «ن»: حكي.

٦-٦) المسالك ١٧٤:٣.

٧-٧) المتقدّمه في الصفحه ٢٢٦.

بصيروره التالف قيمياً بمجرد تعذر المثل؛ إذ لا فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات، وبين طرؤه بعد التمكن، كما في ما نحن فيه.

و دعوى: اختصاص الآيه و إطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء، لا يخلو عن تحكّم.

ثم إنّ في المسأله احتمالات أخرى، ذكر أكثرها في القواعد (١)، و قوى بعضها في الإيضاح (٢)، و بعضها بعض الشافعيه (٣).

و حاصل جميع الاحتمالات في المسأله مع مبانيها (٤)، أنه:

إمّا أن نقول باستقرار المثل في الذمه إلى أوان الفراغ منه بدفع قيمه، و هو الذى اخترناه تبعاً للأكثر من اعتبار قيمه عند الإقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات.

و إمّا أن نقول بصيرورته قيمياً عند الإعواز، فإذا صار كذلك، فإمّا أن نقول: إنّ المثل المستقرّ في الذمه قيمى، فتكون قيمته صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجب قيمته.

و إمّا أن نقول: إنّ المغصوب انقلب قيمياً بعد أن كان مثلياً.

فإن قلنا بالأول، فإن جعلنا الاعتبار في القيمى بيوم التلف - كما

ص: ٢٢٩

١- ١) قواعد الأحكام ١:٢٠٣-٢٠٤.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١:١٧٥.

٣- ٣) قال النووي: و الأصح أنّ المعبر أقصى قيمه من وقت الغصب إلى تعذر المثل. مغنى المحتاج ٢:٢٨٣، و انظر التذكرة ٢:٣٨٣.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: بيانها.

هو أحد الأقوال- كان المتعين قيمه المثل يوم الإعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد (1)، و التحرير في باب القرض (2)؛ لأنه يوم تلف القيمي.

و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان- كما هو القول الآخر في القيمي- كان المتجه اعتبار زمان تلف العين؛ لأنه أول أزمنه وجوب المثل في الذمه المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه، وهذا مبني على القول بالاعتبار في القيمي بوقت الغصب كما عن الأكثر (3).

و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف- كما حكى عن جماعه من القدماء في الغصب (4) كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز، و ذكر هذا الوجه في القواعد ثاني الاحتمالات (5).

و إن قلنا: إن الثالف انقلب قيمياً، احتمال الاعتبار بيوم الغصب- كما في القيمي المغصوب و الاعتبار بالأعلى منه إلى (6) يوم التلف، و ذكر هذا أول الاحتمالات في القواعد (7).

ص: ٢٣٠

١- (١) السرائر ٢: ٢٨٥.

٢- (٢) تحرير الأحكام ١: ٢٠٠.

٣- (٣) نسبه إلى الأكثر المحقق في الشرائع ٣: ٢٤٠، و العلامه في التحرير ٢: ١٣٩.

٤- (٤) منهم: الشيخ في المبسوط ٣: ٧٢، و ابن حمزه في الوسيله: ٢٧٦، و ابن زهره في الغنيه: ٢٧٩ و غيرهم، انظر مفتاح الكرامه ٦: ٢٤٤.

٥- (٥) القواعد ١: ٢٠٣.

٦- (٦) في «ف» بدل «إلى»: لا.

٧- (٧) القواعد ١: ٢٠٣-٢٠٤.

و إن قلنا: إنَّ المشترك بين العين و المثل صار قيمياً، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذّر المثل؛ لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان، إمّا للعين و إمّا للمثل، فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف، و هذا ذكره في القواعد ثالث الاحتمالات (١).

و احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل (٢)، و وجهه في محكّي التذكرة و الإيضاح: بأنّ المثل لا يسقط بالإعواز، قالوا: لا ترى أنّه لو صبر المالك إلى وجدان المثل، استحقّه؟ فالمصير إلى القيمة عند تغريمها (٣). و القيمة الواجبه على الغاصب أعلى القيم.

و حاصله: أنّ وجوب دفع قيمه المثل (٤) يعتبر (٥) من زمن وجوبه أو (٦) وجوب مبدله أعنى العين فيجب أعلى القيم منها، فافهم.

ص: ٢٣١

١-١) القواعد ٢٠٣:١-٢٠٤.

٢-٢) في مصحّحه «ن»: إلى دفع قيمه المثل. قال الشهيدى قدّس سرّه: وجعله في القواعد رابع الاحتمالات؛ فإنّه قال: «الرابع: أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة»، انتهى. و منه يُعلم أنّ الصواب في عبارته المصنّف أن يقول: «إلى دفع القيمة» بدل «إلى دفع المثل»، و على تقدير صحّحه نسخه فلا بدّ من الالتزام بتقدير القيمة مضافه إلى المثل، يعنى: دفع قيمه المثل المفروض تعذّره. انظر هدايه الطالب: ٢٣٤.

٣-٣) التذكرة ٣٨٣:١، إيضاح الفوائد ١٧٥:٢.

٤-٤) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرها: «المثلى».

٥-٥) لم ترد «يعتبر» في «ف».

٦-٦) في «ش» بدل «أو»: إلى.

إذا عرفت هذا، فاعلم: أنّ المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل في المثلى هو أنّه مع تعدّر المثل لا يسقط المثل عن الذمّه، غايه الأمر يجب إسقاطه مع مطالبه المالك، فالعبره بما هو إسقاط حين الفعل، فلا عبره بالقيمه إلّا يوم الإسقاط و تفرّغ الذمّه.

و أمّا بناءً على ما ذكرنا (١) - من أنّ المتبادر من أدلّه الضمان التّغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب - كان المثل مقدّمًا مع تيسره، و مع تعدّره ابتداءً كما في القيمي، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه، كان المتعيّن هو القيمه، فالقيمه قيمه للمغصوب من حين (٢) صار قيميًّا، و هو حال الإيعواز، فحال الإيعواز معتبر من حيث أنّه أوّل أزمنه صيروره التالف قيميًّا، لا من حيث ملاحظه القيمه قيمه للمثل دون العين، فعلى القول باعتبار يوم التلف في القيمي توجّه ما اختاره الحلّي رحمه الله (٣).

و لو قلنا بضمان القيمي بأعلى القيم من حين الغضب إلى حين التلف - كما عليه جماعه من القدماء (٤) - توجّه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغضب إلى زمان الإيعواز؛ إذ (٥) كما أنّ ارتفاع القيمه مع بقاء العين مضمون بشرط تعدّر أدائه (٦) المتدارك لارتفاع القيم،

ص: ٢٣٢

١- ١) ذكره في الصفحه ٢٢٨.

٢- ٢) في «ف»: من حيث.

٣- ٣) و هو ثمن المثل يوم الإيعواز، راجع السرائر ٢: ٢٨٥.

٤- ٤) تقدّم التّخريج عنهم في الصفحه ٢٣٠، الهامش رقم ٤.

٥- ٥) لم ترد «إذ» في «ف»، و وردت في مصحّحه «ن» و «م».

٦- ٦) في «ص» و مصحّحه «ن»: أدائها.

كذلك (١) بشرط (٢) تعذر المثل في المثلي؛ إذ مع ردّ المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية، وحيث (٣) كانت العين فيما نحن فيه مثليه (٤) كان أداء مثلها عند تلفها كردّ عينها (٥) في إلغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا: إن تعذر المثل يسقط المثل (٦) كما أنّ تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإيعاز، و هو أصحّ الاحتمالات في المسألة عند الشافعية على ما قيل (٧).

و إن قلنا: إن تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضاً مضموناً، فيتوجه ضمان القيمة من

ص: ٢٣٣

١-١) عبارته «بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك» لم ترد في «ف»، و كتب عليها في «ن»: زائد، و ورد في هامشها تصحيحاً العبارة التالية: «عند التلف في القيمي، كذلك ارتفاع القيمة مع بقاء العين أو المثل مضمون بشرط... نسخه». و وردت هذه العبارة في نسخه بدل «ش» أيضاً.

٢-٢) في «ص»: يشترط.

٣-٣) في «ف»: «فحيث».

٤-٤) كذا في «ص»، و في غيرها: مثلياً.

٥-٥) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: أداء مثله عند تلفه كردّ عينه.

٦-٦) في غير «ف» زياده: «كما إنّ تلف العين يسقط المثل»، و لكن شطب عليها في غير «ش».

٧-٧) قاله العلّامة في التذكرة ٣٨٣:٢، و انظر مغني المحتاج ٢٨٣:٢.

حين الغصب إلى حين دفع قيمه، وهو المحكى عن الإيضاح (1)، وهو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع قيمه مراعى بعدم رد العين أو المثل.

ثم اعلم: أنّ العلماء ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلى و المثل موجود ثم أعوز (2)، و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ (3) تعذر المثل بعد تيسره (4) في بعض أزمته التلف، لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً.

و عن جامع المقاصد: أنه يتعين حينئذ قيمته (5) يوم التلف (6)، و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه في وقت من الأوقات.

و يمكن أن يخدش فيه: بأن التمكّن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمه ابتداءً، كما لا يشترط في استقراره استدامه (7) -على ما اعترف به (8) - مع طرؤ التعذر بعد التلف؛ و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل في باب القرض.

ص: ٢٣٤

١-١ (١) إيضاح الفوائد ١٧٥:٢.

٢-٢ (٢) انظر القواعد ٢٠٣:١.

٣-٣ (٣) العبارة في «ف» هكذا: «بما طرأ فيه».

٤-٤ (٤) كذا في «ف» و«ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: بعد وجود المثل.

٥-٥ (٥) كذا في «ف»، و في غيرها: قيمه.

٦-٦ (٦) جامع المقاصد ٢٥٢:٦.

٧-٧ (٧) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و«ص»، و في سائر النسخ: استدامته.

٨-٨ (٨) انظر جامع المقاصد ٢٥٥:٦.

و بالجمله، فاشتغال الذمه بالمثل إن قيّد بالتمكّن لزم الحكم بارتفاعه بطرؤ التعذّر، وإلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذّر من أوّل الأمر، إلا أن يقول (١): إن أدلّه وجوب المثل ظاهره في صورته التمكّن وإن لم يكن مشروطاً به عقلاً، فلا تعم صورته العجز.

نعم، إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيمياً.

و قد يقال على المحقق المذكور: إنّ اللازم ممّا ذكره (٢) أنّه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ قيمه لم يكن له المطالبه، ولا أظنّ أحداً يلتزمه، وفيه تأمل.

ثمّ إنّ المحكي عن التذكرة: أنّ المراد بإعواز المثل: أن لا يوجد في البلد و ما (٣) حوله (٤).

و زاد في المسالك قوله: ممّا ينقل عادة منه إليه، كما ذكروا في انقطاع المشلم فيه (٥).

و عن جامع المقاصد: الرجوع فيه إلى العرف (٦).

و يمكن أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس (٧).

ص: ٢٣٥

١-١) في «ش»: أن يقال.

٢-٢) في «ف»: ممّا ذكر.

٣-٣) في «ف»: ولا ما.

٤-٤) التذكرة ٣٨٣:٢.

٥-٥) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٨:٢.

٦-٦) جامع المقاصد ٢٤٥:٦.

٧-٧) يدلّ عليه ما في الوسائل ٣٠٨:١٧، الباب الأوّل من أبواب الغضب، و مستدرک الوسائل ٨٧:١٧، الباب الأوّل من أبواب الغضب.

و تسليطهم على أموالهم (١)- أعياناً كانت أم في الذمّه (٢)-: وجوب تحصيل المثل- كما كان يجب ردّ العين أينما كانت- و لو كانت في تحصيله مئونه كثيره، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأيّ ثمنٍ كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة (٣).

نعم، لو انعقد الإجماع على ثبوت قيمه عند الإعواز تعيّن ما عن جامع المقاصد، كما أنّ المجمعين إذا كانوا بين معبّر بالإعواز و معبّر بالتعذّر، كان المتيقّن الرجوع إلى الأخصّ و هو التعذّر (٤)؛ لأنّه المجمع عليه.

نعم، وورد في بعض أخبار السلم: أنّه إذا لم يقدر المسلم إليه على إيفاء المسلم فيه تخيّر المشتري (٥).

و من المعلوم: أنّ المراد بعدم القدره ليس التعذّر العقلي المتوقّف على استحاله النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفاً ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

ثمّ، إنّ في معرفه قيمه المثل مع فرض عدمه إشكالاً؛ من حيث إنّ العبره بفرض وجوده و لو في غايه العزّه- كالفاكهه في أوّل زمانها أو آخره- أو وجود المتوسط؟ الظاهر هو الأوّل، لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب في بيعه و شرائه، فلا عبره بفرض وجوده عند من

ص: ٢٣٦

١- ١) عوالي اللآلى ١: ٢٢٢، الحديث ٩٩.

٢- ٢) في «ف»: الذمم.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٣٨٣.

٤- ٤) كذا في «ف» ظاهراً، و في سائر النسخ: المتعذّر.

٥- ٥) راجع الوسائل ١٣: ٦٩، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٧ و غيره.

يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله (١) الراغبون في هذا الجنس بمقتضى (٢) رغبته. نعم (٣)، لو الجئ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك، كما لو فرض الجمد في الصيف عند ملك العراق، بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبيها، فإن الراغب في الجمد في العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، وإنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلاً، أو معالجه مشرف على الهلاك به، ونحو ذلك من الأغراض؛ ولذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدح في صدق التعذر كما ذكرنا في المسألة الخامسة (٤).

فكل موجود لا يقدح وجوده في صدق التعذر فلا عبره بفرض وجوده في التقويم عند عدمه.

ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان في غير بلد الضمان و كان قيمه المثل هناك أزيد (٥)، و أمّا مع تعدّره و كون قيمه المثل في بلد التلف مخالفاً لها في بلد المطالبه، فهل له المطالبه بأعلى القيمتين، أم يتعين قيمه بلد المطالبه، أم بلد التلف؟ وجوه.

و فضل الشيخ في المبسوط في باب الغصب:- بأنه إن لم يكن في نقله مثونه كالنقدين-فله المطالبه بالمثل، سواء أ كانت القيمتان

ص: ٢٣٧

١- ١) في «ش»: لا يبذل.

٢- ٢) في «ف» بدل «بمقتضى»: بمقدار.

٣- ٣) كذا في «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: ثم.

٤- ٤) راجع الصفحة ٢٢٣.

٥- ٥) راجع الصفحة ٢٢٤.

مختلفين أم لا- وإن كان في نقله مؤونه، فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبه أيضاً؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وإلا فالحكم أن يأخذ قيمه بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد، ثم قال: إن الكلام في القرض كالكلام في الغصب (١).

و حكى نحو هذا عن القاضي أيضاً (٢)، فتدبر.

و يمكن أن يقال: إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم- على القول به- مع الإطلاق لانصراف العقد إليه، وليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف.

بقي الكلام في أنه هل يعدّ من تعدّر المثل خروجه عن القيمة - كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازه، والجمد في الشتاء إذا أتلفه في الصيف - أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكى عن بعض نسبه إلى الأصحاب وغيرهم (٣).

و المصرّح به في محكيّ التذكرة (٤) و الإيضاح (٥) و الدروس (٦): قيمة المثل في تلك المفازه، و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه (٧) عن المالیه.

ص: ٢٣٨

١- ١) المبسوط ٣: ٧٦.

٢- ٢) المهذب ١: ٤٤٣.

٣- ٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٦: ٢٥٢ عن جامع المقاصد ٦: ٢٥٨.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٣٨٤.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٢: ١٧٧.

٦- ٦) الدروس ٣: ١١٣.

٧- ٧) في «ش»: به.

لو دفع القيمة فى المثلئ (١) المتعذر مثله ثم تمكن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته؛ وفاقاً للعلامة رحمه الله (٢) و من تأخر عنه (٣) ممن تعرض للمسأله؛ لأن المثل كان ديناً فى الذمه سقط بأداء عوضه مع التراضى فلا يعود، كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده.

هذا على المختار، من عدم سقوط المثل عن الذمه بالإعواز، و أما على القول بسقوطه و انقلابه قيمياً، فإن قلنا: بأن المغصوب انقلب قيمياً عند تعذر مثله، فأولى بالسقوط؛ لأن المدفوع نفس ما فى الذمه.

و إن قلنا: بأن (٤) المثل بتعذره-النازل منزله التلف-صار قيمياً، احتمال وجوب المثل عند وجوده؛ لأن القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتى أن حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة (٥).

ص: ٢٣٩

-
- ١- ١) كذا فى «ف» و «ن»، و فى سائر النسخ: المثل.
 - ٢- ٢) القواعد ٢٠٤: ١، و التذكرة ٣٨٤: ٢.
 - ٣- ٣) مثل الشهيد فى الدروس ١١٣: ٣، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٢٥٥: ٦- ٢٥٦، و الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٨: ٢ و غيرهم.
 - ٤- ٤) كذا فى «ف»، و فى غيرها: إن.
 - ٥- ٥) يأتى فى الصفحة ٢٦٧، عند قوله: «ثم إنه لا إشكال فى أنه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكناً و جب ردها إلى مالكها».

السابع لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً، فقد حكى: الاتّفاق على كونه

[ضمان القيمي بالقيمه في المقبوض بالعقد الفاسد، والدليل عليه]

مضموناً بالقيمه (١)، و يدلّ عليه: الأخبار المتفرّقه في كثير من القيميّات (٢)، فلا حاجة إلى التمسّك بصحيحه أبي ولاد الآتيه في ضمان البغل (٣)، و لا بقوله عليه السلام: «مَنْ أعتق شقْصاً من عبدِ قَوْمٍ عليه» (٤) بل الأخبار

ص: ٢٤٠:

- ١- ١) لم نعثر على حكاية الاتّفاق، نعم استظهر السيد المجاهد عدم الخلاف بين الأصحاب، راجع المناهل: ٢٩٨.
- ٢- ٢) انظر الوسائل ١٧: ٣٧٢، الباب ٢٣ من أبواب اللقطه، الحديث الأوّل، و ١٨: ٥٣٨، الباب ٣ من أبواب الحدود و التعزيرات، الحديث الأوّل.
- ٣- ٣) تأتي في الصفحه ٢٤٦-٢٤٧.
- ٤- ٤) رواه ابن أبي جمهور في عوالي اللآلي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلم مع اختلافٍ في اللفظ، انظر عوالي اللآلي ٣: ٤٢٧، الحديث ٢٤، و عنه في مستدرک الوسائل ١٥: ٤٦١، الباب ١٦ من أبواب العتق، الحديث ٥، و لفظ الحديث موجود في الغنيه: ٢٧٩.

كثيره (١)، بل قد عرفت (٢) أن مقتضى إطلاق أدله الضمان في القيميات هو ذلك بحسب المتعارف، إلا أن المتيقن من هذا المتعارف (٣) ما كان المثل فيه متعذراً، بل يمكن دعوى انصراف الإطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات - كالبلغل و العبد و نحوهما (٤) - لصوره تعذر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي و إن فرض تيسير المثل له - كما في من أتلف عبداً من شخص باعه عبداً موصوفاً بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو أتلف عليه ذراعاً من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقه واحده لا تفاوت في أجزائه أصلاً - هو الإجماع، كما يستظهر.

و على تقديره، ففي شموله لصوره تيسير المثل من جميع الجهات تأمل، خصوصاً مع الاستدلال عليه - كما (٥) في الخلاف (٦) و غيره (٧) - بقوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٨)؛ بناءً على أن القيمه

ص: ٢٤١

١- (١) انظر الوسائل ١٦:٢٠، الباب ١٨ من أبواب العتق، الأحاديث ٤، ١، ٩، ٥، و ١٠ و غيرها.

٢- (٢) في الصفحة ٢٢٨.

٣- (٣) في «ف»: من التعارف.

٤- (٤) تقدّمت الإشارة إلى مواردّها في الصفحة السابقة.

٥- (٥) لم ترد «كما» في «ف».

٦- (٦) الخلاف ٣:٤٠٢، كتاب الغصب، المسألة ١١، و ٤٠٦، المسألة ١٨.

٧- (٧) مثل السرائر ٢:٤٨٠، و التذكرة ٢:٣٨٣.

٨- (٨) البقرة: ١٩٤.

مماثله (١) للتالف في الماليه، فإنّ ظاهر ذلك جعلها من باب الأقرب إلى التالف بعد تعذّر المثل.

و كيف كان، فقد حكى الخلاف في ذلك عن الإسكافي (٢)، و عن الشيخ و المحقّق في الخلاف و الشرائع في باب القرض (٣).

فإن أرادوا ذلك مطلقاً حتّى مع تعذّر المثل فيكون قيمه عندهم بدلاً عن المثل حتّى يترتب عليه وجوب قيمه يوم دفعها- كما ذكروا ذلك احتمالاً في مسأله تعيين قيمه (٤) متفرّعاً على هذا القول- فيردّه إطلاقات (٥) الروايات الكثيره في موارد كثيره:

منها: صحيحه أبي ولاد الآتيه (٦).

و منها: روايه تقويم العبد (٧).

و منها: ما دلّ على أنّه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من ذمّته (٨).

ص: ٢٤٢

١- ١) كذا في مصحّحه «ص»، و في غيرها: مماثل.

٢- ٢) حكى عنه و عن ظاهر الشيخ و المحقّق، السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٤٣: ٦.

٣- ٣) الخلاف ٣: ١٧٥، كتاب البيوع، المسأله ٢٨٧. و الشرائع ٢: ٦٨، لكنّه استحسن ضمان المثل بعد أن أفتى بضمان قيمه.

٤- ٤) انظر مفتاح الكرامه ٢٤٣: ٦، و الجواهر ٢٥: ٢٠.

٥- ٥) في «ف»، «ن»، «خ» و «م»: إطلاق.

٦- ٦) يأتي في الصفحه ٢٤٦-٢٤٧.

٧- ٧) المراد بها ظاهراً ما تقدّم في الصفحه ٢٤٠ من قوله عليه السلام: «من أعتق شقصاً من عبد قوم عليه».

٨- ٨) في «ن» و «ش»: دينه.

بحساب ذلك (١)، فلولا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف.

و منها: غير ذلك من الأخبار الكثيره (٢).

و إن أرادوا أنه مع تيسير المثل يجب المثل لم يكن بعيداً؛ نظراً إلى ظاهر آية الاعتداء (٣) و نفي الضرر (٤)؛ لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد، اللهم إلا أن يحقق إجماع على خلافه و لو من جهة أن ظاهر كلمات هؤلاء (٥) إطلاق القول بضمان المثل، فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولاً ثالثاً في المسألة.

[ما هو المعيار في تعيين القيمة في المقبوض بالعقد الفاسد؟]

ثم إنهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد.

فالمحكى في غايه المراد (٤) عن الشيخين و أتباعهما: تعين قيمه يوم التلف، و عن الدروس (٧) و الروضه (٨) نسبته إلى الأكثر.

و الوجه فيه -على ما تبه عليه جماعه، منهم العلامة في التحرير (٩)-: أن الانتقال إلى البدل إنما هو يوم التلف؛ إذ الواجب قبله

ص: ٢٤٣

١-١) انظر الوسائل ١٢٩:١٣، الباب ٧ من أبواب أحكام الرهن.

٢-٢) المشار إليها في هامش الصفحة ٢٤١.

٣-٣) البقره: ١٩٤.

٤-٤) انظر الوسائل ٣٤٠:١٧، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات.

٥-٥) يعنى الإسكافى و الشيخ و المحقق قدس سرهم.

٦-٦) غايه المراد: ٨٥.

٧-٧) الدروس ١١٣:٣.

٨-٨) الروضه البهيه ٧:٤١، و انظر الجواهر ١٠٥:٣٧.

٩-٩) التحرير ١٣٩:٢.

هو ردّ العين.

و ربما يورد (1) عليه: أنّ يوم التلف يوم الانتقال إلى قيمه، أمّا كون المنتقل إليها قيمه يوم التلف فلا.

و يدفع: بأنّ معنى ضمان العين عند قبضه: كونه في عهده، و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف، حتّى يكون عند التلف (2) كأنه لم يتلف، و تداركه (3) على هذا النحو بالتزام مال معادل له [قائم] (4) مقامه.

[الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف]

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ الأصل في ضمان التالف: ضمانه بقيمته يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك (5) -مثلاً- فبدليل من (6) خارج.

[الاستدلال بصحيحه أبي ولاد على أن العبره بقيمته يوم الضمان]

نعم، لو تمّ ما تقدّم عن الحلّي في هذا المقام: من دعوى الاتفاق على كون البيع (7) فاسداً بمنزله المغصوب إلّا في ارتفاع الإثم (8)، ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن أن يقال: إذا ثبت في المغصوب الاعتبار بقيمته يوم الغصب - كما هو ظاهر صحيحه

ص: ٢٤٤

١- ١) لم نعثر على المورد، نعم أوردته في المناهل: ٢٩٨ بلفظ: «و لا يقال».

٢- ٢) عبارته «حتّى يكون عند التلف» لم ترد في «ف».

٣- ٣) في «ن»، «م»، «ع»، «و» «ص» و نسخه بدل «خ» زياده: «ببدله»، و لكن شطب عليها في «ن».

٤- ٤) من «ش» فقط.

٥- ٥) لم يرد «من ذلك» في «ف».

٦- ٦) كلمه «من» لم ترد في غير «ف».

٧- ٧) في «ص» و مصحّحه «ن»: المبيع.

٨- ٨) تقدّم في الصفحه ٢٠٧-٢٠٨.

أبى ولآد الآتيه-كشف ذلك عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قيمه يوم التلف؛ إذ يلزم حينئذٍ أن يكون المغصوب عند كون قيمته يوم التلف أضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك عند التلف؛ لما ذكرنا من أن معنى التدارك التزام (١) بقيمته يوم وجوب التدارك.

نعم، لو فرض دلالة الصحيحه على وجوب أعلى القيم، أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذه له بأشق الأحوال.

فالمهم-حينئذٍ-صرف الكلام إلى معنى الصحيحه بعد ذكرها؛ ليلحق به البيع الفاسد، إمّا لما ادّعاه الحلّي (٢)، وإمّا لكشف الصحيحه عن معنى التدارك و الغرامه فى المضمونات، و كون العبره فى جميعها بيوم الضمان، كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد.

و حيث إنَّ الصحيحه مشتمله على أحكام كثيره و فوائد خطيره، فلا بأس بذكرها جميعاً و إن كان الغرض متعلقاً ببعضها.

فروى (٣) الشيخ فى الصحيح عن أبى ولآد، قال: اكرتيت بغلاً إلى قصر بنى هبيره (٤) ذاهباً و جائياً بكذا و كذا، و خرجت فى طلب غريمٍ

ص: ٢٤٥

١- ١) كذا فى النسخ، و المناسب: «الالتزام»، كما فى مصححه (ص).

٢- ٢) راجع الصفحه السابقه.

٣- ٣) لما كانت النسخ مختلفه اختلافاً كثيراً فى نقل الروايه، آثرنا نقلها من التهذيب.

٤- ٤) الوسائل: «قصر ابن هبيره»، و هو الموافق لما فى معجم البلدان ٣٦٥: ٤.

لى، فلما صرت إلى قرب فنظره الكوفه خُبرت أن صاحبي توجه إلى النيل (١)، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خُبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته فظفرت به و فرغت فيما بيني وبينه، و رجعت إلى الكوفه، و كان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذري، و أردت أن أتحمّل منه فيما صنعت و أرضيه، فبذلت له خمسة عشر درهماً فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبي حنيفة، و أخبرته بالقصة و أخبره الرجل، فقال لى: ما صنعت بالبغل؟ فقلت: قد رجعت سليماً. قال: نعم، بعد خمسة عشر يوماً! قال: فما تريد من الرجل؟ قال: أريد كرى بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوماً. فقال: إننى ما أرى لك حقاً؛ لأنه اكتراه إلى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمه البغل و سقط الكرى، فلما ردّ البغل سليماً و قبضته لم يلزمه الكرى.

قال: فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع، فرحمته ممّا أفتى به أبو حنيفة، و أعطيته شيئاً و تحلّلت منه، و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما أفتى به أبو حنيفة، فقال: فى مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها. قال: فقلت لأبى عبد الله عليه السلام: فما ترى أنت؟ قال: أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفه إلى النيل و مثل كرى البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفه، و توفيه إياه. قال: قلت:

جُعلت فداك، قد علفته بدراهم، فلى عليه علفه؟ قال: لا؛ لأنك غاصب. فقلت: أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق، أ ليس كان يلزمنى؟

ص: ٢٤٦

قال: نعم، قيمه بغل يوم خالفته. قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ فقال: عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه عليه.

قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمه فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك. قلت: إني أعطيته دراهم و رضى بها و حللني. قال: إنّما رضى فأحلّك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفطيتك به، فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك... الخبر» (١).

و محلّ الاستشهاد فيه فُقرتان:

الأولى: قوله: «نعم، قيمه بغل يوم خالفته» إلى ما بعد،

فإنّ الظاهر أنّ اليوم قيد للقيمه، إمّا بإضافه القيمه المضافه إلى البغل إليه ثانياً، يعنى قيمه يوم المخالفه للبغل، فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافه، لا- لأنّ ذا القيمه بغل غير معيّن، حتّى توهم الروايه مذهب من جعل القيمي مضموناً بالمثل، و القيمه إنّما هي قيمه المثل.

و إمّا بجعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من إضافه القيمه إلى البغل.

و أمّا ما احتمله جماعه (٢) من تعلق الظرف بقوله: «نعم» القائم

ص: ٢٤٧

١- ١) التهذيب ٧: ٢١٥، الحديث ٩٤٣، و أورده في الوسائل ١٣: ٢٥٥، الباب ١٧ من أبواب الإجاره، الحديث الأوّل، عن الكافي.
٢- ٢) منهم: السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٦: ٢٤٤، و المحقّق النراقي في المستند ٢: ٣٦٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ١٠١: ٣٧-١٠٢.

مقام قوله عليه السلام: «يلزمك» يعني يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل-فبعيد جداً، بل غير ممكن؛ لأنّ السائل إنّما سأل عمّا يلزمه بعد التلّف بسبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضمان، كما يدلّ عليه: «أ رأيت لو عطب البغل، أو نفق أ ليس كان يلزمني؟»، فقوله:

«نعم» يعني يلزمك بعد التلّف بسبب المخالفه قيمه بغل يوم خالفته.

و قد أظنّب بعضٌ في (١) جعل الفِقْرَه ظاهره في تعلّق الظرف بلزوم القيمه عليه (٢)، و لم يأتِ بشيءٍ يساعده التركيب اللغوى، و لا المتفاهم العرفى.

الثانيه: قوله: «أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمه البغل يوم اكرى كذا و كذا»،

فإنّ إثبات قيمه يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه؛ لعدم الاعتبار به (٣)، فلا بدّ أن يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه؛ بناءً على أنّه يوم الا-كتراء؛ لأنّ الظاهر من صدر الروايه أنّه خالف المالك بمجرد خروجه من (٤) الكوفه، و من المعلوم أنّ اكتراء البغل لمثل تلك (٥) المسافه القليله إنّما يكون يوم

ص: ٢٤٨

١-١) في «ش» بدل «في»: من.

٢-٢) الظاهر أنّه قدس سرّه أشار بهذا الكلام إلى ما حكاه صاحب الجواهر رحمه الله في كتاب الغصب بقوله: «نعم، ربما قيل: إنّّه ظاهر فيه، يعني في تعلّق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله عليه السلام: نعم»، كذا أفاده العلّامه المامقانى في غايه الآمال: ٣١٥، و انظر الجواهر ١٠٢: ٣٧.

٣-٣) في «ف» زياده: قطعاً.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: إلى.

٥-٥) لم ترد «تلك» في «ف».

الخروج، أو في عصر اليوم السابق. و معلوم أيضاً عدم اختلاف قيمه في هذه المدّة القليله.

و أمّا قوله عليه السلام في جواب السؤال عن إصابه العيب: «عليك قيمه ما بين الصّحّه و العيب يوم تردّه» فالظرف متعلّق بـ «عليك» لا- قيد للقيمه؛ إذ لا- عبره في أرش العيب بيوم الردّ إجماعاً؛ لأنّ النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى: عليك أداء الأرش يوم ردّ البغله.

و يحتمل أن يكون قيداً لـ «العيب»، و المراد: العيب الموجود في يوم الردّ؛ لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الردّ فهو المضمون، دون العيب القليل الحادث أولاً، لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الردّ، و العبره حينئذٍ بالعيب الموجود حال حدوثه؛ لأنّ المعيب لو ردّ إلى الصّحّه أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى (1)، فهذا الاحتمال من هذه الجبهه ضعيف أيضاً، فتعيّن تعلقه بقوله عليه السلام: «عليك».

و المراد بـ «قيمه ما بين الصّحّه (2) و العيب» قيمه التفاوت بين الصّحّه و العيب، و لا تعرّض في الروايه ليوم هذه القيمه، فيحتمل يوم الغصب، و يحتمل يوم حدوث العيب الذي هو يوم تلف وصف الصّحّه الذي هو بمنزله جزء العين في باب الضمانات و المعاوضات، و حيث عرفت ظهور الفقره السابقه عليه و اللاحقه له في اعتبار يوم الغصب، تعيّن حمل هذا أيضاً على ذلك.

ص: ٢٤٩

١- ١) عبارته «على مقتضى الفتوى» لم ترد في «ف».

٢- ٢) في «ف»: قيمه يوم الصّحّه.

نعم، يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحه بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الروايه من عدم اختلاف قيمه البغل فى مدّه خمسّه عشر يوماً، و يكون السّرّ فى التعبير بـ «يوم المخالفه» دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوامّ: أنّ العبره بقيمه ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك؛ لأنّه خسره (١) المبلغ الذى اشترى به البغله.

و يؤيّدّه: التعبير عن يوم المخالفه فى ذيل الروايه بـ «يوم الاكتراء» (٢) فإنّ فيه إشعاراً بعدم عناية المتكلّم بيوم المخالفه من حيث إنّّه يوم المخالفه.

إلّا أن يقال: إنّ الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفه هو التنبيه على سهوله إقامه الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء؛ لكون البغل فيه غالباً بمشهد من الناس و جماعه من المُكاريين، بخلاف زمان المخالفه من حيث إنّّه زمان المخالفه، فتغيير التعبير ليس لعدم العبره بزمان المخالفه، بل للتنبيه على سهوله معرفه قيمه بالبينه كاليمين (٣)، فى مقابل قول السائل: «و من يعرف ذلك؟»، فتأمل.

ص: ٢٥٠

-
- ١ - ١) فى «ع» و «خ»: «خسره»، قال فى شرح الشهيدى - بعد أن أثبت «خسره» و شرح معناها -: هذا بناءً على «خسره» بالضمير، و أمّا بناء على عدمه كما فى بعض النسخ المصحّحه من جهه حك الضمير فيه، فالمعنى واضح. انظر هدايه الطالب: ٢٣٩.
- ٢ - ٢) التعبير الموجود فى ذيل الروايه هو: «حين اكرتري»، و لعلّ المؤلّف قدّس سرّه نقل ذلك بالمعنى.
- ٣ - ٣) لم ترد «كاليمين» فى «ف».

و يؤيدّه أيضاً قوله عليه السلام في ما بعد، في جواب قول السائل:

«و مَين يعرف ذلك؟» قال: «أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمة فيلزمك، فإن ردّ اليمين عليك (١) فحلفت على القيمة (٢) لزمه، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون على (٣) أنّ قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا، فيلزمك... الخبر»، فإنّ العبره لو كان (٤) بخصوص يوم المخالفه لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفاً للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته؛ لأنّ من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه.

و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذي يرضى به المحلوف له و يصدّقه فيه من دون محاكمه -و التعبير برده (٥) اليمين على الغاصب من جهه أنّ المالك أعرف بقيمه بغله، فكأنّ الحلف حقّ (٦) له ابتداء -خلاف الظاهر.

و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف؛ فإنّه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا في تنزّل القيمة يوم التلف مع اتّفاقيهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقاً، و لا شكّ حينئذٍ أنّ القول قول المالك، و يكون سماع البينه في صورته اختلافيهما في قيمة البغل

ص: ٢٥١

١- ١) كلمه «عليك» من «ش» و المصدر.

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ بدل على القيمة: له.

٣- ٣) لم ترد «على» في المصدر، و شطب عليها في «ص».

٤- ٤) كذا، و المناسب: «كانت»، كما في مصحّحه «ص».

٥- ٥) في «ف»: برده.

٦- ٦) في «ش»: فكان الحلف حقاً.

سابقاً مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف، فتكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازعهما، و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زياده قيمه يوم التلف عن يوم المخالفه، و لعلّ حكمها-أعنى حلف الغاصب-يعلم من حكم عكسها المذكور في الروايه.

و أمّا على تقدير كون العبره في قيمه بيوم المخالفه، فلا-بدّ من حمل الروايه على ما إذا اتّفقا على قيمه اليوم السابق على يوم المخالفه، أو اللاحق له و ادّعى الغاصب نقصانه عن تلك (١)يوم المخالفه، و لا يخفى بعده.

و أبعد منه:حمل النصّ على التعيّد، و جعل الحكم في خصوص الدابّه المغصوبه أو مطلقاً (٢)مخالفاً للقاعده المتّفق عليها نصّاً (٣)و فتوى:

من كون البيّنه على المدّعى و اليمين على من أنكر (٤)، كما حكى عن الشيخ في بابي الإجاره و الغصب (٥).

[الاستشهاد بالصحيحه على ضمان أعلى القيم و المناقشه فيه]

و أضعف من ذلك:الاستشهاد بالروايه على اعتبار أعلى القيم من

ص: ٢٥٢

-
- ١-١) في «ف» بدل «تلك»:الملك.
 - ٢-٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في «ش»:«و جعل حكم خصوص الدابه أو مطلقاً»، و في سائر النسخ:«و جعل الحكم مخصوصاً في الدابه المغصوبه أو مطلقاً».
 - ٣-٣) انظر الوسائل ١٧٠:١٨، الباب ٣ من أبواب كيفيه الحكم و الدعوى و غيره.
 - ٤-٤) في «ف»:على المنكر.
 - ٥-٥) انظر النهايه:٤٤٦، هذا في الإجاره، و لم نعثر عليه في الغصب.

حين الغضب إلى التلف- كما حكى عن الشهيد الثاني (١)- إذ لم يعلم لذلك وجهٌ صحيح، و لم أظفر بمن وجه دالته على هذا المطلب.

[الاستدلال على أعلى القيم بوجه آخر، و المناقشه فيه]

نعم، استدلوا على هذا القول بأن العين مضمونه في جميع تلك الأزمنه التي منها زمان ارتفاع قيمته (٢).

و فيه: إن ضمانها في تلك الحال، إن أُريد به وجوب قيمه ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم؛ إذ تداركه لا يكون إلا بذلك، لكن المفروض أنها لم تتلف فيه.

و إن أُريد به استقرار قيمه ذلك الزمان عليه فعلاً و إن تنزلت بعد ذلك، فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمه مع رد العين.

و إن أُريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالة البراءه من غير دليل شاغل، عدا ما حكاه في الرياض عن خاله العلامه قدس الله تعالى روحهما من قاعده نفي الضرر الحاصل على المالك (٣).

ص: ٢٥٣

١- ١) المسالك ٢:٢٠٩، و الروضه البهيه ٧:٤٣-٤٤، و حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٦:٢٤٤.

٢- ٢) ممن استدل بذلك: الفاضل المقداد في التنقيح ٤:٧٠، و ابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٤:٢٥٢، و الشهيد الثاني في المسالك ٢:٢٠٩، و انظر مفتاح الكرامه ٦:٢٤٤.

٣- ٣) الرياض ٢:٣٠٤، و المراد ب«خاله العلامه» هو العلامه الأكبر الآقا محمد باقر الوحيد البهبهاني قدس سرّه.

و فيه نظر، كما اعترف به بعض من تأخر (١).

نعم، يمكن توجيه الاستدلال المتقدم-من كون العين مضمونه في جميع الأزمنه-: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار مالتها مقومه بتلك القيمة، فكما أنه إذا تلفت حينئذٍ يجب تداركها بتلك القيمة، فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت؛ إذ لا فرق مع عدم التمكّن منها بين أن تلف أو تبقى.

نعم، لو ردت تدارك تلك المائيه بنفس العين، و ارتفاع القيمة السوقية أمر اعتباري لا يضمن بنفسه؛ لعدم كونه مالاً، و إنما هو مقوم لماليه المال، و به تمايز (٢) الأموال كثره و قلّه.

و الحاصل: أنّ للعين في كلّ زمانٍ من أزمنه تفاوت قيمته مرتبه من المائيه، أزيلت يد المالك منها و انقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين فلا مال سواها يضمن، و إن تلفت استقرت عليا (٣) تلك المراتب (٤)؛ لدخول الأدنى تحت الأعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضاده، حيث إنه يضمن الأعلى منها.

و لأجل ذلك استدلل العلماء في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله: لأنه زمان إزاله يد المالك (٥).

و نقول في توضيحه: إنّ كلّ زمانٍ من أزمنه الغصب قد أزيلت

ص: ٢٥٤

١- ١) المراد به صاحب الجواهر قدس سره في الجواهر ١٠٥: ٣٧.

٢- ٢) في «ف»: تميز.

٣- ٣) في «ف» و «ن»: أعلى.

٤- ٤) في «ف»: زياده عليه.

٥- ٥) التحرير ١٣٩: ٢.

فيه يد المالك من العين على حسب مائتته، ففي زمانٍ أزيلت من مقدار درهم، وفي آخر عن درهمين، وفي ثالث عن ثلاثه، فإذا استمرت الإزالة إلى زمان التلف وجبت غرامه أكثرها، فتأمل.

[الاستدلال ثالث على أعلى القيم و توجيهه]

و استدلّ في السرائر وغيرها على هذا القول بأصالة الاشتغال (١)؛ لاشتغال ذمته بحق المالك (٢)، ولا يحصل البراءة إلّا بالأعلى. وقد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة؛ حيث إنّ الشكّ في التكليف بالزائد (٣). نعم، لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد (٤).

[المحكى عن جماعه أن الاعتبار بيوم البيع، و توجيهه]

ثمّ إنّه حكى عن المفيد والقاضى والحلبى: الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض (٥) إلى حكم المشتري (٦)، ولم يعلم له وجه، ولعلهم يريدون به يوم القبض؛ لغلبيه اتحاد زمان البيع والقبض، فافهم.

ص: ٢٥٥

١- (١) السرائر ٢: ٤٨١، الرياض ٢: ٣٠٤، المناهل: ٢٩٩.

٢- (٢) في «ف»: لاشتغال ذمّه المالك.

٣- (٣) أجاب عنها بذلك في الجواهر ١٠٦: ٣٧.

٤- (٤) وهو ما ورد عنه صلّى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»، عوالي اللآلى ٣: ٢٤٦، الحديث ٢.

٥- (٥) في غير «ش»: تفويض.

٦- (٦) المقنعه: ٥٩٣، ولم نعثر عليه في الكافي والمهذب، والظاهر أنّ المؤلف قدس سرّه أخذ ذلك عن العلامة قدس سرّه في المختلف ٥: ٢٤٣ و ٢٤٤، حيث نقل عن الشيخ في النهايه ما نصّه: من اشترى شيئاً بحكم نفسه و لم يذكر الثمن بعينه كان البيع باطلاً، فإن هلك في يد المبتاع كان عليه قيمته يوم ابتياعه إلى أن قال و كذا قال المفيد و ابن البرّاج و أبو الصلاح.

ثم إنه لا عبره بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الأقوال،

إلا أنه تردّد فيه في الشرائع (١)، و لعله - كما قيل (٢) - من جهة احتمال كون القيمي مضموناً بمثله، و دفع القيمة إنّما هو لإسقاط المثل.

و قد تقدّم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى (٣).

[ارتفاع القيمة بسبب الأمكنه]

ثم إنّ ما ذكرنا (٤) من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة بحسب الأزمته، و أمّا إذا كان بسبب الأمكنه، كما إذا كان في محلّ الضمان بعشره، و في مكان التلف بعشرين، و في مكان المطالبه بثلاثين، فالظاهر اعتبار محلّ التلف؛ لأنّ ماليه الشيء تختلف بحسب الأماكن، و تداركه بحسب ماليته.

[ارتفاع القيمة بسبب الزيادة العينية]

ثم إنّ جميع ما ذكرنا من الخلاف إنّما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئه من تفاوت رغبة الناس، و أمّا إذا كان حاصلًا من زياده في العين، فالظاهر - كما قيل (٥) - عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم، و في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفه، و إنّما زيادتها في بعض أوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصله فيه النازله منزله الجزء الفائت.

ص: ٢٥٦

١ - ١) الشرائع ٣:٢٤٠.

٢ - ٢) قاله الشهيد الثاني في الروضة البهية ٧:٤٠.

٣ - ٣) راجع الصفحه ٢٤٠-٢٤٢.

٤ - ٤) في «ف»: ما ذكره.

٥ - ٥) قاله الشهيد الثاني قدّس سرّه في عكس المسأله، و هو ما إذا استند نقص القيمة إلى نقص في العين، انظر المسالك ٢:٢٠٩، و الروضة البهية ٧:٤٤، و قرّره في الجواهر ٣٧:١٠٧. و الظاهر أنّ المؤلّف قدّس سرّه أراد من الزيادة: الزيادة الفائتة، بدليل قوله فيما سيأتي: «النازله منزله الجزء الفائت»، و قوله: «نعم يجرى الخلاف المتقدّم في قيمه هذه الزيادة الفائتة».

نعم، يجرى الخلاف المتقدم في قيمه هذه الزيادة الفائته، وأن (١) العبره بيوم فواتها أو يوم ضمانها أو أعلى القيم.

[تعذر الوصول إلى العين في حكم التلف]

ثم إن في حكم تلف العين في جميع ما ذكر - من ضمان المثل أو القيمة - حكم تعذر الوصول إليه وإن لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو أبق؛ لما دلّ على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونه (٢).

و هل يقيّد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه، أو بعدم رجاء وجدانه، أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدّه طويله (٣) يتضرّر المالك من انتظارها، أو (٤) لو كانت قصيره؟ وجوه.

ظاهر أدلّه ما ذكر من الأمور (٥): الاختصاص بأحد الأولين، لكنّ ظاهر إطلاق الفتاوى الأخير، كما يظهر من إطلاقهم أنّ اللوح المغصوب في السفينه إذا خيف من نزع غرق مالٍ لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل (٦).

ص: ٢٥٧

١- ١) في «ش»: فإنّ.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٣: ١٢٧، الباب ٥ من أبواب أحكام الرهن، الحديث ٨، والصفحة ٢٢٩، الباب ٥، الحديث الأول.

٣- ٣) كلمه «طويله» مشطوب عليها في «خ» و«ص».

٤- ٤) لم ترد «أو» في «خ»، «م»، «ع» و«ص».

٥- ٥) يعنى: السرقة و الغرق و الضياع و الإباق.

٦- ٦) صرّح بذلك العلّامة في القواعد ١: ٢٠٧، و التذكرة ٢: ٣٩٦، و نسبه السيّد العاملى إلى صريح جامع المقاصد و المسالك و الروضه و ظاهر غيرها، راجع مفتاح الكرامه ٦: ٢٨٤.

و يؤيدّه: أنّ فيه جمعاً بين الحقّين بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين؛ فإنّ تسلّط الناس على مالهم الذى فرض كونه فى عهده يقتضى جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذّر نفسه، نظير ما تقدّم فى تسلّطه على مطالبه القيمة للمثل المتعذّر فى المثلى (١). نعم، لو كان زمان التعذّر قصيراً جداً، بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامه و التدارك على أداء القيمة، أشكل الحكم.

ثمّ الظاهر عدم اعتبار التعذّر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكناً بحيث يجب عليه السعى فى مقدّماته لم يسقط القيمة زمان السعى، لكن ظاهر كلمات بعضهم (٢): التعبير بالتعذّر، و هو الأوفق بأصالة عدم تسلّط المالك على أزيد من إزمائه برّد العين، فتأمل، و لعلّ المراد به التعذّر فى الحال و إن كان لتوقّفه على مقدّمات زمانيه يتأخّر لأجلها ذو المقدّمه.

[هل يلزم المالك بأخذ البدل؟]

ثمّ إنّ ثبوت القيمة مع تعذّر العين ليس كثبوتها مع تلفها فى كون دفعها حقّاً للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع (٣)، بل له أن يمتنع (٤) من

ص: ٢٥٨

-
- ١- ١) تقدّم فى الأمر السادس، الصفحه ٢٢٦.
 - ٢- ٢) كالمحقّق فى الشرائع ٣:٢٣٩ و ٢٤١، و العلامه فى القواعد ١:٢٠٥ و التحرير ٢:١٣٩ و ١٤٠ و غيرهما، و الشهيد فى الدروس ٣:١١٢، و المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ٢٥٨.
 - ٣- ٣) عبارته «فلا يجوز للمالك الامتناع» وردت فى «ف» قبل قوله: ثمّ إنّ ثبوت...
 - ٤- ٤) كذا فى «ص» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: أن يمنع.

أخذها و يصبر إلى زوال العذر، كما صرّح به الشيخ في المبسوط (١)، و يدلّ عليه قاعده تسلّط الناس على أموالهم.
و كما أنّ تعذّر ردّ العين في حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم.

ثمّ إنّ المال المبدول يملكه المالك بلا خلاف،

- كما في المبسوط (٢) و الخلاف (٣) و الغنيه (٤) و السرائر (٥)- و ظاهرهم إرادته نفي الخلاف بين المسلمين، و لعلّ الوجه فيه: أنّ التدارك لا يتحقّق إلّا بذلك.

و لو لا ظهور الإجماع و أدلّه الغرامه (٦) في الملكيه لاحتملنا أن يكون مباحاً له إباحةً مطلقه و إن لم يدخل في ملكه، نظير الإباحه المطلقه في المعاطاه على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطاً بتلف العين، و حكى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقّق القمّي رحمه الله في أجوبه مسائله (٧).

[هل تنقل العين إلى الضامن بإعطاء البدل]

و على أيّ حال، فلا ينتقل العين إلى الضامن، فهي غرامه لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه،

ص: ٢٥٩

١-١) المبسوط ٨٧:٣.

٢-٢) المبسوط ٩٥:٣.

٣-٣) الخلاف ٤١٢:٣، كتاب الغصب، المسأله ٢٦.

٤-٤) الغنيه: ٢٨٢.

٥-٥) السرائر ٤٨٦:٢.

٦-٦) مثل قاعده «على اليد» و آيه «الاعتداء»، و قاعده «الإقدام»، و الروايات الوارده في الموارد الخاصه، المتقدّمه في الصفحات السابقه.

٧-٧) لم نعثر عليه.

و ليست معاوضه ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين في عدم البديل له.

و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان:

قال الأول في محكيّ جامعه: إنّ هنا إشكالاً؛ فإنّه كيف يجب قيمه و يملكها الآخذ و يبقى العين على ملكه؟ و جعلها في مقابله الحيلولة لا يكاد يتّضح معناه (١)، انتهى.

و قال الثاني: إنّ هذا لا يخلو من إشكال من حيث اجتماع العوض و المعوّض على ملك المالك من دون دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكلّ منهما متزلاً، و (٢) توقّف تملكك المغصوب منه للبديل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة (٣)، انتهى. و استحسنته في محكيّ الكفايه (٤).

أقول: الذي ينبغي أن يقال هنا: إنّ معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامه مقابله من ماله مقامه (٥)؛ ليصدق ذهابها من كيسه.

ص: ٢٦٠

١-١) جامع المقاصد ٦:٢٦١، و فيه: إنّ هنا إشكالاً؛ فإنّه كيف تجب قيمه و يملكها بالآخذ و يبقى العبد على ملكه...

٢-٢) في مصحّحه «ن» و المصدر: أو.

٣-٣) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢:٢١٠.

٤-٤) كفايه الأحكام: ٢٥٩.

٥-٥) كذا في النسخ، و المناسب: إقامه مقابله من ماله مقامها، لرجوع الضمير إلى العين، و كذا الكلام في الضمائر في فقره الآتيه.

ثم إنَّ الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المُخرج للعين عن قابليته الملكيه (١) عرفاً، ووجب قيام مقابله من ماله مقامه في الملكيه، وإن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكيه، ووجب قيام مقابله مقامه في السلطنه، لا في الملكيه؛ ليكون مقابلاً و تداركاً للسلطنه الفائته، فالتدارك لا يقتضى ملكيه المتدارك في هذه الصوره.

نعم، لما كانت السلطنه المطلقه المتداركه للسلطنه الفائته متوقّفه على الملك؛ لتوقّف بعض التصرفات عليها، ووجب ملكيته للمبدول تحقيقاً لمعنى التدارك و الخروج عن العهده.

و على أيّ تقدير: فلا ينبغي الإشكال في بقاء العين المضمونه على ملك مالکها، إنّما الكلام في البدل المبدول، و لا كلام أيضاً في وجوب الحكم بالإباحه و بالسلطنه المطلقه عليها (٢)، و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذٍ إلى أنّ إباحه جميع التصرفات حتّى المتوقّفه على الملك هل تستلزم الملك من حين الإباحه، أو يكفي فيه حصوله من حين التصرف؟ و قد تقدّم في المعاطاه بيان ذلك.

[التفصيل بين فوات معظم المنافع أو بعضها]

ثمّ إنّه قد تحصّل ممّا ذكرنا: أنّ تحقّق (٣) ملكيه البدل أو السلطنه المطلقه عليه مع بقاء العين على ملك مالکها، إنّما هو مع فوات معظم الانتفاعات به، بحيث يعدّ بذل البدل غرامه و تداركاً، أمّا لو لم يفت إلّا

ص: ٢٤١

١- ١) في «ف»: الملك.

٢- ٢) كذا في النسخ، و المناسب: «عليه»، كما في مصحّحه «ن».

٣- ٣) كذا في «ن» و مصحّحه «م»، و في غيرهما: تحقيق.

بعض ما ليس به قوام الملكيه، فالندارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنه المطلقه على البدل.

و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامه قيمته حينئذ لم يبعد انكشاف (1) ذلك عن انتقال العين إلى الغارم؛ و لذا استظهر غير واحد (2) أنّ الغارم لقيمه الحيوان الذى وطأه يملكه؛ لأنّه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلد و بيعه فى بلدٍ آخر، لكن هذا لا يعدّ فواتاً لما به قوام المائيه.

[خروج العين عن التقويم]

هذا كلّه مع انقطاع السلطنه عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها (3) السابقه.

أمّا لو خرج (4) عن التقويم مع بقائها على صفه الملكيه، فمقتضى قاعده الضمان وجوب كمال القيمه، مع بقاء العين على ملك المالك (5)؛ لأنّ القيمه عوض الأوصاف أو الأجزاء (6) التى خرجت العين لفواتها عن التقويم، لا- عوض العين نفسها، كما فى الرطوبه الباقيه بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإنّ بقاءها على ملك مالكها لا ينافى معنى الغرامه؛

ص: ٢٦٢

١- ١) كذا فى النسخ، و الصواب: «كشف»، كما فى مصححه «ن» و استظهر فى «ص» و «ش».

٢- ٢) منهم الشهيد الثانى فى الروضه البهيه ٩: ٣١١، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٤٩٩.

٣- ٣) كذا، و الأولى التعبير ب«مائيتها» كما فى مصححه «ن».

٤- ٤) كذا، و المناسب: خرجت.

٥- ٥) فى ما عدا «ش» زياده: «به»، إلّا أنّه شطب عليها فى «ن».

٦- ٦) فى «م» و «ش»: و الأجزاء.

لفوات معظم الانتفاعات به (١)، فيقوى عدم جواز المسح بها إلّا بإذن المالك و لو بذل قيمه.

قال في القواعد (٢)- في ما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه- و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف و جب، ثمّ يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبقَ لها قيمهٌ غرم جميع قيمه، انتهى.

و عطف على ذلك في محكيّ جامع المقاصد (٣) قوله: و لا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من أنّ جنايه الغاصب توجب أكثر الأمرين، و لو استوعبت (٤) قيمه أخذها و لم تدفع العين (٥)، انتهى.

و عن المسالك في هذه المسألة: أنّه إن لم يبقَ له قيمه ضمن جميع قيمه، و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة كما سبق، فيجمع بين العين و قيمه (٦).

لكن عن مجمع البرهان- في هذه المسألة-: اختيار عدم وجوب النزع، بل قال: يمكن أن لا- يجوز و يتعيّن قيمه؛ لكونه بمنزله التلف، و حينئذٍ يمكن جواز الصلاة في هذا الثوب المخيط؛ إذ لا غصب فيه يجب

ص: ٢٦٣

١- ١) لم ترد «به» في «ش».

٢- ٢) في «ش»: «شرح القواعد»، و المظنون بل المقطوع أنّ ما صدر عن قلمه الشريف هو «القواعد»، كما ورد في سائر النسخ؛ بدليل قوله فيما سيأتي: «و عطف على ذلك في محكيّ جامع المقاصد»، لكن مصحح «ش» لم يأت رأياً أنّ المنقول لم يكن بتمامه في القواعد، أضاف إليه كلمة: «شرح».

٣- ٣) عبارته «في محكيّ جامع المقاصد» لم ترد في «ش».

٤- ٤) في غير «ف»: استوعب.

٥- ٥) جامع المقاصد ٣٠٤: ٦- ٣٠٥، و انظر القواعد ٢٠٧: ١.

٦- ٦) المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٧: ٢- ٢٠٨.

ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح (١)، انتهى.

و استجوده بعض المعاصرين (٢)؛ ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه؛ لصيرورته عوضاً شرعاً.

و فيه: أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء، و أدلّه الضمان قد عرفت أنّ محصّيها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك، سواء كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى، أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته (٣).

و لا يخفى أنّ العين على التقدير الأوّل خارج (٤) عن الملكيه عرفاً.

و على الثانى: السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين، و هذا معنى بدل الحيلولة.

و على الثالث: فالمبذول عوض عمّا خرج المال بذهابه عن التقويم، لا عن نفس العين، فالمضمون فى الحقيقه هى تلك الأوصاف التى تقابل بجميع قيمه، لا نفس العين الباقية، كيف! و لم تتلف هى، و ليس لها على تقدير التلف أيضاً عهده مالىه؟ بل الأمر بردها مجزّد تكليف لا يقابل بالمال، بل لو استلزم ردّه (٥) ضرراً مالياً على الغاصب

ص: ٢٦٤

١-١) مجمع الفائدة ٥٢١: ١٠.

٢-٢) هو صاحب الجواهر فى الجواهر ٣٧: ٨٠.

٣-٣) كذا، و المناسب: ملكيتها.

٤-٤) كذا، و المناسب: خارجه.

٥-٥) كذا فى النسخ، و المناسب: ردها.

[خروج العين عن الملكيه مع بقاء حق الأولويه]

و لعلّ ما عن المسالك: من أنّ ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن قيمه بالإخراج، فتعيّن قيمه فقط (١)، محمول على صورته تضرّر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشب، كما لا يابى عنه عنوان المسأله، فلاحظ، و حينئذٍ فلا تنافى ما تقدّم عنه (٢) سابقاً: من بقاء الخيط على ملك مالكة و إن وجب بذل قيمته (٣).

ثمّ إنّ هنا قسماً رابعاً، وهو ما لو خرج المضمون عن الملكيه مع بقاء حقّ الأولويه فيه، كما لو صار الخلّ المغصوب خمراً، فاستشكل في القواعد وجوب ردّها مع قيمه (٤)؛ ولعلّه من استصحاب وجوب ردّها، و من أنّ الموضوع في المستصحب ملك المالك؛ إذ لم يجب إلّا ردّه و لم يكن المالك إلّا أولى به (٥).

إلّا أن يقال: إنّ الموضوع في الاستصحاب عرفي، و لذا كان الوجوب مذهب جماعه، منهم الشهيدان (٦) و المحقّق الثاني (٧)، و يؤيّدونه أنّه لو عاد خلّاً ردّت إلى المالك بلا خلافٍ ظاهر.

ص: ٢٤٥

١- ١) انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢٠٧:٢، و العبارة منقوله بالمعنى.

٢- ٢) كلمه «عنه» من «ف» و «ش».

٣- ٣) راجع الصفحه ٢٤٣.

٤- ٤) القواعد ٢٠٦:١.

٥- ٥) في «ف»: و لم يكن المالك أولى إلّا به.

٦- ٦) الدروس ١١٢:٣، المسالك (الطبعة الحجرية) ٢١٤:٢.

٧- ٧) جامع المقاصد ٢٩٢:٦.

[حكم ارتفاع قيمة العين بعد دفع بدلها]

ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع، سواءً كان للسوق أو للزيادة المتصلة، بل المنفصلة - كالثمره - ولا يضمن منافعه، فلا يطالب الغارم بالمنفعه بعد ذلك.

و عن التذكرة (١) و بعض آخر (٢): ضمان المنافع، و قواه في المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه (٣).

و في موضع من جامع المقاصد: أنه موضع توقّف. و في موضع آخر رجّح الوجوب (٤).

[حكم ارتفاع قيمه بعد التعذر و قبل الدفع]

ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم (٥) - عند التعرّض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة - يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع، كالحاصل بعد التلف، لكن مقتضى القاعدة ضمانه له؛ لأن (٦) مع التلف يتعين القيمة؛ و لذا ليس له الامتناع من أخذها، بخلاف تعذر العين؛ فإن القيمة غير متعيّنه، فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و يبقى العين في عهده

ص: ٢٤٤

١ - ١) التذكرة ٣٨٢: ٢.

٢ - ٢) و قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه (٦: ٢٤٩): «و هو الأصح»، و فيه أيضاً: «و مال إليه في المسالك»، انظر المسالك (الطبعة الحجرية) ٢١٠: ٢.

٣ - ٣) المبسوط ٩٦: ٣.

٤ - ٤) جامع المقاصد ٢٥١: ٦ و ٢٧٣.

٥ - ٥) مثل المحقق في المختصر ٢٥٦: ٢، و العلامة في التحرير ١٣٩: ٢.

٦ - ٦) في «ف» بدل «لأن»: إذ.

الضامن في هذه المدّة، فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف، أو أعلى القيم إليه، أو يوم الغصب، على الخلاف.

و الحاصل: أنّ قبل دفع القيمة يكون العين الموجوده في عهده الضامن، فلا عبره بيوم التعذر، والحكم يكون يوم التعذر بمنزله يوم التلف مع الحكم بضمان الأجره و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذر، ممّا لا يجتمعان ظاهراً، فمقتضى القاعده ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر في المثلي.

[إذا ارتفع التعذر وجب رد العين]

ثمّ إنّه لا إشكال في أنّه إذا ارتفع تعذر ردّ العين و صار ممكناً، وجب ردّها إلى مالكيها (١) - كما صرح به في جامع المقاصد (٢) - فوراً، و إن كان في إحضارها (٣) مثونه، كما كان قبل التعذر؛ لعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدى» (٤)، و دفع البدل لأجل الحيلولة إنّما أفاد خروج الغاصب عن الضمان، بمعنى أنّه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم (٥) ذلك - على ما اخترناه (٦) - عدم (٧) ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامه.

ص: ٢٦٧

١ - ١) في غير «ش»: ردّه إلى مالكيه.

٢ - ٢) جامع المقاصد ٢٦١: ٦.

٣ - ٣) في غير «ش»: إحضاره.

٤ - ٤) عوالي اللآلى ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦، و الصفحه ٣٨٩، الحديث ٢٢.

٥ - ٥) في «ش» كتب فوق الكلمه: و لازم ظ.

٦ - ٦) تقدّم في الصفحه ٢٦٦.

٧ - ٧) في غير «ف» و «ش»: «من عدم»، إلّا أنّه شطب على «من» في «ن» و «خ».

و سقوط وجوب الردّ حين التّعذر للعذر العقلي، فلا يجوز استصحابه، بل مقتضى الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول عليه بقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» المغنياً بقوله: «حتى تؤدى».

و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه

و هل الغرامه المدفوعه تعود ملكه (١) إلى الغارم بمجرد طرؤ التمكن،

فيضمن العين من يوم التمكن ضماناً جديداً بمثله أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو أعلى القيم، أو أنّها باقيه على ملك مالك العين، و كون (٢) العين مضمونه بها لا بشيءٍ آخر في ذمه الغاصب، فلو تلفت استقرّ ملك المالك على الغرامه، فلم يحدث في العين إلّا حكم تكليفي بوجوب رده، و أمّا الضمان و عهده جديده فلا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني؛ لاستصحاب كون العين مضمونه بالغرامه، و عدم طرؤ ما يزيل ملكيته عن الغرامه أو يحدث ضماناً جديداً، و مجرد عود التمكن لا- يوجب عود سلطنه المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته (٣) على الغرامه الجمع بين العوض و المعوض، غايه ما في الباب قدره الغاصب على إعاده السلطنه الفائته المبدله (٤) عنها بالغرامه و وجوبها عليه.

و حينئذٍ، فإن دفع العين فلا إشكال في زوال ملكيه (٥) المالك

ص: ٢٦٨

١-١) كذا، و الصحيح: ملكها.

٢-٢) شطب على كلمه «كون» في «ن»، و صُحّح في «ص» ب«تكون».

٣-٣) في «ش»: مالكيته.

٤-٤) كذا، و المناسب: «المبدل»، كما في مصححه «ن».

٥-٥) في نسخه بدل «ش»: مالكيه.

للغرامه، و توهم: أن المدفوع كان بدلاً (١) عن القدر الفائت من السلطنه فى زمان التعذر فلا يعود لعدم عود مبدله، ضعيف فى الغايه، بل كان بدلاً عن أصل السلطنه يرتفع بعودها، فيجب دفعه، أو دفع بدله مع تلفه، أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز، ولا يجب رد نمائه المنفصل.

و لو لم يدفعها (٢) لم يكن له مطالبه الغرامه أولاً؛ إذ ما لم يتحقق السلطنه لم يعد الملك إلى الغارم؛ فإن الغرامه عوض السلطنه لا عوض قدره الغاصب على تحصيلها للمالك، فتأمل.

نعم، للمالك مطالبه عين ماله؛ لعموم «الناس مسلطون على أموالهم» (٣)، و ليس ما عنده من المال عوضاً من مطلق السلطنه حتى سلطنه المطالبه، بل سلطنه الانتفاع بها على الوجه المقصود من الأملاك؛ و لذا لا يباح (٤) لغيره بمجرّد بذل الغرامه.

و ممّا ذكرنا (٥) يظهر أنه ليس للغاصب حبس العين إلى أن يدفع

[ليس للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البدل]

ص: ٢٦٩

-
- ١-١) لم ترد «بدلاً» فى «ف».
- ٢-٢) كذا فى «ش» و مصحّحه «خ»، و فى سائر النسخ: «يدفعه»، و الصحيح ما أثبتناه كما أثبتته المامقانى و قال: هذه الجملة عطف على قوله: «فإن دفع العين»، و الضمير المنصوب بقوله: «لم يدفع»، عائد إلى العين، غايه الآمال: ٣١٩. و أثبتتها الشهيدى كما فى سائر النسخ، لكنّه قال: الصواب: «يدفعها»؛ لأنّ الضمير راجع إلى العين، هدايه الطالب: ٢٤٥.
- ٣-٣) عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.
- ٤-٤) كذا، و المناسب: «لا تباح»، كما فى مصحّحه «خ».
- ٥-٥) فى «خ»، «ع» و «ص» زياده: أيضاً.

المالك قيمه، كما اختاره في التذكرة (١) والإيضاح (٢) وجامع المقاصد (٣).

و عن التحرير: الجزم بأن له ذلك (٤)؛ ولعله لأن القيمة عوض إِمَّا عن العين، وإِمَّا عن السلطنة عليه (٥)، و على أى تقدير فيتحقق التراد، و حينئذٍ فلكل من صاحبي العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر.

و فيه: أن العين بنفسها ليست عوضاً و لا معوضاً؛ و لذا تحقّق للمالك الجمع بينها و بين الغرامه، فالمالك مسلطٌ عليها، و المعوض للغرامه (٦) السلطنة الفائته التي هي في معرض العود بالتراد.

اللهم إلاً أن يقال: له حبس العين من حيث تضمّنه لحبس مبدل الغرامه و هي السلطنة الفائته.

و الأقوى: الأول.

[لو حبس العين فتلفت]

ثم لو قلنا بجواز الحبس، لو حبسه (٧) فتلفت العين محبوساً، فالظاهر أنه لا يجرى عليه حكم المغصوب؛ لأنه حبسه بحق، نعم

ص: ٢٧٠

١-١) التذكرة ٣٨٥:٢.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١٧٨:٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٢٦١:٦.

٤-٤) التحرير ١٤٠:٢، و حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٥٦:٦.

٥-٥) كذا في النسخ، و المناسب: «عليها»، كما استظهر في «ص».

٦-٦) في «ش»: لغرامه.

٧-٧) كذا، و المناسب: «حبسها»؛ لعود الضمير إلى العين، و كذا الكلام فيما يأتي من الضمائر.

يضمنه؛ لأنَّه قبضه لمصلحه نفسه، و الظاهر أنَّه بقيمه يوم التلف على ما هو الأصل في كلِّ مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس إلى زمان التلف.

و ذكر العلامه في القواعد: أنَّه لو حبس فتلف محبوساً، فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع قيمه الأولى (١).

و الظاهر أنَّ مراده ب«قيمه (٢) الآن»: مقابل القيمه السابقه؛ بناءً على زوال حكم الغصب عن العين، لكونه محبوساً بغير عدوان، لا خصوص حين التلف. و كلمات كثيرٍ منهم لا يخلو عن اضطراب.

ثمَّ إنَّ أكثر ما ذكرناه مذكور في كلماتهم في باب الغصب، لكنَّ الظاهر أنَّ أكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضموناً؛ إذ ليس في الغصب خصوصيته زائده.

نعم، ربما يفرّق من جهه نصّ في المغصوب مخالِفٍ لقاعده الضمان، كما احتمل في الحكم بوجود قيمه يوم الضمان من جهه صحيحه أبي ولاد (٣) أو أعلى القيم على ما تقدّم من الشهيد الثاني دعوى دلاله الصحيحه عليه (٤)، و أمّا ما اشتهر من أنَّ الغاصب مأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم نعرف له مأخذاً واضحاً.

ص: ٢٧١

١-١) القواعد ٢٠٤: ١.

٢-٢) في «ف»: بقيمته.

٣-٣) تقدّمت في الصفحه ٢٤٦-٢٤٧.

٤-٤) تقدّم في الصفحه ٢٥٢.

و لنختم بذلك أحكام المبيع بالبيع الفاسد و إن بقى منه أحكام (١) آخر أكثر ممّا ذكر، و لعلّ بعضها يجىء فى بيع الفضولى إن شاء الله تعالى (٢).

ص: ٢٧٢

١-١) لم ترد «أحكام» فى «ش».

٢-٢) يجىء فى الصفحة ٣٤٥.

المشهور- كما عن الدروس (١) والكفايه (٢)-: بطلان عقد الصبى، بل عن الغنيه: الإجماع عليه و إن أجاز الولى (٣).

و فى كنز العرفان: نسبه عدم صحه عقد الصبى إلى أصحابنا (٤)، و ظاهره إرادته التعميم لصوره إذن الولى.

و عن التذكرة: أنّ الصغير محجور عليه بالنصّ و الإجماع- سواء كان مميزاً أو لا- فى جميع التصرفات إلّا ما استثنى، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهدية و إذنه فى الدخول، على خلافٍ فى ذلك (٥)، انتهى.

و استثناء إيصال الهدية و إذنه فى دخول الدار، يكشف بفحواه عن

ص: ٢٧٥

١- (١) الدروس ١٩٢: ٣، لكنّه نسبه إلى الأشهر.

٢- (٢) الكفايه: ٨٩، و حكاه عنه و عن الدروس السيد المجاهد فى المناهل: ٢٨٦.

٣- (٣) الغنيه: ٢١٠.

٤- (٤) انظر كنز العرفان ١٠٢: ٢.

٥- (٥) التذكرة ٧٣: ٢.

شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله؛ لأنَّ الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات القوليَّة و الفعلية، و إنما الأوَّل آله في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان و أرسلها، و الثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحه الدخول، و هو رضا المالك.

[الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم]

و احتجَّ على الحكم في الغنيه (١) بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «رفع القلم عن ثلاثه: عن الصبيِّ حتَّى يحتلم، و عن المجنون حتَّى يفيق، و عن النائم حتَّى يستيقظ» (٢)، و قد سبقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسأله الإقرار- و قال: إنَّ مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم (٣).

و نحوه الحلِّي في السرائر في مسأله عدم جواز وصيِّه البالغ عشرًا (٤)، و تبعهم في الاستدلال به جماعه، كالعلَّامه (٥) و غيره (٦).

[الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي]

و استدلُّوا (٧) أيضاً بخبر حمزه بن حرمان عن مولانا الباقر عليه السلام:

«إنَّ الجارِيه إذا زوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم،

ص: ٢٧٤

١- (١) الغنيه: ٢١٠.

٢- (٢) عوالي اللآلي ٢٠٩: ١، الحديث ٤٨.

٣- (٣) المبسوط ٣: ٣.

٤- (٤) السرائر ٢٠٧: ٣.

٥- (٥) التذكرة ١٤٥: ٢.

٦- (٦) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧: ٨٢، و المحقّق التستري في مقابِس الأنوار: ١٠٨.

٧- (٧) كما في الحدائق ٣٦٩: ١٨، و الرياض ٥١١: ١، و مقابِس الأنوار: ١٠٨، و الجواهر ٢٢: ٢٦١ و غيرها.

و دفع إليها مالها، و جاز أمرها في الشراء (١)، و الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة... الحديث» (٢).

و في روايه ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشده. قال: ما أشده؟ قال: احتلامه» (٣)، و في معناها روايات أخر (٤).

[المناقشه في دلاله هذه الروايات]

لكنّ الإنصاف: أنّ جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف؛ لأنّ الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماضٍ، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيهاً» (٥)، فلا دلاله لها حينئذٍ على سلب عبارته، و أنه إذا ساوم وليه متاعاً (٦) و عيّن له قيمته (٧) و أمر الصبيّ بمجرّد إيقاع العقد مع الطرف

ص: ٢٧٧

١- ١) في المصدر زياده: و البيع.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول، و ذيله.

٣- ٣) الخصال ٢: ٤٩٥، الحديث ٣، و عنه في الوسائل ١٣: ١٤٣، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر، الحديث ٥.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٢: ٢٦٧، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ١٣: ١٤١ و ١٤٢، الباب ١ و ٢ من أبواب كتاب الحجر، و الصفحة ٤٢٨ و ٤٣٢، الباب ٤٤ و ٤٥ من أبواب كتاب الوصايا و غيرها.

٥- ٥) مثل روايه ابن سنان المتقدمه و الروايتين الأخرين عنه أيضاً في الوسائل ١٣: ٤٣٠ و ٤٣١، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٨ و ١١.

٦- ٦) كذا في «ف»، «خ» و «ش» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: متاعه.

٧- ٧) في «ف»: قيمه.

الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

و أما حديث رفع القلم، ففيه:

أولاً: أن الظاهر منه قلم المؤاخذه، لا قلم جعل الأحكام؛ ولذا بنينا - كالمشهور - على شرعيته عبادات الصبي.

و ثانياً: أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعيه ليست مختصه بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مس المصحف.

و ثالثاً: لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعيه بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعوله في حق البالغين، فيكون الفاعل - كسائر غير البالغين - خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

و بالجمله، فالتمسك بالروايه ينافي ما اشتهر بينهم من شرعيته عباده الصبي، و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعيه بالبالغين.

فالعمده في سلب عباره الصبي هو الإجماع المحكي (١)، المعتضد بالشهره العظيمه، و إنما فالمسأله محل إشكال؛ و لذا تردّد المحقق في الشرائع في إجاره المميّز بإذن الولي (٢) بعد ما جزم بالصحه في العاريه (٣)،

ص: ٢٧٨

١- ١) تقدّم حكايته عن الغنيه و التذكره في أول المسأله.

٢- ٢) الشرائع ١٨٠:٢.

٣- ٣) الشرائع ١٧١:٢.

و استشكل فيها في القواعد (١) و التحرير (٢).

و قال في القواعد: و في صحّحه بيع المميّز بإذن الوليّ نظر (٣)، بل عن الفخر في شرحه: أنّ الأقوى الصحّحه؛ مستدلاً بأنّ العقد إذا وقع بإذن الوليّ كان كما لو صدر عنه (٤) - و لكن لم أجده فيه - و قوّاه المحقّق الأردبيلي على ما حكى عنه (٥).

و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: و هل يصحّ بيع المميّز و شراؤه؟ الوجه عندي: أنّه لا يصحّ (٦).

و اختار في التحرير: صحّحه بيع الصبي في مقام اختبار رشده (٧).

و ذكر المحقّق الثاني: أنّه لا يبعد بناء المسألة على أنّ أفعال الصبيّ و أقواله شرعيّه أم لا، ثمّ حكم بأنّها غير شرعيّه، و أنّ الأصحّ بطلان العقد (٨).

ص: ٢٧٩

١-١) القواعد ٢٢٤:١.

١-٢) التحرير ٢٤٤:١.

١-٣) القواعد ١٦٩:١.

١-٤) حكاها عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠)، و لكنّ الموجود في الإيضاح (٢:٥٥) ذيل عبارته والده هكذا: «و الأقوى عدم الصحّحه»، و لم نعثر فيه على غيره.

١-٥) لم نعثر على الحاكي عنه بهذا النحو، نعم في المقابس (الصفحة ١١٠): و مال المقدّس الأردبيلي في كتابه إلى جواز بيعه مع الرشد و إذن الوليّ، انظر مجمع الفائدة ١٥٢:٨-١٥٣.

١-٦) التذكرة ٢:٨٠، و فيه: و شراؤه بإذن الوليّ.

١-٧) التحرير ٢١٨:١.

١-٨) جامع المقاصد ١٩٤:٥.

و عن المختلف أنه حكى- فى باب المزارعه- عن القاضى كلاماً يدلّ على صحّه بيع الصبى (١).

و بالجمله، فالمسأله لا تخلو عن إشكال، و إن أطب بعض المعاصرين (٢) فى توضيحه حتّى أحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه.

[الحجه فى المسأله هى الشهره و الإجماع المحكى]

فالإنصاف: أنّ الحجّه فى المسأله هى الشهره المحقّقه و الإجماع المحكى عن التذكره (٣)؛ بناءً على أنّ استثناء الإحرام-الذى لا يجوز إلّا بإذن الولّى- شاهد على أنّ مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفى الاستقلال فى التصرف؛ و كذا إجماع الغنيه (٤)؛ بناءً على أنّ استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولّى.

و ليس المراد نفى صحّه البيع المتعقّب بالإجازه، حتّى يقال: إنّ الإجازه عند السيد (٥) غير مجديه فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقلّ و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولى.

و يؤيد الإجماعين ما تقدّم عن كنز العرفان (٦).

[المناقشه فى تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول: إنّ ما عرفت من المحقّق و العلامه و ولده

ص: ٢٨٠

١- ١) حكى المحقّق التستري فى مقابس الأنوار (الصفحه ١١٠) ما نقله العلامه عن القاضى، و قال: «و مقتضاه صحّه شراء الصبى و بيعه»، انظر المختلف ١٨٨: ٦، و المهذب ٢٠: ٢.

٢- ٢) الظاهر أنّ المراد هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٦١: ٢٢، و انظر مقابس الأنوار: ١١١-١١٢ أيضاً.

٣- ٣) التذكره ٧٣: ٢.

٤- ٤) الغنيه: ٢١٠.

٥- ٥) يعنى السيد ابن زهره.

٦- ٦) تقدّم فى أوّل المسأله.

و القاضى و غيرهم خصوصاً (١) المحقق الثانى (٢) - الذى بنى المسأله على شرعيه أفعال الصبى - يدل على عدم تحقق الإجماع.

و كيف كان، فالعمل على المشهور (٣).

[ما يستأنس به للبطلان]

و يمكن (٤) أن يستأنس له أيضاً بما ورد فى الأخبار المستفيضه من أن «عمد الصبى و خطأه واحد» كما فى صحيحه ابن مسلم (٥) و غيرها (٦)، و الأصحاب و إن ذكروها فى باب الجنائيات، إلما أنه لا إشعار فى نفس الصحيحه - بل و غيرها - بالاختصاص بالجنائيات؛ و لذا تمسك بها الشيخ فى المبسوط (٧) و الحلّى فى السرائر (٨)، على أن إخلال الصبى المَحْرَمِ بمحظورات الإحرام - التى تختص الكفاره فيها (٩) بحال التعمد - لا يوجب كفاره على الصبى، و لا على الولي؛ لأن عمده خطأ.

ص: ٢٨١

١ - ١) لم ترد «غيرهم خصوصاً» إلّا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن».

٢ - ٢) تقدّم كلامهم فى الصفحه ٢٧٨ - ٢٨٠.

٣ - ٣) لم ترد «فالعمل على المشهور» فى «ف».

٤ - ٤) فى «ف»: فيمكن.

٥ - ٥) فى «ف»: محمد بن مسلم.

٦ - ٦) الوسائل ١٩:٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقله، الحديث ٢ و ٣، و الصفحه ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب كتاب القصاص فى النفس، الحديث ٢.

٧ - ٧) المبسوط ٣٢٩:١.

٨ - ٨) السرائر ١:٦٣٦ - ٦٣٧.

٩ - ٩) كذا فى «ف»، و فى «ص» بدل «الكفاره فيها»: «حرمتها»، و فى غيرهما جمع بينهما بجعل أحدهما أصلاً و الآخر بدلاً، و فى «ش» جمع بينهما مع عدم الإشاره إلى ذلك.

و حينئذٍ فكلّ حكمٍ شرعيّ تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعي عليها القصد-بحيث لا- عبره بها إذا وقعت بغير القصد- فما يصدر منها عن الصبيّ قصداً بمنزله الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي وإيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطئ و إيقاعاتهم.

[استظهار البطلان من حديث رفع القلم]

بل يمكن بملاحظه بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون و الصبي استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» و هو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختری، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام، أنّه كان يقول [في (١)] المجنون و المعتوه الذي لا يفيق، و الصبي الذي لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقله و قد رفع عنهما القلم (٢)» (٣)؛ فإنّ ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّه لأصل الحكم، و هو ثبوت السديه على العاقله، أو بأن تكون معلوله (٤) لقوله: «عمدهما خطأ»، يعني أنّه لَمَّا كان قصدهما بمنزله العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهما.

و لا يخفى أنّ ارتباطها (٥) بالكلام على وجه العليه أو المعلوليه (٦)

ص: ٢٨٢

-
- ١-١ من المصدر.
 - ٢-٢ في «ف» زياده: «إلخ»، و في سائر النسخ: «اه»، لكنّ المذكور هنا هو المذكور في المصدر بتمامه.
 - ٣-٣ قرب الإسناد: ١٥٥، الحديث ٥٦٩، و عنه في الوسائل ١٩:٦٦، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٢.
 - ٤-٤ كذا، و المناسب: بأن يكون معلولاً.
 - ٥-٥ كذا، و المناسب تذكير الضمير؛ لرجوعه إلى «رفع القلم».
 - ٦-٦ في «ش»: و المعلوليه.

للحكم المذكور في الروايه-أعني عدم مؤاخذه الصبي و المجنون-بمقتضى جنايه العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد- و هو الديه في مالهما-لا- يستقيم إلّا بأن يراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعاً من حيث العقوبه الأخرويه و الدنيويه المتعلقه بالنفس -كالقصاص-، أو المال-كغرامه الديه- و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصوده المتعمّد إليها ممّا (١) لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمّد لترتبت عليه غرامه أخرويه أو دنيويه.

و على هذا، فإذا التزم على نفسه مالاً- بإقرارٍ أو معاوضه و لو بإذن الولي، فلا أثر له (٢) في إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ (٣). فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلّا لسلب قصده و عدم العبره بإنشائه؛ إذ لو كان ذلك لأجل عدم (٤) استقلاله و حججه عن الالتزامات على نفسه، لم يكن عدم المؤاخذه شاملاً لصوره إذن الولي، و قد فرضنا الحكم مطلقاً، فيدلّ بالالتزام على كون قصده في إنشائه و إخباراته مسلوب الأثر.

ثم إن مقتضى عموم هذه الفقره-بناءً على كونها على للحكم:-

عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض

ص: ٢٨٣

١- ١) في «م» و «ع»: «بما»، و في نسخه بدلها: «مما».

٢- ٢) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «لها»، و في مصححه «ص»: «لها».

٣- ٣) عبارته «و لو بعد البلوغ» وردت في «ف» قبل قوله: «فلا أثر له».

٤- ٤) في «ف» بدل «الأجل عدم»: «لعدم».

إلا أن يلتزم بخروج ذلك من (١) عموم رفع القلم، ولا يخلو عن (٢) بُعد.

لكن (٣) هذا غير واردٍ على الاستدلال؛ لأنه ليس مبيّناً على كون «رفع القلم» عله للحكم؛ لما عرفت (٤) من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبيّ و المجنون، فيختصّ رفع قلم المؤاخذه بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذه عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإلتلاف، فافهم و اغتنم.

ثم إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي، كالتعزير.

[رأى المؤلف في المسألة و دليله]

و الحاصل: أنّ مقتضى ما تقدّم (٥) من الإجماع المحكى في البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدّمة (٦) -بعد انضمام بعضها إلى بعض -:

عدم الاعتبار بما يصدر من الصبيّ من الأفعال المعتر فيهما القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كلّ التزام على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجار.

ص: ٢٨٤

١-١) في غير «ف»: عن.

٢-٢) في غير «ف»: من.

٣-٣) في «ش»: و لكن.

٤-٤) في الصفحة السابقة.

٥-٥) في أول المسألة.

٦-٦) راجع الصفحة ٢٧٦-٢٧٧ و ٢٨١.

قال (١) في التذكرة (٢): و كما لا- يصح تصرفاته اللفظية، كذا لا يصح قبضه، ولا يفيد حصول الملك في الهبة و إن اتهب له الولي، ولا- لغيره و إن أذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحق الدين للمديون: سلّم حقّي إلى هذا (٣) الصبي، فسلم مقدار (٤) حقه إليه، لم يبرأ عن الدين و بقي المقبوض على ملكه، و لا- ضمان على الصبي؛ لأنّ المال ك ضيعة حيث دفعه إليه، و بقي الدين لأنّه في الذمّه و لا- يتعيّن إلّا بقبض صحيح، كما لو قال: ارم حقّي في البحر، فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر؛ لأنّه امتثل أمره في حقه المعين، و لو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولي؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

و قال أيضاً: لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه، لم يجز له ردّه إلى (٥) الصبي، بل على (٦) وليّه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي (٧)، و إن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في

ص: ٢٨٥

-
- ١- ١) في «ش»: و قال.
 - ٢- ٢) نقل السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٧٢ عدّه فروع من التذكرة و نهايه الأحكام، و لم يفرزها، و لكنّ المؤلّف قدّس سرّه نسبها جميعاً إلى التذكرة.
 - ٣- ٣) كلمه «هذا» من «ش» و المصدر.
 - ٤- ٤) في المصدر و نسخه بدل «ش»: قدر.
 - ٥- ٥) في المصدر: على.
 - ٦- ٦) في «ش» و مصححه «م»: إلى.
 - ٧- ٧) كذا في «ص»، «ش» و المصدر و مصححه «ن»، و في غيرها: للمولى.

البحر، فإنه يلزمه ضمانه. وإذا تباع الصبيان و تقابضا و أتلّف كلّ واحدٍ منهما ما قبضه، فإن جرى بإذن الوليّين فالضمان عليهما، و إلا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيّين. و يأتي في باب الحجر تمام الكلام (١).

و لو فتح (٢) الصبي الباب و أذن في الدخول على أهل الدار، أو أدخل (٣) الهدية إلى إنسان عن (٤) إذن المهدي، فالأقرب الاعتماد؛ لتسامح السلف فيه (٥)، انتهى كلامه رفع مقامه.

[لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء اليسيره و الخطيره]

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا: أنّه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيره أو الخطيره؛ لما عرفت من عموم النصّ و الفتوى حتّى أنّ العلامة في التذكرة لمّا ذكر حكاية «أنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبيّ فأرسله»، ردّها بعدم الثبوت و عدم الحجّيه، و توجيهه بما يخرجّه عن محلّ الكلام (٦).

و به يظهر ضعف ما عن المحدّث الكاشاني: من أنّ الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما (٧) جرت العاده به من الأشياء اليسيره؛ دفعاً للخرج (٨)، انتهى.

ص: ٢٨٦

- ١-١) هذه العبارة للسيد العاملي في مفتاح الكرامه.
- ٢-٢) هذا الفرع ذكره العلامة في النهايه، و نقله السيد العاملي بتصريف.
- ٣-٣) في المصدر: أوصل.
- ٤-٤) في غير «ف» و «ش»: من.
- ٥-٥) انظر التذكرة ١: ٤٦٢، و نهايه الإحكام ٢: ٤٥٤-٤٥٥، و مفتاح الكرامه ٤: ١٧٢.
- ٦-٦) التذكرة ٢: ٨٠.
- ٧-٧) في «ف»: لما.
- ٨-٨) مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦.

فإنَّ الحرج ممنوع، سواء أراد أنَّ الحرج يلزم من منعهم عن المعامله فى المحقَّرات و التزام مباشره البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنُّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء فى الأشياء الحقيه.

ثمَّ لو (١) أراد استقلاله فى البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الوليِّ ليكون حاصله أنه غير محجورٍ عليه فى الأشياء اليسيره، فالظاهر كونه مخالفاً للإجماع.

و أمَّا ما ورد فى روايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال:

و نهى النبى صلَّى الله عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده»؛ معللاً بأنَّه «إن لم يجد سرق» (٢)، فمحمولٌ على عوض كسبه من التقاط، أو اجره عن (٣) إجاره أو قعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجاره فأعطاه المستأجر أو الأمر اجره المثل، فإنَّ هذه كلُّها ممَّا يملكه الصبي، لكن يستحبُّ للولي و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها؛ لاحتمال كونها من الوجوه المحرَّمه، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممَّن لا يبالى بالمحرَّمات.

و كيف كان، فالقول المذكور فى غايه الضعف.

[تصحيح المعامله لو كان الصبي بمنزله الآله]

نعم، ربما صحَّح سيّد مشايخنا- فى الرياض - هذه المعاملات إذا

ص: ٢٨٧

١- ١) فى «ع» و «ص»: «إن»، و فى نسخه بدلها: لو.

٢- ٢) الوسائل ١١٨: ١٢، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

٣- ٣) فى «ف» بدل «عن»: أو.

كان الصبي بمنزله الآله لمن له أهليته التصرف؛ من جهة استقرار السيره و استمرارها على ذلك (١).

و فيه إشكال، من جهة قوه احتمال كون السيره ناشئه من (٢) عدم المبالاه فى الدين، كما فى كثيرٍ من (٣) سيرهم الفاسده.

و يؤيد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم، و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلاً، و معاملتهم لأوليائهم على سبيل الآليه، مع أنّ هذه (٤) ممّا (٥) لا ينبغى الشكّ فى فسادها (٦)، خصوصاً الأخير.

مع أنّ الإحاله على ما جرت العاده به كالإحاله على المجهول؛ فإنّ الذى جرت عليه السيره هو الوكول إلى كلّ صبىّ ما هو (٧) فطنٌ فيه، بحيث لا يغلب فى المساومه عليه، فيكّلون إلى من بلغ ستّ سنين (٨) شراءً باقه بقلٍ، أو بيع بيضه دجاجٍ بفلسٍ، و إلى من بلغ

ص: ٢٨٨

١-١ (١) الرياض ٥١١:١.

٢-٢ (٢) فى غير «ف»: عن.

٣-٣ (٣) لم ترد «كثير من» فى «ش».

٤-٤ (٤) فى «م»، «ع»، «ص» و «ش»: هذا.

٥-٥ (٥) لم ترد «ممّا» فى «ف».

٦-٦ (٦) فى «ش»: فساد.

٧-٧ (٧) فى «ن»، «خ»، «م» و «ص»: «ماهر»، لكنّ صُحّح فى «ن» بما أثبتناه فى المتن.

٨-٨ (٨) كذا فى «ش» و مصحّحه «ص»، و فى سائر النسخ: من بلغ سنتين.

ثمانية (١) سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ أربع عشره سنه شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكلون إليه أمور التجاره فى الأسواق و البلدان، و لا يفرقون بينه و بين من أكمل خمس عشره سنه، و لا يكلون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلّا بعد أن يحصل له التجارب، و لا أظنّ أنّ القائل بالصّحّه يلتزم العمل بالسيره على هذا التفصيل.

و كيف كان، فالظاهر أنّ هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم.

و قد عرفت حكم العلّامه فى التذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصبىّ إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتاع الذى دفعه إلى المقوم ليقومه (٢)، مع كونه غالباً فى هذه المقامات بمنزله الآله للولى، و كذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل إليه بإذن الولى، مع أنّه بمنزله الآله فى ذلك غالباً.

[دعوى كاشف الغطاء إفاده معامله الصبى الإباحه لو كان مأذونا و المناقشات فيه]

و قال كاشف الغطاء رحمه الله- بعد المنع عن (٣) صحّحه عقد الصبى أصاله و وكاله- ما لفظه: نعم، ثبت الإباحه فى معامله المميّزين (٤) إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء خصوصاً فى المحقرات. ثمّ قال: و لو قيل بتملك الآخذ منهم لدلاله مأذونيته فى جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً (٥)، انتهى.

ص: ٢٨٩

١- ١) كذا فى النسخ، و المناسب: «ثمانى»، كما فى مصحّحه «ص».

٢- ٢) راجع الصفحه ٢٨٥.

٣- ٣) فى «ف»: من.

٤- ٤) كذا فى «ن» و «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: المميّزين.

٥- ٥) كشف الغطاء: ٤٩٠-٥٠.

أقول (١): أمّا التصرّف و المعامله بإذن الأولياء-سواء كان على وجه البيع أو المعاطاه (٢)-فهو الذى قد عرفت (٣)أنه خلاف المشهور و المعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع فى المعاطاه؛لأنها تصرّف لا محاله و إن لم تكن بيعاً،بل و لا معاوضه.

و إن أراد بذلك أنّ إذن الولي و رضاه المنكشف بمعامله الصبّي هو المفيد للإباحه،لا نفس المعامله-كما ذكره بعضهم فى إذن الولي فى إعاره الصبّي (٤)-فتوضيحه ما ذكره بعض المحقّقين من تلامذته (٥)،و هو:

أنّه لئما كان بناء المعاطاه على حصول المراضاه كيف اتّفق،و كانت مفيدة للإباحه التصرّف خاصّه-كما هو المشهور-و جرت عادته الناس بالتسامح فى الأشياء اليسيره و الرضا باعتماد غيرهم فى التصرّف فيها على الأمارات المفيده للظنّ بالرضا فى المعاوضات،و كان الغالب فى الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبّي تعيين (٦)القيمه،أو الاختلاف الذى يتسامح به فى العاده،فلاجل ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبّي من صورته البيع و الشراء مع الشروط المذكوره،كما يعتمد عليه فى الإذن فى دخول الدار و فى إيصال الهديه إذا ظهرت أمارات

ص: ٢٩٠

١-١) لم ترد «أقول» فى غير «ف».

٢-٢) لم ترد «سواء كان-إلى-أو المعاطاه» فى «ف».

٣-٣) راجع أوّل المسأله.

٤-٤) انظر جامع المقاصد ٦:٦٥،و المسالك ١٣٦:٥.

٥-٥) هو المحقّق التستري قدّس سرّه.

٦-٦) كذا فى أكثر النسخ و المصدر،و فى «ش» و مصحّحه «ن»: تعين.

الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف (١).

و بالجمله، فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي و معاملته من حيث إنه كذلك، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذى يد أصلاً، مع شهادته الحال بذلك، كما في دخول الحمام و وضع الأجره و (٢) عوض الماء التالف في الصندوق، و كما (٣) في أخذ الخضر الموضوعه للبيع، و شرب ماء السقائين و وضع القيمة المتعارفه في الموضوع المعد لها (٤)، و غير ذلك من الأمور التي جرت العاده بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوزات من أنواع التصرفات.

فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافياً له، و لا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و أظهر عدم الرضا (٥)، انتهى.

و حاصله: أن مناط الإباحه و مدارها في المعاطاه ليس على وجود تعاطٍ قائم بشخصين، أو بشخصٍ منزّل منزله شخصين، بل على تحقّق

ص: ٢٩١

١- ١) التذكرة ١: ٤٦٢، و تقدّم عنه في الصفحة ٢٨٦.

٢- ٢) كلمه «و» من «ف» و المصدر.

٣- ٣) في «ش»: و كذا.

٤- ٤) كذا في «ف» و «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: لهما.

٥- ٥) مقابس الأنوار: ١١٣.

الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه في ماله، حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق -إطاره الريح و نحوها- فتراضيا على التصرف بإخبار صبي أو بغيره من الأمارات -كالكتابة و نحوها- كان هذه (١) معاطاه أيضاً؛ ولذا يكون (٢) وصول الهدية إلى المهدى إليه على يد الطفل -الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصرف بل التملك -كافياً في إباحه الهدية، بل في تملكها.

و فيه (٣): أن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاه من دون إنشاء إباحه و تملك، و الاكتفاء (٤) فيها بمجرد الرضا.

و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعه:

بأنه إنشاء إباحه لشخص غير معلوم، و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاه، مع العلم بخروجه عن موضوعها.

و به يفرق بين ما نحن فيه و مسأله إيصال الهدية بيد الطفل؛ فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها (٥) إليه للإيصال إباحه أو تملكاً (٦)، كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، و أمّا دخول

ص: ٢٩٢

١- ١) كذا في النسخ، و المناسب: «هذا»، كما في مصححه «ص».

٢- ٢) في «ش»: كان.

٣- ٣) في «ف»: ففيه.

٤- ٤) كذا في «ش» و نسخه بدل «ن»، و في «ف»: «يكفى»، و في مصححه «ص»: «أن يكتفى»، و في سائر النسخ: يكتفى.

٥- ٥) كذا في «ص»، و في غيرها: دفعه.

٦- ٦) كذا في «ن»، «ش» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: تملكاً.

الحَمِيمَ و شرب الماء و وضع الأجره و القيمه، فلو حكم بصحتهما (١)-بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاه بمجرّد المرضاه الخاليه عن الإنشاء- انحصرت صحّه وساطه الصبى فيما يكتفى (٢)فيه بمجرّد (٣)وصول العوضين، دون ما لا يكتفى (٤)فيه.

و الحاصل: أنّ دفع الصبى و قبضه بحكم العدم، فكلّ ما يكتفى فيه بوصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأى وجه اتّفق فلا يضرّ مباشره الصبى لمقدمات الوصول.

ثمّ إنّ ما ذكر (٥)مختصّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبى وليّاً كان أم غيره.

و أمّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً (٦): من صيروره الشخص (٧)موجباً قابلاً (٨)، ففيه:

أولاً: أنّ تولّى وظيفه الغائب-و هو من أذن للصغير-إن كان

ص: ٢٩٣

١-١) فى غير «ش»: بصحّتها.

٢-٢) و فى «ش»: «يكفى».

٣-٣) كذا فى «ص»، و فى غيرها: مجرّد.

٤-٤) كذا فى «ص»، و فى غيرها: مجرّد.

٥-٥) يعنى ما ذكره كاشف الغطاء و تلميذه المحقّق التستري قدّس سرّهما فى تصحيح معاملات الصبى.

٦-٦) تقدّم نصّ كلامه فى الصفحه ٢٨٩.

٧-٧) كذا فى «ش»، «ص» و مصحّحه «ن»، و فى مصحّحه «خ»: «أحد الشخصين»، و فى سائر النسخ: الشخصين.

٨-٨) فى غير «ف»: و قابلاً.

يأذن منه، فالمفروض انتفاؤه، وإن كان بمجرد (١) العلم برضاه، فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع.

و ثانياً: أنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيا به عمّن أذن للصبى.

ثمّ إنّه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الآليه بالصبى، ولا بالأشياء الحقيقه، بل هو جارٍ في المجنون و السكران بل البهائم، و (٢) في الأمور الخطيره؛ إذ المعامله إذا كانت في الحقيقه بين الكبار و كان الصغير آله، فلا فرق في الآليه بينه و بين غيره.

نعم، من تمسّك في ذلك بالسيره من غير أن يتجسّم لإدخال ذلك تحت القاعده، فله تخصيص ذلك بالصبى؛ لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختصّ بالمحقّرات.

ص: ٢٩٤

١- ١) كذا في «ش»، و في غيره: مجرد.

٢- ٢) الواو «من ف».

اشاره

و اشتراط القصد بهذا المعنى فى صحه العقد بل فى تحقّق مفهومه ممّا لا خلاف فيه و لا إشكال، فلا يقع من دون قصدٍ إلى اللفظ كما فى الغالط. أو إلى المعنى -لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه، بل بمعنى عدم تعلق إرادته (١) و إن (٢) أوجد مدلوله بالإنشاء، كما فى الأمر الصورى فهو (٣) شبيه الكذب فى الإخبار - كما فى الهازل. أو قصد معنى يغير مدلول العقد، بأن قصد الإخبار أو الاستفهام. أو أنشأ معنى غير البيع مجازاً أو غلطاً، فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترط فيه عبارته خاصّه.

ثمّ إنّه ربما يقال بعدم تحقّق القصد فى عقد الفضولى و المكره كما صرح به فى المسالك، حيث قال: إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله (٤).

ص: ٢٩٥

-
- ١- ١) فى «ص» زياده «به» تصحيحاً.
 - ٢- ٢) فى مصححه «ن»: بأن.
 - ٣- ٣) لم ترد «فهو» فى «ف».
 - ٤- ٤) المسالك ٣: ١٥٦، نقلاً بالمعنى.

وفيه: أنه لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد؛ مضافاً إلى ما سيجيء في أدله الفصولي (١)، وأما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار (٢).

[كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين و المناقشات فيه]

واعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه (٣) كلاماً في هذا المقام، في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل و الانتقال (٤) بالنسبة إليهما، أم لا؟ و ذكر، أن في المسألة أوجهاً و أقوالاً، و أن المسألة في غاية الإشكال، و أنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال:

و تحقيق المسألة: أنه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد؛ لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في التيه، أو مع اللفظ (٥) به أيضاً كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد، و الوكيل عنهما (٦) و الولي عليهما في البيوع المتعدّده، فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء، من نفسه أو غيره، و أن يميّز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما.

ص: ٢٩٦

١-١) يجيء في الصفحة ٣٧٢.

٢-٢) يجيء في الصفحة ٣٠٧.

٣-٣) هو المحقق التستري.

٤-٤) في غير «ش»: أو الانتقال.

٥-٥) في المصدر: التلّفظ.

٦-٦) كذا في «ش» و المصدر، و في مصحّحه «ن»: «منهما»، و في سائر النسخ: فيهما.

فإذا عيّن جهه خاصه تعيّنت، و إن أطلق: فإن كان هناك جهه يصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين - كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره إذا لم يقصد الإبهام و التعيين بعد العقد - و إلّا وقع لاغياً، و هذا جارٍ في سائر العقود من النكاح و غيره.

و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتة في هذا القسم: أنّه لو لا - ذلك لزم بقاء الملك بلا مالكٍ معيّنٍ (١) في نفس الأمر، و أن لا يحصل الجزم بشيءٍ من العقود التي لم يتعيّن فيها (٢) العوضان، و لا بشيءٍ من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك، و فساد ذلك ظاهر.

و لا - دليل على تأثير التعيين المتعقّب، و لا - على صحّة العقد المبهم؛ لانصراف الأدلّه إلى الشائع المعهود (٣) من الشريعة و العادة، فوجب الحكم بعدمه (٤).

و على هذا، فلو شرى (٥) الفضولي لغيره في الذمّه، فإن عيّن ذلك الغير تعيّن و وقف على إجازته، سواء تلفّظ بذلك أم نواه، و إن أبهم مع قصد الغير بطل، و لا يوقف إلى أن يوجد له مجيز - إلى أن قال -: و إن لم يتوقّف تعيّن (٦) المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان

ص: ٢٩٧

١ - ١) كلمه «معين» من «ش» و المصدر.

٢ - ٢) في «ش»: فيه.

٣ - ٣) في «ش»: «المعروف»، طبقاً للمصدر.

٤ - ٤) عبارته «من الشريعة إلى بعدمه» من «ش» و المصدر.

٥ - ٥) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: اشترى.

٦ - ٦) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «تعيين»، إلّا أنّه صُحّح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

معينين، و لا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلبا لمالكهما، ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصح، أو وجه، أقواها (١) الأخير، و أوسطها الوسط، و أشبهها للأصول الأول.

و في حكم التعيين ما إذا (٢) عين المال بكونه في ذمه زيد مثلاً.

و على الأوسط:

لو باع مال نفسه عن الغير، وقع عنه و لغى قصد كونه عن الغير.

و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان و كلاً عن زيد صح عنه، و إلا وقف على إجازته.

و لو اشترى لنفسه بمال في ذمه زيد، فإن لم يكن و كلاً عن زيد وقع عنه و تعلق المال بذمته، لا عن زيد؛ ليقف على إجازته، و إن كان و كلاً. فالمقتضى لكل من العقدين منفرداً موجود، و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما، و لَمَّا لم يتعين احتمال البطلان؛ للتدافع، و صحته عن نفسه؛ لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكل؛ لتعين العوض في ذمه الموكل، فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين.

و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً و لم يجز، فأجاز عمرو، لم يصح عن أحدهما.

ص: ٢٩٨

١- ١) في المصدر: أحوطها.

٢- ٢) في «ش»: المعين إذا ما.

وقس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب، ولا فرق على الأوسط-في الأحكام المذكوره-بين التيه المخالفه و التسميه، و يفرق بينهما على الأخير، و يبطل الجميع على الأول (1)، انتهى كلامه رحمه الله (2).

أقول: مقتضى المعاوضه و المبادله دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر، وإلا لم يكن كل منهما عوضاً و بدلاً.

و على هذا، فالقصد إلى العوض و تعيينه يغنى عن تعيين المالك، إلا أن ملكيه العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك؛ فإن من الأعواض ما يكون متشخصاً بنفسه في الخارج كالأعيان.

و منها ما لا- يتشخص إلا بإضافته إلى مالك ك«ما في الذمم»؛ لأن (3) ملكيه الكلى لا- يكون (4) إلا مضافاً إلى ذمّه، و إجراء أحكام الملك على ما في ذمّه الواحد المرّد بين شخصين فصاعداً غير معهود.

فتعيين (5) الشخص في الكلى إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكيه ما في الذمم على تعيين (6) صاحب الذمّه.

فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقاً غير معتبر سواء في

ص: ٢٩٩

١-١ (١) مقابس الأنوار: ١١٥-١١٦.

٢-٢ (٢) الترحيم من «ف».

٣-٣ (٣) في «ف»، «خ»، «ع»، و«ص»: و لأن.

٤-٤ (٤) كذا، و المناسب: لا تكون.

٥-٥ (٥) كذا في «ف»، «ن»، و«ص»، و في سائر النسخ: فتعين.

٦-٦ (٦) في «ف» بدل «على تعيين»: على اعتبار.

العوض المعين أو في (١) الكلى، و أن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله (٢) إنما هو لتصحيح ملكيه العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعامله على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره في الذمه إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا؛ لأن ما في الذمه ما لم يصف إلى شخص معين لم يترتب عليه أحكام المال: من جعله ثمنا أو مثننا، وكذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين؛ فإنه إذا جعل العوضين في الذمه بأن قال:

«بعت عبداً بألف»، ثم قال: «قبلت» فلا يصير العبد قابلاً للبيع، و لا الألف قابلاً للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين، أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين، فيقول: «بعت عبداً من مال فلان بألف من مال فلان» فيمتاز البائع عن المشتري.

و أمّا ما ذكره من الوجوه الثلاثة (٣) فيما إذا كان العوضان معينين، فالمقصود إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت أن من لوازمها العقلية دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقاً لمفهوم العوضيه و البدليه، فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما و إليهما العوضان، و إذا

ص: ٣٠٠

١-١) في «ف»: و في.

٢-٢) يعني تفصيل صاحب المقابس، و المراد من الشق الأول هو ما أفاده بقوله: «إن توقف تعيين المالك على التعيين»، راجع الصفحة ٢٩٦.

٣-٣) إشاره إلى ما ذكره صاحب المقابس في الشق الثاني من تفصيله، و هو قوله: «ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، و عدمه فيصح...»، راجع الصفحة ٢٩٨.

لم يقصد المعاوضه الحقيقيه فالبيع غير منعقد؛ فإن جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذى ملكه المعوض (١) فقال: «ملكتهك فرسى هذا بحمار عمرو»، فقال المخاطب: «قبلت»، لم يقع البيع لخصوص المخاطب؛ لعدم مفهوم المعاوضه معه، و فى وقوعه اشتراءً فضولياً لعمره وكلامً يأتي.

و أمّا ما ذكره من مثال «من باع مال نفسه عن غيره» (٢) فلا- إشكال فى عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البائع و لغويه قصده عن الغير؛ لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقه، و هو معنى لغويته؛ و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته- كما سيجيء- و لا يقع عن نفسه أبداً.

نعم، لو ملكه فأجاز، قيل بوقوعه له (٣)، لكن لا- من حيث إيقاعه أوّلاً لنفسه؛ فإنّ القائل به لا يفرق حينئذٍ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكة، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه.

إلّا أن يقال: إنّ وقوع بيع مال نفسه لغيره (٤) إنّما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضه الحقيقيه، لم لا يجعل هذا قرينه على عدم إرادته

ص: ٣٠١

١- ١) فى «ف» و«خ»: العوض.

٢- ٢) راجع الصفحه ٢٩٨.

٣- ٣) الظاهر أنّ القائل به كثير، منهم: المحقق القمى فى الغنائم: ٥٥٤ ناسباً إلى الأ- كثر، و منهم: كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد، حيث قال- فى ذيل كلام العلماء: «و كذا لو باع مال غيره ثمّ ملكه»: «و الأقوى عدم الاشتراط»، راجع شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٦١.

٤- ٤) فى «ف»: بيع مال الغير لغيره.

من البيع المبادله الحقيقيه، أو على تنزيل الغير منزله نفسه فى مالكيه المبيع - كما سيأتى أن المعاوضه الحقيقيه (1) فى بيع (2) الغاصب لنفسه لا- يتصور إلما على هذا الوجه-؟ و حينئذٍ فيحكم بىطلان المعامله؛ لعدم قصد المعاوضه الحقيقيه مع المالك الحقيقي.

و من هنا ذكر العلامه (3) و غيرهه (4) فى عكس المثل المذكور: أنه لو قال المالك للمرتهن: «بعه لنفسك» بطل، و كذا لو دفع مالاً إلى من يطلبه الطعام و قال: اشتر به لنفسك طعاماً.

هذا، و لكنّ الأقوى صحّه المعامله المذكوره و لغويه القصد المذكور؛ لأنه راجع إلى إرادته إرجاع فائده البيع إلى الغير، لا جعله أحد ركنى المعاوضه.

و أمّا حكمهم بىطلان البيع فى مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا- أن المخاطب إذا قال: «بعته لنفسى»، أو «اشتريته لنفسى» لم يقع لمالكة إذا أجازة.

و بالجملة، فحكمهم بصحّه بيع الفضولى و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك، يدلّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك.

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه حكم و جوب تعيين كلّ من البائع و المشتري من يبيع له و يشتري له.

ص: ٣٠٢

١- ١) لم ترد «أو على تنزيل الغير إلى المعاوضه الحقيقيه» فى «ف».

٢- ٢) فى «ف»: فيبيع.

٣- ٣) القواعد ١:١٥١ و ١٦٦.

٤- ٤) مثل الشهيد فى الدروس ٣:٢١١ و ٤٠٩.

إشارة

و أمّا تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب (1)، والقابل لخصوص البائع، فيحتمل اعتباره، إلّا فيما علم من الخارج عدم إرادته خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين - كما في غالب البيوع والإجازات - فحينئذ يرد من ضمير المخاطب (2) في قوله: «ملكك كذا - أو منفعه (3) كذا بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً - كالمشتري الغاصب - أو من هو بمنزله المالك بإذن أو ولايه.

و يحتمل عدم اعتباره (4) إلّا فيما (5) علم من الخارج إرادته خصوص الطرفين، كما في النكاح، والوقف الخاص، والهبة، والوكالة، والوصية.

[مختار المؤلف و دليله]

و الأقوى (6) هو الأول؛ عملاً بظاهر الكلام الدالّ على قصد الخصوصية، و تبعية العقود للقصد.

و على فرض القول بالثاني (7)، فلو صرح بإرادته خصوص المخاطب أتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره.

ص: ٣٠٣

١ - ١) كلمه «المخاطب» من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن».

٢ - ٢) في «ف»: الخطاب.

٣ - ٣) في «ف» بدل «منفعه»: بعته.

٤ - ٤) العبارة في «ف» هكذا: و يحتمل اعتباره.

٥ - ٥) كلمه «فيما» من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، نعم ورد في مصحّحه «خ» و «ص» بدل «فيما»: إذا.

٦ - ٦) في «ن»، «م»، «ع» و «ش»: الأقوى.

٧ - ٧) كذا في «ف»، و في غيرها: الثاني.

قال في التذكرة: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر، فإشكال، ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد (١).

و هذا الإشكال و إن كان ضعيفاً مخالفاً للإجماع و السيره إلّا أنه مبني (٢) على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

[كلام العلامة في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح و المناقشه فيه]

و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح: إن الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود، و يختلف الأغراض باختلافهما (٣)، فلا بدّ من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمرٍ واحد، و لأنّ (٤) معنى قوله: «بعتك كذا بكذا» رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك و وكيله، و معنى قولها: «زوّجتك نفسي» رضاها بكونه زوجاً، و الزوج لا يطلق على الوكيل (٥)، انتهى.

و يرد على الوجه الأوّل من وجهي الفرق: أنّ كون الزوجين كالعوضين إنّما يصحّ (٦) وجهاً (٧) لوجوب التعيين في النكاح، لا لعدم وجوبه في البيع؛ مع أنّ الظاهر أنّ ما ذكرنا من الوقف و إخوته (٨)

ص: ٣٠٤

١- ١) التذكرة ٤٦٣: ١.

٢- ٢) كذا في «خ»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: «مبتيه»، و لا يبعد أن تكون مصحّفه «متبّه» كما في نسخه بدل «ش».

٣- ٣) كذا في «ص» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: باختلافها.

٤- ٤) في «ن»: و أنّ.

٥- ٥) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١١٥.

٦- ٦) في مصحّحه «ص»: يصلح.

٧- ٧) كلمه «وجهاً» من «ش» و مصحّحه «ن».

٨- ٨) أي الهبه و الوكاله و الوصيه، على ما تقدّم في الصفحه السابقه.

كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النياه أو الفضولى، فلا بدّ من وجهٍ مطردٍ فى الكلّ.

و على الوجه الثانى: أنّ معنى «بعتك» فى لغة العرب - كما نصّ عليه فخر المحقّقين و غيره - هو ملكتك بعوض (١)، و معناه جعل المخاطب مالكاً، و من المعلوم أنّ المالك لا يصدق على الوليّ و الوكيل و الفضولى.

[الأولى فى الفرق بين النكاح و البيع]

فالأولى فى الفرق ما ذكرنا من أنّ الغالب فى البيع و الإجاره هو قصد المخاطب لا من حيث هو، بل بالاعتبار الأعمّ من كونه أصاله أو عن الغير، و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري فى دعوى كونه غير أصيل - فتأمّل - بخلاف النكاح و ما أشبهه؛ فإنّ الغالب قصد المتكلّم للمخاطب من حيث إنّه ركن للعقد، بل ربما يستشكل فى صحّته أن يراد من (٢) القرينه المخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل (٣)، كما لو قال:

«زوّجتك» مريداً له (٤) باعتبار كونه و كياً عن الزوج، و كذا قوله:

«وقفت عليك» و «أوصيت لك» و «وكتتك»، و لعلّ الوجه عدم تعارف صدق هذه العنونات على الوكيل فيها، فلا يقال للوكيل: الزوج،

ص: ٣٠٥

١ - ١) لم نعثر عليه بعينه، نعم حكى السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ١٥٢) عن شرح الإرشاد لفخر المحقّقين: «أنّ بعت فى لغه العرب بمعنى ملكت غيرى»، كما تقدّم فى الصفحه ١٢ و غيرها.

٢ - ٢) فى مصحّحه «ن»: مع.

٣ - ٣) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: الأصل.

٤ - ٤) لم ترد «له» فى «ن» و «م».

و لا- الموقوف عليه، و لا- الموصى له، و لا الوكيل (١)، بخلاف البائع و المستأجر، فتأمل؛ حتى لا يتوهم رجوعه (٢) إلى ما ذكرنا سابقاً (٣) و اعترضنا عليه (٤).

ص: ٣٠٦

١- ١) في «ش»: الموكل.

٢- ٢) ضمير «رجوعه» راجع إلى ما ذكره بقوله: فالأولى في الفرق ما ذكرنا من أن الغالب... إلخ.

٣- ٣) إشاره إلى ما تقدم في الصفحة ٣٠٤ بقوله: «و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه... إلخ»، و المراد من الاعتراض عليه ما تقدم في الصفحة السابقة من قوله: «و على الوجه الثاني: إن معنى بعثك... إلخ».

٤- ٤) جملة «و اعترضنا عليه» لم ترد في «ف».

اشاره

و المراد به القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس، في مقابل الكراهه و عدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر.

[ما يدل على اشتراط الاختيار]

و يدل عليه قبل الإجماع قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (١)**.

و قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (٢).

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم في الخبر المتفق عليه بين المسلمين: «رُفِعَ - أو وُضِعَ - عن أمتي تسعة أشياء - أو ستّه -... و منها: ما اكرهوا عليه» (٣).

ص: ٣٠٧

١- (١) النساء: ٢٩.

٢- (٢) عوالي اللآلى ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٣- (٣) انظر الوسائل ٣٤٥: ٥، الباب ٣٠ من أبواب الخلل، الحديث ٢، و ١١: ٢٩٥، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث الأول، و ١٤٤: ١٦، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٣.

و ظاهره و إن كان رفع المؤاخذه، إلّا أنّ استشهاد الإمام عليه السلام به فى رفع بعض الأحكام الوضعيّه يشهد لعموم (١) المؤاخذه فيه لمطلق الإلزام عليه بشىء.

ففى صحيحه البنظى، عن أبى الحسن عليه السلام: «فى الرجل يستكره على اليمين» فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: وضع عن أمتى ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطأوا» (٢).

و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلّا أنّ مجرد استشهاد الإمام عليه السلام فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنبوى (٣) ليس رفع (٤) خصوص المؤاخذه و العقاب الأخرى. هذا كلّه، مضافاً إلى الأخبار الواردة فى طلاق المكره (٥) بضميمه عدم الفرق.

[المراد من قولهم المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله]

ثمّ إنّه يظهر من جماعه -منهم الشهيدان (٦)-: أنّ المكره قاصد

ص: ٣٠٨

١- ١) فى «ف»: بعموم.

٢- ٢) الوسائل ١٣٦: ١٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ١٢.

٣- ٣) لم ترد «بالنبوى» فى «ف».

٤- ٤) كلمه «رفع» من «ف» فقط.

٥- ٥) انظر الوسائل ٣٣١: ١٥، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق، و الصفحه ٢٩٩، الباب ١٨ من نفس الأبواب، الحديث ٦.

٦- ٦) انظر الدروس ١٩٢: ٣، و المسالك ١٥٦: ٣، و الروضه البهيه ٢٢٦: ٣-٢٢٧.

إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامه.

و ليس مرادهم أنه لا- قصد له إلما إلى مجرّد التكلم، كيف! و الهازل-الذى هو دونه فى القصد-قاصد للمعنى قصداً صورياً، و الخالى عن القصد إلى غير التكلم هو من يتكلم تقليداً أو تلقيناً، كالطفل الجاهل بالمعانى.

فالمراد بعدم قصد المكره:عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج،و أنّ الداعى له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج (١)،لا أنّ كلامه الإنشائى مجرّد عن المدلول، كيف!و هو معلولٌ للكلام (٢)الإنشائى إذا كان مستعملاً غير مهمل.

و هذا الذى ذكرنا لا يكاد يخفى على من له أدنى تأملٍ فى معنى الإكراه لغّه و عرفاً و أدنى تتبع فيما ذكره الأصحاب فى فروع الإكراه -التي لا تستقيم (٣)مع ما توهمه (٤)،من خلوّ المكره عن قصد مفهوم اللفظ (٥)-و جعله مقابلاً للقصد،و حكمهم بعدم وجوب التوريه فى التفصّي

ص: ٣٠٩

-
- ١- ١) وردت العبارة فى «ف» مختصره هكذا:فالمراد عدم وقوع مضمونه فى الخارج.
 - ٢- ٢) كذا فى «ف»،و فى غيرها:الكلام.
 - ٣- ٣) فى «م» و«ش»:لا يستقيم.
 - ٤- ٤) أى توهمه عبارة الجماعه،منهم:العلامه و الشهيدان،و فى مصححه «ن»: توهم.
 - ٥- ٥) لم ترد «التي لا تستقيم-إلى-مفهوم اللفظ» فى «ف».

عن الإكراه (١) و صحّح يبعه (٢) بعد الرضا (٣)، و استدلالهم (٤) له بالأخبار الواردة في طلاق المكره و أنّه لا طلاق إلّا مع إرادته الطلاق (٥)، حيث إنّ المنفّى صحّح الطلاق، لا تحقّق مفهومه لغه و عرفاً، و في ما ورد فيمن طلق مداراه بأهله (٦)، إلى غير ذلك، و في أنّ مخالفه بعض العامّه في وقوع الطلاق إكراهاً (٧)، لا- ينبغي أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم، الذي لا يسمّى خبراً و لا- إنشاءً و غير ذلك، ممّا يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو: القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادته المعنى من الكلام.

و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني: من أنّ المكره و الفضولي قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله (٨)، نعم ذكر في التحرير و المسالك في

ص: ٣١٠

-
- ١- ١) انظر الروضه البهيّه ٢١:٦، و المسالك ٢٢:٩، و نهايه المرام: ١٢:٢، و الجواهر ١٥:٣٢.
- ٢- ٢) كما ادّعى الاتّفاق ظاهراً في الحدائق ٣٧٣:١٨، و الرياض ١١١:١. و في مفتاح الكرامه ١٧٣:٤، و الجواهر ٢٦٧:٢٢ نسبتها إلى المشهور.
- ٣- ٣) في «ف» زياده: به.
- ٤- ٤) كما استدلّ به المحقّق النراقي في المستند ٣٦٤:٢.
- ٥- ٥) راجع الوسائل ٣٣١:١٥، الباب ٣٧ من أبواب مقدّمات الطلاق.
- ٦- ٦) الوسائل ٣٣٢:١٥، الباب ٣٨ من أبواب مقدّمات الطلاق.
- ٧- ٧) خالف في ذلك أبو حنيفه و أصحابه، انظر بدايه المجتهد ٨١:٢، و المغنى لابن قدامه ١١٨:٧.
- ٨- ٨) كما تقدّم عنه في الصفحه ٢٩٥ و ٣٠٨.

فروع المسأله ما يوهم ذلك (١)، قال فى التحريم: لو اكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق، إذ لا إكراه على القصد (٢)، انتهى.

و بعض المعاصرين (٣) بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم، فردّ عليهم بفساد المبنى، و عدم وقوع الطلاق فى الفرض المزبور، لكنّ المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك، و سيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به (٤).

[حقيقه الإكراه]

ثم إن حقيقه الإكراه لغه و عرفاً: حمل الغير على ما يكرهه، و يعتبر فى وقوع الفعل عن (٥) ذلك الحمل: اقتترانه بوعيد منه (٦) مطنون الترتب على ترك (٧) ذلك الفعل، مضرّ بحال الفاعل أو متعلّقه نفساً أو عرضاً أو مالاً.

فظهر من ذلك: أنّ مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يُدخِله فى «المكره عليه»، كيف! أو الأفعال الصادره من العقلاء كلّها أو جلّها ناشئه عن دفع الضرر، و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من

ص: ٣١١

١- ١) انظر المسالك ٩: ٢٢.

٢- ٢) التحرير ٢: ٥١.

٣- ٣) انظر الجواهر ٣٢: ١٥.

٤- ٤) يأتى فى الصفحه ٣٢٥.

٥- ٥) فى غير «ف» و «ن»: من.

٦- ٦) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «بتوعيد»، و صُحّح فى «ن» بما أثبتناه، إلّا أنّه شطب فيها على «منه».

٧- ٧) لم ترد «ترك» فى «ف».

إيعاد شخص يوجب صدق «المكره» عليه، فإن من اكره على دفع مالٍ و توقّف على بيع بعض أمواله، فالبيع الواقع منه لبعض أمواله وإن كان لدفع الضرر المتوعد به على عدم دفع ذلك المال- ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف أو شبهه-، إلّا أنّه ليس مُكرهاً عليه (١).

فالمعيار في وقوع الفعل مُكرهاً عليه: سقوط الفاعل- من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر- عن الاستقلال في التصرف؛ بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه ولا يتعمد (٢) إليه عن رضا وإن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره؛ دفعا للضرر أو ترجيحاً لأقلّ الضررين، إلّا أنّ هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به؛ فإنّ النفس مجبولة على كراهه ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشقّ (٣) تحمله.

و الحاصل: أنّ الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنّه مستقلّ في فعله و محلّي و طبعه فيه بحيث يطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر، و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه، و هذا ممّا لا يطيب النفس به، و ذلك معلوم بالوجدان.

[هل يعتبر عدم إمكان التفضي عن الضرر بما لا ضرر فيه]

إشاره

ثمّ إنّ هل يعتبر في موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفضي

ص: ٣١٢

١- ١) عليه «من» «ف» فقط.

٢- ٢) في «خ»، «ع» و «ص»: يعتمد.

٣- ٣) كذا في «ف» و «ش»، و في «م» و «ع»: «لا يشقّ»، و في «ن»، «خ» و «ص» محلّ كلمه «لا» بياض.

عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب (١) ضرراً آخر- كما حكى عن جماعة (٢)- أم لا؟

[عدم اعتبار العجز عن التوريه]

الذى يظهر من النصوص (٣) و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التوريه؛ لأنّ حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الوارده فى طلاق المكره و عتقه (٤) و معاقد الإجماعات و الشهرة المدّعاء فى حكم المكره على صوره العجز عن التوريه لجهل أو دهشه، بعيد جداً، بل غير صحيح فى بعضها من جهه المورد، كما لا يخفى على من راجعها، مع أنّ القدره على التوريه لا يخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفاً.

[هل يعتبر العجز عن التخليص بغير التوريه]

هذا، و ربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصّي بوجه آخر غير التوريه أيضاً فى صدق الإكراه، مثل روايه ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يمين (٥) فى قطيعه رحم، و لا فى جبر، و لا فى إكراه، قلت: أصلحك الله! و ما الفرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجه و الأمّ

ص: ٣١٣

-
- ١- ١) فى غير «ف» و «ن» زياده: «به»، و شطب عليه فى «ص».
- ٢- ٢) منهم الشهيد الثانى فى المسالك ١٨: ٩-١٩ و المحدّث البحرانى فى الحقائق ١٥٩: ٢٥، و المحقّق النراقى فى المستند ٣٦٤: ٢.
- ٣- ٣) منها حديث الرفع المتقدّم فى الصفحه ٣٠٧.
- ٤- ٤) انظر الوسائل ٣٢٧: ١٥، الباب ٣٤ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ٣. و الصفحه ٣٣١، الباب ٣٧ من نفس الأبواب. و ٢٤: ١٦، الباب ١٩ من أبواب كتاب العتق.
- ٥- ٥) فى المصدر: «لا يمين فى غضب و لا فى قطيعه رحم».

و الأب، و ليس ذلك بشيء (١)» (٢).

و يؤيده: أنه لو خرج عن الإكراه عرفاً بالقدره على التفصيلى بغير التوريه خرج عنه بالقدره عليها؛ لأنَّ المناط حينئذٍ انحصار التخلّص عن الضرر المتوعّد به (٣) فى فعل المكره عليه، فلا فرق بين أن يتخلّص عنه (٤) بكلامٍ آخر أو فعلٍ آخر، أو (٥) بهذا الكلام مع قصد معنى آخر.

و دعوى: أن جريان حكم الإكراه مع القدره على التوريه تعبدى لا من جهه صدق حقيقه الإكراه، كما ترى.

[اعتبار العجز عن التخلّص بغير التوريه]

لكنّ الإنصاف: أن وقوع الفعل عن (٦) الإكراه لا يتحقّق إلّا مع العجز عن التفصيلى بغير التوريه؛ لأنّه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتّب الضرر المتوعّد به على الترك، و مع القدره على التفصيلى لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكره عليه، بل على تركه و ترك التفصيلى معاً، فمدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكره عليه، و التفصيلى، فهو مختار فى كلّ منهما، و لا يصدر كلّ منهما إلّا باختياره، فلا إكراه.

ص: ٣١٤

١-١) فى غير «ص» زياده: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه له؛ لأنّ الحديث المذكور بتمامه.

٢-٢) الوسائل ١٤٣:١٦، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث الأوّل.

٣-٣) لم ترد «به» فى «ش».

٤-٤) لم ترد «عنه» فى «ش».

٥-٥) فى «ف» بدل «أو».

٦-٦) فى «ف»: من.

و ليس التفصيلى من الضرر أحد فردى المكره عليه، حتى لا- يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما، كما لو أكرهه على أحد الأمرين (١)، حيث يقع كل منهما حينئذٍ مكرهاً (٢)؛ لأن الفعل المتفصى به مسقط عن المكره عليه، لا بدل له؛ و لذا لا يجرى أحكام المكره عليه إجماعاً، فلا يفسد إذا كان عقداً.

و ما ذكرناه و إن كان جارياً فى التوريه، إلا أنّ الشارع رخص فى ترك التوريه بعد عدم إمكان التفصيلى بوجه آخر؛ لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى، و بعد حملها على صوره العجز عن التوريه، مع أنّ العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها فى تلك الأخبار الكثيره المجوّزه للحلف كاذباً عند الخوف و الإكراه (٣)، خصوصاً فى قضيه عمّار و أبويه، حيث اكرهوا على الكفر، فأبى أبواه فقتلوا، و أظهر لهم عمّار ما أرادوا، فجاء باكياً إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فنزلت الآيه: مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ (٤) فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «إن عادوا عليك فعد» (٥). و لم يتبّه على التوريه، فإنّ التنبيه فى المقام و إن لم يكن واجباً، إلا أنّه لا شكّ فى رجحانه،

ص: ٣١٥

١- ١) فى «ف»: أمرين.

٢- ٢) فى «ص» زياده: «عليه»- استدراكاً-.

٣- ٣) انظر الوسائل ١٣٤: ١٦ و ١٤٣، الباب ١٢ و ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

٤- ٤) النحل: ١٠٦.

٥- ٥) مجمع البيان ٣: ٣٨٨، و الوسائل ١١: ٤٧٦، الباب ٢٩ من أبواب الأمر و النهى، الحديث ٢.

خصوصاً من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ باعتبار شفقتة على عمّار، وعلمه بكراهة تكلم عمّار بألفاظ الكفر من دون توريه، كما لا يخفى.

[الفرق بين إمكان التفصي بالتوريه و إمكانه بغيرها]

هذا (١) و لكنّ الأولى: أن يفرّق بين إمكان التفصي بالتوريه و إمكانه بغيرها، بتحقيق الموضوع في الأوّل دون الثاني؛ لأنّ الأصحاب (٢) -وفاً للشيخ في المبسوط (٣) -ذكروا من شروط تحقيق الإكراه: أن يعلم أو يظنّ المكروه -بالفتح -أنه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعد عليه، و معلوم أنّ المراد ليس امتناعه عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه -بالكسر -عدم الامتناع، بل المعيار في وقوع الضرر: اعتقاد المكروه لامتناع المكروه، و هذا المعنى يصدق مع إمكان التوريه، و لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل: أنّ التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذي هو المعبر في صدق الإكراه موجود مع التمكن بالتوريه، لا مع التمكن بغيرها، فافهم (٥).

ص: ٣١٦

- ١ - ١) لم ترد «هذا» في «ص».
- ٢ - ٢) مثل المحقّق في الشرائع ٣: ١٣، و العلامه في التحرير ٢: ٥١، و الشهيد الثاني في الروضه ٦: ٢٠، و السيّد السند في نهايه المرام ٢: ١١، و المحقّق السبزواري في الكفايه: ١٩٨.
- ٣ - ٣) المبسوط ٥: ٥١.
- ٤ - ٤) في «م» و «ع»: ما.
- ٥ - ٥) لم ترد: «هذا و لكن -إلى -فافهم» في «ف».

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصيى إنما هو في الإكراه المسوّغ للمحرّمات، و مناطه توقّف دفع ضرر المكره على ارتكاب المكره عليه، و أمّا الإكراه الرافع لأثر المعاملات، فالظاهر أنّ المناط فيه عدم طيب النفس بالمعامله، و قد يتحقّق مع إمكان التفصيى، مثلاً من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرّغاً لعباده أو مطالعته، فجاءه من أكرهه على بيع شيءٍ ممّا عنده و هو في هذه الحال غير قادرٍ على دفع ضرره و هو كارهٌ للخروج عن ذلك المكان لكن لو خرج كان له في الخارج خدّمٌ يكفونه شرّ المكره، فالظاهر صدق الإكراه حينئذٍ، بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء، بخلاف من كان خدّمه حاضرين عنده، و توقّف دفع ضرر إكراه الشخص على أمر خدّمه بدفعه و طرده؛ فإنّ هذا لا يتحقّق في حقّه الإكراه، و يكذب لو ادّعاه، بخلاف الأوّل إذا اعتذر بکراهه الخروج عن ذلك المنزل.

و لو فرض في ذلك المثل إكراهه على محرّمٍ لم يعذر فيه بمجرّد كراهه الخروج عن ذلك المنزل، و قد (١) تقدّم الفرق بين الجبر و الإكراه في روايه ابن سنان (٢).

[المراد من الإكراه الرافع لأثر المعاملات]

فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات، هو: الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الروايه (٣)، و الرافع لأثر المعاملات هو (٤): الإكراه الذي ذكر

ص: ٣١٧

١-١ (١) في «ش»: فقد.

٢-٢ (٢) تقدّمت في الصفحه ٣١٣.

٣-٣ (٣) عبارته «في الروايه» من «ف» و مصحّحتي «ن» و «خ».

٤-٤ (٤) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و هو»، و محلّ «و» في «ص» بياض.

فيها (١) أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأة، و المعيار فيه: عدم طيب النفس فيها (٢)، لا- الضروره و الإلجاء و إن كان هو المتبادر من لفظ الإكراه؛ و لذا يحمل (٣) الإكراه في حديث الرفع (٤) عليه، فيكون الفرق بينه و بين الاضطراب-المعطوف عليه في ذلك الحديث-اختصاص الاضطراب بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض، لكنّ الداعي على اعتبار ما ذكرنا في المعاملات هو أنّ العبره فيها بالقصد الحاصل عن طيب النفس؛ حيث استدلّوا (٥) على ذلك بقوله تعالى: تَجَارَهُ عَنْ تَرَاضٍ (٦)، و«لا يحلّ مال امرئ مسلم (٧) إلّا عن طيب نفسه» (٨)، و عموم اعتبار الإراده في صحّحه الطلاق (٩)، و خصوص ما ورد في فساد (١٠) طلاق من طلق للمداراه مع عياله (١١).

ص: ٣١٨

١-١) كذا في «ف» و«ش» و«مصنّحه» «ن»، و في سائر النسخ: ذكر في تلك الروايه.

٢-٢) لم ترد «فيها» في «ف».

٣-٣) كذا في «ن»، «ص» و«ش»، و في «ف»: «نحمل»، و في سائر النسخ: تحمل.

٤-٤) المتقدّم في الصفحه ٣٠٧.

٥-٥) انظر مقابس الأنوار: ١١٤، و الجواهر ٢٦٥: ٢٢.

٦-٦) النساء: ٢٩.

٧-٧) لم ترد «مسلم» في «ف».

٨-٨) عوالي اللآلي ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٩-٩) انظر الوسائل ٢٨٥: ١٥، الباب ١١ من أبواب مقدمات الطلاق.

١٠-١٠) في «ف» بدل «في فساد»: في خصوص.

١١-١١) انظر الوسائل ٣٣٢: ١٥، الباب ٣٨ من أبواب مقدمات الطلاق.

فقد تلخّص ممّا ذكرنا: أنّ الإكراه الرافع لأثر الحكم التكليفي أخصّ من الرافع لأثر الحكم الوضعي.

[الفرق بين الأحكام التكليفية و الأحكام الوضعيه]

و لو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما، من دون ملاحظه عنوان الإكراه كانت النسبه بينهما (١)العموم من وجه؛ لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع (٢)الضرر، و في رفع الحكم الوضعي هو عدم الإراده و طيب النفس، و من هنا لم يتأمل أحدٌ في أنّه إذا أكره الشخص

[لو أكره الشخص على أحد الأمرين]

على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه، فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتّصف بالتحريم؛ لأنّ المعيار في رفع (٣)الحرمة دفع (٤)الضرر المتوقّف على فعل أحدهما، أمّا لو كانا عقدين أو إيقاعين كما لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فقد استشكل غير واحد (٥)في أنّ ما يختاره من الخصوصيّتين (٦)بطيب نفسه و يرجّحه على الآخر (٧)بدواعيه النفسانيه الخارجيه عن الإكراه (٨)، مكره عليه باعتبار جنسه، أم لا؟ بل

ص: ٣١٩

١- ١) كلمه «بينهما» من «ش».

٢- ٢) في «ف»: رفع.

٣- ٣) كذا في «ف»، و في غيرها: دفع.

٤- ٤) في «ف»: رفع.

٥- ٥) استشكل فيه العلّامه في التحرير ٥١: ٢، و لم نعثر على مستشكلٍ غيره، نعم في المسالك ٢١: ٩ و الحدائق ١٦٢: ٢٥-١٦٣ ما يفيد هذا.

٦- ٦) في «خ»، «م»، «ع»، و «ش»: الخصوصيّتين.

٧- ٧) عبارته «على الآخر» وردت في «ف» و «ص» و «هامش ع» و مصحّحتي «ن» و «خ»، و لم ترد في غيرها.

٨- ٨) في «ف»: من الإكراه.

أفتى فى القواعد بوقوع الطلاق و عدم الإكراه (١) و إن حملة بعضهم (٢) على ما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما مبهمه.

لكنّ المسأله عندهم غير صافيه عن الإشكال؛ من جهه مدخلية طيب النفس فى اختيار الخصوصيه و إن كان الأقوى -وفاقاً لكلّ من تعرّض للمسأله (٣) -تحقّق الإكراه لغه و عرفاً، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقّق الإكراه أصلاً؛ إذ الموجود فى الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكره عليه؛ إذ لا يكاد يتفق الإكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات.

نعم، هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصيه، و إن كان مكرهاً عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى أنّ وجوده الخارجى ناشٍ عن إكراه و اختيار؛ و لذا لا يستحقّ المدح أو الذمّ باعتبار أصل الفعل، و يستحقّه باعتبار الخصوصيه.

و تظهر الثمره فيما لو ترتّب أثر على خصوصيه المعامله الموجوده؛ فإنّه لا يرتفع بالإكراه على القدر المشترك، مثلاً لو أكرهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر؛ لأنّه مختار فيه، و إن كان مكرهاً فى أصل الشرب (٤)، و كذا لو أكرهه على بيع صحيح أو فاسد،

ص: ٣٢٠

١- (١) القواعد ٢:٦٠.

٢- (٢) نقله المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١١٨ عن بعض الأجله، و لكن لم نتحقّقه من هو.

٣- (٣) كالشهيد الثانى فى المسالك ٩:٢١، و الروضه البهيته ٦:٢١، و سبطه فى نهايه المرام ٢:١٢، و المحدّث البحرانى فى الحدائق ٢٥:١٦٣ و غيرهم.

٤- (٤) فى «ف»: فى جنس الشرب.

فإنه لا يرتفع أثر الصحيح؛ لأنه مختار فيه و إن كان مكرهاً في جنس البيع (١)، لكنه (٢) لا يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإكراه.

و من هنا يعلم أنه لو اكره على بيع مالٍ أو إيفاء مالٍ مستحق لم يكن إكراهاً؛ لأنَّ القدر المشترك بين الحقّ و غيره إذا أُكره عليه لم يقع باطلاً و إنما لوقع الإيفاء أيضاً باطلاً، فإذا اختار البيع صحَّ؛ لأنَّ الخصوصية غير مكره عليها، و المكره عليه - و (٣) هو القدر المشترك - غير مرتفع الأثر.

و لو أكرهه على بيع مالٍ أو أداء مالٍ غير مستحقّ، كان إكراهاً؛ لأنه لا يفعل البيع إلّا فراراً من بدله أو وعيده المضرّين، كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر؛ فإنّ ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخرى ببده أو التضرّر الدنيوى بوعيده.

[لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

ثمّ إنّ إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفايةً و إيعادهما على تركه - كما إكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين، في كون كلّ منهما مكرهاً.

[صور تعلق الإكراه]

و اعلم أنّ الإكراه قد يتعلّق بالمالك و العاقد، كما تقدّم، و قد يتعلّق بالمالك دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل في بيع ماله؛ فإنّ العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في عقد (٤) الفضولى بعد

ص: ٣٢١

١-١) لم ترد «و كذا لو أكرهه إلى جنس البيع» في «ف».

٢-٢) في «ف»: لكن.

٣-٣) الواو «من «ف» و «خ» فقط.

٤-٤) في «م»، «ع»، «ص» و «ش»: العقد.

ملاحظه عدم تحقق الوكاله مع الإكراه، وقد ينعكس، كما لو قال: «بيع مالي - أو طلق زوجتي - أو إلهما قتلتك»، والأقوى هنا الصحه؛ لأن العقد هنا (1) من حيث إنه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في (2) المكره إذا كان عاقداً، والرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض، فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقاً.

و احتمال في المسالك عدم الصحه؛ نظراً إلى أن الإكراه يُسقط حكم اللفظ، كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها، ثم قال: والفرق بينهما أن عبارته المجنون مسلوبه، بخلاف المكره فإن عبارته مسلوبه لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور (3)، انتهى.

و هو حسن.

و قال (4) أيضاً: لو أكره الوكيل على الطلاق، دون الموكل، ففي صحته وجهان أيضاً (5): من تحقق الاختيار في الموكل المالك، و من سلب عبارته المباشر (6)، انتهى.

و ربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين بما دل على رفع حكم الإكراه.

ص: ٣٢٢

١- ١) لم ترد «هنا» في «ف».

٢- ٢) في غير «ش» زياده: المالك، إلا أنه شطب عليها في «م».

٣- ٣) المسالك ٩: ٢٢.

٤- ٤) لم ترد «قال» في «ف».

٥- ٥) لم ترد «أيضاً» في «ف».

٦- ٦) المسالك ٩: ٢٣.

و فيه: ما سيجيء (١) من أنه إنما يرفع حكماً ثابتاً على المكره لو لا الإكراه، ولا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لو لا الإكراه.

و مما يؤيد ما ذكرنا: حكم المشهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذي هو أمر مستمر، و هو النقل و الانتقال (٢)، و أما التلفظ بالكلام الذي صدر مكرهاً فلا معنى للحقوق الرضا به؛ لأن ما مضى و انقطع لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب.

نعم (٣)، ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور: بأن القصد إلى المعنى - و لو على وجه الإكراه - شرط في الاعتناء بعبارته العقد، و لا يعرف إلا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً أمكن إحرازه بأصالة القصد في أفعال العقلاء الاختيارية، دون المكره عليها.

اللهم إلا أن يقال: إن الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغياً أو مؤزياً (٤) و لو كان مكرهاً، مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضاً، فتأمل.

ص: ٣٢٣

١- ١) يجيء في الصفحة ٣٣٢ عند قوله: «و ثانياً».

٢- ٢) في «ف»: مستمر بالنقل و الانتقال.

٣- ٣) في «ف» بدل «نعم»: ثم.

٤- ٤) لم ترد «أو مؤزياً» في «ف».

[الإكراه على بيع عبد من عبيدين]

لو (٢) أكرهه على بيع واحدٍ غير معيّن من عبيدين فباعهما أو باع نصف أحدهما، ففي التذكرة (٣) إشكال.

أقول: أمّا بيع العبيدين، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الأوّل مكرهاً دون الثاني، مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس، أم لا.

و لو باعهما دفعه، احتل صحّه الجميع؛ لأنّه خلاف المكره عليه، و الظاهر أنّه لم يقع شيء منهما عن إكراه، و بطلان الجميع؛ لوقوع أحدهما مكرهاً عليه و لا ترجيح، و الأوّل أقوى.

[الإكراه على معين فضم غيره إليه]

و لو اكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره و باعهما (٤) دفعه، فالأقوى الصحّه في غير ما اكره عليه.

و أمّا مسأله النصف، فإن باع النصف (٥) بقصد بيع (٦) النصف الآخر

ص: ٣٢٤

١- ١) في «ش»: فرع.

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و لو.

٣- ٣) التذكرة ٤٦٢: ١.

٤- ٤) في «ف»: فباعهما.

٥- ٥) في غير «ف» و «ش» زياده: «بعد الإكراه على الكل»، إلّا أنّه أشير في «ن» إلى زيادتها.

٦- ٦) كلمه «بيع» من «ف» و «ش» و مصحّحه «م» و «ن»، و لم ترد في غيرها، و في «ص» بدلها: أن يبيع.

امثالاً- للمُكرِه بناءً على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال في وقوعه مكرهاً عليه، وإن كان لرجاء أن يقنع المكرِه بالنصف كان أيضاً إكراهاً، لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر.

[الإكراه على الطلاق]

بقي الكلام فيما وعدنا ذكره (١) من الفرع المذكور في التحرير، قال في التحرير: لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً، فالأقرب وقوع الطلاق (٢)، انتهى.

و نحوه في المسالك بزياده احتمال عدم الوقوع؛ لأنَّ الإكراه أسقط أثر اللفظ، و مجرد التيه لا حكم لها (٣).

و حكى عن سبطه في نهايه المرام: أنه نقله قولاً، و استدللَّ عليه بعموم ما دلَّ من النصِّ و الإجماع على بطلان عقد المكره- و الإكراه يتحقَّق (٤) هنا؛ إذ المفروض أنه لولاه لما فعله- ثمَّ قال: و المسأله محلَّ إشكال (٥)، انتهى.

و عن بعض الأجله: أنه لو علم أنه لا- يلزمه إلما اللفظ و له تجريده عن القصد، فلا- شبهه في عدم الإ- كراه (٦) و إنما يحتمل (٧) الإكراه مع

ص: ٣٢٥

١- ١) في الصفحه ٣١١.

٢- ٢) التحرير ٥١: ٢.

٣- ٣) المسالك ٢٢: ٩.

٤- ٤) في مصححه «ص» و مقابس الأنوار: متحقَّق.

٥- ٥) نهايه المرام ١٢: ٢، و حكاه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٧.

٦- ٦) إلى هنا تمَّ ما أفاده بعض الأجله، و هو الفاضل الأصبهاني قدس سرّه في كشف اللثام ١١٩: ٢، و باقى الكلمات من الحاكي.

٧- ٧) كذا في أكثر النسخ و المصدر، و في «ف»: «تحمل على الإكراه»، و في مصححه «ن»: «يحمل على الإكراه».

عدم العلم بذلك، سواء ظن لزوم القصد و إن لم يرد المكره، أم لا (1)، انتهى.

ثم إن بعض المعاصرين (2) ذكر الفرع عن المسالك (3)، و بناه على أن المكره لا قصد له أصلاً، فردّه بثبوت القصد للمكره، و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه.

و فيه: ما عرفت سابقاً: من أنه لم يقل أحدٌ بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، و ليس هذا مراداً من قولهم: إن المكره غير قاصدٍ إلى مدلول اللفظ؛ و لذا شرّك الشهيد الثاني بين المكره و الفضولي في ذلك - كما عرفت سابقاً (4) -، فبناءً هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جداً.

و كذا ما تقدّم عن بعض الأجله: من أنه إن علم بكفايه مجرد (5) اللفظ المجرد عن التيه فنوى اختياراً صحّ؛ لأنّ مرجع ذلك إلى وجوب التوريه على العارف بها المتفطن لها؛ إذ لا فرق بين التلّص بالتوريه و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلّم به لاغياً، و قد عرفت أنّ ظاهر الأدلّه و الأخبار الوارده في طلاق المكره و عتقه: عدم اعتبار العجز عن التوريه (6).

ص: ٣٢٦

١-١) حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١١٧.

٢-٢) هو صاحب الجواهر قدس سرّه في الجواهر ١٥: ٣٢.

٣-٣) تقدّم الفرع عن المسالك في الصفحه السابقه.

٤-٤) راجع الصفحه ٣١٠.

٥-٥) لم ترد «مجرد» في «ص»، و شطب عليها في «ع».

٦-٦) راجع الصفحه ٣١٣، قوله: الذي يظهر من النصوص و الفتاوى...

و توضيح الأقسام المتصوّره فى الفرع المذكور:

أنّ الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به، إمّا أن لا يكون له دخل فى الفعل أصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعى إليه هو الإكراه؛ لبنائه على تحمّل الضرر المتوعّد به، ولا يخفى بداهه وقوع الطلاق هنا، وعدم جواز حمل الفرع المذكور (1) عليه، فلا معنى لجعله فى التحرير أقرب، وذكر احتمال عدم الوقوع فى المسالك، وجعله قولاً فى نهايه المرام و استشكاله فيه؛ لعموم النصّ و الإجماع.

و كذا لا ينبغى التأمّل فى وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلاً فى داعى الوقوع، بل هو بضميمه شىءٍ اختياريّ للفاعل.

و إن كان الداعى هو الإكراه، فإمّا أن يكون الفعل لا من جهه التخلّص عن الضرر المتوعّد به، بل من جهه دفع الضرر اللاحق للمكروه - بالكسر - كمن قال له ولده: «طلق زوجتك و إلّا قتلتك أو قتلت نفسك» فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه، أو قتل الغير له إذا تعرّض لقتل والده، أو كان الداعى على الفعل شفقةً دينيّةً على المكروه - بالكسر - أو على المطلّقه، أو على غيرهما ممّن يريد نكاح الزوجه لثلاً يقع الناس فى محرّم.

و الحكم فى الصورتين لا يخلو عن إشكال.

و إن كان الفعل لداعى التخلّص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكروه أنّ الحذر لا يتحقّق إلّا بإيقاع الطلاق حقيقةً؛ لغفلته عن أنّ التخلّص غير متوقّف على القصد إلى وقوع أثر الطلاق

ص: ٣٢٧

و حصول البينونه، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجه و الإعراض عنها، فيوقع الطلاق قاصداً، و هذا كثيراً ما يتفق للعوام.

و قد يكون هذا التوطين و الإعراض من جهه جهله بالحكم الشرعى أو كونه رأى (1) مذهب بعض العامه (2) فزعم أن الطلاق يقع مع (3) الإكراه، فإذا أكره على الطلاق طلق قاصداً لوقوعه؛ لأنّ القصد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سبباً مستقلاً في وقوع البينونه يستلزم القصد إلى وقوعها، فيرضى نفسه (4) بذلك و يوطنها عليه، و هذا أيضاً كثيراً ما يتفق للعوام.

و الحكم في هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال، إلا أنّ تحقّق الإكراه أقرب.

[عقد المكره لو تعبه الرضا]

ثمّ (5) المشهور بين المتأخّرين (6): أنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض (7) تبعاً للحدائق (8) أنّ عليه اتّفاقهم؛ لأنّه عقد

ص: ٣٢٨

١- ١) قال الشهيدى فى شرحه: (رأى) بصيغه الماضى، لا المصدر، هدايه الطالب: ٢٦١.

٢- ٢) مثل ما تقدّم عن أبى حنيفه و أصحابه فى هامش الصفحه ٣١٠.

٣- ٣) فى «ف»: على.

٤- ٤) كذا فى «ف» و «ش» و نسخه بدل «ص»، و فى سائر النسخ: نفسها.

٥- ٥) فى «م»، «ع» و «ص» زياده: «إنّ»، لكن شطب عليها فى «م».

٦- ٦) كالمحقّق فى الشرائع ١٤: ٢. و العلّامه فى القواعد ١٢٤: ١، و التحرير ١: ١٦٤ و غيرهما. و الشهيد فى الدروس ١٩٢: ٣، و

اللمعه: ١١٠. و الشهيد الثانى فى المسالك ١٥٥: ٣-١٥٦، و الروضه البهيه ٢٢٦: ٣. و غيرهم.

٧- ٧) الرياض ٥١١: ١، و فيه: إنّ ظاهرهم الاتّفاق...

٨- ٨) الحدائق ٣٧٣: ١٨، و فيه: و ظاهرهم - أيضاً - الاتّفاق...

حقيقى، فيؤثر أثره مع اجتماع باقى شرائط البيع، و هو طيب النفس.

و دعوى (١) اعتبار مقارنه طيب النفس للعقد، خاليه عن الشاهد، مدفوعه بالإطلاقات.

و أضعف منها: دعوى اعتبارها فى مفهوم العقد، اللازم منه عدم كون عقد (٢) الفضولى عقداً حقيقه.

و أضعف من الكل: دعوى اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده، اللازم منه عدم صحه بيع المُكره بحق، و كون إكراهه على العقد تعدياً لا لتأثير فيه (٣).

و يؤيده: فحوى صحه عقد الفضولى؛ حيث إن المالك طيب النفس بوقوع أثر العقد و غير منشئ للنقل بكلامه، و إمضاء إنشاء الغير ليس إلّا طيب النفس بمضمونه، و ليس إنشاءً مستأنفاً، مع أنه لو كان فهو موجود هنا، فلم يصدر من المالك هنالك إلّا طيب النفس بانتقاله متأخراً عن إنشاء العقد، و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، و هو إنشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد؛ لما عرفت (٤) من أن عقده إنشاء حقيقى.

و توهم: أن عقد الفضولى واجد لما هو (٥) مفقود هنا- و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه-، مدفوع: بالقطع بأن طيب النفس لا اثر له،

ص: ٣٢٩

١- ١) ادعى ذلك صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٦٧: ٢٢-٢٦٨.

٢- ٢) فى «ف»: العقد.

٣- ٣) فى «ف»: فى عقده.

٤- ٤) راجع الصفحه ٣٠٩ و ما بعدها.

٥- ٥) فى «م» و «ش» زياده: به.

لا (١) في صدق العقدي؛ إذ يكفي فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه، ولا في النقل و الانتقال؛ لعدم مدخلية غير المالك فيه.

نعم، لو صح ما ذكر سابقاً (٢): من توهم أنّ المكره لا قصد له إلى مدلول اللفظ أصلاً، وأنه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت - كما صرح به بعض (٣) - صح أنه لا يجدي تعقب الرضا، إذ لا عقد حينئذٍ، لكن عرفت سابقاً أنه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى، فراجع (٤).

فظهر ممّا ذكرنا ضعف وجه التأمل في المسألة - كما عن الكفاية (٥) و مجمع الفائدة (٦) تبعاً للمحقق الثاني في جامع المقاصد (٧) - و إن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم (٨) بقوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** (٩) الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي مضافاً إلى النبوي

ص: ٣٣٠

- ١- (١) لم ترد «لا» في «ف».
- ٢- (٢) راجع الصفحة ٣٠٨ و ما بعدها.
- ٣- (٣) لم ترد «كما صرح به بعض» في «ف»، و المصرح بذلك هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٢٦٧.
- ٤- (٤) راجع الصفحة ٣٠٨-٣٠٩.
- ٥- (٥) الكفاية: ٨٩، و فيها: فالمسألة محل إشكال.
- ٦- (٦) مجمع الفائدة ٨: ١٥٦، و فيه - بعد نقل الصحّة عن المشهور -: و ما نعرف لها دليلاً.
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٤: ٦٢، و فيه: فلننظر فيها مجال.
- ٨- (٨) لم ترد «عنهم» في «ف»، و لم نعر على هذا البعض.
- ٩- (٩) النساء: ٢٩.

المشهور الدالّ على رفع حكم الإكراه (١)، مؤيداً بالنقض بالهازل، مع أنهم لم يقولوا بصحّته بعد لحوق الرضا.

و الكلّ كما ترى؛ لأنّ دلالة الآيه على اعتبار وقوع العقد عن التراضى إمّا بمفهوم الحصر و إمّا بمفهوم الوصف، و لا حصر كما لا يخفى؛ لأنّ الاستثناء منقطع غير مفرّغ، و مفهوم الوصف -على القول به- مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما فى ربّائِكُم اللّاتى فى حُجُورِكُم (٢)، و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعه، و سيجىء زياده توضيح لعدم دلالة الآيه على اعتبار سبق التراضى فى بيع الفضولى (٣).

و أمّا حديث الرفع، ففيه:

أولاً: أنّ المرفوع فيه هى المؤاخذه و الأحكام المتضمّنه لمؤاخذه المكروه و إلزامه بشىء، و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك، و هذا حقّ له لا عليه.

نعم، قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتّى يرضى المكروه أو يفسخ، و هذا إلزامٌ لغيره، و الحديث لا يرفع المؤاخذه و الإلزام عن غير المكروه كما تقدّم (٤)، و أمّا إلزامه بعد طول المدّة باختيار البيع أو فسخه، فهو من توابع الحقّ الثابت له بالإكراه، لا من أحكام الفعل المتحقّق

ص: ٣٣١

١-١) المتقدّم فى الصفحه ٣٠٧.

٢-٢) النساء: ٢٣.

٣-٣) ستأتى مسأله بيع الفضولى فى الصفحه ٣٤٥.

٤-٤) لم نقف على التصريح به فيما تقدّم.

ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل.

و ثانياً: أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المُكره عليه لو لا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرهاً عليه- كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضاً- وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه؛ لأن أثر (١) العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم (٢) الإكراه، السبب المستقله (٣) لنقل المال، و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه، وهذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه حيث إنه جزء العلّة التامة للملكية، لم يكن ثابتاً للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به؛ إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه، فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه (٤)؟ و بعبارة أخرى: اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار (٥) عدم (٦) الإكراه هو اللزوم المنفي بهذا الحديث، و المدعى بثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك، و هذا غير مرتفع

ص: ٣٣٢

١- ١) شطب في «ن» و «م» على كلمه «أثر».

٢- ٢) شطب في «ن» على «اعتبار عدم»، و شطب في «م» على كلمه «عدم».

٣- ٣) كذا في «ف» و «ش» و مصححه «خ»، و في سائر النسخ: سبب مستقل.

٤- ٤) لم ترد عبارته «إذ المفروض -إلى- بالإكراه» في «ف».

٥- ٥) شطب في «ن» على كلمه «اعتبار».

٦- ٦) كلمه «عدم» من «ش» فقط.

لكن يرد على هذا: أنّ مقتضى حكمه الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسبوقيه بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره ووقوفه على الرضا اللاحق، فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره، فيرجع إلى أصله الفساد.

و بعبارة أخرى: أدلّه صحّحه البيع تدلّ (٢) على سببته مستقلّه (٣)، فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره، بل لو كان هنا ما يدلّ على صحّحه البيع بالمعنى الأعمّ من السببته المستقلّه كان دليل الإكراه حاكماً عليه مقيداً له فلا ينفع (٤).

اللهم إلّا أن يقال: إنّ الإطلاقات المفيدة (٥) للسببته المستقلّه (٦) مقيدهٌ بحكم الأدلّه الأربعة -المقتضيه لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس - بالبيع المرضي به، سيقه الرضا أو لحقه، و مع ذلك فلا حكمه للحديث عليها؛ إذ البيع المرضي به سابقاً لا يعقل عروض الإكراه له.

ص: ٣٣٣

١- ١) لم ترد «و هذا غير مرتفع بالإكراه» في «ف».

٢- ٢) في «ف»: إنّما يدلّ.

٣- ٣) في «ف» و «ن»: سببته المستقلّه.

٤- ٤) وردت عبارته «بل لو كان -إلى- فلا ينفع» في «ف» و «ش»، و هامش «ن» تصحيحاً.

٥- ٥) في «خ»، «ع» و «ش»: المقيده.

٦- ٦) لم ترد «المفيدة للسببته المستقلّه» في «ف».

و أما المرضي به بالرضا اللاحق، فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف، وهو أصل البيع (1)، ولا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا (2) في تأثيره و وجوب الوفاء به.

فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه و الرضا به لاحقاً، و لازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه (3) بعض المؤثر التام، و هذا أمر عقلي غير مجعول (4) لا يرتفع بالإكراه؛ لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض، إلا أن يقال: إن أدله الإكراه كما ترفع السببه المستقله التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد، ترفع مطلق الأثر عن العقد المكروه عليه؛ لأن التأثير الناقص أيضاً استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق (5)، و هذا لا يفرق فيه أيضاً بين جعل الرضا ناقلاً أو كاشفاً؛ إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه، و على الثاني يكون الأمر المتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا.

ص: ٣٣٤

-
- ١- ١) في «ص» زياده: «قبل الرضا»، و وردت في «خ» و «ع» - أيضاً - استدراكاً.
- ٢- ٢) كذا في «ش» و العبارة في «ف» هكذا: «بل مقتضى الأدلة الأربعة بمدخليته للرضا»، و في سائر النسخ: «بل تقتضى الأدلة الأربعة مدخلية للرضا».
- ٣- ٣) لم ترد «المكروه عليه» في «ف».
- ٤- ٤) عبارته «أمر عقلي غير مجعول» من «ف» و نسخه بدل «ش».
- ٥- ٥) من قوله: «لأن الإكراه.. إلى هنا لم يرد في «ف»، و من قوله: «إلا أن يقال... إلى هنا كتب عليه في «ن»: زائد، و هذا المقدار لم يرد أيضاً في «ش» باستثناء عبارته «كما ترفع السببه المستقله».

و كيف كان، فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا- يترتب عليه إلما كونه جزء المؤثر التام، و هذا أمرٌ عقليّ قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقبه له، فتأمل.

بقي الكلام في أنّ الرضا المتأخر ناقلٌ أو كاشفٌ؟

مقتضى الأصل و عدم حدوث حِلِّ مال الغير إلما عن طيب نفسه هو الأول، إلما أنّ الأقوى بحسب الأدلّه النقلية هو الثاني، كما سيجيء في مسأله الفضولي (١).

و ربما يدعى (٢): أنّ مقتضى الأصل هنا و في الفضولي هو (٣) الكشف؛ لأنّ مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره، فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى -و هو النقل من حين العقد- و ترتب الآثار عليه لا يكون إلّا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

و فيه: أنّ مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه، بل نفس النقل، إلما أنّ إنشاءه لما كان في زمان التكلم، فإن كان ذلك الإنشاء مؤثراً في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر فيه، و إن كان مؤثراً بعد حصول أمرٍ حدث الأثر بعده.

ص: ٣٣٥

١- ١) يجيء في الصفحة ٤٠٨-٤٠٩.

٢- ٢) لم نعثر على من ادعى ذلك صريحاً، نعم في الرياض ١:٥١٣ بعد اختياره ذلك في الفضولي و جعله موافقاً للأشهر، قال: عملاً بمقتضى الإجازة.

٣- ٣) لم ترد «هو» في «ف».

فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر في الحكم؛ و لذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمان الخيار -على مذهب الشيخ (١)- غير منافٍ لمقتضى الإيجاب، و لم يكن تبعيضاً في مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة.

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا، إلا أنّ حكمه بذلك لما كان من جهه إمضائه للرضا بما وقع فكأنه (٢) حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله.

قلت: المراد هو الملك شرعاً، و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك، و سيأتى توضيح ذلك في بيع الفضولى إن شاء الله (٣).

و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد؛ فإنه و إن كان حلاً للعقد السابق و جعله كأن لم يكن، إلا أنه لا يرتفع به الملكيه السابقه على الفسخ؛ لأن العبره بزمان حدوثه لا بزمان متعلقه.

ثم على القول بالكشف، هل للطرف الغير المُكره أن يفسخ قبل رضا المُكره، أم لا؟ يأتي بيانه في الفضولى إن شاء الله (٤).

ص: ٣٣٦

١- (١) الخلاف ٣: ٢٢، كتاب البيوع، المسأله ٢٩.

٢- (٢) في «ف»: فكان.

٣- (٣) يأتي في الصفحه ٣٩٩ في بحث «القول في الإجازة و الرد»، و ٤١٢، في بحث الثمره بين النقل و الكشف.

٤- (٤) يأتي في الصفحه ٣٩٩ في بحث «القول في الإجازة و الرد»، و ٤١٢، في بحث الثمره بين النقل و الكشف.

اشاره

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقداً إلا بإذن سيده، سواء كان لنفسه في ذمته أو بما في يده، أم لغيره؛ لعموم أدله عدم استقلاله في أموره، قال الله تعالى: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ (١).

و عن الفقيه بسنده إلى زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام، قال: «المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده. قلت: فإن كان السيد زوجته، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ، أ فشيء (٢) الطلاق؟» (٣).

و الظاهر من القدره-خصوصاً بقريته الروايه-هو الاستقلال؛ إذ

ص: ٣٣٧

١-١) النحل: ٧٥.

٢-٢) كذا في «ف» و مصححه «ن»-كما في بعض نسخ الفقيه-، و في سائر النسخ: فشيء.

٣-٣) الفقيه ٣: ٥٤١، الحديث ٤٨٦٠، و الوسائل ١٥: ٣٤٣، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق.

المحتاج إلى غيره في فعلٍ غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً (1) بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه، لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعي أصلاً، كيف؟! وأفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار.

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد؟]

و كيف كان، فإنشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون إذن المولى، أمّا مع الإذن السابق فلا إشكال، و أمّا مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع؛ لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين اللذين يتعلّق بهما حقّ المجيز، فله أن يرضى بما وقع على ماله (2) من التصرف في السابق و أن لا يرضى، بل المنع من جهة راجعه إلى نفس الإنشاء الصادر، و ما صدر على وجه لا يتغيّر منه بعده.

و بتقرير آخر: إن الإجازة إنّما تتعلّق بمضمون العقد و خاصّته - أعني: انتقال المال بعوض - و هذا فيما نحن فيه ليس منوطاً برضا المولى قطعاً؛ إذ المفروض أنه أجنبي عن العوضين، و إنّما له حقّ في كون إنشاء هذا المضمون قائماً بعبده، فإذا وقع على وجه يستقلّ به العبد فلحوق الإجازة لا يخرج عن الاستقلال الواقع عليه قطعاً.

إلّا أنّ الأقوى هو لحوق إجازة المولى؛ لعموم أدلّه الوفاء بالعقود (3)، و المخصّص إنّما دلّ على عدم ترتّب الأثر على عقد العبد من

ص: ٣٣٨

١- ١) في «ف» زياده: لا شيء.

٢- ٢) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: بما وقع له.

٣- ٣) كما في قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»، المائدة: ١.

دون مدخلية المولى أصلاً-سابقاً و لاحقاً-لا مدخلية إذنه السابق، و لو شك أيضاً وجب الأخذ بالعموم في مورد الشك.

و يؤيد إرادته الأعم من الإجازة:الصحيحة السابقة؛فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة،فالمراد بالإذن هو الأعم،إلا أنه خرج الطلاق بالدليل،و لا يلزم تأخير البيان؛لأن الكلام المذكور مسوق لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلاً،بل و مع كراهه المولى كما يرشد إليه (١)التعبير عن السؤال بقوله:

«بيد من الطلاق؟» (٢).

و يؤيد المختار-بل يدل عليه-:ما ورد في صحه نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازته،معللاً ب:«أنه لم يعص الله تعالى و إنما عصى سيده،فإذا أجاز جاز» (٣)،بتقريب:أن الرواية تشمل (٤)ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه،و حمله على ما إذا عقد الغير له منافٍ لترك الاستفصال،مع أن تعليل الصحه بأنه:لم يعص الله تعالى...إلخ،في قوه أن يقال:«إنه إذا عصى الله بعقد كالعقد على ما حرم الله تعالى-على ما مثل به الإمام عليه السلام في رواياتٍ أخر

ص: ٣٣٩

١- ١) كلمه «إليه» من «ش» و مصححه «ن».

٢- ٢) المتقدم في الصفحة ٣٣٧.

٣- ٣) الوسائل ٥٢٣:١٤،الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء،الحديث الأول،و لفظه:«فإذا أجازه فهو له جائز».

٤- ٤) كذا في «ص» و مصححه «ن»،و في «ع» و «ش»:«يشتمل»،و في سائر النسخ:تشتمل.

وارده في هذه المسأله (١)- كان العقد باطلاً؛ لعدم تصوّر رضا الله تعالى بما سبق من معصيته، أمّا إذا لم يعص الله و عصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقاً، فإذا رضى به و أجاز صحّ.

فيكون الحاصل: أنّ معيار الصحّ في معامله العبد- بعد كون معامله في نفسها ممّا لم ينه عنه الشارع- هو رضا سيده بوقوعه، سابقاً أو لاحقاً، و أنّه إذا عصى سيده بمعامله ثمّ رضى السيّد بها صحّ، و أنّ ما قاله المخالف: من أنّ معصيه السيّد لا يزول حكمها برضاه بعده، و أنّه لا ينفع الرضا اللاحق- كما نقله السائل عن طائفه من العامّه (٢)- غير صحيح، فانهم و اغتتم.

و من ذلك يعرف: أنّ استشهاد بعض (٣) بهذه الروايات على صحّ عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة، بل و مع سبق النهي أيضاً- لأنّ غايه الأمر هو عصيان العبد و إثمه في إيقاع العقد و التصرف في لسانه الذي هو ملك للمولى، لكنّ النهي مطلقاً لا يوجب الفساد خصوصاً النهي الناشئ عن معصيه السيّد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالّه على أنّ معصيه السيّد لا يقدر بصحّ العقد- في غير محلّه، بل الروايات ناطقه- كما عرفت- بأنّ الصحّ من جهه ارتفاع كراهه

ص: ٣٤٠

-
- ١- ١) انظر الوسائل ١٤:٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ٢.
٢- ٢) الوسائل ١٤:٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث الأوّل. و انظر- أيضاً- المغنى؛ لابن قدامه ٦:٥١٥، و المجموع ١٧:٢٤٩.
٣- ٣) انظر الجواهر ٢٢:٢٧١، و ٢٥:٧٠.

المولى و تبدّله بالرضا بما فعله العبد، و ليس ككراهه الله عزّ و جلّ بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق، فكأنه قال: «لم يعص الله حتّى يستحيل تعقّبه للإجازة و الرضا و إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز جاز» فقد علّق الجواز صريحاً على الإجازة.

و دعوى: أنّ تعليق الصّحّه على الإجازة من جهه مضمون العقد و هو التزويج المحتاج إلى إجازة السيّد إجماعاً، لا نفس إنشاء العقد حتّى لو فرضناه للغير يكون محتاجاً إلى إجازة مولى العاقد، مدفوعه: بأنّ المنساق من الروايه إعطاء قاعده كليّه: بأنّ (1) رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفى فى كلّ ما يتوقّف على مراجعه السيّد و كان فعله من دون مراجعه (2) أو مع النهى عنه معصية له، و المفروض أنّ نفس العقد من هذا القبيل.

ثمّ إنّ ما ذكره (3) من عصيان العبد بتصرّفه فى لسانه و أنّه لا يقتضى الفساد، يشعر بزعم أنّ المستند فى بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفّظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى.

و فيه:

أولاً: منع حرمة هذه التصرفات الجزئية؛ للسيرة المستمّره على مكالمه العبيد (4)، و نحو ذلك من المشاغل الجزئية.

ص: ٣٤١

١-١) فى «ف»: فى أنّ.

٢-٢) كذا فى النسخ، و الأصحّ: مراجعته.

٣-٣) فاعله «بعض» فى قوله: «و من ذلك يعرف أنّ استشهاد بعض...»، راجع الصفحة السابقه.

٤-٤) فى «ف»: العبد.

و ثانياً: بداهه أنّ الحرمة فى مثل هذه لا توجب الفساد، فلا يظنّ استناد العلماء فى الفساد إلى الحرمة.

و ثالثاً: أنّ الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف فى لسانه قادحاً (١) فى صحّة العقد، غير صحيح؛ لأنّ مقتضاه أنّ التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسداً، مع أنّه لا يقول به أحد؛ فإنّ حرمة العقد من حيث إنّه تحريك اللسان - كما فى الصلاة و القراءة المضيّقة و نحوهما - لا يوجب فساد العقد إجماعاً.

فالتحقيق: أنّ المستند فى الفساد هو الآيه المتقدّمة (٢)، و الروايات الواردة فى عدم جواز أمر العبد و مضيّته مستقلاً، و أنّه ليس له من الأمر شيء (٣).

«فرع» لو أمر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ و لزم؛

بناءً على كفايه رضا المولى -الحاصل من تعريضه للبيع- من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمنى.

ص: ٣٤٢

١- ١) كذا، و المناسب: قاده.

٢- ٢) المتقدّمة فى الصفحة ٣٣٧.

٣- ٣) انظر الوسائل ٥٢٢: ١٤، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، و الصفحة ٥٧٥، الباب ٦٤ من نفس الأبواب، الحديث ٨.

و لا يقدر عدم قابليته المشتري للقبول في زمان الإيجاب؛ لأنّ هذا الشرط ليس على حدّ غيره من الشروط المعتبره في كلّ من المتعاقدين من أوّل الإيجاب إلى آخر القبول، بل هو نظير إذن مالك الثمن في الاثراء، حيث يكفي تحقّقه بعد الإيجاب و قبل القبول الذي بنى المشتري على إنشائه فضولاً.

و عن القاضي: البطلان في المسأله؛ مستدلاً عليه باتّحاد عبارته مع عباره السيّد فيّتحّد الموجب و القابل (١).

و فيه- مع اقتضائه المنع لو أذن له السيّد سابقاً- منع الاتّحاد أوّلاً، و منع قدحه ثانياً.

هذا إذا أمره (٢) الأمر بالاشتراء من مولاه، فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى، فعن جماعه- منهم المحقّق و الشهيد الثانيان (٣)- أنه لا يصحّ لعدم الإذن من المولى.

و ربما قيل بالجواز (٤) حينئذٍ أيضاً؛ بناءً على ما سبق منه من أنّ المنع لأجل النهي و هو لا يستلزم الفساد.

ص: ٣٤٣

١ - ١) حكاه عنه الصيمرى في غايه المرام (مخطوط) ٢٧٣، و صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٧١: ٢٢، و لكن لم نعر عليه فيما بأيدينا من كتب القاضى قدّس سرّه.

٢ - ٢) في «ف»: أمر.

٣ - ٣) انظر جامع المقاصد ٤: ٦٨، و المسالك ٣: ١٥٨، و حكاه عنهما و عن غيرهما صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧٢: ٢٢.

٤ - ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٧١: ٢٢.

وفيه: ما عرفت من أنّ وجه المنع أدلّه عدم استقلال العبد في شيء، لا منعه عن التصرف في لسانه، فراجع ما تقدّم (1)، والله أعلم.

ص: ٣٤٤

١-١) في الصفحة ٣٤٠.

مسأله و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالِكين أو مأذونين من المالك أو الشارع.

اشاره

فعقد الفضولى لا يصح، أى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من الزوم.

و هذا مراد من جعل الملك و ما فى حكمه شرطاً، ثم فرّع عليه أن (١) بيع الفضولى موقوف على الإجازة كما فى القواعد (٢)، فاعتراض جامع المقاصد: عليه بأن التفريع فى غير محله (٣)، لعلّه فى غير محله.

[الكلام فى عقد الفضولى]

اشاره

و كيف كان، فالمهمّ التعرّض لمسأله عقد الفضولى التى هى من أهمّ المسائل، فنقول:

اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى

، بل مطلق عقده - بعد

ص: ٣٤٥

١- ١) كذا فى «ن» - و هكذا نقله المامقانى فى شرحه (غايه الآمال: ٣٥٠) - و فى سائر النسخ: بأن.

٢- ٢) القواعد ١: ١٢٤.

٣- ٣) جامع المقاصد ٤: ٦٨.

اتَّفاهم على بطلان إيقاعه كما فى غاية المراد (١)-على أقوال.

و المراد بالفضولى- كما ذكره الشهيد قدس سرّه (٢)-: هو الكامل الغير المالك للتصرّف و لو كان غاصباً. و فى كلام بعض العامّة: أنّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه (٣). و قد يوصف به نفس العقد (٤)، و لعلّه تسامح.

و كيف كان، فىشمل العقد الصادر من الباكره (٥) الرشيد به دون إذن الولى، و من المالك إذا لم يملك التصرف؛ لتعلق حقّ الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد (٦) الفضولى بما دلّ على المنع من نكاح الباكره بغير إذن وليها (٧)، و حينئذٍ فىشمل بيع الراهن و السفيه و نحوهما، و بيع العبد بدون إذن السيد.

و كيف كان، فالظاهر شموله لما إذا تحقّق رضا المالك للتصرّف باطناً، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى؛

ص: ٣٤٦

١- ١) فى غير «ن» و «ش»: غاية المرام، و الاتّفاق المدعى موجود فيما أثبتناه، انظر غاية المراد: ١٧٧.

٢- ٢) غاية المراد: ١٧٧.

٣- ٣) لم نقف عليه.

٤- ٤) يعنى يقال: «البيع الفضولى»، كما عبّر به الشهيد فى غاية المراد: ١٧٧.

٥- ٥) قال المامقانى قدس سرّه: الأولى التعبير بالبكر- بكسر الباء و سكون الكاف- فإنّه الذى ضبطه أهل اللغه مرادفاً للعذراء، و قد

صرّح فى شرح القاموس بأنّ التعبير عن هذا المعنى بلفظ «الباكره» غلط، غاية الآمال: ٣٥٢.

٦- ٦) كذا فى «ص» و «ش»، و فى سائر النسخ: بفساد.

٧- ٧) انظر الوسائل ٢٠٥: ١٤، الباب ٤ من أبواب عقد النكاح، الحديث ٢. و الصفحه ٢١٣، الباب ٩ من نفس الأبواب. و الصفحه

٤٥٨-٤٥٩، الباب ١١ من أبواب المتعه، الحديث ٥ و ١٢.

لأنَّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف و مسلطاً عليه بمجرد علمه برضا المالك.

و يؤيده: اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، و فرعوا عليه بيع الفضولى.

و يؤيده- أيضاً-: استدلالهم على صحه الفضولى بحديث عروه البارقى (١) مع أنّ الظاهر علمه برضا النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلم بما يفعله. و إن كان الذى يقوى فى النفس- لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب- عدم توقفه على الإجازة اللاحقه، بل يكفى فيه رضا المالك المقرون بالعقد، سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً؛ فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى إمضاء ما رضى به و ترتيب (٢) الآثار عليه؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقود (٣)، و قوله تعالى:

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(٤)

و«لا- يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه» (٥)، و ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه (٦)، و روايه عروه البارقى الآتية (٧)، حيث أقبض المبيع و قبض

ص: ٣٤٧

١- ١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، و مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- ٢) كذا فى «ف» و مصححه «ن» و «خ»، و فى «ش»: بترتيب، و فى سائر النسخ: يترتب.

٣- ٣) فى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، المائدة: ١.

٤- ٤) النساء: ٢٩.

٥- ٥) عوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٧- ٧) فى الصفحه ٣٥١.

الدينار؛ لعلمه برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض و العوض بالقبض و الإقباض، و تقريرُ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ له على ما فعل دليلٌ على جوازه.

هذا، مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها (1) خروج هذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحّة: إنّ الشرائط كلّها حاصله إلّا رضا المالك، و قولهم: إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت؛ لأنّه أعمّ من الرضا، و نحو ذلك.

ثمّ لو سلّم كونه فضولياً، لكن ليس كلّ فضوليّ يتوقّف لزومه على الإجازة؛ لأنّه (2) لا- دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقه، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثمّ ملكه.

مع أنّه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنفاً؛ إذ وقوعه برضاه لا ينفكّ عن ذلك مع الالتفات.

ثمّ إنّّه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا- ينبغي الإشكال في عقد العبد-نكاحاً أو بيعاً- مع العلم برضا السيّد و لو لم يأذن له؛ لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

[صور بيع الفضولي]

ثمّ اعلم: أنّ الفضولي قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه، و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، و قد يسبقه المنع؛ فهنا مسائل ثلاث:

ص: ٣٤٨

١- ١) كذا في «ص» و هامش «خ»، و في سائر النسخ: منه.

٢- ٢) في «ف»: ولأنّه.

الأولى أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك،

و هذا هو المتيقن من عقد الفضولي.

و المشهور: الصّحّه

بل في التذكرة نسبه إلى علمائنا، تاره صريحاً، و أخرى ظاهراً بقوله: «عندنا»، إلا أنه ذكر عقيب ذلك: أن لنا فيه قولاً بالطلان (١).

و في غايه المراد (٢): حكى الصّحّه عن العماني و المفيد (٣) و المرتضى (٤) و الشيخ في النهايه (٥) - و سلار (٦) و الحلبي (٧) و القاضي (٨) و ابن حمزه (٩). و حكى عن الإسكافي (١٠)، و استقرّ عليه رأى من

ص: ٣٤٩

١ - ١) تعرّض للفضولي في موضعين من التذكرة حسب ما تتبعناه، و لم نعر على نسبه ذلك إلى علمائنا، انظر التذكرة ١:٤٦٢ و ٤٨٦.

٢ - ٢) غايه المراد: ١٧٨.

٣ - ٣) راجع المقنع: ٦٠٦.

٤ - ٤) راجع الناصريات (الجوامع الفقيهه): ٢٤٧، المسأله ١٥٤.

٥ - ٥) انظر النهايه: ٣٨٥.

٦ - ٦) المراسم: ١٥٠.

٧ - ٧) الكافي في الفقه: ٢٩٢.

٨ - ٨) المهذب ١٩٤: ٢-٢١٦، ١٩٥.

٩ - ٩) الوسيله: ٢٤٩.

١٠ - ١٠) حكاه العلامه في المختلف ٥٣: ٥، و لده في الإيضاح ١: ٤١٦، و ابن فهد في المقتصر: ١٦٦.

تأخر (١) عدا فخر الدين (٢) وبعض متأخري المتأخرين، كالأردبيلي (٣) والسيد الداماد (٤) وبعض متأخري المحدثين (٥)؛ لعموم أدلّه البيع والعقود؛ لأنّ خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقفه عليه أيضاً لا مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه فمقتضى الإطلاقات عدمه، و مرجع ذلك كلّه إلى عموم «حلّ البيع» و«وجوب الوفاء بالعقد»، خرج منه العارى عن الإذن والإجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجاره.

و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم: بأنّه عقد صدر عن أهله في محله (٦).

فما ذكره في غايه المراد: من أنّه من باب المصادرات (٧)، لم أتحقّق وجهه؛ لأنّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث إنّه بالغ عاقل لا كلام

ص: ٣٥٠

-
- ١- ١) مثل المحقّق في الشرائع ٢: ١٤ و غيره، و ابن سعيد الحلّي في الجامع للشرائع: ٢٤٦، و العلّامة في كتبه و- تقدّم آنفاً عن التذكرة- و الشهيد في الدروس ٣: ١٩٢ و غيره.
 - ٢- ٢) الإيضاح ١: ٤١٧.
 - ٣- ٣) مجمع الفائده ٨: ١٥٨، و زبده البيان: ٤٢٨.
 - ٤- ٤) انظر ضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين): ٥٦.
 - ٥- ٥) و هو المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٧٨.
 - ٦- ٦) كما في المختلف ٥: ٥٤، و الرياض ١: ٥١٢، و انظر المهذب البارع ٢: ٣٥٦، و المناهل: ٢٨٧.
 - ٧- ٧) غايه المراد: ١٧٨.

فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع، فليس محلّ الكلام إلّا خلوّ العقد عن مقارنه إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل، ولعلّ مراد الشهيد: أنّ الكلام في أهليّة العاقد، ويكفي (١) في إثباتها العموم المتقدّم.

وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضيّه عروه البارقي

، حيث دفع إليه النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاه للأضحيه» فاشتري به شاتين، ثمّ باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم بالشاه والدينار، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: «بارك الله لك في صفقه يمينك» (٢)، فإنّ بيعه وقع فضولاً وإنّ وجّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضوليّ.

[المناقشه في الاستدلال بقضيّه عروه البارقي]

هذا، ولكن لا يخفى (٣) أنّ الاستدلال بها يتوقّف على دخول المعامله المقرونه برضا المالك في بيع الفضوليّ. توضيح ذلك: أنّ الظاهر (٤) علم عروه برضا النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم بما يفعل، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أنّ الإقباض والقبض في بيع الفضوليّ حرام؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير، فلا بدّ: إمّا من التزام أنّ عروه فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو

ص: ٣٥١

-
- ١- ١) كذا في «ش»، وفي غيرها: يكتفى، إلّا أنّها صحّحت في «ن» بما أثبتناه، واستظهرها مصحّح «ص» كذلك.
 - ٢- ٢) انظر السنن الكبرى للبيهقي ١١٢: ٦، وعوالي اللآلي ٣: ٢٠٥، الحديث ٣٦، ومستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.
 - ٣- ٣) في «ف» زياده: عليك.
 - ٤- ٤) لم ترد «الظاهر» في «ف».

منافٍ لتقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ.

وإثباتاً من القول بأن البيع الذي يعلم بتعاقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة؛ بناءً على كون الإجازة كاشفة، وسيجيء ضعفه.

فيدور الأمر بين ثالث، وهو جعل هذا الفرد (1) من البيع - وهو المقرون برضا المالك - خارجاً عن الفضولي، كما قلناه (2).

ورابع، وهو علم عرؤه برضا النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلا فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلًا، فلا يستحق قبض المال، فلو كان المشتري عالماً فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلاً.

ولكن الظاهر هو أول الوجهين، كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظه أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة، وقد تقدم أن المناط فيها مجرد المراضاة ووصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره ولو كان صبيّاً أو حيواناً (3)، فإذا حصل التقابض بين فضوليين (4) أو فضولي وغيره مقروناً برضا المالكين،

ص: ٣٥٢

١- ١) في «م» و«ع» و«ص»: الفروض، إلا أنها صححت في «ع» و«ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) انظر الصفحة ٣٤٦-٣٤٧.

٣- ٣) راجع الصفحة ٧٥ و ١١٢.

٤- ٤) كذا في «ف»، «خ» و«ن»، وفي سائر النسخ: الفضوليين.

ثم وصل (١) كل من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه، كفى في صحه التصرف.

و ليس هذا من معامله الفضولى؛ لأن الفضولى صار آله فى الإيصال، و العبره برضا المالك المقرون به.

[الاستدلال للصححه بصحيحه محمد بن قيس]

و استدلل له (٢) أيضاً- تبعاً للشهيد فى الدروس - بصحيحه محمّد ابن قيس عن أبى جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابنى بغير إذنى. فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها. فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ البيع لك. فلما رآه أبوه قال له: أرسل ابنى. قال: لا و الله! إلا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى؛ فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع ابنه...

الحديث» (٣).

قال فى الدروس: و فيها دلالة على صحه الفضولى و أنّ الإجازة كاشفه (٤).

ص: ٣٥٣

-
- ١- ١) كذا فى «ش» و مصححه «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: دخل.
 - ٢- ٢) كما فى الرياض ٥١٢: ١-٥١٣، و مقابس الأنوار: ١٢٣، و غيرهما.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٤: ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث الأوّل، و الحديث منقول فى الكتب الأربعة. و ما نقله المؤلف قدس سرّه أوفق بما فى الكافى ٥: ٢١١، الحديث ١٢.
 - ٤- ٤) الدروس ٣: ٢٣٣.

و لا يرد عليها شىءٌ ممّا يوهن الاستدلال بها، فضلاً عن أن يسقطه. و جميع ما ذكر فيها من الموهنات (١) موهونه، إلّا ظهور الروايه فى تأثير الإجازة المسبوقه بالردّ، من جهه ظهور المخاصمه فى ذلك، و إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين (٢) أخذ الجاربه و أنّها (٣) من المالك -بناء على أنه لو لم يردّ البيع و جب تقييد الأخذ بصوره اختيار الردّ- و مناشده المشتري للإمام عليه السلام و إلحاحه عليه فى علاج فكاك ولده، و قوله: «حتّى ترسل ابني» الظاهر فى أنه حبس الولد و لو على قيمته يوم الولاده.

و حمل إمساكه الوليده على حبسها لأجل ثمنها- كحبس ولدها على القيمه- ينافيه قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيّد الوليده أجاز بيع الولد (٤)».

و الحاصل: أنّ ظهور الروايه فى ردّ البيع أولاً ممّا لا ينكره المنصف، إلّا أنّ الإنصاف أنّ ظهور الروايه فى أنّ أصل الإجازة مجديه فى الفضولى- مع قطع النظر عن الإجازة الشخصيه فى مورد الروايه- غير قابل للإنكار، فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر؛ لقيام القرينه- و هى الإجماع- على اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ.

ص: ٣٥٤

١- ١) و هى على ما ذكرها المحقّق المامقانى قدّس سرّه- فى غايه الآمال: ٣٥٧-: أربعه.

٢- ٢) فى «ش»: بتعيين.

٣- ٣) فى «ف» و «ن» و مصحّحه «ص»: و ابنها.

٤- ٤) كذا فى «ف» و «خ» و مصحّحه «ن» و نسخه بدل «ص»، و فى غيرها: الوليد، و فى «ص»: الوليده.

و الحاصل: أنّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة-بناءً على قاعده اشتراك جميع القضايا المتحدده نوعاً في الحكم الشرعي- كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقة بالردّ مانعاً عن الاستدلال بها، موجِباً للاقتصار على موردها؛ لوجهِ عِلْمه الإمام عليه السلام، مثل: كون مالك الوليد كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيله يصل بها الحقّ إلى صاحبه.

[توجيه الاستدلال بصحيحه محمد بن قيس]

أمّا لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع»، و قول الباقر عليه السلام في مقام الحكايه: «فلما رأى ذلك سيّد الوليد أجاز بيع ابنه» في أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الردّ، فيؤوّل ما يظهر منه الردّ بإرادته عدم الجزم بالإجازة و الردّ، أو كون حبس الوليد على الثمن، أو نحو ذلك.

و كأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدلّ بها في مسأله الفضولي، أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلاله المذكوره، فإنّها لا- تزيد على الإشعار؛ و لذا لم يذكرها في الدروس في مسأله الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر (1)، لكنّ الفقيه في غنى عنه (2) بعد العمومات المتقدّمه.

ص: ٣٥٥

١- ١) ذكرها في بيع الحيوان كما تقدّم التخرّيج في الصفحة ٣٥٣.

٢- ٢) كذا في مصحّحه «ن» و «ص»، و في النسخ: منه.

و ربما يستدلّ أيضاً (١): بفحوى صحه عقد النكاح من الفضولي في الحرّ و العبد، الثابتة بالنصّ (٢) و الإجماعات المحكيه (٣)؛ فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علم من شدّه الاهتمام في عقد النكاح؛ لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار (٤).

[المناقشه في الاستدلال المذكور]

و قد أشار إلى هذه الفحوى في غايه المراد (٥)، و استدللّ بها في الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهه الإجماعات المحكيه على المنع (٦). و هو حسن، إلّا أنّها ربما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامه الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالصحه في الثاني؛ لأنّ المال له (٧) عوض، و البطلان في الأوّل؛ لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام- في مقام ردّهم

ص: ٣٥٦

-
- ١- (١) كما في المناهل: ٢٨٧، و مقابيس الأنوار: ١٢١، و الجواهر ٢٧٦: ٢٢.
 - ٢- (٢) انظر الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٣. و الصفحه ٢٢١، الباب ١٣ من الأبواب، الحديث ٣. و الصفحه ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ١ و ٢ و غيرها.
 - ٣- (٣) كما في الناصريات (الجوامع الفقهيّه): ٢٤٧، المسأله ١٥٤. و السرائر ٢: ٥٦٥. و انظر كشف اللثام ٢: ٢٢، و الرياض ٢: ٨١.
 - ٤- (٤) انظر الوسائل ١٤: ١٩٣، الباب ١٥٧ من أبواب مقدّمات النكاح، الحديث ١ و ٣.
 - ٥- (٥) انظر غايه المراد: ١٧٨.
 - ٦- (٦) انظر الرياض ١: ٥١٢.
 - ٧- (٧) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في غيرهما: منه.

و اشتباههم فى وجه الفرق-«سبحان الله! ما أجور هذا الحكم و أفسده؛ فإنّ النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه؛ لأنه الفرج، و منه يكون الولد...الخبر» (١).

و حاصله: أنّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع؛ من حيث الاحتياط المتأكد فى النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحّة البيع تستلزم صحّة النكاح بطريق أولى، خلافاً للعامّة حيث عكسوا و حكموا بصحّة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام:

أنّ صحّة المعامله الماليه الواقعه فى كلّ مقام؛ تستلزم صحّة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذٍ فلا يجوز التعدّى من صحّة النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحّة البيع؛ لأنّ الحكم فى الفرع لا- يستلزم الحكم فى الأصل فى (٢) باب الأولويه، و إلّا لم يتحقّق الأولويه، كما لا يخفى.

فالاستدلال بصحّة النكاح على صحّة البيع مطابق لحكم العامّة من كون النكاح أولى بالبطلان؛ من جهه أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

بقى الكلام فى وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله؛ مستدلاً بأنّه يكون منه الولد، مع أنّ الأمر فى الفروج كالأموال دائر بين محذورين، و لا احتياط فى البين.

ص: ٣٥٧

١- ١) انظر الوسائل ٢٨٦: ١٣- ٢٨٧، الباب ٢ من أبواب الوكاله، الحديث ٢.

٢- ٢) شطب فى «ص» على «فى» و كتب فوقه «من»، و كذا أثبتته العلّامه المامقانى قدّس سرّه فى شرحه (غايه الآمال: ٣٦٠).

و يمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنّ إبطال النكاح في مقام الإشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحّحه واقعاً، فتتزوج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل، بخلاف إبقائه؛ فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلّا وطء المرأة الخاليه عن المانع، و هذا أهون من وطء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

و كيف كان، فمقتضى هذه الصحيحه: أنّه إذا حكم بصحّحه النكاح الواقع من الفضولي، لم يوجب (1) ذلك التعدّي إلى الحكم بصحّحه بيع الفضولي. نعم، لو ورد الحكم بصحّحه البيع أمكن الحكم بصحّحه النكاح؛ لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نصّ الروايه.

ثمّ إنّ الروايه و إن لم يكن لها دخل بمسأله الفضولي، إلّا أنّ المستفاد منها قاعده كليّه، هي: أنّ إمضاء العقود الماليّه يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس الذي هو مبني الاستدلال في مسأله الفضولي.

[ما يؤيد لصحه بيع الفضولي]

[ما ورد في المضاربه]

هذا، ثمّ إنّّه ربما يؤيد صحّحه الفضولي، بل يستدلّ عليها: بروايات كثيره وردت في مقامات خاصّه، مثل موثقه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربه، فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن، و الربح بينهما على ما شرطه» (2).

و نحوها غيرها الوارده في هذا الباب.

ص: ٣٥٨

١-١) في «ن»، «خ» و «م» و نسخه بدل «ص»: «لا يوجب»، و صحّح في «ن» بما أثبتناه في المتن.

٢-٢) الوسائل ١٨٢: ١٣، الباب الأوّل من كتاب المضاربه، الحديث ٩.

فإنها إن أقيمت على ظاهرها من عدم توقّف ملك (١) الربح على الإجازة- كما نسب إلى ظاهر الأصحاب (٢)، و عدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنصّ، كما في المسالك (٣) وغيره (٤)- كان فيها استثناس لحكم المسأله؛ من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره.

و إن حملناها على صورته رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح - كما هو الغالب، و مقتضى (٥) الجمع بين هذه الأخبار، و بين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله (٦) و النهي عن أكل المال بالباطل (٧)- اندرجت المعامله في الفضولي. و صحّتها في خصوص

ص: ٣٥٩

١- ١) في «ن»، «خ»، «م»، «ع»: تلك، و صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) لم نقف عليه بعينه، نعم قال السيّد الطباطبائي قدّس سرّه في الرياض ١: ٦٠٧، - بعد أن ذكر النصوص -: «و هذه النصوص مع اعتبار أسانيدها و استفاضتها و اعتضاها بعمل الأصحاب...» و قال ولده السيّد المجاهد في المناهل (الصفحة ٢٠٧): و لهم وجوه منها: ظهور الاتّفاق عليه.

٣- ٣) انظر المسالك ٤: ٣٤٥ و ٣٥٢-٣٥٣.

٤- ٤) انظر الحدائق ٢٠٧: ٢١، و المناهل: ٢٠٧.

٥- ٥) كذا في مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و بمقتضى.

٦- ٦) مثل قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»، و غيرهما ممّا تقدّم في الصفحه ٣٠٧ و ما بعدها.

٧- ٧) يدلّ عليه قوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ البقره: ١٨٨، و النساء: ٢٩.

المورد و إن احتمل كونها للنصّ الخاصّ، إلّا أنّها لا تخلو عن تأييدٍ للمطلب.

[ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم]

و من هذا القبيل: الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم، و أنّ الربح لليتم (١)، فإنّها إن حملت على صورته إجازته الولي - كما هو صريح جماعه (٢) تبعاً للشهيد (٣) - كان من أفراد المسأله، و إن عمل بإطلاقها - كما عن جماعه (٤) ممّن تقدّمهم - خرجت عن مسأله الفضولي، لكن يستأنس بها لها (٥) بالتقريب المتقدّم. و ربما احتمل دخولها في المسأله من حيث إنّ الحكم بالمضى إجازته إلهيه لاحقه للمعامله، فتأمل.

ص: ٣٦٠

- ١ - ١) انظر الوسائل ٥٧: ٥٨-٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، الحديث ٢ و ٧ و ٨ و ١٢: ١٩١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ و ٣.
- ٢ - ٢) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥: ٣، و الشهيد الثاني في المسالك ٣٥٧: ١، و السيد العاملي في المدارك ٥: ٢٠، و المحدّث البحراني في الحدائق ١٢: ٢٦.
- ٣ - ٣) راجع الدروس ١: ٢٢٩.
- ٤ - ٤) مثل الشيخ في النهايه: ١٧٥، و المحقق في الشرائع ١٤٠: ١ و غيرها، و العلّامه في القواعد ١: ٥١ و غيرها، و قال السيد الطباطبائي في الرياض (٥: ٣٨): و أطلق الماتن و كثير أنّ الربح لليتم.
- ٥ - ٥) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في «ش»: «يستأنس لها»، و في مصحّحه «ص»: «يستأنس بها للمسأله»، و في سائر النسخ: يستأنس بها المسأله.

و ربما يؤيد المطلب- أيضاً:- بروايه ابن أشيم الوارده فى العبد المأذون الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها، و يُحجّه عن أبيه (١)، فاشترى أباه و أعتقه، ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثه الدافع، و ادعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام:

«يُردّ المملوك رقاً لمولاه، و أىّ الفريقين أقاموا البيّنه بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان رقاً له... الخبر» (٢)؛ بناءً على أنّه لولا كفايه الاشتراء بعين المال فى تملك المبيع بعد مطالبته المتضمّنه لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البيّنه عليها كافيّه فى تملك المبيع.

و ممّا يؤيد المطلب أيضاً: صحيحه الحلبي عن الرجل يشتري ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلّا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ (٣) على صاحبه الأوّل ما زاد» (٤)؛

١- ١) كذا فى النسخ، لكنّ الموجود فى الروايه- و هى عن أبى جعفر عليه السلام:- «عن عبدٍ لقوم، مأذون له فى التجاره، دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عنيّ و حجّ عنيّ بالباقي، ثمّ مات صاحب الألف، فأنطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميّت و دفع إليه الباقي يحجّ عن الميّت، فحجّ عنه، فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميّت، فاختصموا جميعاً فى الألف...».

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٥٣، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

٣- ٣) فى «ص» و «ش»: يرّد.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٣٩٢، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

فإنَّ الحكم بردُّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلَّا على صحِّه بيع الفضولي لنفسه.

[موثقه عبد الله]

و يمكن التأييد له -أيضاً- بموثقه عبد الله (١) عن أبي عبد الله عليه السلام:

«عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه أنك تأني بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع (٢)، فيقول: خذ ما رضيت و دع ما كرهت. قال: لا بأس...»

الخبر» (٣).

بناءً على أن الاشتراء من السمسار (٤) يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعه، و يوفيه (٥) دينه.

و لا- ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر؛ لأنَّ توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله، لا بملاحظه هذه القضية الشخصية.

ص: ٣٦٢

١- ١) كذا في النسخ، و الصواب: رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله -الموثقه بابن سماعه- عن أبي عبد الله عليه السلام.

٢- ٢) كذا في «ص» و المصدر، و في «ش» بدل «فيشتري»: «ليشتري»، و العبارة في سائر النسخ هكذا: «فذهب ليشتري المتاع»، و صححت في بعضها بما أثبتناه.

٣- ٣) الوسائل ٣٩٤: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٤- ٤) أي: الاشتراء الصادر من السمسار، و صححت في «ن» ب: اشتراء السمسار.

٥- ٥) في «ف»: فيوفيه.

و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعه، فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره.

و يحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد و يرد ما يكره.

و ليس فى مورد الروايه ظهور فى إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافى كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، و حكم الإمام عليه السلام بعدم البأس -من دون استفعال عن المحتملات- أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده (١). و حاصله: أن المانع من صحه العقد إذا كان لا يرجى زواله (٢) فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً و هو عصيان الله تعالى، و أما المانع الذى يرجى زواله -كعصيان السيد- فزواله يصح العقد، و رضا المالك من هذا القبيل، فإنه لا يرضى أولاً و يرضى ثانياً، بخلاف سخط الله عزّ و جلّ بفعل؛ فإنه يستحيل رضاه.

[مختار المؤلف الصحه]

هذا غايه ما يمكن أن يحتجّ و يستشهد به للقول بالصحه، و بعضها و إن كان ممّا يمكن الخدشه فيه، إلا أن فى بعضها الآخر غنى و كفايه.

ص: ٣٦٣

١- ١) راجع الوسائل ٥٢٣: ١٤-٥٢٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٢.

٢- ٢) العبارة فى «ف» هكذا: إن المانع الذى لا يرجى زواله.

فقوله تعالى:

لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

(١)

دلّ بمفهوم الحصر (٢) أو سياق التحديد على أنّ غير التجاره عن تراض أو التجاره لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا، و من المعلوم أنّ الفضولي غير داخل في المستثنى.

و فيه: أنّ دلالته على الحصر ممنوعه؛ لانقطاع الاستثناء- كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعه من المفسرين (٣)- ضروره عدم كون التجاره عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

و أمّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو- مع تسليمه- مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائده أخرى، ككونه (٤) وارداً مورد الغالب، كما فيما نحن فيه و في قوله تعالى: وَ رَبَّائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ (٥)، مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر ل «تكون» (٦) على قراءة نصب «التجاره» لا قيدها- و إن كان غلبه توصيف النكره تؤيد التقييد- فيكون المعنى: إلّا أن يكون سبب الأكل

ص: ٣٦٤

١-١ (١) النساء: ٢٩.

٢-٢ (٢) لم ترد «الحصر» في «ف».

٣-٣ (٣) راجع التبيان ٣: ١٧٨، و مجمع البيان ٢: ٣٦، و الكشف ٥٠٢: ١.

٤-٤ (٤) كذا في «ف» و «م» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: لكونه.

٥-٥ (٥) النساء: ٢٣.

٦-٦ (٦) في غير «ص»: ليكون، و هو سهو.

«تجاره»، و تكون (١) «عن تراضٍ».

و من المعلوم: أنّ السبب الموجب لِجَلِّ الأكل في الفضولي إنّما نشأ عن التراضى، مع أنّ الخطاب لمُلاك الأموال، و التجاره في الفضولي إنّما تصير (٢) تجاره المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراضٍ.

و قد حكى عن المجمع: أنّ مذهب الإماميه و الشافعيه و غيرهم أنّ معنى التراضى بالتجاره إمضاء البيع بالتفرّق (٣) أو التخيير بعد العقد (٤).

و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر.

و أمّا السنّه، فهى أخبار:

منها: النبوى المستفيض، و هو قوله صلى الله عليه و آله و سلم لحكيم بن حزام:

«لا- تبع ما ليس عندك» (٥) فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه؛ لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوى الآخر: «لا يبيع إلّا فى ما يملك» بعد قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا طلاق إلّا فى ما يملك، و لا عتق إلّا فى ما يملك» (٦)، و لما ورد فى توقيع العسكرى صلوات الله عليه إلى الصفّار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك» (٧).

ص: ٣٦٥

١-١) فى غير «ف»: يكون.

٢-٢) فى غير «ص»: يصير.

٣-٣) كذا فى «ف» و المصدر، و فى سائر النسخ: بالتصرّف.

٤-٤) مجمع البيان ٣٧: ٢.

٥-٥) راجع سنن البيهقى ٣١٧، ٢٦٧، ٥: ٣٣٩.

٦-٦) كنز العمال ٩: ٦٤١، الحديث ٢٧٧٧٩، و راجع المستدرک ١٣: ٢٣٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣ و ٤.

٧-٧) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

و ما عن الحميرى أنّ مولانا عَجَل الله فرجه كتب فى جواب بعض مسائله:

«أنّ الضيعه لا يجوز ابتاعها إلّا عن مالِكها أو بأمره أو رضاً منه» (١).

و ما فى الصحيح عن محمّد بن مسلم الوارد فى أرضِ بقم النيل (٢) اشتراها رجل، و أهل الأرض يقولون: هى أرضنا (٣)، و أهل [الأسياف] (٤) يقولون: هى من أرضنا. فقال: «لا تشتريها إلّا برضا أهلها» (٥).

و ما فى الصحيح عن محمّد بن القاسم بن الفضل (٦) فى رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها (٧) كتاباً

ص: ٣٦٦

١- ١) الوسائل ١٢: ٢٥١، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

٢- ٢) النيل «بليده فى سواد الكوفه يخرقها خليج كبير يتخلّج من الفرات الكبير، حفره الحجاج بن يوسف و سمّاه بنيل مصر، معجم البلدان ٣٣٤: ٥ «نيل».

٣- ٣) فى مصحّحه «ن» و المصدر: أرضهم.

٤- ٤) فى النسخ: «الأسناف»، و فى الكافى و التهذيب و مصحّحه بعض النسخ: «الأسنان»، و ما أثبتناه مطابق لما نقله الشهيد عن بعض النسخ المصحّحه فى شرحه (هداياه الطالب: ٢٧٤)، و لعلّ ما نقله الشهيدى أقرب إلى الصواب؛ لأنّ الأسياف- كما فى القاموس- جمع سيّف- بالكسر- و هو ساحل البحر و ساحل الوادى، أو كلّ ساحل، فأصحاب السيف هم أصحاب ساحل النيل- الذى تقدّم تفسيره- و يؤيّد قول السائل: «أرض بقم النيل» أى فم الخليج.

٥- ٥) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣ بتفاوت يسير.

٦- ٦) فى مصحّحه «ص» و المصادر الحديثيه: الفضيل.

٧- ٧) كذا فى «ف» و «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: «إليها»، إلّا أنّه صحّح فى بعضها بما أثبتناه.

أنها (١) قد قبضت المال و لم تقبضه (٢)، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال:

قل له (٣): يمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه» (٤).

[المناقشه في الاستدلال بالروايات]

و الجواب عن النبوى:

أولاً: أن الظاهر من الموصول هي العين الشخصيّه؛ للإجماع و النصّ على جواز بيع الكلّي (٥)، و من البيع لنفسه، لا عن مالك العين، و حينئذٍ فإمّا أن يراد بالبيع مجرّد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه، فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته. و إمّا أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضى ليشتريه من مالكه، قال:

لأنه صلّى الله عليه و آله و سلم ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضى و يشتريه و يسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز، و لا نعلم فيه خلافاً؛ للنهي المذكور و للغرر؛ لأنّ صاحبها قد لا يبيعها (٦)، انتهى.

و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتى خالد و يحيى الآتيتين فى بيع الفضولى لنفسه (٧)، و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرّد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافى أهليته لتعقّب الإجازة من المالك.

ص: ٣٦٧

١-١) لم ترد «أنها» فى غير «ف»، لكنّها استدركت فى «م» و «ص» بلفظ: «بأنها»، و فى «ن» كما أثبتناه.

٢-٢) فى «ف»: قد قبضت المال و لم تقبضه.

٣-٣) كلمه «له» من «ن»، «م» و «ص» و المصدر.

٤-٤) الوسائل ١٢: ٢٤٩، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٥-٥) انظر الوسائل ١٣: ٦٠، الباب ٥ من أبواب السلف.

٦-٦) التذكرة ١: ٤٦٣، و حكاها عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٨٦.

٧-٧) تأتيان فى الصفحه ٤٤٧.

و بعبارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على الغايه بالنسبه إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة (١) المالك في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأول و نحن نقول به، كما سيجيء (٢).

و ثانياً: سلمنا دلالة النبوى على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم (٣) من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لملكه إذا أجاز.

و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلاله قوله: «لا- بيع إلّا في ملك»؛ فإنّ الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، و أنّ النفي راجع إلى نفي الصحّة في حقه لا في حقّ المالك، مع أنّ العموم- لو سلّم- وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

و أمّا الروايتان (٤)، فدالتهما على ما حملنا عليه السابقين (٥) أوضح،

ص: ٣٦٨

١- ١) كذا في «ف» و«ن»، و في غيرهما: بإجازة.

٢- ٢) سيجيء في الصفحة ٤٤٧ و ٤٥٢.

٣- ٣) راجع الصفحة ٣٥٠ و ما بعدها.

٤- ٤) قال المامقاني قدس سرّه: الروايتان عبارته عن توقيع العسكري عليه السلام إلى الصفّار، و ما عن الحميري. (غايه الآمال: ٣٦٤) و استظهر السيد اليزدي قدس سرّه أنّ المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآتين في بيع الفضولي لنفسه، ثمّ قال: و أمّا دعوى أنّ المراد بهما التوقيعان، فهي كما ترى. (حاشيه المكاسب: ١٤٠) و قال الشهيدى قدس سرّه أيضاً: يعنى بهما روايتى خالد و يحيى الآتين. (هدايه الطالب: ٢٧٥).

٥- ٥) المراد بهما: النبويان السابقان، كما قاله المامقاني قدس سرّه في غايه الآمال: ٣٦٤.

و ليس فيهما ما يدلّ -و لو بالعموم- على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز.

و أمّا الحصر في صحيحه ابن مسلم و التوقيع، فإنّما هو في مقابله عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأساً، على ما يقتضيه السؤال فيهما.

و توضيحه: أنّ النهي في مثل المقام و إن كان يقتضى الفساد، إلّا أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من معامله عليه.

و من المعلوم: أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه (١) الملك المقصود منه؛ و لذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً، و لذا عدّ في الشرائع (٢) و القواعد (٣) من شروط المتعاقدين -أعنى شروط الصحّة-:

كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه، و إن أبيت إلّا عن ظهور الروايتين في لغويّه عقد الفضولي رأساً، و يجب تخصيصهما (٤) بما تقدّم من أدلّه الصحّة.

و أمّا روايه القاسم بن فضل (٥)، فلا دلالة فيها إلّا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي؛ لأنّه باع ما لا يملك، و هذا حقّ لا ينافي صحّة الفضولي.

و أمّا توقيع الصفار، فالظاهر منه نفى جواز البيع في ما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهه الوجوب و اللزوم، و يؤيّدّه (٦) تصريحه عليه السلام

ص: ٣٦٩

١- ١) لم ترد «بنفسه» في «ف».

٢- ٢) الشرائع ١٤: ٢.

٣- ٣) القواعد ١٢٤: ١.

٤- ٤) كذا في ظاهر «ف» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: تخصيصها.

٥- ٥) تقدّم أنّه في المصادر الحديثية: الفضيل.

٦- ٦) كذا في «ف» و «ص» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: يؤيّد.

بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك (١)، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا أجاز.

و بالجمله، فالإنصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرض فيها إلّا لنفي وقوعه للعاقد.

الثالث: الإجماع على البطلان،

ادّعاه الشيخ في الخلاف معترفاً بأنّ الصحّح مذهب قوم من أصحابنا، معتذراً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم (٢)، و ادّعاه ابن زهره أيضاً في الغنيه (٣)، و ادّعى الحلّي في باب المضاربه عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب (٤).

و الجواب: عدم الظنّ بالإجماع، بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء - كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه في النهايه التي هي آخر مصنّفاته على ما قيل و أتباعهم - على الصحّح، و إطباق (٥) المتأخّرين عليه، عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخّرين (٦).

ص: ٣٧٠

١- ١) و هو قوله عليه السلام: «و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك»، راجع الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٢- ٢) الخلاف ١٦٨: ٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٧٥.

٣- ٣) الغنيه: ٢٠٧.

٤- ٤) السرائر ٢: ٤١٥.

٥- ٥) كذا في «ف» و نسخه بدل «خ» و «ع»، و في سائر النسخ: «أتباع»، إلّا أنّه صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٦- ٦) تقدّم التخرّيج عنهم جميعاً في الصفحه ٣٤٩-٣٥٠.

على عدم جواز التصرف في مال الغير إلّا بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف، ففي التوقيع المروى في الاحتجاج: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بإذنه» (١)، ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

و الجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقّفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه.

نعم، لو فرض كون العقد علّه تامّه و لو عرفاً لحصول الآثار كما في بيع المالك أو الغاصب المستقلّ كان حكم العقد جوازاً و منعاً حكم معلوله المترتب عليه.

ثمّ لو فرض كونه تصرفاً، فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره، مع أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في هذا من المقال أو الحال؛ بناءً على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولي، مع أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و لا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقله.

و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعته المشتري؛ بناءً على أنّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

ص: ٣٧١

أقواها: أنّ القدره على التسليم معتبره فى صحّه البيع، و الفضولى غير قادر (١)، و أنّ الفضولى غير قاصد حقيقه إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح فى المسالك (٢).

و يضعف الأؤل-مضافاً إلى أنّ الفضولى قد يكون قادراً على إرضاء المالك (٣)- بأنّ (٤) هذا الشرط غير معتبر فى العاقد قطعاً، بل يكفى تحقّقه فى المالك، فحينئذٍ يشترط فى صحّه العقد مع الإجازة قدره المجيز على تسليمه أو (٥) قدره المشترى على تسلّمه على ما سيحىء (٦).

و يضعف الثانى بأنّ (٧) المعتبر فى العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فى الفضولى و المكره، لا أزيد منه، بدليل الإجماع على صحّه نكاح الفضولى و بيع المكره بحق؛ فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد فى ذلك للإجماع، كما ترى!

ص: ٣٧٢

١- ١) انظر الإيضاح ١:٤١٧، و المناهل: ٢٨٨، و مقابس الأنوار: ١٢٨.

٢- ٢) المسالك ٣:١٥٦.

٣- ٣) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: رضا المالك.

٤- ٤) فى «ف»: أنّ.

٥- ٥) فى «م» و «ش» بدل «أو»: و.

٦- ٦) يجىء إن شاء الله فى الجزء الرابع من طبعتنا هذه عند قول المؤلف قدّس سرّه: «الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم».

٧- ٧) فى «ف»: أنّ.

و المشهور أيضاً صحته، و حكى عن فخر الدين: أن بعض المجوزين للفضولى اعتبر عدم سبق نهى المالك (١).

و يلوح إليه ما عن التذكرة فى باب النكاح-من حمل النبوى: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» (٢)-بعد تضعيف السند- على أنه (٣)نكح بعد منع مولاه و كراهته؛ فإنه يقع باطلاً (٤). و الظاهر أنه لا- يفرق بين النكاح و غيره (٥)، و يظهر من المحقق الثانى، حيث احتمل (٦)فساد بيع الغاصب؛ نظراً إلى القرينه الداله (٧)على عدم الرضا و هى الغصب (٨).

و كيف كان، فهذا القول لا وجه له ظاهراً، عدا تخيل: أن المستند فى عقد الفضولى هى روايه عروه (٩)المختصه بغير المقام، و أن العقد إذا

ص: ٣٧٣

١- (١) إيضاح الفوائد ٤١٧:١.

٢- (٢) سنن البيهقى ١٢٧:٧.

٣- (٣) فى غير «ف» زياده «إن»، و شطب عليها فى «م».

٤- (٤) التذكرة ٥٨٨:٢.

٥- (٥) انظر مقابس الأنوار: ١٢١.

٦- (٦) فى النسخ: «حمل»، و الصواب ما أثبتناه، كما فى مصححه «ن».

٧- (٧) لم ترد «الداله» فى «ص».

٨- (٨) جامع المقاصد ٤٦٩:٤.

٩- (٩) تقدمت فى الصفحه ٣٥١.

وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد-و لو آنأ ما-كافٍ في الردّ، فلا ينفع الإجازة اللاحقه؛بناءً على أنه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم (١)بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد؛لأنّ الحلف عليه أماره عدم الرضا.

هذا،و لكنّ الأقوى عدم الفرق؛لعدم انحصار المستند حينئذٍ (٢)فى روايه عروه،و كفايه العمومات،مضافاً إلى ترك الاستفصال فى صحيحه محمد بن قيس (٣)،و جريان فحوى أدلّه نكاح العبد بدون إذن مولاه (٤)، مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد،مع أنّ روايه إجازته صريحه فى عدم قرح معصيه السيّد (٥)،مع جريان المؤيّدات المتقدّمه له:من بيع مال اليتيم (٦)و المغصوب (٧)،و مخالفه العامل لما اشترط عليه ربّ المال (٨)،الصريح فى منعه عمّا عداه.

ص: ٣٧٤

١-١) انظر جامع المقاصد ٢٩٣:٨،و المسالك ٣٠٠:٥،و مفتاح الكرامه ٦:٦٣٢.

٢-٢) لم ترد «حينئذ»فى «ف».

٣-٣) المتقدّمه فى الصفحه ٣٥٣.

٤-٤) انظر الوسائل ٥٢٣:١٤ و ٥٢٥،الباب ٢٤ و ٢٥ من أبواب نكاح العبيد و الإماء و غيرهما.

٥-٥) فى «م»،«ص»و«ش»زياده:حينئذٍ.

٦-٦) المتقدّمه فى الصفحه ٣٦٠.

٧-٧) راجع الصفحه ٣٥٨-٣٦٠.

٨-٨) كما فى موثقه جميل المتقدّمه فى الصفحه ٣٥٨.

و أما ما ذكر (١) من المنع الباقي بعد العقد و لو آناً ما، فلم يدلّ دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الإجازة.

و ما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، و لو سُلم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع و عدم تسليمه له.

و ممّا ذكرنا يظهر وجه صحّحه عقد المكره بعد الرضا، و أنّ كراهه المالك حال العقد و بعد العقد لا تقدح في صحّته إذا لحقه الإجازة.

ص: ٣٧٥

١ - ١) في «م» و «ش»: ما ذكره.

المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه،

و هذا غالباً يكون فى بيع الغاصب، و قد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع، كما فى مورد صحيحه الحلبي المتقدمه فى الإقاله بوضيعة (١).

[الأقوى الصحه و الدليل عليه]

و الأقوى فيه: الصحه وفاقاً للمشهور؛ للعمومات المتقدمه (٢) بالتقريب المتقدم، و فحوى الصحه فى النكاح (٣)، و أكثر ما تقدم من المؤيدات (٤)، مع ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمه (٥).

[الإشكال على صحه هذا البيع من وجوه]

و لا وجه للفرق بينه و بين ما تقدم من بيع الفضولى للمالك إلّا ووجه تظهر من كلمات جماعه، بعضها مختصّ ببيع (٤) الغاصب، و بعضها مشترك بين جميع صور المسأله:

[الوجه الأول و جوابه]

منها: إطلاق ما تقدم من النويين (٧): «لا- تبع ما ليس عندك» و «لا- يبيع إلّا فى ملك» [و غيرهما (٨)]؛ بناءً على اختصاص مورد الجميع

ص: ٣٧٤

-
- ١-١) المتقدمه فى الصفحه ٣٦١.
 - ٢-٢) تقدمت فى المسأله الأولى و الثانيه.
 - ٣-٣) تقدمت فى الصفحه ٣٥٦.
 - ٤-٤) راجع الصفحه ٣٥٨-٣٦٣.
 - ٥-٥) المتقدمه فى الصفحه ٣٥٣.
 - ٦-٦) كذا فى «ف» و مصححه «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: على بيع.
 - ٧-٧) تقدمتا فى الصفحه ٣٦٥.
 - ٨-٨) كلمه «و غيرهما» من مصححه «ن»، و قد أثبتتها المامقانى قدس سرّه فى متن شرحه (غايه الآمال: ٣٦٧) و يقتضيها السياق أيضاً.

بيع الفضولي لنفسه.

و الجواب عنها يعرف ممّا تقدّم، من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّضٍ فيها لوقوعه و عدمه بالنسبه إلى المالك إذا أجاز.

[الوجه الثاني و جوابه]

و منها: بناء المسأله على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، و هذا غالباً مفقود في المغصوب، و قد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينه عدم الرضا (1).

و فيه:

أولاً: أنّ الكلام في الأعم من بيع الغاصب.

و ثانياً: أنّ الغصب أماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملك الثمن، فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء.

و ثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

[الوجه الثالث و جوابه]

و منها: أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم (2) يقصد حقيقه المعاوضه؛ إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضه الحقيقيه غير متصوره، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه، و هذا ليس بيعاً.

و الجواب من ذلك- مع اختصاصه ببيع الغاصب-: أنّ قصد

ص: ٣٧٧

١- ١) تقدّم في الصفحه ٣٧٣.

٢- ٢) كذا في «ص»، و في غيرها: فلم.

المعاوضه الحقيقيه مبنئ على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و إن كان هذا الجعل لا حقيقه له، لكنّ المعاوضه المبتئه على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقته، نظير المجاز الادعائي في الأصول.

نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه المثلن و لا اعتقاد له، كانت المعامله باطله غير واقعه له و لا للمالك؛ لعدم تحقّق معنى المعاوضه؛ و لذا ذكروا أنّه لو اشترى بماله لغيره شيئا بطل، و لم يقع له و لا لغيره، و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه.

و قد تخيل بعض المحقّقين (١): أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، و هو ما لو باع مال غيره لنفسه؛ لأنّه عكسه، و قد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملك المثلن من دون بناء و لا اعتقاد لتملك المثلن؛ لأنّ المفروض الكلام في وقوع المعامله للمالك إذا أجاز.

[الوجه الرابع و المناقشات فيه و الجواب عنها]

و منها: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد؛ لأنّ معناها هو صيروره المثلن لمالك المثلن بإجازته، و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، و المجاز غير منشأ.

و قد أجاب المحقّق القمي رحمه الله عن هذا (٢) - في بعض أجوبه مسائله - بأنّ الإجازة في هذه الصوره مصححه للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد - كما في الفضولي المعهود - بل بمعنى تبديل رضا

ص: ٣٧٨

١ - ١) لم نعثر عليه.

٢ - ٢) كذا في «ف»، و العبارة في غيرها هكذا: و قد أجاب عن هذا المحقّق القمي رحمه الله.

الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه (١)، و قال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه (٢).

و قد صرح في موضع آخر: بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أنّ العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدّله على كونه (٣) على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً، كما هو أحد الأقوال في الإجازة (٤).

و فيه: أنّ الإجازة على هذا تصوير - كما اعترف - معاوضه جديده من طرف المجيز و المشتري؛ لأنّ المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور؛ لأنّ قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايره العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنّما رضى (٥) بذلك الإيجاب المغاير لمؤدّي الإجازة، فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، و بعدم الحاجه إلى قبول (٦) المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشتري، و هذا خلاف الإجماع و العقل.

ص: ٣٧٩

١-١) جامع الشتات ٣١٩:٢، و غنائم الأيام: ٥٥٤.

٢-٢) انظر جامع الشتات ٣٢٠:٢ و ما بعدها، و غنائم الأيام: ٥٥٥.

٣-٣) في «ش»: بكونه.

٤-٤) راجع جامع الشتات ٢٧٦:٢، و في الصفحة ٣١٨ منه نقل هذا القول عن صاحب كشف الرموز وفاقاً لشيخه المحقق، و انظر أيضاً غنائم الأيام: ٥٤١ و ٥٥٤ أيضاً.

٥-٥) في مصححه «ن» زياده: في قبوله.

٦-٦) في غير «ش» و «ص»: «قول»، و صحّح في هامش «ن» بما أثبتناه.

و أمّا القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم، وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه (١): أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ فهو بيع بغير لفظ البيع قائم (٢) مقام إيجاب البائع، وينضمّ إليه القبول المتقدّم (٣) من المشتري (٤).

و هذا لا يجرى فيما نحن فيه؛ لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع و تملك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا بدّ له (٥) من قبول آخر، فلاكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الرجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزام بكفايه رضا البائع و إنشائه عن رضا المشتري و إنشائه، وهذا ما ذكرنا أنّه خلاف الإجماع و العقل. فالأولى في الجواب: منع مغايره ما وقع لما أُجيز، و توضيحه:

أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن، و أمّا كون الثمن مالاً - له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه

ص: ٣٨٠

١- ١) لم يحك ذلك عن شيخه - وهو المحقق الحلّي قدّس سرّه - بل حكم نفسه بالملازمة بين القول بعدم لزوم اللفظ في البيع و كون الإجازة بمثابة عقد ثانٍ فقط.

٢- ٢) العبارة في «ش» هكذا: «بيع مستقلّ بغير لفظ البيع و هو قائم...»، و هكذا في مصحّحه «ن» إلّا أنّها بلفظ «فهو قائم».

٣- ٣) في غير «ف»: المقدم.

٤- ٤) انظر كشف الرموز ١: ٤٤٥-٤٤٦.

٥- ٥) كذا في «ص» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ بدل «فلا بدّ له»: «فكذا بدله»، و في مصحّحه «م»: «فكذا لا بدّ من».

إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضه من دخول العوض في ملك مالك المعوض؛ تحقيقاً لمعنى المعاوضه و المبادله، و حيث إنَّ البائع يملك الثمن بانياً على تملكه له و تسلطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه، و هذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث إنَّ المثلن ملك لمالكة واقعاً فإذا أجاز المعاوضه انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنَّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى يتردد (1) الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلن بعوض من دون تعرضٍ فيه لمن يرجع إليه العوض، إلا باقتضاء المعاوضه لذلك.

و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل: تملك منك - أو ملكت - هذا الثوب بهذه الدراهم؛ فإنَّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملك (2) الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازه مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بدَّ من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

و بالجملة، فنسبه (3) المتكلم الفضولي ملك (4) المثلن إلى نفسه بقوله:

ملك أو تملك، كإيقاع المتكلم الأصيل التملك على المخاطب الفضولي

ص: ٣٨١

١ - ١) كذا في «ص»، و في غيرها: تردّد.

٢ - ٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: تملك.

٣ - ٣) في «ف»: نسبه.

٤ - ٤) كذا في «ف» و مصحّحه «م» و «ن»، و في «ش» و مصحّحه «ع»: بتملك، و في «خ» و مصحّحه «ص»: تملك.

بقوله:ملككتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك.

و بهذا استشكل العلامة رحمه الله في التذكرة، حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فأشكال، من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد (١)، ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكاله العاقد أو ولايته؛ لأنه حينئذٍ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك (٢) إليه مع علمه بكونه نائباً، وليس إلّا بملاحظه المخاطب باعتباره كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائباً أو أصلياً، أمّا الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار.

و قد تفتّن بعض المعاصرين (٣) لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تاره بطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدّمة في المسألة كما اعترف به أخيراً، و أخرى بأنّ الإجازة إنّما تتعلق بنفس مبادله العوضين و إن كانت خصوصيّة ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها.

و فيه: أنّ حقيقه العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال-أعنى قول المشتري الغاصب: تملكّت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم- ليس إلّا إنشاء تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك

ص: ٣٨٢

١- (١) التذكرة ٤٦٣: ١.

٢- (٢) في «ف»: التمليك.

٣- (٣) انظر مقابس الأنوار: ١٣١-١٣٢.

الأصلي له، بل يتوقف (١) على نقل مستأنف.

فالأنسب في التفصيلى أن يقال: إنَّ نسبة الملك (٢) إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله: «تملكت منك»، أو قول غيره له: «ملكتك» ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقاداً أو عدواناً؛ ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن (٣) التزمنا بلغويته؛ ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله بتملك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادله الحقيقيه من العاقد لنفسه لا يكون إلما إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم يتحقق المعاوضه و المبادله حقيقه، فإذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه:

«تملكت منك كذا بكذا» فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا - من حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقاداً أو عدواناً، و حيث إنَّ الثابت للشىء من حيثيه تقييده ثابت لنفس تلك الحيثيه، فالمسند إليه التملك حقيقه هو المالك للثمن (٤)، إلما أنَّ الفضولى لما بنى على أنه (٥) المالك المسلط على الثمن (٦) أسند ملك المثلث الذى هو بدل الثمن إلى

ص: ٣٨٣

١- ١) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: توقّف.

٢- ٢) فى «ع» و نسخه بدل «ن»، «خ» و «م»: «المالك»، و فى نسخه بدل «ع»: «الملك».

٣- ٣) فى «ف» و «خ» و مصححه «ع»: للمثلث.

٤- ٤) فى «ف»، «خ» و «ع»: للمثلث.

٥- ٥) فى «ف» زياده: هو.

٦- ٦) فى «ف»، «خ» و «ع»: المثلث.

نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلّقة بإنشاء الفضولي و هو التملك المسند إلى مالك الثمن (١)، و هو حقيقه نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال المثلث (٢) إليه.

هذا، مع أنّه ربما يلتزم صحّه أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجه لصيروره العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد (٣)، و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته (٤).

و ذكر بعضهم (٥) في ذلك وجهين:

أحدهما: أنّ قضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً، حتّى أنّه على فرض صحّه ذلك البيع أو (٦) الشراء تملكه (٧) قبل أن (٨) انتقاله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: «أعتق عبدك عني» أو قال: «بيع مالي عنك» أو «اشتر ليك بمالي كذا» فهو تملك ضمني حاصل ببيعه أو الشراء.

و نقول في المقام أيضاً: إذا أجاز المالك صحّ البيع أو (٩) الشراء، و صحّته تتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة

ص: ٣٨٤

١- ١) في «ف»، «خ» و «ع»: المثلث.

٢- ٢) كذا في «ص» و مصحّحتي «م» و «ن»، و في سائر النسخ: الثمن.

٣- ٣) انظر شرح القواعد (مخطوط): الورقة ٦٠.

٤- ٤) منهم المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٢.

٥- ٥) لم نعثر عليه.

٦- ٦ و ٩) في «ش» بدل «أو»: و.

٧- ٧) في «ن»: يملكه.

٨- ٨) لم ترد «آن» في «ش»، و شطب عليها في «م».

٩-

المذكوره تصحح البيع أو الشراء، كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمّنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقه قائمه مقام الإذن السابق، قاضيه بتمليكه (1) المبيع؛ ليقع البيع فى ملكه، ولا مانع منه.

الثانى: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقده فى انتقال بدله إليه، بل يكفى أن يكون مأذوناً فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: «بيع هذا لنفسك» أو «اشتر لك بهذا» ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري، وكذا ملك الثمن (2) فى الصورة الثانية، ويتفرّع عليه: أنّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضه رجع الملك إلى مالكه، دون العاقده.

أقول: و فى كلا الوجهين نظر:

أما (3) الأول، فلأنّ صحّه الإذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه، كما تقدّم فى بعض فروع المعاطاه (4)، مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق؛ لأنّ الإذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب -من باب الاقتضاء- تقدير الملك آنأ ما قبل البيع، بخلاف الإجازة؛ فإنّها لا تتعلّق إلّا بما وقع (5) سابقاً، والمفروض أنّه لم يقع إلّا مبادله مال الغير بمال آخر.

ص: ٣٨٥

١ - ١) فى «ع» و «ص»: بتملكه.

٢ - ٢) فى «ف»، «خ» و «ع»: الثمن.

٣ - ٣) فى «ف» زياده: فى.

٤ - ٤) تقدّم فى الصفحه ٨٣ و ٨٥.

٥ - ٥) كذا فى «ص» و «ش» و مصحّحه «ع»، و فى سائر النسخ: يقع.

نعم، لَمَّا بنى هو على ملكيه ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد (١) بالمعاوضه (٢) رجوع البدل (٣) إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادله أفادت دخول البدل في ملك المجيز، وإن رجعت إلى المبادله منضمه إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البدل في ملك العاقد، إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له؛ إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البدل، إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير (٤) ذلك البناء في تحقق متعلقه شرعاً، بل الدليل على عدمه؛ لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإذن؛ لأن الإذن في التملك لا يؤثر التملك، فكيف إجازته؟ وأمّا الثاني، فلما عرفت من منافاته لحقيقه البيع التي هي المبادله؛ ولذا صرح العلامة رحمه الله - في غير موضع من كتبه (٥) - تارة بأنه لا يتصور، وأخرى بأنه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً، بل ادعى بعضهم (٦) في مسأله قبض المبيع: عدم (٧) الخلاف في بطلان قول مالك الثمن:

ص: ٣٨٦

- ١ - ١) كلمه «قصد» من «ش» و «مصححه» «ن».
- ٢ - ٢) في «ف»: المعاوضه.
- ٣ - ٣) في «ف»: ظاهراً: المبدل.
- ٤ - ٤) لم ترد «تأثير» في «ف».
- ٥ - ٥) انظر القواعد ١: ١٥١ و ١٦٦، و التذكرة ١: ٤٧٣.
- ٦ - ٦) ادعاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ١٧٤.
- ٧ - ٧) كذا في «ف» و «ش» و «مصححه» «ن»، و في غيرها: بعدم.

«اشترى لنفسك به طعاماً» وقد صرح به الشيخ (١) و المحقق (٢) وغيرهما (٣).

نعم، سيأتى فى مسأله جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب (٤)، أن ظاهر جماعه - كقطب الدين و الشهيد و غيرهما - أن الغاصب مسلط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلث المشتري، إلا أن يحمل (٥) ذلك منهم على التزام تملك (٦) البائع الغاصب للمثلث (٧) مطلقاً كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب (٨)، أو أننا ما قبل أن يشتري به شيئاً؛ تصحيحاً للشراء.

و كيف كان، فالأولى فى التفصلى عن الإشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا (٩).

ص: ٣٨٧

-
- ١-١) راجع المبسوط ١:٢١١.
 - ٢-٢) الشرائع ٢:٣٢.
 - ٣-٣) كالقاضى فى المهذب ١:٣٨٧، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢٥٢، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٧١٥.
 - ٤-٤) يأتى فى الصفحه ٤٧١.
 - ٥-٥) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «يجعل»، إلا أنه صحح فى أكثر النسخ بما أثبتناه.
 - ٦-٦) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «تمليك»، لكن صحح فى «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.
 - ٧-٧) فى «ش» و مصححه «ع»: للمثلث.
 - ٨-٨) إيضاح الفوائد ١:٤١٧.
 - ٩-٩) راجع الصفحه ٣٨٣.

ثم إن ممياً ذكرنا-من أن نسبه ملك العوض حقيقه إنما هو إلى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكيه الغاصب للعوض منسوب إليه- يظهر اندفاع إشكال آخر في صحه البيع لنفسه، مختصاً بصوره علم المشتري، وهو: أن المشتري الأصيل إذا كان عالمًا بكون البائع لنفسه غاصباً فقد حكم الأصحاب- على ما حكى عنهم (١)- بأن المالك لو ردّ فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضه الحقيقيه، وإلا لكان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوضٍ إلى مالكيه، وحينئذٍ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن؛ لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن (٢).

و لعلّ هذا هو الوجه في إشكال العلّامه في التذكرة، حيث قال -بعد الإشكال في صحه بيع الفضولي مع جهل المشتري-: إن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل (٣)، انتهى.

أقول: هذا الإشكال-بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك و بقائه (٤)، و بعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديرى الردّ و الإجازة، لا (٥) التسليط المراعى بعدم إجازة البيع- إنما يتوجّه على القول بالنقل،

ص: ٣٨٨

١- ١) حكى ذلك عنهم الفخر في الإيضاح كما تقدّم آنفاً، و أنظر مفتاح الكرامه ١٩٣: ٤.

٢- ٢) لم ترد (به فيكون البيع بلا ثمن) في «ف».

٣- ٣) التذكرة ٤٦٣: ١.

٤- ٤) و بقائه «من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن».

٥- ٥) في غير «ش»: «لأن»، لكنه صحّح في أكثر النسخ بما أثبتناه.

حيث إنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و أما على القول بالكشف، فلا يتوجّه إشكال أصلاً؛ لأنّ الرّد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، والإجازة كاشفه عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض؛ و لذا لو لم يقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو ردّه، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، و سيأتي في مسأله جواز تتبع العقود للمالك (1) تتمه لذلك، فانتظر.

ثمّ اعلم: أنّ الكلام في صحّحه بيع الفضولي لنفسه - غاصباً كان أو غيره - إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، و هو الذي لم يفرّق المشهور بينه و بين الفضولي للبائع للمالك، لا لنفسه.

و أما الكلام في صحّحه بيع الفضولي و وقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع و أجاز - سواء باع لنفسه أو المالك (2) - فلا دخل له بما نحن فيه؛ لأنّ الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، و هناك في وقوعه للعاقدة إذا ملك.

و من هنا يعلم: أنّ ما ذكره في الرياض من أنّ بيع الفضولي لنفسه باطل (3) و نسب إلى التذكرة نفى الخلاف فيه (4) في غير محلّه، إلّا أن يريد ما ذكرناه، و هو خلاف ظاهر كلامه.

ص: ٣٨٩

١-١) يأتي في الصفحة ٤٦٩ و ما بعدها.

٢-٢) في مصحّحه «ن»: للمالك.

٣-٣) في «ف»: فاسد.

٤-٤) الرياض ٥١٢: ١، و التذكرة ٤٦٣: ١، و تقدّمت عبارته التذكرة في الصفحة ٣٦٧.

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو ديناً (١) في ذمه الغير،

و منه جعل العوض ثمناً أو مثنماً في ذمه الغير.

ثم إن تشخيص (٢) ما في الذمه -الذي يعقد عليه الفضولي- إما بإضافه الذمه إلى الغير، بأن يقول: «بعت كراً من طعام في ذمه فلان بكذا» أو «بعت هذا بكذا في ذمه فلان» و حكمه: أنه لو أجاز فلان يقع العقد له، وإن ردّ بطل رأساً.

و إما بقصده العقد له؛ فإنه إذا قصد في العقد تعيين كونه صاحب الذمه؛ لما عرفت من استحاله دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدّم عن بعض (٣).

فكما أن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمه شخص خاص، و حينئذٍ فإن أجاز من قصد مالكيته (٤) وقع العقد (٥)، وإن ردّ فمقتضى القاعده بطلان العقد واقعاً؛ لأن مقتضى ردّ العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردّد في باب الفضولي

ص: ٣٩٠

١- ١) كلمه «ديناً» من «ف» و «ش».

٢- ٢) في غير «ش» زياده «كون»، لكن شطب عليها في «ن».

٣- ٣) تقدّم في الصفحه ٣٨٤.

٤- ٤) كذا في «ف»، «خ» و «ش»، و في سائر النسخ: ملكيته.

٥- ٥) في «ف»، «ن» و «خ» زياده: له.

بين مالكة الأصلي و من وقع له العقد، فلا- معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين الفضولى و من وقع له العقد؛ إذ لو صح وقوعه للفضولى لم يحتج إلى إجازته و وقع له، إلا أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد (١) و حلف على نفي العلم حكم له على الفضولى؛ لوقوع (٢) العقد له ظاهراً، كما عن المحقق (٣) و فخر الإسلام (٤) و المحقق الكركى (٥) و السيورى (٦) و الشهيد الثانى (٧).

و قد يظهر من إطلاق بعض الكلمات- كالقواعد (٨) و المبسوط (٩)- وقوع العقد له واقعاً، و قد نسب ذلك إلى جماعه (١٠) فى بعض فروع المضاربه.

و حيث عرفت أن (١١) قصد البيع للغير أو إضافته إليه فى اللفظ

ص: ٣٩١

- ١- ١) فى «ف»، «ن»، و«ع»: العقد.
- ٢- ٢) فى مصححه «ن»: بوقوع.
- ٣- ٣) الشرائع ٢٠٥: ٢.
- ٤- ٤) إيضاح الفوائد ٣٤٧: ٢.
- ٥- ٥) جامع المقاصد ٢٥١: ٨ و ٢٥٢.
- ٦- ٦) لم نقف عليه فى التنقيح.
- ٧- ٧) المسالك ٣٠٠: ٥، و انظر المسالك ٣٧٩: ٤ أيضاً، و حكاه عنهم المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٧.
- ٨- ٨) انظر القواعد ٢٤٧: ١.
- ٩- ٩) انظر المبسوط ٣٨٦: ٢ و غيره من المواضع.
- ١٠- ١٠) لم نقف على المناسب، انظر الشرائع ١٤٢: ٢، و القواعد ٢٤٧: ١، و الرياض ٦٠٧: ١، و الجواهر ٣٨٤: ٢٦.
- ١١- ١١) فى غير «ش» زياده: «لازم»، إلا أنه شطب عليها فى «ن»، «خ» و«م».

يوجب صرف الكلّي إلى ذمّه ذلك الغير، كما أنّ إضافه الكلّي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه وإن لم يقصده أو لم يضيفه إليه، ظهر من ذلك التنافي بين إضافه البيع إلى غيره وإضافه الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافه، وكذا بين إضافه البيع إلى نفسه وإضافه الكلّي إلى غيره.

فلو جمع بين المتنافيين، بأن قال: «اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي» أو «اشترت هذا لنفسى بدرهم في ذمّه فلان» ففي الأوّل يحتمل البطلان؛ لأنّه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعامله لنفسه أو للغير (1)، وفي الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضه بالبناء على التملك في ذمّه الغير اعتقاداً، ويحتمل الصحّ بإلغاء قيد «ذمّه الغير»؛ لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافه الذمّه إلى الغير، والمسأله تحتاج إلى تأمل.

ثمّ إنّه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة، إلّا أنّ أبا حنيفه قال: يقع (2) للمشتري بكلّ (3) حال (4). وإن كان في الذمّه لغيره وأطلق

ص: ٣٩٢

١-١) في «ص»: لغيره.

٢-٢) لم ترد «يقع» في غير «ش»، إلّا أنّها استدركت في «ن»، «م»، و«ص».

٣-٣) كذا في «ص» و«مصححه» «ن» و«م»، وفي سائر النسخ: لكلّ.

٤-٤) راجع المغنى؛ لابن قدامه ٤: ٢٢٧.

اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صحّ و لزمه أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر، و به قال الشافعي في القديم (١) و أحمد (٢).

و إنما يصحّ الشراء؛ لأنه تصرّف في ذمّته لا في مال غيره، و إنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له لزمه، و إن ردّه لزم من اشتراه، و لا فرق بين أن ينقد (٣) من مال الغير أو لا.

و قال أبو حنيفة: يقع عن المباشر، و هو جديد للشافعي (٤)، انتهى.

و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليقه بقوله: «لأنه تصرّف في ذمّته لا في مال الغير»، لكن أشرنا سابقاً (٥) إجمالاً. إلى أنّ تطبيق هذا على القواعد مشكل؛ لأنه إن جعل المال في ذمّته بالأصالة، فيكون ما في ذمّته كعين (٦) ماله، فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. و الأوفق بالقواعد في مثل هذا: إمّا البطلان لو عمل بالتيه؛ بناءً على أنّه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال

ص: ٣٩٣

١- ١) انظر فتح العزيز (المطبوع ضمن المجموع) ٨: ١٢٢، و المجموع ٩: ٢٦٠.

٢- ٢) انظر المجموع ٩: ٢٦٠، و فتح العزيز ٨: ١٢٢ و ١٢٣، و حليه العلماء ٤: ٧٧.

٣- ٣) في «خ»، «ع» و «ص»: «ينفذ»، لكن صحّح في «ع» بما في المتن.

٤- ٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

٥- ٥) انظر الصفحة ٣٨١.

٦- ٦) كذا في «ش» و «ص»، و في غيرهما: «كغير»، إلّا أنّها صحّحت في أكثر النسخ بما في المتن.

الغير فى ملك غيره قهراً، وإما صحته و وقوعه لنفسه لو ألقى التيه؛ بناءً على انصراف المعامله إلى مالك العين قهراً (١) وإن نوى خلافه.

و إن جعل المال فى ذمته، لا من حيث الأصله، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه - مع (٢) الإشكال فى صحه هذا لو لم يرجع إلى الشراء فى ذمه الغير - أن اللزم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعامله و هذه النياه تقع فاسده من أصلها، لا أنها تقع للمباشر.

نعم، إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك فى ظاهر الشريعه، كما ذكرنا سابقاً (٣) و نصّ عليه جماعه فى باب التوكيل (٤).

و كيف كان، فوقوع المعامله فى الواقع مردده بين المباشر و المنوى، دون التزامه خرط القتاد! و يمكن تنزيل العبارة (٥) على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنّه بعيد.

الثانى: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاه؛

بناءً على إفادتها للملك؛ إذ لا - فارق بينها و بين العقد؛ فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضولى و أصيل إذا وقع بتيه التمليك و التملك فأجازه المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ (٦) شامل له.

ص: ٣٩٤

١- ١) لم ترد «قهراً» فى «ف».

٢- ٢) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ بدل: «ففيه مع» فمع.

٣- ٣) تقدّم فى الصفحه ٣٩١.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحه ٣٩١.

٥- ٥) يعنى ما نقله العلامة عن علمائنا فى الصفحه السابقه، بقوله: «و إن ردّ نفذ عن المباشر».

٦- ٦) البقره: ٢٧٥.

و يؤيده: روايه عروه البارقي (١)؛ حيث إنَّ الظاهر وقوع المعامله بالمعاطاه.

و توهم الإشكال فيه: من حيث إنَّ الإقباض الذى يحصل به التمليك محرم؛ لكونه تصرفاً فى مال الغير فلا يترتب عليه أثر، فى غير محلّه؛ إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمه.

مع أنه قد يقع الإقباض مقرونًا برضا المالك؛ بناءً على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعامله عن معامله الفضولى.

مع أن النهى لا يدلّ على الفساد، مع أنه لو دلّ لدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض فى السببيه، فلا ينافى كونه جزء سبب.

و ربما يستدلّ على ذلك (٢) بأنَّ المعاطاه منوطه بالتراضى و قصد الإباحه أو التمليك، و هما من وظائف المالك، و لا يتصور صدورهما من غيره— و لذا ذكر الشهيد الثانى: أنَّ المكره و الفضولى قاصدان للفظ دون المدلول، و ذكر: أنَّ قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك (٣)— و مشروطه أيضاً بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، و لا أثر له إلّا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

و فيه: أنَّ اعتبار الإقباض و القبض فى المعاطاه عند من اعتبره

ص: ٣٩٥

١-١) تقدّمت فى الصفحه ٣٥١.

٢-٢) استدلّ على ذلك المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٨.

٣-٣) ذكره فى المسالك ١٥٦: ٣.

فيها إنّما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحه، فهو عندهم من الأسباب الفعلية- كما صرّح الشهيد في قواعده (١)-و المعاطاه عندهم عقد فعلى، و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى (٢)، و حينئذٍ فلا مانع من أن يقصد الفضولى بإقباضه:

المعنى القائم بنفسه، المقصود من قوله: «ملكته».

و اعتبار مقارنه الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد أدلّه اعتبار الرضا و طيب النفس فى حلّ مال الغير-لا يخلو عن تحكّم.

و ما ذكره من (٣) الشهيد الثانى لا يجدى فيما نحن فيه؛ لأننا لا نعتبر فى فعل الفضولى أزيد من القصد الموجود فى قوله؛ لعدم الدليل، و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنه فى العقد القولى أيضاً، إلّا أن يقال: إنّ مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معامله الفضولى إذا وقعت بالقول، لكنك قد عرفت أنّ عقد (٤) الفضولى ليس على خلاف القاعده (٥).

نعم، لو قلنا: إنّ المعاطاه لا- يعتبر فيها قبض و لو اتفق معها، بل السبب المستقلّ هو تراضى المالكين بملكه (٦) كلّ منهما لمال صاحبه مطلقاً

ص: ٣٩٦

١- ١) انظر القواعد و الفوائد ٥٠: ١، القاعده ١٧، و ١٧٨، القاعده ٤٧.

٢- ٢) راجع الفتاوى الهنديه ٣: ٢.

٣- ٣) لم ترد «من» فى «ش»، و شطب عليها فى «ص».

٤- ٤) فى «ش»: العقد.

٥- ٥) تقدّم تحقيق ذلك فى أوائل المسأله فى الصفحه ٣٤٩ و ما بعدها.

٦- ٦) فى نسخه بدل «ن»: بملكه.

أو مع وصولهما (١) أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي.

نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنه لا مدخل له في معامله، فإذا رضى المالك بمالكيه من وصل إليه المال تحققت المعاطاه من حين الرضا ولم يكن إجازة لمعاطاه سابقه، لكن الإنصاف أنّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاه وإنما قصدهم إلى العقد الفعلي.

هذا كله على القول بالملك، وأما على القول بالإباحه، فيمكن القول ببطلان الفضولي؛ لأنّ إفاده معامله المقصود بها الملك للإباحه خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورته تعاطى المالكين، مع أنّ حصول الإباحه قبل الإجازة غير ممكن، والآثار الأخرى - مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف - إذا وقعت في غير زمان الإباحه الفعلية، لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحه من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفايه وقوعها مع الإباحه الواقعيه إذا كشف (٢) عنها الإجازة، فافهم.

ص: ٣٩٧

١- ١) في غير «ش» ووصولها، إلا أنه صحّح في «ن»، «ع» و«ص» بما في المتن.

٢- ٢) في غير «ش»: انكشف، ولكن صحّح في «ن».

أمّا الكلام فى الإجازة:

فيقع تارةً فى حكمها و شروطها، و أخرى فى المجيز، و ثالثه فى المجاز.

[هل الإجازة كاشفه أم ناقله]

أمّا حكمها،

فقد اختلف القائلون بصحّ الفضولى -بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة- فى كونها كاشفه بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد، أو ناقله بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة، على قولين:

[الأكثر على الكشف]

[الكلام فى أدله القائلين بالكشف و المناقشات فيها]

فالأكثر على الأوّل، و استدللّ عليه -كما عن جامع المقاصد (١) و الروضة (٢)- بأنّ العقد سبب تامّ فى الملك؛ لعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣)، و تمامه فى الفضولى إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تامّاً يوجب (٤) ترتّب الملك عليه، و إلّا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد

ص: ٣٩٩

١- ١) جامع المقاصد ٧٤:٤-٧٥.

٢- ٢) الروضة البهية ٢٢٩:٣، و حكاها عنهما السيّد المجاهد فى المناهل: ٢٩٠.

٣- ٣) المائدة: ١.

٤- ٤) فى «ش»: فوجب.

خاصه، بل به مع شيء آخر.

و بأن الإجازة متعلقه بالعقد، فهي (١) رضا بمضمونه، وليس إلّا نقل العوضين من حينه (٢).

و عن فخر الدين في الإيضاح: الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفه لزم تأثير المعدوم في الموجود؛ لأنّ العقد حالها عدم (٣)، انتهى.

و يرد على الوجه الأول: أنّه إن أُريد بكون العقد سبباً تاماً كونه (٤) علّه تامّه للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبين كونه تاماً؛ إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غايه الأمر: أنّ لازم صحّه عقد الفضولي كونها قائمه مقام الرضا المقارن، فيكون لها (٥) مدخل في تماميّه السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها (٦).

و منه يظهر فساد تقرير الدليل (٧) بأنّ العقد الواقع جامع (٨) لجميع

ص: ٤٠٠

١-١) في غير «ش»: فهو.

٢-٢) استدلل بهذا السيد الطباطبائي في الرياض ٥١٣:١، و المحقق القمي في جامع الشتات ٢٧٩:٢، و غنائم الأيام: ٥٤٢.

٣-٣) إيضاح الفوائد ٤١٩:١.

٤-٤) في غير «ش»: كونها.

٥-٥) في غير «ش»: له.

٦-٦) في غير «ش»: قبله.

٧-٧) قرره الشهيد في الروضة البهية ٢٢٩:٣.

٨-٨) في غير «ش» و «ص»: «جامعه»، إلّا أنّها صححت في «ن» بما أثبتناه.

الشروط، و (١) كلُّها حاصله إلَّا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله.

فإنه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟ و دعوى: أنّ الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب - كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطره قبل وقته - فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط - كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضه الصائمه، و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضى على القول به (٢) -، مدفوعه: بأنّه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعى و غيره، و تكثير الأمثله لا يوجب وقوع المحال العقلى، فهى كدعوى أنّ التناقض الشرعى بين الشئين لا يمنع عن اجتماعهما؛ لأنّ النقيض الشرعى غير العقلى.

فجميع ما ورد ممّا يوهم ذلك (٣) لا - بدّ فيه من التزام أنّ المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط: الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا يمكن فى ما نحن فيه، بأن يقال: إنّ الشرط تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد، و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة؛ لمخالفته الأدلّه (٤)، اللهم إلّا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقّف تأثير السبب

ص: ٤٠١

١ - ١) لم ترد «الواو» فى «ف».

٢ - ٢) كما قوّاه النراقى فى المستند ٣: ٣٨.

٣ - ٣) فى «ش» زياده: أنّه.

٤ - ٤) فى «ف»: للأدلّه.

المتقدّم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنّه لا يستحقّ إطلاق الشرط عليه، غير صادق على الرضا؛ لأنّ المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، و أنّه (١) لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس (٢)، و أنّه لا- ينفع لحوقه في حلّ تصرّف الغير و انقطاع سلطنه المالك.

و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام (٣)- بل التزم به غير واحد من المعاصرين (٤)- من أنّ معنى شرطيه الإجازة مع كونها كاشفه: شرطيه الوصف المنتزع منها، و هو كونها لا-حقه للعقد في المستقبل، فالعلّة التامة: العقد الملحوق بالإجازة، و هذه صفة مقارنه للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخره عنه.

و قد التزم بعضهم (٥) بما (٦) يتفرّع على هذا، من أنّه إذا علم المشتري أنّ المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد، و فيه ما لا يخفى من المخالفه للأدلّة.

ص: ٤٠٢

١- ١) في «ش»: لأنّه.

٢- ٢) وردت عبارته «اعتبار رضا إلى طيب النفس» في «ف» هكذا: اعتبار رضا المالك في زمان التصرف و أنّه لا يحلّ بدون طيب النفس.

٣- ٣) احتمله صاحب الجواهر على ما ذكره السيّد اليزدي في حاشيته على المكاسب: ١٤٨، و انظر الجواهر ٢٢: ٢٨٦-٢٨٧.

٤- ٤) انظر الفصول الغرويه: ٨٠، و مفتاح الكرامه ٤: ١٩٠، و المستند ٢: ٣٦٧.

٥- ٥) انظر الجواهر ٢٢: ٢٨٨.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «ممّا»، و قد صحّح في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

و يرد على الوجه الثاني (١):

أولاً: أنّ الإجازة و إن كانت رضاً بمضمون العقد، إلّا أنّ مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتّى يتعلّق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيّد بكونه فى ذلك الحال، بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظته وقوعه فى زمان، و إنّما الزمان من ضروريات إنشائه؛ فإنّ قول العاقد:

«بعت» ليس «نقلت من هذا الحين» و إن كان النقل المنشأ به واقعاً فى ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما أنّ إنشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشئ فى ذلك الزمان، فكذلك إجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الإجازة، و كما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان (٢) الإجازة.

و لأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنّه ليس إلّما رضاً بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه و كان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب؛ لأنّ الموجب ينقل من حينه، و القابل يتقبّل ذلك و يرضى به.

و دعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه، مدفوعه: بأنّ سببته للملك ليست إلّا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض

ص: ٤٠٣

١ - (١) أى الوجه الثانى من وجوه الاستدلال على كون الإجازة كاشفه، و هو ما ذكره بقوله: «و بأنّ الإجازة متعلّقه بالعقد... إلخ»، راجع الصفحه ٤٠٠.

٢ - (٢) فى «ف» زياده: إمضاء.

مقتضاه مركباً من نقل في زمانٍ و رضا بذلك النقل، كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب.

و لأجل ما ذكرنا-أيضاً-لا يكون فسخ العقد إلّا انحلاله من زمانه، لا من زمان العقد؛ فإنّ الفسخ نظير الإجازة و الردّ لا يتعلّق إلّا بمضمون العقد و هو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان ردّه و حلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد.

و السرّ في جميع ذلك ما ذكرنا: من عدم كون زمان النقل إلّا ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ، إنّما يتعلّق بنفس المضمون، دون المقيّد بذلك الزمان.

و الحاصل: أنّه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك:

«رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله» أو «رضيت بانتقال مالى إلى زيد» و غير ذلك من الألفاظ التى لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولى فضلاً عن زمانه. كيف! و قد جعلوا تمكين الزوجه بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك، و من المعلوم: أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظه زمان نقل الفضولى.

و بتقرير آخر: أنّ الإجازة من المالك قائمه مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزله العاقد إلّا بعد الإجازة، فهى إمّا شرط أو جزء سبب للملك.

و بعبارة أخرى: المؤثّر هو العقد المرضي به، و المقيّد من حيث أنّه مقيّد لا يوجد إلّا بعد القيد، و لا يكفى في التأثير وجود ذات المقيّد

و ثانياً: أنا (2) لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، ولا جزء سبب، وإنما هي من المالك محدثه للتأثير في العقد السابق و جاعله له (3) سبباً تاماً حتى كأنه وقع مؤثراً، فيتفرع عليه أنّ مجرد رضا المالك بنتيجة العقد - أعني محض الملكيه من غير التفات إلى وقوع عقد سابق - ليس (4) بإجازة؛ لأنّ معنى «إجازة العقد»: جعله جائزاً نافذاً ماضياً، لكن نقول: لم يدلّ دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه؛ لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين - كوجوب الوفاء بالعهد والنذر - من المعلوم: أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلّا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلّا بعدها، و من المعلوم: أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك.

و ممّا ذكرنا يعلم: عدم صحّحه الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى: أنّ الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام (5)

ص: ٤٠٥

١-١) في «ف»: المجزّد.

٢-٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: و أمّا ثانياً فلأنّا.

٣-٣) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها بدل «جاعله له»: جاعله.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في غيرها: ليست.

٥-٥) كذا في «ف» و «ش»، و في غيرهما: «الإلزام»، إلّا أنّها صحّحت في أكثر النسخ بما أثبتناه.

بالنقل من حين العقد، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم أحلّ الله البيع (١) فإن الملك ملزوم لحليّه التصرف (٢)، وقبل (٣) الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردده في الفسخ والإمضاء.

و ثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي و العرفي - أعنى جعل العقد السابق جائزاً ماضياً - بتقريب أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد: العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي، فإذا صار العقد بالإجازة (٤) كأنه (٥) وقع مؤثراً ماضياً (٦)، كان مقتضى العقد المُجاز عرفاً ترتّب الآثار من حينه، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه.

لكن نقول بعد الإغماض عن أنّ مجرّد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي ترتّب الأثر من حين العقد، كما أنّ كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء (٧) له لا يوجب ذلك، حتّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد

ص: ٤٠٦

١- (١) البقرة: ٢٧٥.

٢- (٢) في «ف»: لحليّه الإجازة.

٣- (٣) في «ع»، «ص» و «ش»: فقبل.

٤- (٤) في «م» و «ع» زياده: ماضياً - ظ.

٥- (٥) في غير «ف» و «ش»: «فكأنه»، و لكن صحّح في «خ» و «ن» بما أثبتناه.

٦- (٦) العبارة في مصحّحه «ص» هكذا: فإذا صار العقد بالإجازة مؤثراً ماضياً...

٧- (٧) كذا في «ش» و مصحّحتي «ن» و «ص»، و في سائر النسخ: إمضائه.

ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل:-

إنَّ (١) هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنَّ العقد الموجود على صفه عدم التأثير يستحيل لحوق صفه التأثير له؛ لاستحاله خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلاله الاقتضاء إلى إرادته معامله العقد بعد الإجازة معامله العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري و إن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه.

و الحاصل: أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، و هذا نقل حقيقى فى حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتى الثمره بينه و بين الكشف الحقيقى (٢).

و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلّا الأستاذ شريف العلماء قدّس سرّه فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، و إلّا فظاهر كلام القائلين بالكشف أنّ الانتقال فى زمان العقد؛ و لذا عنون العلامة رحمه الله فى القواعد مسأله الكشف و النقل بقوله: «و فى زمان الانتقال إشكال» (٣).

فجعل النزاع فى هذه المسأله نزاعاً فى زمان الانتقال.

ص: ٤٠٧

١- ١) فى «ش» و «ص» بدل «أن»: إذ.

٢- ٢) يأتى فى الصفحه ٤١٠ و ما بعدها.

٣- ٣) القواعد ١٢٤: ١.

و قد تحصل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفيه الإجازة على وجوه ثلاثه، قال بكلّ (١) منها قائل:

أحدها- و هو المشهور-: الكشف الحقيقى و التزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً؛ و لذا اعترضهم (٢) جمال المحققين فى حاشيته على الروضه (٣) بأنّ الشرط لا يتأخر (٤).

و الثانى: الكشف الحقيقى و التزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة؛ فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط، و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها فيما بعد (٥).

الثالث: الكشف الحكمى، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقّق الملك فى الواقع إلّا بعد الإجازة.

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا: أنّ الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل، ثمّ بعده الكشف الحكمى، و أمّا الكشف الحقيقى مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد فى غايه الإشكال؛ و لذا استشكل فيه العلامة فى القواعد (٦) و لم يرجّحه المحقق الثانى فى حاشيه الإرشاد (٧)،

ص: ٤٠٨

١-١) فى غير «ص» و «ش»: لكلّ.

٢-٢) فى «ص» كتب فوق الكلمه: اعترض عليهم-ظ.

٣-٣) فى «ف»: حاشيه الروضه.

٤-٤) انظر حاشيه الروضه: ٣٥٨.

٥-٥) تقدّم فى الصفحه ٤٠٢.

٦-٦) القواعد ١: ١٢٤.

٧-٧) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.

بل عن الإيضاح اختيار خلافه (١)، تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز (٢) وقواه في مجمع البرهان (٣)، و تبعهم كاشف اللثام في النكاح (٤).

هذا بحسب القواعد و العمومات، و أما الأخبار، فالظاهر من صحيحه محمد بن قيس (٥): الكشف - كما صرح به في الدروس (٦) - و كذا الأخبار التي بعدها (٧)، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي.

نعم، صحيحه أبي عبيده - الوارده في تزويج الصغيرين فضولاً، الأمره بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات، للزوجه الغير المدركه حتى تدرك و تحلف (٨) - ظاهره في قول الكشف؛ إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجه باقيه (٩) على ملك سائر الورثه، كان العزل

ص: ٤٠٩

١ - ١) الإيضاح ١:٤٢٠، و حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٨٩، و قال: و هو الظاهر من الفخر فى الإيضاح.

٢ - ٢) انظر كشف الرموز ١:٤٤٥-٤٤٦.

٣ - ٣) مجمع الفائده ٨:١٥٩.

٤ - ٤) لم نعر على التصريح بذلك فيه، لكن قال السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:١٨٩): و إليه مال صاحب كشف اللثام فى باب النكاح، (انظر كشف اللثام ٢:٢٢).

٥ - ٥) المتقدمه فى الصفحه ٣٥٣.

٦ - ٦) الدروس ٣:٢٣٣.

٧ - ٧) و هى روايات تقدمت فى الصفحات ٣٥٨-٣٦٣. هذا، و فى «ش» شطب على عبارته: «التي بعدها».

٨ - ٨) الوسائل ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأول.

٩ - ٩) كذا فى النسخ، و المناسب: باقياً.

مخالفاً لقاعده «تسلط الناس على أموالهم»، بإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» (١) يفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجه الغير المدركه وارثه في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصاله عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل.

بقى الكلام في بيان الثمره بين الكشف-باحتمالاته-و النقل.

فنقول: أمّا الثمره على الكشف الحقيقي، بين كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقّب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أمّا الثمره بين الكشف الحقيقي و الحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً، يظهر (٢) في مثل ما إذا وطئ المشتري الجاريه قبل إجازة مالكة فأجاز، فإنّ الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً؛ لأصاله عدم الإجازة، حلال واقعاً؛ لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه.

و لو أولدها صارت أمّ ولد على الكشف الحقيقي و الحكمي؛ لأنّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً: ترتّب حكم وقوع الوطاء في الملك، و يحتمل عدم تحقّق الاستيلاد على الحكمي؛ لعدم تحقّق حدوث الولد في الملك و إن حكم بملكيتها للمشتري بعد ذلك.

ص: ٤١٠

١-١) عوالي اللآلي ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.

٢-٢) في «ص»: فإنّه يظهر.

و لو نقل المالك [أم (١)] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي؛ لانكشاف وقوعه في ملك الغير - مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ - وبقى صحيحاً على الكشف الحكمي، وعلى المجيز قيمتها (٢)؛ لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحّ النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم.

و ضابط الكشف الحكمي: الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكيه المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكيه المالك قبل إجازته - كإتلاف النماء و نقله - و لم يناف الإجازة، جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً - كالعقوبات محلّها، مع احتمال الرجوع إلى البدل، و سيجيء.

ثمّ، إنهم ذكروا للثمره بين الكشف و النقل مواضع:

منها: النماء،

فإنه على الكشف بقولٍ مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه، و للشهيد الثاني في الروضه عبارة (٣)، توجيه

ص: ٤١١

١ - ١) لم يرد في «ف»، و الظاهر عدم وروده في النسخه الأصليه، حيث كتب فوقه في «ن»، «خ»، «م»، و «ع» العلامه: «ظ».

٢ - ٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: قيمته.

٣ - ٣) و العبارة هي: «و تظهر الفائده في النماء، فإن جعلناها كاشفه، فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقله فهما للمالك المجيز» الروضه البهيه ٢٢٩: ٣ - ٢٣٠.

المراد منها كما-فعله بعض (١)أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه آخر (٢).

و منها: أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر يبطل له على القول بالنقل، دون الكشف،

بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل (٣) في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفه؛ فإن العقد تام من طرف الأصيل، غايه الأمر تسلط الآخر على فسخه، وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحه العقد-كالقبض في الهبه و الوقف و الصدقه-فلا يرد ما اعترضه بعض: من منع جواز الإبطال على القول بالنقل؛ معللاً- بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه (٤).

و فيه: أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب

ص: ٤١٢

١- (١) كما وجهه جمال الدين في حاشيه الروضه: ٣٥٨ يكون العقد فضولياً من الطرفين.

٢- (٢) المراد منه ظاهراً صاحب مفتاح الكرامه و بعض من تبعه- كما في غايه الآمال: ٣٨٠- و راجع مفتاح الكرامه ٤: ١٩٠، و غنائم الأيام: ٥٤٢-٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨١.

٣- (٣) في «م»، «ع»، و«ش»: القائل.

٤- (٤) أورد الاعتراض المحقق القمي في غنائم الأيام: ٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨٢.

شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدي في وجود المسبب؛ فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحه العقود و لزومها، و لا يخلو عن إشكال.

و منها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل،

و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جاريه من فضوليّ جاز له وطؤها، و إن استولدها صارت أمّ ولد؛ لأنّها ملكه، و كذا لو زوجت نفسها من فضوليّ جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثالين لغت؛ لعدم بقاء المحلّ قابلاً.

و الحاصل: أنّ الفسخ القوليّ و إن قلنا: إنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلّا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك.

و ربما احتُمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً؛ و لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل و إن لم يجب في الطرف الآخر، و هو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسأله شراء الغاصب بعين المال المغصوب؛ حيث قال: لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف في العين لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف (١)، انتهى.

و فيه: أنّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من

(٢)

ص: ٤١٣

١- ١) جامع المقاصد ٣٣١: ٤.

٢- ٢) لم ترد «من» في «ش».

المتعاقدين؛ لأنّ المأمور بالوفاء به (١) هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلّا بعد القيد.

هذا (٢) كلّه على النقل، و أمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرّف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعه، كالعلامة و السيّد العميدى (٣) و المحقّق الثانى (٤) و ظاهر غيرهم.

و ربما اعترض عليه بعدم المانع له (٥) من التصرّف؛ لأنّ مجرّد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع، لا يقدح فى السلطنة الثابته له؛ و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرّف مطلقاً. نعم، إذا حصلت (٦) الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف منافعٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه. قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرّف (٧)، انتهى.

أقول: مقتضى عموم وجوب الوفاء: وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه، و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتّى مع العلم بعدم إجازة

ص: ٤١٤

١- ١) لم ترد «به» فى «ش».

٢- ٢) فى غير «ف»: و هذا.

٣- ٣) انظر كتر الفوائد ٣٨٥: ١.

٤- ٤) راجع الصفحة السابقة.

٥- ٥) لم ترد «له» فى «ف».

٦- ٦) فى غير «ف»: حصل.

٧- ٧) لم نعثر عليه.

المالك، و من هنا يظهر أنه لا فائده في أصالة عدم الإجازة.

لكن ما ذكره البعض (١) المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف:

من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة؛ لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين: و أما على المشهور في معنى الكشف: من كون نفس الإجازة المتأخره شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، و قد تحقّق، فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض؛ فإنّ ردّ المالك فسخّ للعقد (٢) من طرف الأصيل، كما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل: أنه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم - على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمه شيء شرطاً أو شرطاً - حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكلّ تصرّف يعدّ نقضاً لعقد المبادله - بمعنى عدم اجتماعه مع صحّه العقد - فهو غير جائز.

و من هنا تبين فساد توهم: أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرّفه فيما انتقل إليه؛ لأنّ مقتضى العقد مبادله المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي (٣) مقتضى العقد، أعني المبادله.

ص: ٤١٥

١ - ١) في «ف»: بعض.

٢ - ٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: العقد.

٣ - ٣) في «ص»: تنافي.

توضيح الفساد: أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادله: حرمة نقضه و التخطي عنه، وهذا لا يدل إلا على حرمة التصرف في ماله؛ حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل، و أما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه، و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمياً التزم على نفسه، و أمياً قيده «كونه بإزاء مال» فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلاً في مفهوم المبادله، فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادله، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً و تركاً (١) إلى ما يقتضيه الأصل، و هي أصالة عدم الانتقال.

و دعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم بتحقيقه، فهو كالنذر المعلق على شرط؛ حيث حكم جماعه (٢) بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أن التصرف حينئذ لا يعدّ حثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

مدفوعه - بعد تسليم جواز التصرف في مسأله النذر المشهوره بالإشكال - بأن (٣) الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة،

ص: ٤١٦

-
- ١- ١) في «ن»، «خ» و «م»: أو تركاً.
٢- ٢) منهم المحقق في الشرائع ٣: ١٠٨، و الشهيد الأول في الدروس ٢: ٢٠٥، و الشهيد الثاني في الروضة البهية ٦: ٢٩٤-٢٩٦ و المسالك ١٠: ٣٠٦، و التستري في مقابس الأنوار: ١٩٢-١٩٣.
٣- ٣) في غير «ص»: أن.

و إنما التزم بالمبادله متوقّعا للإجازه، فيجب عليه الوفاء به، و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقّعه من الإجازه، أو ينتقض التزامه بردّ المالك.

و لأجل ما ذكرنا- من اختصاص حرمة النقص بما يعدّ من التصرّفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه، دون غيرها- قال في القواعد في باب النكاح: و لو تولّى الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حقّ المباشر تحريم المصاهره، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسه و الأخت و الأمّ و البنت، إلّا إذا فسخت، على إشكال فى الأمّ، و فى الطلاق نظر؛ لترتبه على عقد لازم، فلا- يبيح (١) المصاهره، و إن كانت زوجه لم يحلّ لها نكاح غيره إلّا إذا فسخت، و الطلاق هنا (٢) معتبر (٣)، انتهى.

و عن كشف اللثام نفى الإشكال (٤)، و قد صرّح أيضاً جماعه بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، و فرّعوا عليه تحريم المصاهره (٥).

و أمّا مثل النظر إلى المزوّجه فضولاً- و إلى أمّها- مثلاً- و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه، فهو باقٍ تحت الأصول؛

ص: ٤١٧

١- ١) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: فلا يقع.

٢- ٢) لم ترد «هنا» فى غير «ف» و «ش»، و زيدت فى «ن» تصحيحاً.

٣- ٣) القواعد ٧: ٢.

٤- ٤) كشف اللثام ٢٣: ٢.

٥- ٥) كما فرّع عليه المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ١٥٩: ١٢، و البحرانى فى الحدائق ٢٨٨: ٢٣- ٢٨٩.

لأنّ ذلك من لوازم علاقة الزوجيه الغير الثابته، بل المنفيّه بالأصل، فحرمه نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقّف على ثبوت نتيجته العقد -أعنى علاقته الملك أو الزوجيه- بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمه النقض من الطرفين.

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها

(١)

و بما يمكن أن يقال عليها:

منها: ما لو انسلخت قابليته الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازته الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطريّ أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مُصحفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل.

و كذا لو انسلخت قابليته المنقول بتلف أو عروض نجاسه له مع ميعانه... إلى غير ذلك.

و في مقابله ما لو تجددت القابليه قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد، كما لو تجددت الثمره و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، و فيما قارن العقد فقد الشروط (٢) ثم حصلت (٣) و بالعكس (٤).

و ربما يعترض (٥) على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدله في

ص: ٤١٨

١- ١) لم ترد «للتنبه بها» في «ف».

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: الشرط.

٣- ٣) في مصححتي «ن» و «ص»: حصل.

٤- ٤) إلى هنا ينتهي ما ذكره بعض متأخري المتأخرين - و هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٢- مع تغيير في العبارة.

٥- ٥) اعترض عليه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩١.

اعتبار استمرار القابليه إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

و فيه: أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابليه، ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيع متعده على ماله (1)، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحه الجميع (2)، مع عدم بقاء مالكيه الأول مستمراً، كما يشعر بعض أخبار المسأله المتقدمه؛ حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر (3) عدم اعتبار حياه المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين (4) الذي يصلح ردّاً (5) لما ذكر في الثمره الثانيه - أعنى: خروج المنقول عن قابليه تعلق إنشاء عقد أو إجازة به؛ لتلف و شبهه - فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد، مضافاً إلى إطلاق روايه عروه (6)، حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن موت الشاه أو ذبحه و إتلافه (7).

ص: ٤١٩

١- ١) في «ص»: مال.

٢- ٢) راجع المسالك ٣: ١٥٨، و غنائم الأيام: ٥٤٣، و جامع الشتات ٢: ٢٨٢ - ٢٨٣، و مفتاح الكرامه ٤: ١٩١، و الجواهر ٢٢: ٢٩٢.

٣- ٣) مثل روايه ابن أشيم، المتقدمه في الصفحه ٣٦١.

٤- ٤) المتقدم في الصفحه ٤٠٩.

٥- ٥) كلمه «ردّاً» من «ش» و مصححه «ن».

٦- ٦) المتقدمه في الصفحه ٣٥١.

٧- ٧) كذا في النسخ، و المناسب: ذبحها و إتلافها.

نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابليته بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمره للمسألة؛ لبطلان العقد ظاهراً على القولين، وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجمله، فباب المناقشه و إن كان واسعاً، إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه.

و ربما يقال (1) بظهور الثمره في تعلق الخيارات و حقّ الشفعه و احتساب مبدأ الخيارات و معرفه مجلس الصرف و السلم و الايمان و النذور المتعلقه بمال البائع أو المشتري، و تظهر الثمره أيضاً في العقود المترتبه على الثمن أو المثلث، و سيأتي إن شاء الله.

ص: ٤٢٠

١-١) قاله كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط)، الورقه ٦٢.

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفه أو ناقله ليس في مفهومها اللغوي

و معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظته اعتبار رضا المالك و أدلّه وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلّه الخارجيه، فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو (١)الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحتها وجهان.

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه

الثاني أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه (٢)على وجه الصراحة العرفيه،

كقوله: «أمضيت» و «أجزت» و «أنفذت» و «رضيت»، و شبه ذلك.

و ظاهر روايه البارقي (٣)وقوعها بالكنايه، و ليس ببعيد إذا اتكل

ص: ٤٢١

١- ١) في «م» بدل «أو»: و.

٢- ٢) كذا في النسخ، و المناسب: «أن تكون باللفظ الدالّ عليها» كما في مصححه «ص».

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٥١.

[كفايه الفعل الكاشف عن الرضا في الإجازة]

و الظاهر أنّ الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ، كالتصرّف في الثمن، و منه إجازة البيع الواقع عليه - كما سيجيء (٢) - و كتمكين الزوجه من الدخول بها إذا زوّجت فضولاً، كما صرّح به العلّامة قدّس سرّه (٣).

و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ (٤)، بل نسب إلى صريح جماعه و ظاهر آخرين (٥)، و في النسبه نظر.

و استدللّ عليه بعضهم (٦): من أنّه (٧) كالبيع في استقرار الملك، و هو يشبه المصادره.

و يمكن أن يوجّه: بأنّ الاستقراء في النواقل الاختياريه اللازمه - كالبيع و شبهه - يقتضى اعتبار اللفظ، و من المعلوم أنّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة.

و فيه نظر، بل لو لا شبهه الإجماع الحاصله من عباره جماعه من المعاصرين (٨) تعين القول بكفايه نفس الرضا إذا علم حصوله من أيّ

ص: ٤٢٢

١-١) كذا في النسخ، و المناسب: «عليها»، كما استظهره مصحّح «ص».

٢-٢) يجيء في الصفحه ٤٦٩ في الأمر الثالث «الكلام في المجاز».

٣-٣) انظر القواعد ٢:٨.

٤-٤) اعتبره الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٢٧.

٥-٥) نسبة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٩٨.

٦-٦) استدللّ عليه الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢:٢٧.

٧-٧) في مصحّحه «ص»: بأنّها.

٨-٨) انظر مفتاح الكرامه ٤:١٩٨، و الجواهر ٢٩٣:٢٢-٢٩٤.

طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى (١) والنصوص (٢).

فقد علل جماعة (٣) عدم كفايه السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا.

و حكي عن آخرين (٤) أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت؛ لأن الحلف يدل على كراهتها.

و ذكر بعض: أنه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضلاً سكوتها (٥).

و من المعلوم: أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفايه السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع؛ دفعاً

ص: ٤٢٣

١ - ١) منها ما ذكره المقدس الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨:١٦٠، والسيد المجاهد في المناهل: ٢٨٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٢٩٤.

٢ - ٢) كالنصوص الآتية في إجازة البكر و إجازة المولى و غيرهما.

٣ - ٣) منهم العلامة في نهاية الأحكام ٢:٤٧٥-٤٧٦، والشهيد الثاني في الروضة ٣:٢٣٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٢٩٣.

٤ - ٤) حكاة السيد المجاهد في المناهل: ٤٦٦ عن الغنية و المختصر النافع و الشرائع و الإرشاد و القواعد و غيرها، و انظر الغنية: ٢٦٩، و المختصر النافع: ١٥٥، و الشرائع ٢:٢٠٥، و الإرشاد ١:٤١٩، و القواعد ١:٢٥٩-٢٦٠، و الرياض ٢:١٢، و الجواهر ٢٧:٤٠٣.

٥ - ٥) هذا هو المشهور بين الأصحاب كما صرح به الشهيد الثاني في المسالك ٧:١٦٤، و المحدث البحراني في الحقائق ٢٣:٢٦٣، و الأشهر الأظهر، كما قال في الرياض ٢:٨٢، و نسب الخلاف فيها إلى الحلبي فقط.

[كفايه الرضا الباطني، والاستدلال عليه]

ثم إنَّ الظاهر أنَّ كلَّ من قال بكفايه الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن و تمكين الزوجه - اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببِ الفعل تعبدًا.

و قد صرَّح غير واحد (١) بأنَّه لو رضى المكره بما فعله صحَّ، ولم يعبروا بالإجازه.

و قد ورد فيمن زوّجت نفسها في حال السكر: أنَّها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلك رضا منها (٢).

و عرفت (٣) أيضًا استدلالهم على كون الإجازة كاشفه بأنَّ العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التام عمله.

و بالجمله، فدعوى الإجماع في المسأله دونها خرط القتاد! و حيثئذٍ فالعمومات المتمسك بها لصحَّه الفضولي (٤) - السالمه عن ورود مخيَّص عليها، عدا ما دلَّ على اعتبار رضا المالك في حلِّ ماله و انتقاله إلى الغير و رفع سلطنته عنه (٥) - أقوى حججه في المقام.

مضافاً إلى ما ورد في عدّه أخبار من أنَّ سكوت المولى بعد

ص: ٤٢٤

١- ١) منهم المحقق في الشرائع ٢: ١٤، و العلّامة في القواعد ١: ١٢٤ و غيره، و الشهيد في الدروس ٣: ١٩٢ و اللمعه: ١١٠.

٢- ٢) الوسائل ١٤: ٢٢١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح.

٣- ٣) راجع الصفحه ٤٠٠ و ٤٠١.

٤- ٤) راجع الصفحات ٣٥١-٣٦٢.

٥- ٥) راجع الصفحه ٣٦٤ و ما بعدها.

علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه (١)، و ما دلّ على أنّ قول المولى -لعبده المتزوج بغير إذنه-: «طلق»، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازته (٢)، و على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا (٣)، و ما دلّ على أنّ التصرف من ذى الخيار رضاً منه (٤)، و غير ذلك.

[هل يكفى الرضا مقارناً للعقد أو سابقاً عليه؟]

بقى فى المقام: أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، و كفايه مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغى أن يقال بكفايه وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنّه علم رضا (٥) المالك بقول أو فعل يدلّ على رضاه بيع ماله كفى فى اللزوم؛ لأنّ ما يؤثّر بلحوقه يؤثّر بمقارنته بطريق أولى. و الظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك: أن لا يصحّ الإجازة إلّا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولى.

و يؤيد ذلك: أنّه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهة فسخاً (٦)، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك؛ لأنّ الكراهة

ص: ٤٢٥

- ١-١) راجع الوسائل ١٤:٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.
- ٢-٢) راجع الوسائل ١٤:٥٢٦، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.
- ٣-٣) يدلّ عليه ما فى الوسائل ١٤:٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث ١ و ٢ و غيرهما.
- ٤-٤) انظر الوسائل ١٢:٣٥١-٣٥٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.
- ٥-٥) فى «ف»: و رضى.
- ٦-٦) فى «ف»: فاسخاً.

الحاصله حينه و بعده و لو آناً ما تكفى فى الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهه فسخاً و إن كان مجرد الرضا إجازة.

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد؛

إذ مع الرد يفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة (١).

و الدليل عليه- بعد ظهور الإجماع، بل التصريح به فى كلام بعض مشايخنا (٢)-: أن الإجازة إنما تجعل المميز أحد طرفى العقد، و إلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد؛ لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو فى حقّ العاقدين أو من قام (٣) مقامهما، و قد تقرّر: أن من (٤) شروط الصيغه أن لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذى هو فى معنى المعاهده.

هذا، مع أن مقتضى سلطنه الناس على أموالهم تأثير الردّ فى قطع علاقه الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

نعم، الصحيحه الوارده فى بيع الوليده (٥) ظاهره فى صحه الإجازة

ص: ٤٢٦

١- ١) فى «ف» بدل «فلا يبقى ما يلحقه الإجازة»: فلا تقع قابلاً.

٢- ٢) صرّح به صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٧٨: ٢٢.

٣- ٣) فى «ف»: يقوم.

٤- ٤) فى «ف»: و قد تقرّر فى شروط.

٥- ٥) تقدّمت فى الصفحه ٣٥٣.

بعد الردّ، اللهم إلّا أن يقال: إنّ الردّ الفعلي - كأخذ المبيع مثلاً - غير كافٍ، بل لا بدّ من إنشاء الفسخ.

و دعوى: أنّ الفسخ هنا ليس بأولى من العقود اللازمه و قد صرّحوا بحصوله بالفعل.

يدفعها: أنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل أخذ المبيع.

و بالجمله، فالظاهر (1) هنا و في جميع الالتزامات: عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلّم ظهور الروايه في خلافه فليطرح أو يؤوّل (2).

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله،

فموضوعها المالك، فقولنا: «له أن يجيز» مثل قولنا: «له أن يبيع»، و الكلّ راجع إلى أنّ له أن يتصرّف. فلو مات المالك لم يورث الإجازة، و إنّما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة؛ بناءً على ما سيجيء من جواز مغايره المجيز و المالك حال العقد - في من باع مال أبيه فبان ميتاً - و الفرق بين إرث الإجازة و إرث المال يظهر بالتأمل (3).

ص: ٤٢٧

١- ١) في «ف» زياده: من الأصحاب.

٢- ٢) كذا، و الأنسب: «فلتطرح أو تؤوّل»، كما في مصحّحه «ص».

٣- ٣) قالوا: الفرق بينهما يظهر في إرث الزوجه، و تعدّد الورثه، انظر هدايه الطالب (شرح الشهيدى): ٢٩٦.

الخامس إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن، ولا لإقباض المبيع،

و لو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة؛ لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري، و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع.

لكن ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين، و أما قبض الكلي و تشخصه به فوقعه من الفضولي على وجه تصححه الإجازة يحتاج إلى دليلٍ معممٍ لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن (١) صعوبه.

و عن المختلف: أنه حكى عن الشيخ: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن، ثم ضعّفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض (٢).

و على أي حال، فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً- كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرّق- كان إجازة العقد إجازةً للقبض؛ صوتاً للإجازة عن اللغويه.

ص: ٤٢٨

(١-١) في «ف»: من.

(٢-٢) المختلف ٥٧:٥، المقام السادس من مقامات بيع المغصوب، و انظر النهايه: ٤٠٢.

و لو قال:أجزت العقد دون القبض،ففى بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان.

السادس الإجازة ليست على الفور؛

للعومات و لصحيحه محمد بن قيس (١) و أكثر المؤيّدات المذكوره بعدها (٢)،و لو لم يجز المالك و لم يردّ حتىّ لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و إليه-على القول بالكشف- فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين (٣).

السابع هل يعتبر فى صحّه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو

السابع هل يعتبر فى صحّه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو (٤) خصوصاً، أم لا؟

وجهان:

الأقوى:التفصيل،فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها،فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقه بين مالكين فأجاز أحدهما، و ضررُ التبعض (٥) على المشتري يجبر بالخيار.

ص: ٤٢٩

١-١) المتقدّمه فى الصفحه ٣٥٣.

٢-٢) راجع الصفحه ٣٥٤ و ما بعدها.

٣-٣) لم ترد«على أحد الأمرين»فى «ف».

٤-٤) فى «ف»بدل «أو»:و.

٥-٥) فى «ف»،«م»،«خ»و«ع»:«البعض»،و فى نسخه بدل الأخيرين مثل ما أثبتناه.

و لو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز؛ بناءً على عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط و إن كان قابلاً للتبويض من حيث الجزء؛ و لذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط.

و لو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط (1) و أجاز المالك مشروطاً، ففي صحّحه الإجازة مع الشرط إذا رضى به الأصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضى به الموجب- أو بدون الشرط؛ لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلّا إذا وقع في حيز العقد، -فلا- يجدى وقوعه في حيز القبول إلّا إذا تقدّم على الإيجاب، ليرد الإيجاب عليه أيضاً- أو بطلانها؛ لأنّه إذا لغى الشرط لغى المشروط؛ لكون المجموع التزاماً واحداً، وجوه، أقواها الأخير.

ص: ٤٣٠

١-١) عبارته «مجرداً عن الشرط» من «ش»، و استدركت في هامش «م» و «ن».

فاستقصاؤه يتمّ بيان أمور:

الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد،

و لو أجاز المريض بُنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض، و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل.

الثاني: هل يشترط في صحه عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد،

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحه و لا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازته وئيه إذا حدثت المصلحه بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان:

أولهما للعلامة في ظاهر القواعد (١)، و استدلل (٢) له بأن صحه العقد و الحال هذه ممتنعه، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً، و بلزوم الضرر على المشتري؛ لامتناع تصرفه في العين - لإمكان عدم الإجازة، و لعدم تحقق المقتضى - و لا - في الثمن؛ لإمكان تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

و يضعف الأول - مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة - منع ما ذكره (٣) من أن امتناع صحه العقد في زمانٍ يقتضى امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف، و أمّا الضرر فيتدارك (٤) بما يتدارك به صورته النقض المذكوره.

ص: ٤٣١

١- (١) القواعد ١٢٤: ١.

٢- (٢) المستدل هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٧٢.

٣- (٣) في غير «ن» و «ش»: ما ذكرناه.

٤- (٤) في «ف»: فتداركه.

هذا كله، مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار (١) فضولاً (٢) الشامله لصوره وجود ولئى النكاح و إهماله الإجازة إلى بلوغهم، و صوره عدم وجود الولئى؛ بناءً على عدم ولائيه الحاكم على الصغير فى النكاح، و انحصار الولئى فى الأب و الجدّ و الوصئى، على خلافٍ فيه.

و كيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط؛ وفاقاً للمحكئى عن ابن المتوّج البحرانى (٣) و الشهيد (٤) و المحقّق الثانئ (٥) و غيرهم (٦)، بل لم يرجّحه غير العلامه.

ثمّ اعلم أنّ العلامه فى القواعد مثّل لعدم وجود المجيز: بيع مال اليتيم (٧).

و حكى عن بعض العامه -و هو البيضاوى على ما قيل (٨)- الإيراد

ص: ٤٣٢

-
- ١- (١) راجع الوسائل ١٤:٢٠٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٢، و ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج. و الظاهر أنّ المراد من الولئى فى الروايه غير الأب و الجدّ كما قاله الشهيد الثانئ فى المسالك ٧:١٦٠ و ٧:١٧٩.
 - ٢- (٢) لم ترد «فضولاً» فى «ف».
 - ٣- (٣) لا يوجد عندنا كتابه، و لم نعثر على الحاكى، نعم حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٩٥ عن غيره.
 - ٤- (٤) الدروس ٣:١٩٣.
 - ٥- (٥) جامع المقاصد ٤:٧٣.
 - ٦- (٦) مثل الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:٢٦، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢:٢٩٩.
 - ٧- (٧) القواعد ١:١٢٤.
 - ٨- (٨) لم نعثر على القائل.

عليه: بأنه لا يتم على مذهب الإماميه من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

و عن المصنّف قدّس سرّه: أنّه أجاب بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه (1).

و انتصر للمورد بأنّ نائب الإمام عليه السلام -و هو المجتهد الجامع للشرائط- موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولايه على الطفل في مصالحه مع عدم العدول (2).

لكنّ الانتصار في غير محلّه؛ إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضاً، فإن أُريد وجود ذات المجيز، فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم (3) التمكّن من الإمام عليه السلام، و إن أُريد وجوده مع تمكّنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى: ما فعله فخر الدين (4) و المحقّق الثاني (5) من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحه، فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من شأنه (6).

ص: ٤٣٣

١- ١) حكاة السيد العاملی فی مفتاح الكرامه ٤:١٩٥، عن حواشی الشهيد.

٢- ٢) لم نعر على هذا الانتصار بتمامه، نعم انتصر المحقّق القمي للمعترض في جامع الشتات ٢:٣١٤ و غنائم الأيام: ٥٥٣ بوجود النائب.

٣- ٣) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: لعدم.

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١:٤١٩.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤:٧٢.

٦- ٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: من شأنه.

الإجازة؛ فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد،

سواء كان عدم جواز (١) التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع. و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد، و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فكّ الرهن.

فالكلام يقع في مسائل:

المسألة الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة،

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر (٢).

و الأقوى (٣): صحه الإجازة، بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الراهن فكّ الرهن قبل مراجعه المرتهن، فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة (٤).

ص: ٤٣٤

١- ١) كلمه «جواز» من «ف».

٢- ٢) لم ترد «لحجر» في «ف».

٣- ٣) في «ف»: فلا ينبغي الإشكال في صحه الإجازة.

٤- ٤) التذكرة ١:٤٦٥ و ٢:٥٠.

المسألة الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

لكنّ عنوان المسألة في كلمات (١) القوم هو الأوّل، وهو ما لو باع شيئاً ثمّ ملكه (٢)، وهذه تتصوّر على صور؛ لأنّ غير المالك إمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك (٣). والملك إمّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث. ثمّ البائع الذي يشتري الملك إمّا أن يجيز العقد الأوّل و إمّا أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأوّل بمجرد شراء البائع له.

[لو باع لنفسه ثم اشتراه و أجاز]

و المهمّ هنا التعرّض لبيان ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه من المالك و أجاز، و ما لو باع و اشترى و لم يجز؛ إذ يعلم (٤) حكم غيرهما منهما.

أمّا المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقّق في باب الزكاه من المعتبر-فيما إذا باع المالك النصاب (٥) قبل إخراج الزكاه أو رهنه:-

أنّه صحّ (٦) البيع و الرهن فيما عدا الزكاه، فإن اغترم حصّه الفقراء قال

ص: ٤٣٥

١- ١) في «ف»: كلام.

٢- ٢) كما في القواعد ١: ١٢٤، و الدروس ٣: ١٩٣، و التنقيح ٢: ٢٦.

٣- ٣) في «ف»: أو المالك.

٤- ٤) في «ش»: و يعلم.

٥- ٥) في «ف»: نصابه.

٦- ٦) في «ف»: يصحّ.

الشيخ رحمه الله: صحَّ البيع و الرهن (١). و فيه إشكال؛ لأنَّ العين مملوكة (٢)، و إذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفه، كما لو باع مال غيره ثمَّ اشتراه (٣)، انتهى.

بل يظهر ممَّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلّا أن يقول الشيخ بتعلُّق الزكاة بالعين كتعلُّق (٤) الدين بالرهن، فإنَّ الرهن إذا باع فكَّ الرهن قبل مراجعته المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفه.

و بهذا القول صرَّح الشهيد رحمه الله في الدروس (٥)، و هو ظاهر المحكّي عن الصيمري (٦).

و المحكّي عن المحقّق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان (٧)، و مال إليه بعض المعاصرين (٨)، تبعاً لبعض معاصريه (٩).

ص: ٤٣٦

١-١) انظر المبسوط ١:٢٠٨.

٢-٢) في المصدر: غير مملوكة له.

٣-٣) المعتبر ٢:٥٦٣.

٤-٤) في «ف»: تعلُّق الزكاة بالعين تعلق.

٥-٥) الدروس ٣:١٩٣.

٦-٦) حكاه المحقّق التنستري في مقابس الأنوار: ١٣٤، و راجع غايه المرام (مخطوط): ٢٧٥.

٧-٧) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩، و حكى عنه ذلك المحقّق التنستري في مقابس الأنوار: ١٣٤.

٨-٨) انظر الجواهر ٢٢:٢٩٨.

٩-٩) انظر مقابس الأنوار: ١٣٤.

و الأقوى هو الأول؛ للأصل و العمومات السليمه عمّا يرد عليه (١)،

[ما أورده المحقق التستري على الصحه و الجواب عنه]

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا (٢) ممّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح (٣) و جامع المقاصد (٤):

الأول: أنه

الأول: أنه (٥) باع مال الغير لنفسه،

و قد مرّ الإشكال فيه، و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

و فيه: أنه قد سبق أنّ الأقوى صحّته، و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجاربه هناك مثل مخالفه الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثاني: إنا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدره على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز؛

لأنّ البائع حقيقه، و الفرض هنا عدم إجازته، و عدم وقوع البيع عنه.

و فيه: أنّ الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا، سواء ملك حال العقد أم لا؛ لأنّ الداعي على اعتبار الرضا سلطنه الناس على أموالهم و عدم حلّها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرف فيها بغير رضاهم، و هذا المعنى لا يقتضى أزيد ممّا ذكرنا.

و أمّا القدره على التسليم فلا نضايق من اعتبارها في المالك حين العقد،

ص: ٤٣٧

١- ١) في مصحّحه «ن»: عليها.

٢- ٢) و هو المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤-١٣٥.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

٤- ٤) جامع المقاصد ٧٣: ٤-٧٤.

٥- ٥) في «ش» زياده: «قد»، و لم ترد في سائر النسخ، نعم في بعض النسخ زياده: «لو»، و في بعضها الآخر زياده: «إذا»، استظهاراً أو

و لا يكتفى بحصولها (١) فيمن هو مالك حين الإجازة، و هذا كلام آخر لا يقدر التزاه في صحه البيع المذكور؛ لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث: أنّ الإجازة حيث صحّت كاشفه - على الأصح - مطلقاً؛

لعموم الدليل الدالّ عليه، و يلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه (٢).

و فيه: منع كون الإجازة كاشفه مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتّى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإنّ مقدار كشف الإجازة تابع لصحّ البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أنّ العقد الذى أوقعه البائع لنفسه (٣) عقد صدر من أهل العقد فى المحلّ القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه إلّا عدم رضا مالكة، فكما أنّ مالكة الأوّل إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكة الثانى إذا رضى يقع البيع له (٤)، و لا - دليل على اعتبار كون الرضا المتأخّر ممّن هو مالك حال العقد، و حينئذٍ فإذا ثبت صحّته بالدليل فلا محيص عن القول بأنّ الإجازة كاشفه عن خروج المال عن ملك المجيز فى أوّل أزمنه قابليته؛

ص: ٤٣٨

-
- ١ - ١) كذا فى «ش»، و فى أكثر النسخ: «و لا - يكتفى بحصولها»، و فى «ص»: «و لا - يكتفى بحصولها»، و الأصح: «و لا - نكتفى بحصولها»، بقرينه «فلا نضايق» كما احتمله مصحح «ن».
- ٢ - ٢) لم ترد «فيه» فى «ف».
- ٣ - ٣) فى «ف»: نفسه.
- ٤ - ٤) لم ترد «له» فى «ف».

إذ لا- يمكن الكشف فيه على وجه آخر، ولا (1) يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي و لا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة، فإن كان لا بد من الكلام فينبغي في المقتضى للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف-عقلاً أو شرعاً- أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد.

وقد عرفت أن لا- كلام في مقتضى الصحة؛ ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان، وأنه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الإجازة كاشفه من زمان قابليه تأثيرها.

ولا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد؛ إذ التخصيص إنما يقدر مع القابليه، كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز-بناءً على ما سبق في دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع-غير قادر مع عدم قابليه تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الرابع: أن العقد الأول إنما صح و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولي،

وهي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فيكون صحة الأول مستلزماً (2) لكون المال المعين ملكاً للمالك و (3) المشتري معاً في زمان واحد، وهو محال؛

ص: ٤٣٩

١- ١) في غير «ف»: فلا.

٢- ٢) كذا، و المناسب: مستلزمه، كما في مصححه «ص».

٣- ٣) في غير «ش» زياده: ملك.

لتضادّهما، فوجود الثاني يقتضى عدم الأوّل، وهو موجب لعدم الثاني أيضاً، فيلزم وجوده و عدمه فى آن واحد، وهو محال.

فإن قلت (١): مثل هذا لا يزم فى كلّ عقد فضولى، لأنّ صحّته موقوفه على الإجازة المتأخّره المتوقّفه على بقاء ملك المالك و مستلزمه (٢) لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معاً فى آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضولى مطلقاً أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهراً، وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق؛ لأنّها فى الحقيقة رفع اليد (٣) و إسقاط للحقّ، و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى (٤).

أقول: قد عرفت أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأوّل بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد، و حينئذ فتوقف إجازة العاقد (٥) الأوّل على صحّة العقد الثانى مسلّم، و توقف صحّة العقد الثانى على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم أيضاً، فقوله: «صحّته

ص: ٤٤٠:

١- ١) إدامه كلام المحقّق التستري قدّس سرّه.

٢- ٢) فى «ش»: و المستلزمه.

٣- ٣) فى «ص»: لليد.

٤- ٤) إلى هنا ينتهى كلام المحقّق التستري، و سوف تأتى تتمّته فى الصفحة ٤٤٣، عند قوله: «الخامس».

٥- ٥) فى «ش» و مصحّحه «خ»: العقد.

الأول تستلزم كون المال ملكاً للمالك و المشتري في زمان» ممنوع (1)، بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكيه المالك الأصلي (2).

نعم، إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفه عن الملك حين العقد، و لكن هذا أمر تقدم دعواه في الوجه الثالث و قد تقدم منعه (3)، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى.

نعم، يبقى في المقام الإشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، و هو كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشتري معاً، و هذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه (4) أخيراً، غير الإشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، و هو لزوم كون الملك للمالك الأصلي و للمشتري (5).

نعم، يلزم من ضم هذا الإشكال العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني؛ لوجوب الترام مالكيه المالك الأصلي حتى يصح العقد الثاني، و مالكيه (6) المشتري له لأن الإجازة تكشف عن ذلك، و مالكيه (7) العاقد له لأن ملك المشتري لا بد أن يكون عن ملكه، و إلا لم ينفع

ص: ٤٤١

-
- ١- ١) في غير «ص» و «ش»: ممنوعه.
 - ٢- ٢) في مصححه «خ»: الفعلى.
 - ٣- ٣) تقدم في الصفحة ٤٣٨.
 - ٤- ٤) كذا في النسخ، و المناسب: «لدفعه»، كما استظهره مصحح «ص».
 - ٥- ٥) في «ف»: و المشتري.
 - ٦- ٦) في غير «ش»: ملكيه.
 - ٧- ٧) في النسخ: ملكيه.

إجازته في ملكه من حين العقد؛ لأن إجازته غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.

ثم إن ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا- يُسمن و لا- يغنى؛ لأن الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك (1) المشتري قبلها كشفت عما يبطلها؛ لأن الإجازة لا تكون إلّا من المالك الواقعي، و المالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة؛ و لذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته (2)؛ لأن المالكه من الشرائط الواقعيه دون العلميه.

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة و العقد الثاني- من كفايه الملك الصوري (3) في الأول دون الثاني- تحكّم صرف، خصوصاً مع تعليقه بأن الإجازة رفع لليد و إسقاط للحق، فليت شعري! أن إسقاط الحق كيف (4) يجدي و ينفع مع عدم الحق واقعا؟! مع أن الإجازة رفع لليد (5) عن (6) الملك أيضاً بالبديهه.

و التحقيق: أن الإشكال إنّما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفيه الإجازة على الوجه المشهور (7) من كونها شرطاً متأخراً

ص: ٤٤٢

١- ١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «ذلك»، و صححت فيما عدا الأخير ب «ملك».

٢- ٢) في «ف»: «لم ينفع»، بدون كلمه «إجازته».

٣- ٣) في «ش»: الظاهري.

٤- ٤) كلمه «كيف» من «ش» و هامش «م».

٥- ٥) في غير «ش»: اليد.

٦- ٦) في غير «ف»: من.

٧- ٧) راجع الصفحه ٤٠٨.

يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس

الخامس (1): أن الإجازة المتأخره لما كشفت عن صحه العقد الأول و عن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله،

فلا بد من إجازته له (2) كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصح و يلزم، فعلى هذا يلزم توقّف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، و توقّف صحه كل من العقدين (3) على إجازة المشتري الغير الفضولي، و هو من الأعاجيب! بل من المستحيل؛ لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي (4) شيئاً من الثمن و المثلث، و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمنان، و دون تمامه إن زاد الأول، و مع زياده إن نقص (5)؛ لانكشاف وقوعه في ملكه (6) فالثمن له، و قد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، و هو ظاهر.

و الجواب عن ذلك: ما تقدّم في سابقه من ابتناؤه على وجوب

ص: ٤٤٣

١- ١) هذه تتمه كلام المحقق التستري في المقابس.

٢- ٢) كلمه «له» من «ف».

٣- ٣) كذا في «ش» و المصدر و هامش «ن»، و في «ف»: العقد، و في سائر النسخ: العقد و الإجازة.

٤- ٤) كذا في «ف» و المصدر و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: الأصيل.

٥- ٥) العبارة في «ف» هكذا: أو زاد الأول مع زياده؛ لانكشاف...

٦- ٦) لم ترد «في ملكه» في غير «ش»، إلّا أنّها استدركت في «ن»، «خ» و «م».

كون الإجازة كاشفه عن الملك من حين العقد، و هو ممنوع.

و الحاصل: أنّ منشأ الوجوه الثلاثة (١) الأخيره شيء واحد، و المحال على تقديره مسلّم بتقريرات مختلفه قد تبّه عليه فى الإيضاح (٢) و جامع المقاصد (٣).

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفى فى إجازة المالك و فسخه فعل

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفى فى إجازة المالك و فسخه فعل (٤) ما هو من لوازمها

(٥)

و لمّا (٤) باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن، و هو لا يجمع صحّه العقد الأول، فإنّها تقتضى تملك (٧) المالك للثمن الأول، و حيث وقع الثانى يكون فسخاً له و إن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الإجازة المتأخره.

و بالجملة، حكم عقد الفضولى قبل الإجازة كسائر العقود الجائزه بل أولى منها، فكما أنّ التصرف المنافى مبطل لها فكذلك (٨) عقد الفضولى.

و الجواب: أنّ فسخ عقد الفضولى هو إنشاء رده، و أمّا الفعل

ص: ٤٤٤

١- ١) لم ترد «الثلاثة» فى «ش».

٢- ٢) انظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

٣- ٣) انظر جامع المقاصد ٤: ٧٣-٧٤.

٤- ٤) فى «ف»: نقل.

٥- ٥) فى «ف» و «ش»: لوازمها.

٦- ٦) كذا فى أكثر النسخ و المصدر، و فى «خ» و «ش» و نسخه بدل «ع»: «و لو»، و فى «ص»: فلما.

٧- ٧) فى غير «ش»: ملك.

٨- ٨) فى غير «ف»: كذلك.

المنافى لمضيئه-كترويج المعقوده فضولاً نفسها من آخر و بيع المالك ماله (١)المبيع فضولاً من آخر-فليس فسخاً له،خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولى،غايه ما فى الباب أنّ الفعل المنافى لمضى العقد مفوّت لمحلّ الإجازة،فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محلّ الإجازة و يخرج العقد عن قابليته الإجازة،إما مطلقاً كما فى مثال الترويج،أو بالنسبه إلى من فات محلّ الإجازة بالنسبه إليه كما فى مثال البيع،فإنّ محلّ الإجازة إنّما فات بالنسبه إلى الأوّل،فللمالك الثانى أن يجيز.

نعم،لو فسخ المالك الأوّل نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعاً،و لعموم تسلّط الناس على أموالهم بقطع علاقه الغير عنها.

فالحاصل:أنّه إن أُريد من كون البيع الثانى فسخاً:أنّه إبطال لأثر العقد فى الجملة،فهو مسلّم،و لا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبه إلى المالك الثانى،فيكون له الإجازة،و إن أُريد أنّه إبطال للعقد رأساً،فهو ممنوع؛إذ لا دليل على كونه كذلك،و تسميه مثل ذلك الفعل ردّاً فى بعض الأحيان؛من حيث إنّهُ مسقط للعقد عن التأثير بالنسبه إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغواً.

نعم،لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل (٢)فسخّ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعلياً،لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول،لكنّ الالتزام بذلك لا يقدر فى المطلب؛إذ المقصود أنّ مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان

ص: ٤٤٥

١- ١) فى غير «ش» بدل «ماله»:«له»،و شطب على «له»فى «ص».

٢- ٢) لم ترد «الفعل»فى «ف».

العقد؛ و لذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقى العقد على حاله من قابليته لحوق الإجازة.

و أما الالتزام فى مثل الهبه و البيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرّد الفعل المنافى؛ فلأنّ صحّه التصرف المنافى يتوقّف على فسخ العقد، و إلّا وقع فى ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ تصرف المالك فى ماله المبيع فضولاً صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غايه الأمر أنّه إذا تصرف فات محلّ الإجازة.

و من ذلك يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيراً: «و بالجمله حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزه، بل أولى»؛ فإنّ قياس العقد المتزلزل من حيث الحدود، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلاً عن دعوى الأولويه، و سيجىء (١) مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقّق به الردّ.

السابع

السابع (٢): الأخبار المستفيضه الحاكيه لنهى النبى صلّى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك

(٣)

، فإنّ النهى فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً

ص: ٤٤٦

١- (١) يجىء فى الصفحه ٤٧٧.

٢- (٢) الوجوه التى ذكرها المحقّق التستري هى السنّه المتقدمه، و ما نقله عنه المؤلف قدّس سرّه بعنوان «السابع» ليس فى عداد الوجوه المذكوره، بل هو استدلال من المحقّق التستري قدّس سرّه على ما اختاره، راجع مقابيس الأنوار: ١٣٤-١٣٥. ثمّ إنّ العبارات الآتية أيضاً تغاير عباره صاحب المقابيس بنحو يشكل إطلاق النقل بالمعنى عليه أيضاً.

٣- (٣) انظر الوسائل ٣٧٤: ١٢-٣٧٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ٥.

بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، و إما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصه - كما استظهرناه سابقاً (١) - فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادته حكم خصوص صورته تملكه بعد البيع، و إلّا فعدم وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان.

و خصوص روايه يحيى بن الحجّاج المصحّحه إليه (٢)، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لى: اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابّه و بعنيها، أربحك كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها و لا تواجهه البيع (٣) قبل أن تستوجبها أو تشتريها» (٤).

و روايه خالد بن الحجّاج، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئنى و يقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا. قال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنّما يحلّل

ص: ٤٤٧

١-١) راجع الصفحه ٣٦٨.

٢-٢) قال المامقانى قدّس سرّه: هذه العبارة من المصنّف، و ليست عبارة المقابس هكذا - إلى أن قال: - و لا يظهر وجه لتغيير المصنّف رحمه الله عبارته إلى قوله: «المصحّحه إليه»، و ليس بين يحيى بن الحجّاج و بين أبى عبد الله عليه السلام واسطه أصلاً فكيف بالواسطه الغير المعتمده! و ليس مؤدّاها إلّا كون الواسطه بينهما ممّن لا يوصف روايته بالصحّه (غايه الآمال: ٣٩٣).

٣-٣) فى غير «ش» بدل «و لا تواجهه البيع»: «و لا تواجهها»، و لكن صحّح فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٤-٤) الوسائل ٣٧٨: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

الكلام و يحرم الكلام» (١) بناءً على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفيًا و يحرم إثباتًا، كما فهمه في الوافي (٢)، أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء و يحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومه و المراضاه.

و صحيحه ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لى متاعاً لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئه، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» (٣).

و صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه» (٤).

و صحيحه معاوية بن عمار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام:

يجئنى الرجل فيطلب (٥) بيع الحرير، و ليس عندى شىء فيقاولنى عليه و أقاوله فى الربح و الأجل حتى نجتمع (٦) على شىء، ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: أ رأيت إن وجد مبيعاً هو (٧) أحب إليه مما

ص: ٤٤٨

١- (١) الوسائل ٣٧٦: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٢- (٢) الوافي ٧٠٠: ١٨، ذيل الحديث ١٨١٤٤-٧.

٣- (٣) الوسائل ٣٧٧: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

٤- (٤) الوسائل ٣٧٦: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

٥- (٥) فى «ش» زياده: منى.

٦- (٦) كذا فى «ن» و «ص»، و الظاهر أنّهما مصحّحتان، و فى سائر النسخ: يجتمع.

٧- (٧) فى غير «ش»: «هو مبيعاً»، و فى الوسائل: إن وجد بيعاً هو.

عندك، أ يستطيع أن ينصرف إليه و يدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه (١) و تدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس» (٢)، و غيرها من الروايات.

و لا- يخفى ظهور هذه الأخبار- من حيث المورد في بعضها و من حيث التعليل في بعضها الآخر- في عدم صحه البيع قبل الا-شراء، و أنه يشترط في البيع الثاني تملكك البائع له و استقلاله فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري إلزام و التزام سابق بذلك المال.

و الجواب عن العمومات (٣): أنها إنما تدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع، و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا- يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لا- من طرف البائع بأن يتصرّف في الثمن، و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع.

و منه يظهر الجواب عن الأخبار؛ فإنّها لا تدلّ- خصوصاً بملاحظه قوله عليه السلام: «و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها» (٤)- إلّا على أنّ الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الا-شراء، فكذا بعده من دون حاجه إلى إجازة، و هي المسأله الآتية، أعنى لزوم البيع بنفس الا-شراء من البائع من دون حاجه إلى الإجازة،

ص: ٤٤٩

١- ١) العبارة من قوله: «أ يستطيع» إلى هنا مختلفه في النسخ، و ما أثبتناه من مصحّحه «ن»، طبقاً للوسائل.

٢- ٢) الوسائل ٣٧٧: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٧.

٣- ٣) المشار إليها في الصفحه ٤٤٦ و ما بعدها.

٤- ٤) في روايه يحيى بن الحجّاج، المتقدّمه في الصفحه ٤٤٧.

و سيأتي أن الأقوى فيها البطلان (١).

و ما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات (٢) و هي إجازة فعلية (٣)، مدفوع: بأن التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعد إجازة (٤) و لا- يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي؛ لأنّ المعتبر في الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنه و استقلال؛ لأنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس في صيروره مال الغير حلالاً لغيره، يدلّ على عدم كفايه ذلك.

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في روايه خالد المتقدمه بأن المشتري إن شاء أخذ و إن شاء ترك (٥): ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، و هذا محقق فيما نحن فيه؛ بناءً على ما تقدّم: من أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعامله قبل

ص: ٤٥٠

١-١) يأتي في الصفحه ٤٥٣.

٢-٢) كما في مورد روايه ابن سنان: قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً أو بيعاً نسيّاً و ليس عندي، أ يصلح أن أبيعهُ إياه و أقطع له سعره ثم أشتريه من مكان آخر فأدفعه إليه؟ قال: لا بأس به، الوسائل ٣٧٥: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٣-٣) لم نقف على القائل.

٤-٤) في «ص»: الإجازة.

٥-٥) تقدّمت في الصفحه ٤٤٧.

إجازة المالك أو ردّه (١)، لكنّ الظاهر-بقرينه النهى عن مواجهه البيع فى الخبر المتقدّم (٢)-إرادته اللزوم من الطرفين.

و الحاصل: أنّ دلالة الروايات عموماً و خصوصاً على النهى عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، و دلالة النهى على الفساد أيضاً ممّا لم يقع فيها المناقشه فى هذه المسأله، إلّا أنا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً من الآثار، فى مقابل الصحّه التى هى إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشارع بصحّه بيع الشىء قبل تملكه على الوجه الذى يقصده أهل المعامله، كأن يترتّب عليه بعد البيع النقل و الانتقال، و جواز تصرف البائع فى الثمن، و جواز مطالبه المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه، و هو لا ينافى قابليه العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو ممّن يملكه بعد العقد.

و لا- يجب على (٣) القول بدلاله النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغواً غير مؤثّر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد، فإنّ حاصله: دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان أنّ مقصوده من الفعل المنهى عنه- و هو الملك و السلطنه من الطرفين- لا يترتّب عليه، فهو غير مؤثّر فى مقصود المتبايعين، لا أنّه لغواً من جميع الجهات، فافهم.

ص: ٤٥١

١-١) راجع الصفحه ٤١٣-٤١٤.

٢-٢) و هو خبر يحيى بن الحجّاج، المتقدّم فى الصفحه ٤٤٧.

٣-٣) فى «ف» بدل «على»: فى.

اللهم إلا أن يقال: إن عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقدٍ بمجرد إنشائه مع وقوع (١) مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقه - كالقبض في الهبه ونحوها والإجازة في الفضولي - لا يقتضى النهى عنها بقولٍ مطلق؛ إذ معنى صحه المعامله شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النهى عنه إلا مقيداً بتجرده عن حقوق ذلك الشرط، فقصدتهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

فالإنصاف: أن ظاهر النهى فى تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة، و أما صحته بالنسبه إلى المالك إذا أجاز؛ فلأن النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسأله الفضولى.

نعم، قد يחדش (٢) فيها (٣): أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمه (٤)، ورودها فى بيع الكلئ، و أنه لا يجوز بيع الكلئ فى الذمه ثم اشتراء

ص: ٤٥٢

١- ١) فى «ف»: مع عدم وقوع.

٢- ٢) لم نقف على الخدشه بعينها، نعم فى جامع الشتات ٢: ٣٣١ و غنائم الأيام: ٥٥٨، ما يلى: و المراد من تلك الأخبار البيع فى الذمه، و هو كلئ.

٣- ٣) أى فى دلالة الروايات على عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع.

٤- ٤) أى الأخبار المتقدمه فى الصفحه ٤٤٦-٤٤٩.

بعض أفرادها و تسليمه إلى المشتري الأول، و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر (١)، فيقوى في النفس: أنها و ما ورد في سياقها (٢) في بيع الشخصي أيضاً- كروايتي يحيى و خالد المتقدمين (٣)- أريد بها الكراهه، أو وردت في مقام التقيّه؛ لأن المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجوده عند البائع (٤) حال البيع مذهب جماعه من العامّه - كما صرح به في بعض الأخبار (٥)- مستنديّن في ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك، لكنّ الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصي، و عموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي (٦)، خلاف الإنصاف؛ إذ غايه الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار- هو بيع الكلّي قبل التملك- على التقيّه، و هو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر.

فالأقوى: العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

و ممّا يؤيد المنع- مضافاً إلى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف

ص: ٤٥٣

١- ١) انظر مقابس الأنوار: ١٣٥.

٢- ٢) في «ف»: بسياقها.

٣- ٣) تقدّمتا في الصفحة ٤٤٧.

٤- ٤) في غير «ش»: المشتري.

٥- ٥) انظر الوسائل ٣٧٤: ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٣.

٦- ٦) مثل قوله عليه السلام في ذيل صحيحه ابن مسلم: «إنّما يشتره منه بعد ما يملكه»، و قوله عليه السلام في صحيحه منصور بن

حازم: «إنّما البيع بعد ما يشتره»، راجع الصفحة ٤٤٨.

من دعوى الاتفاق-روايه الحسن بن زياد الطائي الوارده فى نكاح العبد بغير إذن مولاه،قال:«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:إنى كنت رجلاً-مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقنى (١)بعد،فأجدد النكاح؟فقال:علموا أنك تزوجت؟قلت:نعم،قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئاً.قال:ذلك إقرار منهم،أنت على نكاحك...

الخبر» (٢)فإنها ظاهره بل صريحه فى أن عله البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته،فلو كان صيرورته حراً مالكا لنفسه مسوغه للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا؛للزوم العقد حينئذ (٣)على كل تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازه]

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشتري غير مترقب للإجازه المالك و لا لإجازه البائع إذا صار مالكا،و هذا هو الذى ذكره العلامة رحمه الله فى التذكرة نافياً للخلاف فى فساد،قال:لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها،و به قال الشافعى و أحمد، و لا نعلم فيه خلافاً؛لقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم:«لا تبع ما ليس عندك» و لاشتمالها على الغرر،فإن صاحبها قد لا يبيعها،و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها،أما لو اشترى موصوفاً فى الذمه-سواء كان

ص: ٤٥٤

١- ١) فى المصدر:أعتقنى الله.

٢- ٢) الوسائل ٥٢٦:١٤،الباب ٢٦ من أبواب أحكام العبيد و الإمام،الحديث ٣.

٣- ٣) لم ترد«حينئذ»فى«ش».

حالاً- أو مؤجلاً- فإنه جائز إجماعاً (١)، انتهى، و حكى عن المختلف أيضاً الإجماع على المنع (٢) أيضاً (٣)، واستدلالة بالغرر و عدم القدره على التسليم ظاهر، بل صريح فى وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازه مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه.

فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل فى مورد الأخبار و لا فى معقد الاتفاق.

و لو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عباره الدروس: أنه من البيع المنهى عنه فى الأخبار المذكوره؛ حيث قال: و كذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، و لو أراد (٤) لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، و قد نهى عنه (٥)، انتهى.

لكن الإنصاف: ظهورها فى الصورة الأولى، و هى ما لو تبايعا

ص: ٤٥٥

١- ١) التذكرة ١:٤٦٣، و فيه: «...سواء كان حالاً أو مؤجلاً؛ فإنه جائز و كذا لو اشترى عيناً شخصيه غائبه مملوكه للبائع موصوفه بما ترفع الجهاله فإنه جائز إجماعاً».

٢- ٢) لم نقف عليه بعينه، نعم فى مقابس الأنوار: ١٣٤، بعد نقل عباره التذكرة، و نسبه البطلان إلى ظاهر التحرير هكذا: و هو الظاهر من المختلف.

٣- ٣) كذا فى النسخ، لكن شطب فى مصححه «ن» على كلمه «أيضاً».

٤- ٤) فى مصححه «ن»: أراد.

٥- ٥) الدروس ٣:١٩٣.

قاصدين لتنجز النقل و الانتقال و عدم الوقوف على شىء.

و ما ذكره فى التذكرة كالصريح فى ذلك؛ حيث علل المنع بالغرر و عدم القدره على التسليم. و أصرح منه كلامه المحكى عن المختلف فى فصل النقد و النسيه (١).

و لو باع عن (٢) المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه (٣) فالظاهر أيضاً الصحه؛ لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم، قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها (٤)؛ لأن العقد السابق كان إنشاءً للبيع عن (٥) المالك الأصلي، و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه.

و يمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال فى عكس المسألة و هى ما لو باعه الفضولى لنفسه فأجازه المالك لنفسه (٦)، فتأمل.

و لو باع لثالثٍ معتقداً لتملكه أو بانياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا كلام فى الصحه؛ بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، و إن ملكه الثالث و أجازته، أو ملكه البائع فأجازته، فالظاهر أنه داخل فى المسألة السابقة.

ص: ٤٥٦

١-١) حكاة المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٤، و راجع المختلف ١٣٢: ٥.

٢-٢) فى «ف»: من.

٣-٣) فى «ف»: فأجاز.

٤-٤) فى «ف»: «لا تعلق لها»، و فى مصححه «ن»: «لا يتعلق بها».

٥-٥) فى «ف»: من.

٦-٦) راجع الصفحات ٣٧٨-٣٨٠.

ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا فى المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى، وهى: ما لو لم يجز البائع (١) بعد تملكه؛ فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل لدخوله تحت الأخبار المذكوره يقيناً، مضافاً إلى قاعده تسلّط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس؛ فإنّ المفروض أنّ البائع بعد ما صار مالكاً لم تطب نفسه بكون ماله (٢) للمشتري الأوّل، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاماً إلّا بكون مال غيره له.

اللهم إلما أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كلّ عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه و إن كان قبل ذلك أجنياً لا حكم لوفائه و نقضه، و لعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين فى الإيضاح-بناءً على صحّه الفضولى-صحّه العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقّف على الإجازة (٣).

قيل (٤): و يلوح هذا من الشهيد الثانى فى هبه المسالك (٥)، و قد سبق استظهاره من عبارته الشيخ المحكيه فى المعبر (٦).

ص: ٤٥٧

١- ١) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: المالك.

٢- ٢) فى «ف» بدل «بكون ماله»: بكونه.

٣- ٣) انظر إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

٤- ٤) قاله المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٤.

٥- ٥) انظر المسالك ٦: ٤٩.

٦- ٦) راجع الصفحه ٤٣٦.

لكن يَضَعُّه: أَنَّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فتأمل. مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنه الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم إلّا عن طيب النفس، و فحوى الحكم المذكور في روايه الحسن بن زياد المتقدّمه (١) في نكاح العبد بدون إذن مولاه (٢) و أنّ عتقه لا يجدى في لزوم النكاح لو لا سكوت المولى الذى هو بمنزله الإجازة.

ثمّ لو سئل عن التوقّف على الإجازة فإنّما هو فيما إذا باع الفضولى لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالثٍ ثمّ ملك هو، فجزريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البائع أشكال.

و لو باع وكالة عن المالك (٣) فإن انزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة و لا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فإن كونه جائز التصرف.

و عدم جواز التصرف المُنكشَف خلافه، إمّا لعدم الولاية فانكشف

ص: ٤٥٨

١- ١) تقدّمت في الصفحة ٤٥٤.

٢- ٢) في «ف»: المولى.

٣- ٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و نسخه بدل «خ»، و في غيرها: عن البائع.

كونه ولياً، وإما لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً.

و على كلّ منهما، فإمّا أن يبيع عن المالك، وإمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع:

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف (١) كونه ولياً على البيع.

فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتّى على القول ببطلان الفضولى.

لكنّ الظاهر من المحكى عن القاضى: أنّه إذا أذن السيّد لعبده في التجاره فباع و اشترى و هو لا- يعلم بإذن سيّده و لا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجاره، و لا يجوز شىء ممّا فعله، فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن، و لم يجر ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيّد قوماً أن يبيعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه و شراؤه منهم جائزاً، و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز (٢)، انتهى.

و عن المختلف الإيراد عليه: بأنّه لو أذن المولى (٣) و لا- يعلم العبد، ثمّ باع العبد صحّ؛ لأنّه صادف الإذن، و لا يؤثّر فيه إعلام المولى بعض المعاملين (٤)، انتهى.

و هو حسن.

ص: ٤٥٩

١- ١) في «ف»: و انكشف.

٢- ٢) حكاة العلامة في المختلف ٥:٤٣٥، و لم نعر عليه في المهدّب و غيره من كتب القاضى.

٣- ٣) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: الولى.

٤- ٤) المختلف ٥:٤٣٧.

الثانيه: أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً.

فالظاهر أيضاً صحّحه العقد، لما عرفت من أنّ قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدرح (١)، و في توقّفه على إجازته للمولّى عليه وجه؛ لأنّ قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل.

الثالثه: أن يبيع عن المالك ثمّ ينكشف كونه مالكاً.

و قد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميّتاً، و المشهور الصحّحه، بل ربما استفيد من كلام العلامه في القواعد (٢) و الإرشاد (٣) في باب الهبه الإجماع، و لم نعثر على مخالف صريح، إلّا أنّ الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: أنّه لو قيل بالبطلان أمكن (٤)، و قد سبقه في احتمال ذلك العلامه و ولده في النهايه (٥) و الإيضاح؛ لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، و لأنّه و إن كان منجزاً في الصورة إلّا أنّه معلق، و التقدير: إن مات مورثي فقد بعثك، و لأنّه كالعابث عند مباشره العقد؛ لاعتقاده أنّ المبيع لغيره (٦)، انتهى.

أقول: أمّا قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدرح في وقوعه؛ لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنّّه مالك باعتقاده، ففي الحقيقه

ص: ٤٦٠

١- (١) راجع الصفحه ٣٧٧-٣٨٣.

٢- (٢) القواعد ٢٧٥:١.

٣- (٣) الإرشاد ٤٥٠:١.

٤- (٤) القواعد و الفوائد ٢٣٨:٢، ذيل القاعده: ٢٣٨.

٥- (٥) نهايه الأحكام ٤٧٧:٢.

٦- (٦) إيضاح الفوائد ٤٢٠:١.

إنّما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده أنّ المالك أبوه، وقد تقدّم توضيح ذلك في عكس المسأله، أى: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنّه ملكه (١).

نعم، من أبطل عقد الفضولي لأجل اعتبار مقارنه طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا؛ لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه؛ ولذا نقول نحن - كما سيجيء (٢) - باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد؛ لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

و أمّا ما ذكر: من أنّه في معنى التعليق، ففيه - مع مخالفته لمقتضى الدليل الأوّل، كما لا يخفى - منع كونه في معنى التعليق؛ لأنّه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنه و الاستقلال على المال، لا على تعليق للنقل (٣) بكونه منتقلاً - إليه بالإرث عن (٤) مورثه؛ لأنّ ذلك لا يجمع مع ظنّ الحياه.

اللهم إلّا أن يراد أنّ القصد الحقيقي إلى النقل معلّق على تملك الناقل، وبدونه فالقصد صوري، على ما تقدّم من المسالك من أنّ الفضولي و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله (٥).

ص: ٤٦١

١-١) راجع الصفحه ٣٧٦ و ٣٨٠.

٢-٢) يجيىء فى الصفحه الآتية.

٣-٣) فى «ف»: النقل.

٤-٤) فى «ف»، «خ» و «ن»: من.

٥-٥) تقدّم فى الصفحه ٣٧٢.

لكن فيه حينئذٍ: أنّ هذا القصد الصوري كافٍ؛ ولذا قلنا بصحّه عقد الفضولي.

و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشره العقد، معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

و كيف كان، فلا ينبغي الإشكال في صحّه العقد، إلّا أنّ ظاهر المحكّي من غير واحد (1) لزوم العقد و عدم الحاجه إلى إجازة مستأنفه؛ لأنّ المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، ولأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملكك نفسه-و إن لم يشعر به-فهو أولى من الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، و إلّا توجّه عدم وقوع العقد له.

لكنّ الأقوى-وفاقاً للمحقّق و الشهيد الثانيين (2)-: وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في جامع المقاصد من أنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك؛ لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلّا أن يقال: إنّ قصده إلى أصل البيع كافٍ (3).

و توضيحه: أنّ انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتّى يعتبر قصده أو يقدر قصده خلافه، و إنّما هو من الأحكام الشرعيّة العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقّف على الأمور المتأخّره و عدمه، مع أنّ عدم (4) القصد المذكور

ص: ٤٦٢

١-١) حكاة المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٦، عن ظاهر الشهيد و غيره.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٧٦، و المسالك ٥١:٦.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٧٦.

٤-٤) لم ترد «عدم» في «ف».

لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه، فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجاره عن تراض.

و بالجمله، فأكثر أدله اشتراط الإجازة في الفضولي جاريه هنا.

و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، وإلا فسد العقد.

ففيه: أنه يكفي في تحقق صورته العقد القابل للزوم (١) القصد إلى نقل المال المعين. و قصد كونه ماله (٢) أو مال غيره مع خطائه (٣) في قصده أو صوابه (٤) في الواقع لا يقدر ولا ينفذ؛ ولذا بنينا على صحه العقد بقصد (٥) مال نفسه مع كونه مالا لغيره.

و أقرباً أدله اعتبار التراضي و طيب النفس، فهي داله على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإن حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقداً أنه لغيره، و المأذون يعلم أنه له، لم يجز له التصرف بذلك الإذن. و لو فرضنا أنه أعتق

ص: ٤٦٣

١-١) العبارة في «ف» هكذا: القابل للزوم القصد.

٢-٢) في مصححه «ص» و نسخه بدل «ش»: مال نفسه.

٣-٣) في بعض النسخ: خطأ.

٤-٤) في مصححه «ص»: و صوابه.

٥-٥) في «ص» زياده: نقل.

عبدًا عن غيره فبان أنه له لم ينعق، وكذا لو طلق امرأة وكاله عن غيره فبان زوجته؛ لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة.

و لو غرّه الغاصب فقال: «هذا عبدي أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم النفوذ، وفاقاً للمحكى عن التحرير (١) و حواشى الشهيد (٢) و جامع المقاصد (٣) مع حكمه بصحة البيع هنا و وقوفه على الإجازة (٤)؛ لأن العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارناً للصيغه وقعت باطله، بخلاف البيع؛ فلا تناقض بين حكمه بطلان العتق و صحه البيع مع الإجازة، كما يتوهم.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، و حكم فى البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة؛ فإن القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشئ فى الواقع من غير علمه به، إن كان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلّقه بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق، و إن اعتبر فى طيب النفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالاً له و لم يكف مجرد مصادفه الواقع، و جب الحكم بعدم لزوم البيع.

ص: ٤٦٤

١-١) التحرير ١٤١:٢.

٢-٢) لا يوجد لدينا «حواشى الشهيد»، نعم حكاة عنه المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٢٣٣:٦.

٣-٣) جامع المقاصد ٢٣٣:٦.

٤-٤) جامع المقاصد ٧٦:٤.

فالحق: أنَّ القصد إلى الإنشاء المتعلق، بمال معيّن مصحّح للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم بكونه مالاً له، لكن لا يكفي ذلك في تحقّق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء، ثمّ إن كان ذلك الإنشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود، وإلّا وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات.

ثمّ إنّه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة: أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث الحدوث، لا- البقاء كما قوّاه بعض من قارب عصرنا (1)، و تبعه بعض من عاصرناه (2)؛ معللاً بقاعده نفي الضرر؛ إذ فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، وقد تقدّم توقّفه على طيب النفس.

و ما ذكرناه من الضرر المترتب على لزوم البيع، ليس لأمرٍ راجع إلى العوض و المعوّض، وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه؛ إذ لا- فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه و يجهل تعلقه بماله.

و من المعلوم: أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولي على الإجازة؛ إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر.

ثمّ، إنّ الحكم بالصحّح (3) في هذه الصورة غير متوقّفه (4) على القول

ص: ٤٦٥

١- ١) قوّاه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٧.

٢- ٢) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٢٩٨.

٣- ٣) لم ترد «بالصحّح» في «ف».

٤- ٤) كذا في النسخ، و المناسب: «غير متوقّف»، كما في مصحّحه «ص».

بصحّه عقد الفضولي، بل يجيء على القول بالبطان، إلّا أن يستند في بطلانه بما تقدّم من قبح التصرف في مال الغير (١)، فيتّجه عنده حينئذٍ البطلان، ثمّ يغرم المثلث و إن كان جاهلاً (٢).

الرابعه: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له،

و الأقوى هنا أيضاً الصحّح و لو على القول ببطلان الفضولي و الوقوف على الإجازة؛ بمثل ما مرّ في الثالثه، و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثه؛ و لذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثه (٣).

ص: ٤٤٤

١-١) تقدّم في الصفحه ٣٧١.

٢-٢) عبارته «ثمّ يغرم المثلث و إن كان جاهلاً» لم ترد في «ف» و «ش»، و شطب عليها في «ن».

٣-٣) قاله المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٦، في الخامس من موارد بيع الفضولي.

فاستقصاؤه يكون بيان أمور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك،

فلا يكفي اتّصاف المتعاقدين بصحّته الإنشاء، ولا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف؛ للزومه عليه حينئذٍ (١)، بل مطلقاً؛ لتوقّف تأثيره الثابت - ولو على القول بالنقل - عليها؛ وذلك لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، وعلى أيّ حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده؛ ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا؛ لأنّ الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط، ولو سلّم كونها جزءاً فهو جزءٌ للمؤثّر لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النصّ و الإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهره في اعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد.

نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرطٍ في ترتّب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء، أمكن القول بكفايه وجوده حين الإجازة، ولعلّ من هذا القبيل: القدره على التسليم، و إسلام مشتري المصحف و العبد (٢) المسلم.

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين

ص: ٤٦٧

١ - ١) لم ترد «حينئذٍ» في «ف» و«ش».

٢ - ٢) كلمه «العبد» من «ش» فقط.

على شروطهما (١) حتى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط.

و أما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، و أمّا بناءً على الكشف فوجهان، و اعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل

من تعيين العوضين، و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها- أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلّقه بغير المعين إلّا إذا بلغ حدّاً لا يجوز معه التوكيل، و من أنّ الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد؛ لأنّ المعاهده الحقيقية إنّما تحصل بين المالكين (٢) بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

و من هنا يظهر قوّه احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، و لا يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه؛ لأنّ الإجازة و إن لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد إجماعهم (٣) على عدم جواز التعليق فيها (٤)، إلّا أنّها في معناها (٥)؛ و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء

ص: ٤٦٨

١-١) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: شروطها.

٢-٢) في «ش»: من المالكين.

٣-٣) كذا، و المناسب: إجماعاتهم، كما استظهره مصحّح «ص».

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: فيه.

٥-٥) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: معناه.

بالعقد السابق، مع أن الوفاء بالعقد السابق (١) لا يكون إلّا في حقّ العاقد، فتأمل.

الثالث: المجاز، إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير، وإمّا العقد الواقع على عوضه،

و على كلّ منهما إمّا أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه، أو آخره، أو عقداً بين سابق و لاحق واقعين على مورده، أو بدله، أو بالاختلاف.

و يجمع (٢) الكلّ: فيما إذا باع عبداً لملك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب، ثمّ باعه الثالث بدينار، و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجاريه، و باع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل.

أمّا إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب - فهي ملزمة له و لما بعده ممّا وقع على مورده - أعني العبد بالدينار - بناءً على الكشف، و أمّا بناءً على النقل، فيبنى على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه، و هي فسخ بالنسبة إلى ما قبله ممّا ورد على مورده، أعني بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز.

أمّا بالنسبة إلى من ملك بالإجازة - هو المشتري بالكتاب - فقابليته للإجازة مبنيّة على مسأله اشتراط ملك المجيز حين العقد.

هذا حال العقود السابقة و اللاحقه على مورده، أعني مال المجيز.

ص: ٤٦٩

١- ١) لم ترد «السابق» في «ف».

٢- ٢) كذا، و الأنسب: يجتمع، كما استظهره مصحح «ص».

و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز: فالسابقه على هذا العقد-و هو بيع الفرس بالدرهم-يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض و هو الفرس (1)، و اللاحقه له-أعنى بيع الدينار بجاريه- تلزم بلزوم هذا العقد.

و أما إجازة العقد الواقع على العوض (2)-أعنى بيع الدرهم برغيف- فهي ملزمه للعقود السابقه عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك -أعنى بيع العبد بالفرس- أو على (3)عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم، و للعقود اللاحقه له إذا وقعت على المعوض (4)، و هو بيع الدرهم بالحمار.

أما الواقعة على هذا البديل المجاز-أعنى بيع الرغيف بالعلس- فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.

و ملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعدده (5) مترتبه (6) على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعدده كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر.

ص: ٤٧٠

١- ١) عبارته «يتوقف لزومها-إلى-و هو الفرس» ساقطه من «ف».

٢- ٢) فى «ف» و «ع» و نسخه بدل «ن» و فيما يلوح من «ص»: المعوض.

٣- ٣) لم ترد «على» فى «ف».

٤- ٤) فى «م» و «ن»: «العوض»، و فى نسخه بدل الأخير: المعوض.

٥- ٥) لم ترد «متعدده» فى «خ».

٦- ٦) لم ترد «مترتبه» فى «ف».

و لعلّ هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح (1) و الدروس (2) في حكم ترتب العقود: من أنّه إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ و ما بعده، و في الثمن ينعكس؛ فإنّ العقود المترتبه على المبيع لا يكون إلماً من أشخاص متعدّده، و أمّا العقود المترتبه على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصى مراراً؛ لأنّ حكم ذلك حكم العقود المترتبه على المبيع، على ما سمعت سابقاً من (3) قولنا: أمّا الواقعه على هذا البديل المجاز... إلخ، بل مرادهما ترمى الأثمان في العقود المتعدّده، كما صرح بذلك المحقّق و الشهيد الثانيان (4).

و قد علم من ذلك أنّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الأوّل له، بل العوض و لو بواسطة.

ثمّ إنّ هنا (5) إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصوره علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلّامه رحمه الله في القواعد (6)، و أوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشى المنسوبه إليه.

ص: 471

1-1 (1) الإيضاح 418:1.

2-2 (2) الدروس 193:3، و حكى ذلك عنهما المحقّق الثاني في جامع المقاصد 4:70، و السيّد العاملى في مفتاح الكرامه 4:191، و غيرهما.

3-3 (3) في غير «ش» زياده «أن»، و لكن شطب عليها في «ن».

4-4 (4) انظر جامع المقاصد 4:70، و المسالك 3:159، و الروضه البهيه 3:233.

5-5 (5) في «ف»: ها هنا.

6-6 (6) القواعد 1:124.

فقال الأوّل فيما حكى عنه: إنّ وجه الإشكال أنّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن؛ و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع، و لو بقي ففيه الوجهان، فلا- ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، و من أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلّا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه (١)، انتهى.

و قال في محكيّ الحواشي: إنّ المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا- يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه و أتلّفه عند الدفع إلى البائع فيتحقّق ملكيته للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا (٢) لصيرورته ملكاً للبائع و إن أمكن إجازة البيع (٣)، مع احتمال عدم نفوذها أيضاً؛ لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحّة البيع و في التسبّع، ثم قال: إنّ يُلزم من القول ببطلان التسبّع (٤) بطلان إجازة البيع في المبيع؛ لاستحاله كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنّ الإشكال في صحّة

ص: ٤٧٢

١- ١) لا يوجد لدينا كتابه، و حكاه عنه السيّد العاملی في مفتاح الكرامه ٤:١٩٢.

٢- ٢) كذا في «ش» و نسخه بدل «ن»، و في «ف»: بها، و في سائر النسخ: فيها.

٣- ٣) كذا في «م» و نسخه بدل «خ» و «ع»؛ وفاقاً للمحكي عن المصدر، و في سائر النسخ: المبيع.

٤- ٤) كذا في «ش» و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ: البيع؛ وفاقاً للمحكي عن المصدر.

العقد كان صحيحاً أيضاً (١)، انتهى.

و اقتصر في جامع المقاصد (٢) على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سرايه هذا الإشكال إلى صحه عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب.

و المحكى عن الإيضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الإشكال في الجواز و العدم: الإشكال في الكشف و النقل.

قال في محكى الإيضاح: إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود و رعايه مصلحته و الربح في سلسلتى الثمن و المثلث، و أما إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب من أن المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا- يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً؛ لأنه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب، و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن؛ لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون (٣) الملك بغير مالك، و هو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له- أى الإجازة- فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له، و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب. و على القول بأن إجازة المالك كاشفه، فإذا أجاز العقد كان له، و يحتمل أن يقال: للمالك العين حق تعلق بالثمن، فإن

ص: ٤٧٣

١- ١) حكى عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٩٢.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤:٧١.

٣- ٣) كذا، و المناسب: «لكان» كما فى المصدر، و استظهر مصحح «ص»: يكون.

له إجازة البيع و أخذ الثمن، و حقه مقدّم على حق الغاصب، لأنّ الغاصب يؤخذ بأخس أحواله و أشقّها عليه (1)، و المالك بأجود (2) الأحوال، ثمّ قال: و الأصحّ عندى [أنّه (3)] مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه، و مع التلف ليس له الرجوع به (4). انتهى كلامه رحمه الله.

و ظاهر كلامه رحمه الله: أنّه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف، و هذا هو المتّجه؛ إذ حينئذٍ يندفع ما استشكله القطب و الشهيد رحمهما الله:

بأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه (5) الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه (6)، و إذا تحقّق الردّ انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده؛ بناءً على ما نقل من الأصحاب.

نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال فى جواز إجازة العقد الواقع على الثمن؛ لأنّ إجازة مالك (7) المبيع له موقفه على تملكه للثمن؛ لأنّه

ص: ٤٧٤

١- ١) عبارته «و أشقّها عليه» وردت فى «ش» و هامش «ن» فقط.

٢- ٢) كذا فى «ش» و «ن» و المصدر، و فى سائر النسخ: «مأخوذ» - و لعله مصحّف «بأجود» - و صحّح فى «ص» هكذا: «مأخوذ بأحسن».

٣- ٣) أثبتناه من المصدر.

٤- ٤) الإيضاح ٤١٧: ١-٤١٨.

٥- ٥) فى «م» و «ص»: «على ملك»، و فى «ع»: «على مالكة».

٦- ٦) فى «ص» و مصحّحه «ن»: «بمقتضاه».

٧- ٧) كذا فى «ف» و «ش» و مصحّحه «خ»، و فى سائر النسخ: «المالك».

قبلها أجنبي عنه، والمفروض أنّ تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. وكذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على (١) الثمن بصوره التلف و عدمه؛ لأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى (٢) مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

و ما ذكره في الإيضاح: من احتمال تقديم حقّ المجيز لأنّه أسبق و أنّه أولى من الغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال (٣)، فلم يعلم له (٤) وجه بناءً على النقل؛ لأنّ العقد جزء سبب لتملك المجيز، والتسليط (٥) المتأخّر عنه علّه تامّه لتملك الغاصب، فكيف يكون حقّ المجيز أسبق؟ نعم، يمكن أن يقال: إنّ حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعلّه لأجل التسليط (٦) المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا- لأنّ نفس التسليط (٧) علمه تامّه لاستحقاق الغاصب على تقديري الردّ والإجازة، و حيث إنّ حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالّة على عدم حصول الانتقال

ص: ٤٧٥

- ١- ١) في مصحّحه «م»: إلى.
- ٢- ٢) كذا في «ص» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: على.
- ٣- ٣) تقدّم نصّ عبارته في الصفحة السابقة.
- ٤- ٤) لم ترد «له» في غير «ش»، لكنّها استدركت في «م» و «خ»، و في «ن» صحّحت العبارة بتبديل «وجه» ب «وجهه».
- ٥- ٥) في غير «ف» و «ش»: «التسلّط»، لكنّه صحّح في «م» و «ن» بما أثبتناه.
- ٦- ٦) في غير «ش»: «التسلّط»، لكن صحّح في «م» و «ن» بما أثبتناه.
- ٧- ٧) في غير «ش»: «التسلّط»، لكن صحّح في «م» و «ن» بما أثبتناه.

بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد، ووجب الاقتصار فيه على المتيقن، وهو التسليط على تقدير عدم الاجازه، فافهم.

ص: ٤٧٤

[ما يتحقق به الردّ]

لا يتحقّق الردّ قولاً إلّا بقوله: «فسخت» و«رددت» و شبه ذلك ممّا هو صريح في الردّ؛ لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكلّ فعل مخرج (١) له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما، كالعتق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك، و الوجه في ذلك: أنّ تصرّفه بعد فرض صحّته مفوّت لمحلّ الإجازة؛ لفرض خروجه عن ملكه.

[هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك؟]

و أمّا التصرف الغير المخرج عن الملك - كاستيلاء الجاريه و إجاره الدار (٢) و تزويج الأمه - فهو و إن لم يخرج الملك عن قابليته وقوع الإجازة عليه، إلّا أنّه مخرج له عن قابليته وقوع الإجازة من زمان العقد؛ لأنّ صحّحه الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله، و إذا فرض وقوعها صحيحه منعت عن وقوع الإجازة.

و الحاصل: أنّ وقوع هذه الأمور صحيحه، مناقض (٣) لوقوع

ص: ٤٧٧

١- ١) في غير «ن» و«ش»: «يخرج»، و صحّح في «ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) في «ع» و«ص»: «الدائنه»، و في نسخه بدل «ص»: «الدار».

٣- ٣) كذا في «ش»، و في «ف»: «متناقض»، و في سائر النسخ: «مناقضه»، إلّا أنّها صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً فلا بدّ من امتناع وقوع الآخر (١)، أو إبطال صاحبه، أو إيقاعه على غير وجهه (٢)، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول.

و بالجمله، كلّ ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثر (٣) من حين العقد، فوقوعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة؛ لامتناع اجتماع المتنافيين.

نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى و اللبس، كان عليه اجره المثل إذا أجاز، فتأمل.

و منه يعلم: أنّه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد، و وقوعها (٤) بدونه؛ لأنّ التنافى بينهما واقعى (٥).

و دعوى: أنّه لا دليل على اشتراط قابليته التأثير من حين العقد فى (٦) الإجازة؛ و لذا صحّح جماعه كما تقدّم (٧) إجازة المالك الجديد فى من باع شيئاً ثم ملكه.

مدفوعه: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد

ص: ٤٧٨

١- ١) فى غير «ش»: «الأخير»، لكن صحّح فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كذا فى «ص» و «ش» و مصّححه «ن»، و فى سائر النسخ: وجه.

٣- ٣) فى «ن»: «المؤثره»، و الظاهر أنّها مصّححه.

٤- ٤) فى غير «ش»: «وقوعه»، لكن صحّح فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٥- ٥) كذا فى «ش»، و فى سائر النسخ: «واقع»، إلّا أنّ فى هامش «ن»: واقعى -خ.

٦- ٦) فى غير «ش» و مصّححه «ن» بدل «فى»: و.

٧- ٧) تقدّم فى الصفحه ٤٣٥-٤٣٦.

مؤثره من حينه.

نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفه بالكشف الحقيقي-الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة- كانت التصرفات مبنيّة على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي و تصحّ الإجازة.

[التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري]

بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، و البيع الفاسد (1)، و هذا أيضاً على قسمين:

لأنه إما أن يقع حال النفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله (2)، و إما أن يقع فى حال عدم الالتفات.

أمّا الأول، فهو ردّ فعلى للعقد، و الدليل على إلحاقه بالردّ القولى مضافاً إلى صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، مثل:

ما وقع فى نكاح العبد و الأمه بغير إذن مولاه (3)، و ما ورد فى من زوّجته أمه و هو غائب، من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل (4) و إن شاء ترك» (5)، إلّا أن يقال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك، فلا

ص: ٤٧٩

١ - ١) كذا فى «ف» و «ص»، و فى «ش»: «كتعريض المبيع و البيع الفاسد»، و فى سائر النسخ: «كتعريض المبيع للبيع الفاسد»، لكن صحّح فى هامش «م» و «ن» بما أثبتناه.

٢ - ٢) فى «ف» و «خ» و نسخه بدل «ع»: فى ماله.

٣ - ٣) راجع الوسائل ١٤: ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

٤ - ٤) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: فعل.

٥ - ٥) الوسائل ١٤: ٢١١، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٣.

تعرّض فيه لكيفيته (١)-: أنّ المانع من صحّته الإجازة بعد الردّ القولى موجود فى الردّ الفعلى، و هو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزله أحد طرفى العقد، مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى (٢) على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، كالوطء و البيع و العتق؛ فإنّ الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع، و إلّا فتوقّفها (٣) على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها؛ لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها (٤) حتّى تصادف الملك.

و كيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المترزّل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولى.

و أمّا الثانى -و هو ما يقع فى حال عدم الالتفات - فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به؛ لعدم دلالة على إنشاء الردّ، و المفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقه، و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل (٥) بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الردّ (٦) الموقوف على القصد و الالتفات إلى

ص: ٤٨٠

١- ١) فى غير «ش»: «لكيفيته»، لكن صحّحت فى «م»، «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) ادّعه الشيخ فى المبسوط ٢: ٨٣، و الحلّى فى السرائر ٢: ٢٤٨.

٣- ٣) فى «ش»: فتوقّفهما.

٤- ٤) فى «ف» زياده: فيها -خ.

٥- ٥) فى نسخه بدل «ن»: عن العقد.

٦- ٦) العبارة فى «ف» هكذا: مع عدم اعتبار صدق الردّ.

وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق (١) الذي جعلوه رجوعاً و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

نعم، لو ثبت كفايه ذلك في العقود الجائزه كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت (٢)، لكن لم يثبت ذلك هناك (٣)، فالمسأله محل إشكال، بل الإشكال في كفايه سابقه أيضاً؛ فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة (٤)؛ ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكاله بإيقاع العقد الفاسد على متعلّقها جاهلاً بفساده (٥)، وقّرره في الإيضاح (٦) و جامع المقاصد (٧) على الإشكال.

و الحاصل: أنّ المتيقّن من الرّد هو الفسخ القولى، و فى حكمه تفويت محلّ الإجازة بحيث لا- يصحّ وقوعها على وجه يؤثّر من حين العقد.

و أما الرّد الفعلى - و هو الفعل المنشأ به مفهوم (٨) الرّد - فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به.

ص: ٤٨١

-
- ١-١) هذا مثال للمنفى، لا النفى.
 - ٢-٢) عرفت الأولويه فى الصفحه السابقه.
 - ٣-٣) فى «م» و «ش»: هنا.
 - ٤-٤) انظر مفتاح الكرامه ٤: ١٩٨.
 - ٥-٥) القواعد ١: ٢٥٩.
 - ٦-٦) إيضاح الفوائد ٢: ٣٥٤.
 - ٧-٧) جامع المقاصد ٨: ٢٨٢.
 - ٨-٨) كذا فى «ش»، و فى غيرها: المنشئ لمفهوم.

و أما مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الردّ- لعدم الالتفات إلى وقوع العقد-فالاكتفاء به مخالف للأصل.

و في حكم ما ذكرنا: الوكالة و الوصاية، و لكنّ الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلي أوضح.

و أما الفسخ في العقود الجائزه بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلي.

و أمّا فعل ما لا يجمع صحّه العقد- كالوطء و العتق و البيع (1)- فالظاهر أنّ الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها، لا لمنافاتها لبقاء العقد؛ لأنّ مقتضى المنافاه بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، و تمام الكلام في محلّه.

ثمّ إنّ الردّ إنّما يثمر في عدم صحّه الإجازة بعده، و أمّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا- يتوقّف على الردّ، بل يكفي فيه عدم الإجازة، و الظاهر أنّ الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالّه على إرادته منه، لا مطلق الأخذ؛ لأنّه أعمّ، و لذا ذكروا أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقّق به.

ص: ٤٨٢

(١-١) «و البيع» من «ش» فقط.

مسأله لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه

ممن وجده في يده مع بقاءه، و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها-على الخلاف المتقدم (1) في البيع الفاسد (2)-و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده.

و لو كان قبل ذلك في ضمان آخر، و فرض زياده قيمه عنده، ثم نقصت عند الأخير، اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه، كما صرح به جماعه في الأيدي المتعاقبه (3).

هذا كله حكم المالك مع المشتري، و أمّا حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه (4) تارة في الثمن، و أخرى في ما يغرمه للمالك

ص: ٤٨٣

١-١ (١) كذا في «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: المقدم.

٢-٢ (٢) راجع الصفحه ٢٠١-٢٠٨ (الثالث من الأمور المتفرّعه على المقبوض بالعقد الفاسد).

٣-٣ (٣) منهم العلماء في القواعد ٢٠٢:١ و التذكرة ٣٧٧:٢، و الشهيد الثاني في المسالك (الطبعه الحجريه) ٢٠٥:٢، و المحقق السبزواری في الكفايه: ٢٥٩.

٤-٤ (٤) لم ترد «فيه» في «ف».

فهنا مسألتان:

الأولى أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً،

سواء كان باقياً أو تالفاً، ولا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالِكاً؛ لأنَّ اعترافه مبني على ظاهر يده، نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه (١) بذلك بعد قيام البينة - لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالة على الواقع وجهان.

و إن كان عالماً بالفضوليه، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفاقاً للعلامة (٢) و ولده (٣) و الشهيدين (٤) و المحقق الثاني (٥) رحمهم الله؛ إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، و مجرد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد؛ لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، و لأنَّ الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو المشهور -

ص: ٤٨٤

-
- ١- (١) في «ف»: كأن اعترف.
 - ٢- (٢) القواعد ١:١٢٤ و التذكرة ١:٤٦٣.
 - ٣- (٣) إيضاح الفوائد ١:٤١٨ و ٤٢١.
 - ٤- (٤) الدروس ٣:١٩٣، و اللمعة الدمشقيه: ١١٠، و الروضة البهيه ٣:٢٣٤ - ٢٣٥، و المسالك ٣:١٦٠ - ١٦١.
 - ٥- (٥) جامع المقاصد ٤:٧٧.

يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة؛ لأن الثمن إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل.

و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما عدم؛ لأنه أكل مالٍ بالباطل.

هذا كله إذا كان باقياً، وأما لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكى (١) عن العلامة (٢) و ولده (٣) و المحقق (٤) و الشهيد (٥) الثانيين و غيرهم (٦) الاتفاق عليه، و وجهه - كما صرح به بعضهم كالحلى (٧) و العلامة (٨) و غيرهما (٩) و يظهر من آخرين (١٠) أيضاً (١١) - أنه سلطه على ماله

ص: ٤٨٥

١- ١) لم نثر على الحاكي بعينه، نعم حكى السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ١٩٣-١٩٤) ما يظهر منه هذا، و راجع الجواهر ٣٠٥: ٢٢-٣٠٦.

٢- ٢) انظر التذكرة ١: ٤٦٣، و المختلف ٥: ٥٥.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١: ٤٢١.

٤- ٤) انظر جامع المقاصد ٤: ٧٧ و ٦: ٣٢٦.

٥- ٥) انظر المسالك ٣: ١٦٠، و الروضة البهية ٣: ٢٣٥.

٦- ٦) مثل المحدث البحراني فى الحقائق ١٨: ٣٩٢، و كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٤ و غيرهما.

٧- ٧) راجع السرائر ٢: ٢٢٦ و ٣: ٢٢٥.

٨- ٨) انظر التذكرة ١: ٤٦٣ و نهايه الأحكام ٢: ٤٧٨.

٩- ٩) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ١٦٠ و الروضة البهية ٣: ٢٣٥، و السيد الطباطبائى فى الرياض ١: ٥١٣، و انظر الجواهر ٢٢: ٣٠٥.

١٠- ١٠) فى «ش»: من آخر.

١١- ١١) كلمه «أيضاً» من «ش» و مصححه «ن».

توضيح ذلك: أنّ الضمان إمّا لعموم «على اليد ما أخذت» (١)، وإمّا لقاعده الإقدام على الضمان الذي استدللّ به الشيخ (٢) وغيره (٣) على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

و الأوّل مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما في الوديعة (٤)، أو الانتفاع به كما في العاربه (٥)(٦)، أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجره (٧)، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

و دعوى: أنّه إنّما سلّطه في مقابل العوض، لا مجاناً حتّى يشبه الهبه الفاسده التي تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعه: بأنّه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه في الحقيقه شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبه الفاسده و البيع بلا ثمن

١-١) عوالى اللآلى ١:٣٨٩، الحديث ٢٢.

٢-٢) راجع المبسوط ٣:٨٥ و ٨٩، و تقدّم في الصفحه ١٨٢ من هذا الكتاب.

٣-٣) كالمحقّق الثانى في جامع المقاصد ٤:٦١ و ٦:٣٢٤، و الشهيد الثانى في المسالك ٣:١٥٤.

٤-٤) انظر الوسائل ١٣:٢٢٧، الباب ٤ من أبواب كتاب الوديعة.

٥-٥) في «ف»: كالعاريه.

٦-٦) انظر الوسائل ١٣:٢٣٥ و ٢٣٩، الباب ١ و ٣ من أبواب كتاب العاريه.

٧-٧) انظر الوسائل ١٣:٢٨١، الباب ٣٢ من أبواب الإجاره و غيره من الأبواب.

و الإجاره بلا أجره، التي قد حكم الشهيد و غير واحد (١) بعدم الضمان فيها.

و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان -و هو الإقدام على الضمان- هنا؛ لأنّ البائع لم يُقدم على ضمان الثمن إلّا بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له.

فإن قلت: تسلّطه (٢) على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه و لو عدواناً على كونه ملكاً له، و لو لا هذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضه (٣) - كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه (٤) - فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلّا أنّ كلّاً منهما لمّا قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكيه البائع للمثمن (٥)، و تعاقداً مُعرضين عن ذلك - كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمه - بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً، و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقي، إلّا أنّ كون المثمن مالاً له ادّعائي،

ص: ٤٨٧

١- ١) لم نعثر في الهبه الفاسده على شيء من الشهيد و لا من غيره، و أمّا في البيع بلا ثمن و في الإجاره بلا أجره فقد تقدّم في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد عن الشهيدين و العلامه عدم الضمان، راجع الصفحه ١٨٦.

٢- ٢) في مصحّحه «م»: تسليطه.

٣- ٣) في «ف» زياده: «و المبادله»، و في هامش «ن»: «و المبادله -خ».

٤- ٤) تقدّم في الصفحه ٣٨١ و ما بعدها.

٥- ٥) في غير «ص» و «ش»: «للمثمن»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه، و اختلفت النسخ في هذه الكلمه في السطور الآتيه أيضاً، أعرضنا عن الإشاره إليها اعتماداً على صحّحه ما أثبتناه.

فهو كما لو ظهر المثلث المعين ملكاً للغير، فإن المشتري يرجع إلى البائع بالثلث مع التلف اتفاقاً، مع أنه إنما ضمّنه الثلث بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أن التضمين هنا حقيقي، وكون المثلث مالاً له اعتقاداً لا يقدح تخلفه في التضمين، فكذلك بناء المشتري في ما نحن فيه على ملك المثلث عدواناً لا يقدح في التضمين الحقيقي بماله.

قلت: الضمان كون الشيء في عهده الضامن و خسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك.

و ما ذكر: من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلث ملكاً للبائع الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنما يُصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاءً مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين و الضمان و التضمين الحقيقي بالنسبة إليهما؛ ولذا ينتقل الثلث إلى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الإجازة.

و الحاصل: أنه لا تضمين حقيقه في تسليط المشتري البائع على الثلث، و أما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكيه (1) البائع للمثلث عند انكشاف الخطأ- مع أنه إنما ضمّنه بمال الغير- فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما ضمّنه به غير ملك له و لا يتحقق به التضمين؛ لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثلث ملكاً له و صيرورته مباحاً له بتسليطه عليه، و هذا مفقود فيما

ص: ٤٨٨

١- ١) كذا في «ش» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: لملكه.

نحن فيه؛ لأنّ طيب النفس بالتصرّف و الإلتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

و ممّا ذكرنا يظهر- أيضاً- فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنّ ضمّن البائع بما يعلم أنّه لا يضمن الثمن به، و كذا البائع مع علمه بالفساد ضمّن المشتري بما يعلم أنّ (١) المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشيء.

وجه الفساد: أنّ التضمين الحقيقي حاصل هنا؛ لأنّ المضمون به مال الضامن، غايه الأمر أنّ فساد العقد مانع عن مضيّ هذا الضمان و التضمين في نظر الشارع؛ لأنّ المفروض فساده، فإذا لم يمضِ الشارع الضمان الخاصّ صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي، أو قاعده إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكة، موجباً لضمانه- على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه (٢)- و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا- مزيد عليه (٣)، و حاصله: أنّ دفع المال إلى الغاصب ليس إلّا كدفعه إلى [] ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إلتلافه، في أنّ ردّ المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث (٤).

نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك- كالخمر

ص: ٤٨٩

١- ١) في «ع» و ظاهر «ن» بدل «أن»: «إذ»، و في مصحّحتي «م» و «ن»: «أنّ».

٢- ٢) راجع الصفحه ١٨٨-١٩١.

٣- ٣) راجع الصفحه ٤٨٦-٤٨٧.

٤- ٤) في «ف» زياده: أو السلطنه على إلتلافه.

و الخنزير و الحرّ قوی اطراد ما ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد (١).

هذا، و لكن (٢) إطلاق قولهم: «إنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه؛ نظراً إلى أنّ البيع الصحيح يقتضى الضمان بفساده كذلك، إلّا أن يفسيّر بما أبطلناه سابقاً: من أنّ كلّ عقد يضمن على فرض صحّته يضمن على فرض فساده (٣)، و لا-ريب أنّ العقد فيما نحن فيه-و في مثل المبيع (٤) بلا ثمن و الإجاره بلا اجره-إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه (٥) ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنّك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية؛ فإنّ معناها: أنّ كلّ عقد تحقّق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليّان، لا الفرد الواحد المفروض تاره صحيحاً و أخرى فاسداً.

نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه، بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود-كالبیع و الصلح-بل يراد مطلق المعامله المائيه التي يوجد لها

ص: ٤٩٠

١-١ (١) شرح القواعد (مخطوط): ٦٨.

٢-٢ (٢) في «ف» زياده: مقتضى.

٣-٣ (٣) سبق إبطاله في مسأله المقبوض بالعقد الفاسد، راجع الصفحه ١٨٦.

٤-٤ (٤) في مصححه «م»: البيع.

٥-٥ (٥) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: فيها.

فردان صحيح و فاسد، فيقال: إن ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجاره بلا اجره، تمليك بلا عوض من مال الآخر، و الفرد الصحيح من هذه المعامله- و هى الهبه الغير المعوضه- لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل.

و بالجمله، فمستند المشهور فى مسألتنا لا يخلو من غموض؛ و لذا لم يصرّح أحد بعدم الضمان فى «بعتك بلا ثمن» مع اتفاقهم عليه هنا (١)، و صرّح بعضهم (٢) بضمان المرتشى مع تلف الرشوه التى هى من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد رحمه الله و غيره عدم الضمان فى الإجاره بلا اجره (٣).

و يؤيد ما ذكرنا: ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً (٤)، و إن أمكن الذبّ عنه بأن المراد التشبيه فى التحريم، فلا ينافى عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت

ص: ٤٩١

١- ١) لم ترد «هنا» فى غير «ف» و «ش»، و استدركت فى «ن».

٢- ٢) صرّح به المحقّق فى الشرائع ٤: ٧٨، و العلّامة فى القواعد ٢: ٢٠٥، و فى المستند (٢: ٥٢٧) هكذا: على المصرّح به فى كلام الأصحاب بل نفى الخلاف بيننا عليه.

٣- ٣) تقدّم عن الشهيد فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد (راجع الصفحه ١٨٦)، و استحسنته السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٨ فيما لو اشترط عدم الأجره.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٢: ٦١ و ٨٣، الباب ٥ و ١٤ من أبواب ما يكتسب به، و غيرهما من الأبواب.

الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطه في إيصاله إلى المالك فتلف في يده؛ إذ لم يسلطه عليه ولا أذن له في التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه، و لعل كلماتهم و معاهد اتّفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليته.

و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما؛ فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط (١) إلّا بالعقد، و التسليط العقدي مع فساد غير مؤثّر في دفع (٢) الضمان، و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم (٣) بإباحه تصرف البائع الغاصب (٤) فيه مع اتّفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحه.

و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها.

و لو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع؛ لأنّه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

ص: ٤٩٢

١- ١) في غير «ص» و «ش»: «تسلط»، لكن صحّح في «ن» و «م» بما أثبتناه.

٢- ٢) في «ص»: رفع.

٣- ٣) لم نقف على المصرّح بهذا، نعم نسبه في جامع المقاصد ٤:٧١ إلى الأصحاب، و في الجواهر ٢٢:٣٠٧ نسبه جواز التصرف إلى ظاهر المحقّق الكركي و غيره.

٤- ٤) كلمه «الغاصب» من «ش» و مصحّحه «ن».

المسأله الثانيه أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن:

فإمّا أن يكون في (١)مقابل العين، كزياده قيمه على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت قيمه المأخوذه منه عشرين و الثمن عشره.

و إمّا أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار و وطء الجاريه و اللبن و الصوف و الثمره. و إمّا أن يكون غرامه لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقه و ما صرفه في العماره، و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر، أو إعطائه قيمه للولد المنعقد حرًا و نحو ذلك، أو نقص من الصفات و الأجزاء.

ثم المشتري، إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد؛ لعدم الدليل عليه.

و إن كان جاهلاً، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب - كما في الرياض (٢) و عن الكفايه (٣) -: رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض (٤) - تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في

ص: ٤٩٣

١- ١) كذا في «ف» و «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: من.

٢- ٢) الرياض ٣٠٧: ٢.

٣- ٣) الكفايه: ٢٦٠، و فيه: «و ذكر الأصحاب... إلخ»، كما نقله عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ١٩٩: ٤.

٤- ٤) مفتاح الكرامه ١٩٩: ٤.

شرح الإرشاد (١) - دعوى الإجماع على الرجوع بما (٢) لم يحصل في مقابله نفع.

و في السرائر (٣): أنه يرجع قولاً واحداً (٤)، و (٥) في كلام المحقق (٦) و الشهيد (٧) الثانيين - في كتاب الضمان - نفي الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يُحدثه المشتري إذا قلعه (٨) المالك.

و بالجمله، فالظاهر عدم الخلاف في المسألة؛ للغرور - فإن البائع مغرّر للمشتري و موقع إياه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يُرجع إليه إذا رجع عن (٩) شهادته - و لقاعده نفي الضرر، مضافاً إلى ظاهر روايه جميل أو فحواها: «عن الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحقّ الجاربه، قال:

يأخذ الجاربه المستحقّ، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بثمن الجاربه و قيمه الولد التي أخذت منه» (١٠) فإنّ حرّيه ولد

ص: ٤٩٤

١ - ١) لا يوجد لدينا، لكن حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ١٩٩.

٢ - ٢) في غير «ف» و «ش» بدل «بما»: ما.

٣ - ٣) في «ش»: ير (رمز التحرير)، و انظر التحرير ٢: ١٤٢.

٤ - ٤) السرائر ٢: ٤٩٣.

٥ - ٥) الواو من «ف» و «ش».

٦ - ٦) جامع المقاصد ٥: ٣٤٠.

٧ - ٧) المسالك ٤: ٢٠٥.

٨ - ٨) في «خ» و «ع» كتب على «قلعه»: تلفه - خ، و في «ص»: أتلفه - خ.

٩ - ٩) كذا في «م»، و في سائر النسخ: من.

١٠ - ١٠) الوسائل ١٤: ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٥.

المشترى إما أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أنّ في توصيف قيمه الولد بأنها «أخذت منه» نوع إشعار بعليه (١) الحكم، فيطرد في سائر ما أخذت (٢) منه.

و أما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك.

كروايه زراره: «في رجل اشترى من سوق المسلمين جاريه فخرج بها إلى أرضه فولدت منه (٣) أولاداً، ثم أتاها من يزعم أنّها له و أقام على ذلك البئنه، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه، و يعوّضه من قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها» (٤).

□
و روايه زريق، قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنّه كان علىّ مالٌ لرجل من بنى عمّار، و له بذلك ذكر حقّ (٥) و شهود، فأخذ المال و لم أسترجع عنه (٦) الذكر بالحقّ، و لا كتبت عليه كتاباً، و لا أخذت منه براءه بذلك؛ و ذلك لأنى وثقت به، و قلت له: مزّق الذكر بالحقّ الذى عندك، فمات و تهاون

ص: ٤٩٥

١-١ (١) كذا في «ن»، و استظهر في «ص»، و في سائر النسخ: لعليه.

٢-٢ (٢) كذا، و المناسب: ما أخذ.

٣-٣ (٣) في «ف»: فولد منها.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٤:٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٤.

٥-٥ (٥) ذكر الحقّ: الوثيقه التى يُذكر فيها الدين، انظر لسان العرب ٧:٣٧٩، و الإفصاح: ١٢٠٨.

٦-٦ (٦) في الوسائل: منه.

بذلك و لم يمزقه، و عقيب هذا طالبني بالمال ورأته و حاكموني و أخرجوا بذلك ذكر الحق (١)، و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، و كان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم، فباع علي قاضي الكوفه معيشه لي و قبض القوم المال، و هذا رجل من إخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي.

ثم إن ورثه الميت أقروا أنّ أباهم قد قبض المال، و قد سألوه أن يردّ علي معيشتي و يعطونه الثمن في أنجم معلومه، فقال: إنّي أحبّ أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا.

فقال الرجل -يعني المشتري-: كيف أصنع جعلت فداك؟ قال:

تصنع أن ترجع بمالك على الورثه، و تردّ المعيشه إلى صاحبها و تخرج يدك عنها.

قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغله من ثمن الثمار، و كلّ ما كان مرسوماً في المعيشه يوم اشتريتها يجب أن تردّ ذلك، إلّا ما كان من زرع زرعته أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمه الزرع، و إمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك (٢) كان ذلك له، و ردّ عليك القيمه و كان الزرع له.

قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً أو غرساً (٣)؟

ص: ٤٩٦

١- ١) في الوسائل: الذكر بالحقّ.

٢- ٢) لم تردّ «ذلك» في الوسائل، و شطب عليها في «ص».

٣- ٣) في الوسائل: قد أحدث فيها بناءً و غرس.

قال: له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه (١) يقلعه و يأخذه.

قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هُدم البناء؟ فقال: يردّ (٢) ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على (٣) صاحبها و ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث إلى ما كان، أو ردّ القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض أن يردّ عليه (٤) كلّ ما خرج عنه (٥) في إصلاح المعيشه، من قيمة غرسٍ أو بناءٍ أو نفقهٍ في مصلحة المعيشه، و دفع النوائب عنها (٦)، كلّ ذلك فهو (٧) مردود إليه (٨).

و فيه- مع أنّا نمنع وروودها (٩) إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك-: أنّ السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أنّ (١٠)

ص: ٤٩٧

١- ١) في «ف» و«خ» و نسخه بدل «ن»، «م»، «ع» و«ش»: نفسه.

٢- ٢) في «ف»، «م» و«ع»: ترد.

٣- ٣) في الوسائل و مصحّحه «م» و«ص»: إلى.

٤- ٤) عبارته «أن يردّ عليه» من الوسائل، و قد استدركت في هامش «خ»، «م»، «ص» و«ش».

٥- ٥) كذا في الوسائل و مصحّحه «ص»، و في النسخ: منه.

٦- ٦) كلمه «عنها» من الوسائل، و استدركت في «م» و«ص».

٧- ٧) كلمه «فهو» من الوسائل، و استدركت في «م» و«ص».

٨- ٨) في النسخ زياده: «إلخ»، و الظاهر أنّه لا وجه له، لأنّ الحديث المذكور بتمامه، انظر الوسائل ١٢: ٢٥٣، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٩- ٩) كذا في النسخ، و الظاهر أنّ الصواب: «ورودهما» كما في مصحّحه «ن».

١٠- ١٠) في «ش»: أنّه.

روايه زواره ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع، مع أنّ البائع في قضيه زريق هو القاضى، فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجه إليه غرم؛ لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً (١) من جهة حكمه على طبق البيئه المأمور بالعمل بها، وإن كان قضاؤه باطلاً- كما هو الظاهر- فالظاهر علم المشتري ببطان قضاء المخالف و تصرّفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

و أمّا الثانى، و هو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء، ففى الرجوع بها خلاف، أقواها (٢) الرجوع؛ وفاقاً للمحكّي عن المبسوط (٣) و المحقّق (٤) و العلامه فى التجاره (٥) و الشهيدين (٦) و المحقّق

ص: ٤٩٨

-
- ١- ١) فى «ع» و «ص»: غارماً.
 - ٢- ٢) كذا، و لعلّ الأولى: أقواهما.
 - ٣- ٣) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٩٩ و ٦: ٣٠١ عن موضع من المبسوط، و لم نعثر عليه فيه، و فى الإيضاح (٢: ١٩١) و التنقيح (٤: ٧٥) أنّ للشيخ قولين، و لكنّ الشهيد الثانى فى المسالك (٢: ٢١٣) الطبعه الحجرية حكى عن الشيخ فى المبسوط: العدم، و مثله المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ٢٦٠ و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٣٠٧.
 - ٤- ٤) حكاه الشهيد الثانى فى المسالك (الطبعه الحجرية) ٢: ٢١٣، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٣٠٧ و غيرهما عن متاجر الشرائع، انظر الشرائع ٢: ١٤.
 - ٥- ٥) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٦: ٣٠١، عن ظاهر القواعد فى المتاجر، و انظر القواعد ١: ١٢٤.
 - ٦- ٦) الدروس ٣: ١١٥، و الروضه البهيّه ٣: ٢٣٨، و المسالك ٣: ١٦٠.

الثانى (١) وغيرهم (٢)، و عن التنقيح: أن عليه الفتوى (٣)؛ لقاعده الغرور المتفق عليها ظاهراً فى من قدّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله.

و يؤيدّه: قاعده نفي الضرر؛ فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوض مغروراً من آخر بأنّ له ذلك مجاناً، من دون الحكم برجوعه إلى من غرّه، فى ذلك ضرر عظيم، و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر.

و كيف كان، فصدق الضرر و إضرار الغارّ به ممّا لا يخفى، خصوصاً فى بعض الموارد.

فما فى الرياض: من أنّه لا- دليل على قاعده الغرور إذا لم ينطبق مع قاعده نفي الضرر المفقود فى المقام؛ لوصول العوض إلى المشتري (٤)، لا يخلو عن شيء.

مضافاً إلى ما قيل عليه: من منع مدخلية الضرر فى قاعده الغرور، بل هى مبنيّة على قوّه السبب على المباشر (٥).

لكنّه لا يخلو من نظر؛ لأنّه إنّما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصّه و الإجماع بصوره الضرر.

ص: ٤٩٩

١-١) جامع المقاصد ٣٢٦:٦.

٢-٢) كفخر المحققين فى إيضاح الفوائد ١٩١:٢، و المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائدة ١٦٤:٨، و غيرهما.

٣-٣) التنقيح ٧٥:٤.

٤-٤) الرياض ٣٠٧:٢.

٥-٥) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ١٨٣:٣٧.

و أما قوّه السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المُكْرَه و كما في الريح العاصف الموجب للإحراق، و الشمس الموجبه لإذابه الدهن و إراقتها.

و المتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نُسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه (١)؛ لكون المباشر بمنزله الآله، و أما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالأخره إلى قاعده الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى (٢)، أو بالأخبار الوارده في الموارد المتفرّقه (٣)، أو كون الغاز سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته (٤).

و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أما الأخير فواضح، و أما الأوّل فقد (٥) عرفته، و أما الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا في خصوص المسأله، إلا أنّ تحقّقهما (٦) في نظائر المسأله كافٍ، فإنّ

ص: ٥٠٠

١-١) نسبه صاحب الجواهر في الجواهر ٥٧:٣٧.

٢-٢) الإيضاح ١٩١:٢.

٣-٣) منها ما تقدّم في الصفحه ٤٩٤ و ما بعدها.

٤-٤) في غير «ف» و «ن»: «لشهادته»، راجع الوسائل ١٨:٢٣٨ و ٢٤٢، الباب ١١ و ١٤ من أبواب الشهادات.

٥-٥) في «ف»، «ن» و «خ»: قد.

٦-٦) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «تحقّقها»، لكن صحّحت في «ن»، «م» و «ص» بما أثبتناه.

رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه بدعوى تملكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهراً، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار، و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلاً.

و قد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض (1)، حيث عدل في ردّ مستند المشهور عمّا في الرياض (2) من منع الكبرى، إلى منع الصغرى، فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الإلتلاف و إن كان غير منقّح، إلّا أنّ المتيقّن منه ما كان إلتلاف المغرور لمال الغير و إثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير، بل قصده إلى إلتافه (3) مال نفسه أو مال من أباح له الإلتلاف، فيكون غير قاصد لإلتلاف مال الغير، فيشبهه المُكرّه في عدم القصد.

هذا كلّه، مضافاً إلى ما قد يقال: من دلاله روايه جميل -المتقدّمه (4)- بناءً على أنّ حرّيه الولد منفعه راجعه إلى المشتري، و هو الذي ذكره المحقّق احتمالاً في الشرائع في باب الغصب (5)، بناءً على تفسير المسالك (6)، و فيه تأمّل.

ص: ٥٠١

١- ١) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ١٨٣: ٣٧.

٢- ٢) الرياض ٣٠٧: ٢.

٣- ٣) في «م»: إلتلاف.

٤- ٤) تقدّمت في الصفحه ٤٩٤.

٥- ٥) الشرائع ٢٤٦: ٣.

٦- ٦) المسالك (الطبعه الحجريه) ٢١٣: ٢.

ثم إنَّ ممَّا ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زياده قيمه على الثمن الحاصله وقت العقد، كما لو باع ما يسوى (١) عشرين بعشره، فتلف فأخذ منه المالك عشرين (٢)، فإنَّه لا يرجع بعشره الثمن، وإلَّا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغزّه (٣) في ذلك؛ لأنَّه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكيه لم يزل غرامه المشتري (٤) للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامه للثمن (٥) لم تنشأ عن كذب البائع، وأمَّا العشره الزائده فإنَّما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع.

و ممَّا ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر (٦) في وجه عدم الرجوع: من أنَّ المشتري إنَّما أقدم على ضمان العين و كون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كلِّ عقد يُضمن بصحيحه، و مع الإقدام لا غرور؛ و لذا لم يقل به في العشره المقابله للثمن.

توضيح (٧) الاندفاع: أنَّ الإقدام إنَّما كان على ضمانه بالثمن، إلا أنَّ

ص: ٥٠٢

١- ١) في «خ»، «م»، «ع»، و«ص»: «سوى»، و في الأخيره مکتوب فوقها: ساوى-ظ.

٢- ٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في غيرهما: بعشرين.

٣- ٣) في «ع»: يغرمه.

٤- ٤) في غير «ش» بدل المشتري: «البائع»، لكن صححت في «خ»، «م»، «ن» و«ص» بما أثبتناه.

٥- ٥) لم ترد «للثمن» في «ف».

٦- ٦) انظر المسالك (الطبعه الحجريه) ٢١٣: ٢، و الجواهر ١٧٩: ٣٧.

٧- ٧) في «ف»: و توضيح.

الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام-مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له-سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعيه،فالمانع من تحقّق الغرور-و هو الإقدام-لم يكن إلماً في مقابل الثمن،و الضمان المسبّب عن هذا الإقدام لَمّا كان لأجل فساد العقد المسبّب عن تغرير البائع كان المرتبّ عليه من ضمان العشره الزائده مستقرّاً على الغازر، فغرامه العشره الزائده و إن كانت مسببه عن الإقدام،إلّا أنّها ليست مقدماً عليها.

هذا كلّه،مع أنّ التحقيق-على ما تقدّم سابقاً (١)-: أنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان،و أن ليس الإقدام على الضمان علّه له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان و إن استدلّ به الشيخ (٢)و أكثر من تأخّر عنه (٣)،و قد ذكرنا في محلّه توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد،فراجع (٤).و كيف كان، فجريان قاعده الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع.

هذا إذا كانت الزيادة موجوده وقت العقد،و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى.

هذا كلّه فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفه،و أمّا ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفه،فالظاهر أنّ حكمه حكم المجموع في

ص: ٥٠٣

١-١) تقدّم في الصفحه ١٩٠-١٩١ و ٤٨٩.

٢-٢) كما تقدّم في الصفحه ٤٨٦،و راجع الصفحه ١٨٢ و ١٨٨،أيضاً،في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

٣-٣) كما تقدّم في الصفحه ٤٨٦،و راجع الصفحه ١٨٢ و ١٨٨،أيضاً،في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

٤-٤) راجع الصفحه ١٩٠-١٩١.

أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله -على ما اخترناه- ويجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه.

و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن -كماعدا وصف الصّحّه من الأوصاف التي يتفاوت بها قيمه، كما لو كان عبداً كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت- فالظاهر رجوع المشتري على البائع؛ لأنه لم يُقدم على ضمان ذلك.

ثم إن ما ذكرنا كلّه -من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه- إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهه كون البائع غير مالك، أمّا لو كان فاسداً من جهه أخرى فلا رجوع على البائع؛ لأنّ الغرامه لم تجيء من تغيير البائع في دعوى المملكه، وإنّما جاءت من جهه فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامه، غايه الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقدير صدق البائع و كذبه.

ثمّ إنّه قد ظهر (1) ممّا ذكرنا: أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رُجع عليه (2)، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رُجع عليه؛ لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع، وأمّا ما لا يرجع المشتري

ص: ٥٠٤

١- ١) في «ف»: قد تلخص.

٢- ٢) كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: إليه.

به على البائع - كمساوى الثمن من قيمه - فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، و الوجه في ذلك حصول التلف في يده.

فإن قلت: إن كلاً من البائع و المشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العاديه التي هي سبب للضمان (١)، و حصول التلف في يد المشتري (٢) لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو أُلّف بفعله رجع؛ لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمّه كل من اليدين ببدل التالف و صيرورته في عهده كل منهما، مع أنّ الشئ الواحد لا يقبل الاستقرار (٣) إلّا في ذمّه واحده، و أنّ الموصول في قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» (٤) شئ واحد، كيف يكون على كل واحد من الأيدى المتعدّده؟ فنقول: معنى كون العين المأخوذه على اليد: كون عهدها و دركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدي متعدّده يكون العين الواحده في عهده كل من الأيدى، لكن ثبوت الشئ الواحد في العهدهات المتعدّده معناه:

لزوم خروج كل منها عن العهده عند تلفه، و حيث إنّ الواجب هو

ص: ٥٠٥

١ - ١) في «ف»: الضمان.

٢ - ٢) في غير «ف» و «ش» زياده: «لا وجه له»، و قد شطب عليها في «ن».

٣ - ٣) كذا في «ش»، و في سائر النسخ: «لا يعقل الاستقرار»، لكن صحّح في «خ» و «ص» ب «لا يعقل استقراره».

٤ - ٤) عوالى اللآلى ٢٢٤: ١، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

تدارك التالف الذى يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلط المالك على مطالبه كل منهم بالخروج (١) عن العهد عند تلفه (٢)، فهو يملك ما فى ذمه كل منهم على البديل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها (٣) سقط (٤) الباقي؛ لخروج الباقي عن كونه (٥) تداركاً، لأن المتدارك لا يتدارك.

و الوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أن مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيتها (٦) حصل فى يده لم يبق له استحقاق بدله (٧)، فلو بقى شيء له فى ذمه واحده (٨) لم يكن بعنوان

ص: ٥٠٦

١- ١) فى غير «ف» و«ن»: الخروج.

٢- ٢) عند تلفه «ساقطه من «ف».

٣- ٣) كذا فى «ش» و مصححتى «ن» و«م»، و فى مصححتى «خ» و«ص»: أحدهم، و فى نسختى «ف» و«ع»: «أحدهما»، و الظاهر أنها كانت فى أصل النسخ مثناه، ثم أضيف إليها فى بعض النسخ كلمه «من» قبلها تصحيحاً أو استظهاراً.

٤- ٤) فى «ص» زياده: من-خ.

٥- ٥) كذا فى «ع» و«ص» و مصححه «خ»، و فى سائر النسخ: «كونها»، قال الشهيدى: ضمير «كونها» على تقدير صحه النسخه راجع إلى «الباقي» بلحاظ المعنى، فإن المراد منه الأبدال، و الصواب «كونه» بدل «كونها». (هداياه الطالب: ٣١١).

٦- ٦) كذا فى «ف»، و فى «ن» و«خ» قبل التصحيح، و فى سائر النسخ: «فأيهما»، و الصواب ما أثبتناه، و الضمير راجع إلى «الأبدال» المستفاد من الكلام.

٧- ٧) فى «خ» شطب على «بدله».

٨- ٨) فى «ف» و«ن»: واحد.

البدليته، و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدليه، و (١) يستحيل اتّصاف شيء منها بالبدليه بعد صيروره أحدها بدلاً عن التالف واصلًا إلى المالك.

و يمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقه الجمهور؛ حيث إنّه ضمّ ذمّه إلى ذمّه أُخرى (٢)، و ضمان عهده العوضين لكلّ من البائع و المشتري عندنا- كما في الإيضاح (٣)- و ضمان الأعيان المضمونه على ما استقر به في التذكرة (٤) و قوّاه في الإيضاح (٥)، و ضمان الاثني لواحد كما اختاره ابن حمزه (٦).

و قد حكى فخر الدين (٧) و الشهيد (٨) عن العلامة رحمه الله في درسه (٩):

أنّه نفى المنع عن (١٠) ضمان الاثني على وجه الاستقلال، قال: و نظيره في

ص: ٥٠٧.

١- ١) في غير «ش» بدل «و»: «إذ»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) انظر المغنى؛ لابن قدامه ٤: ٥٩٠.

٣- ٣) لم نقف عليه.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٩٢، و فيه: و في ضمان الأعيان المضمونه و العهده إشكال، أقربه عندي جواز مطالبه كلّ من الضامن و المضمون عنه بالعين المغصوبه.

٥- ٥) لم نقف عليه.

٦- ٦) راجع الوسيله: ٢٨١.

٧- ٧) الإيضاح ٢: ٨٩.

٨- ٨) لم نقف عليه في كتبه و لا على من حكى عنه.

٩- ٩) في «ش»: دروسه.

١٠- ١٠) في غير «ف»: من.

العبادات: الواجب الكفائي، و في الأموال: الغاصب من الغاصب.

هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدي.

و أمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أنّ السابق إذا رُجع عليه و كان غاراً لللاحق لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له؛ فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له.

فنقول: إنّ الوجه في رجوعه هو أنّ السابق اشتغلت ذمته (١) بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل؛ إذ لا يُعقل ضمان المبدل معيّناً من دون البدل، و إلّا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّه الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل؛ فإنّ تدارك نفس العين معيّناً؛ إذ (٢) لم يحدث له تدارك آخر بعد؛ فإنّ أداءه إلى المالك سقط تدارك الأوّل له. و لا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك؛ لأنّه من باب الغرامه و التدارك، فلا اشتغال للذمّه قبل حصول التدارك (٣)، و ليس من قبيل العوض لما في ذمّه الأوّل.

فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنّه

ص: ٥٠٨

١- ١) في غير «ف» و «ش» زياده: «له»، لكن شطب عليها في «ن».

٢- ٢) في «خ» و «ع»: إذا.

٣- ٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ص»، و في سائر النسخ: قبل فوات المتدارك.

لا يستحقّ الدفع إليه إلّا بعد الأداء.

و الحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه في اليد، فيشتغل (١) ذمّته إمّا بتدارك العين، و إمّا بتدارك ما تداركها (٢)، و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبه اشتغال ذمّه أشخاص على البديل بشيء (٣) واحد لشخص واحد.

و ربما يقال (٤) في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده (٥) لو رجع عليه: إنّ ذمّه من تلف بيده مشغوله للمالك بالبديل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمّته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضه الشرعيّه القهريّه، قال: و بذلك اتّضح الفرق بين من تلف المال في يده، و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعيّ لا ذمّي؛ إذ لا دليل على شغل ذمّم متعدّد به مال واحد، فحينئذٍ يُرجع عليه و لا يرجع هو (٦)، انتهى.

و أنت خير بأنّه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأنّ خطابه ذمّي و خطاب غيره شرعيّ؛ مع كون دلاله

ص: ٥٠٩

١- ١) في «ف»: «فيستقل»، و في «ش»: «و يشتغل».

٢- ٢) في «ف»: «تداركه».

٣- ٣) في غير «ن» و «ش»: «لشيء».

٤- ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧:٣٤.

٥- ٥) عبارته «إلى من تلف في يده» ساقطه من «ش».

٦- ٦) انتهى ما قاله صاحب الجواهر.

«على اليد ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء، والمفروض أنه (1) لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمى.

مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوى الأيدي مشغول الذمه بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء، و مصالحه المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما فى الذمه.

مع أن تملكك غير من تلف المال بيده لما فى ذمه (2) من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا- يعلم له سبب اختيارى و لا قهرى، بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عمّن تلف فى يده بمجرد أداء غيره؛ لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك.

مع أن اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن (3) لحقه فى اليد (4) العاديه إلّا إلى (5) من تلف فى يده، مع أن الظاهر خلافه؛ فإنّه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممّن بعده.

نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى

ص: ٥١٠

١- ١) فى «ف»: أن.

٢- ٢) فى غير «ش»: ذمته، لكن صححت فى «ص» و ظاهر «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) فى «ش»: بمن.

٤- ٤) فى مصححه «ص»: الأيدى.

٥- ٥) كلمه «إلى» من «ش» و مصححه «ن»، و العبارة فى «ص»: إلّا بمن.

أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا كلّه إذا تلف المبيع في يد المشتري. وقد عرفت الحكم أيضاً في صورته بقاء العين (1) وأنه يرجع المالك بها على من في يده أو (2) من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة، و للمالك استرداده (3) فيردّ بدل الحيلولة.

ولا يرتفع سلطنه المالك على مطالبه الأوّل بمجرد تمكّنه من الاسترداد من الثاني، لأنّ عهدها (4) على الأوّل فيجب عليه (5) تحصيلها وإن بذل ما بذل. نعم، ليس للمالك أخذ مثونه الاسترداد، لياشتر (6) بنفسه.

ولو لم يقدر على استردادها إلّا المالك، و طلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزله التعذّر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجره المتعارفه للاسترداد و بين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأوّل؟ وجوه.

هذا كلّه مع عدم تغيّر العين، و أمّا إذا تغيّرت فيجىء صور كثيره

ص: ٥١١

١-١) في الصفحة ٤٨٣.

٢-٢) في «ف» زياده: على.

٣-٣) في «ش»: «استردادها»؛ قال الشهيدى قدّس سرّه: و ضمير «استرداده» راجع إلى «من» فى قوله: ممّين هي فى يده. (هدايه الطالب: ٣١١).

٤-٤) فى غير «ش»: عهده.

٥-٥) فى غير «ش»: «عليها»، لكن صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٦-٦) فى «ف»: لياشتره.

لا- يناسب المقام التعرّض لها و إن كان كثير ممّا ذكرنا أيضاً ممّا لا يناسب ذكره إلّا في باب الغضب، إلّا أنّ الاهتمام بها دعاني إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبه؛ اغتناماً للفرصه.

وفّقنا الله لما يرضيه عنّا من العلم و العمل، إنّه غفّار الزلل.

ص: ٥١٢

فعلى القول ببطلان الفضولي فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع (١) ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه: الصّحّ؛ لظهور الإجماع، بل دعواه عن غير واحد (٢)، مضافاً إلى صحّحه الصّفار المتقدّمه فى أدلّه بطلان الفضولى من قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فى ما يملك» (٣).

و لما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولى كالشيخ (٤) وابن

ص: ٥١٣

-
- ١- ١) كلمه «بيع» لم ترد فى «ص»، و وردت فى «ن»، «خ»، «م» و «ع» استدراكاً أو كنسخه بدل.
 - ٢- ٢) منهم السيّد ابن زهره فى الغنيه: ٢٠٩، و كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٦٥، و فى الرياض (٥١٣: ١)، و الجواهر (٣٠٩: ٢٢): بل ظاهرهم الإجماع عليه.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٢: ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، و قد تقدّمت فى الصفحه ٣٦٥.
 - ٤- ٤) راجع المبسوط ٢: ١٤٥، و الخلاف ٣: ١٤٤، كتاب البيوع، المسأله ٢٣٢.

زهرة (١) والحلي (٢) وغيرهم (٣). نعم، لولا النصّ والإجماع أمكن الخدشه فيه بما سيجيء في بيع ما يملك وما لا يملك (٤).

و أمّا على القول بصحة الفضولي، فلا- ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل وكذا مع الردّ؛ فإنّه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غايه الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة (٥)، و سيجيء في أقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقويه ثبوت الخيار للبائع (٦)، لكن عن الغنيه الجزم بعدمه (٧)، و يؤيده صحيحه الصفار (٨).

و ربما حُمل كلام الشيخ على ما إذا ادّعى البائع الجهل أو الإذن، و كلام الغنيه على العالم (٩).

ص: ٥١٤

١- (١) الغنيه: ٢٠٩ و ٢٣٠.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢٧٥.

٣- (٣) لم نقف على من صرح بهذا من القائلين بالبطلان في الفضولي، نعم يظهر من المحدث البحراني في الحدائق ١٨: ٣٩٩-٤٠٠ و ١٩: ٣١٥.

٤- (٤) يجيء في الصفحة ٥٣١.

٥- (٥) التذكرة ١: ٥٦٦.

٦- (٦) لم نعثر عليه في الخلاف و لا على من حكاه عنه، بل أنكره الشيخ في الخلاف، راجع الخلاف ٣: ١٤٦، المسأله ٢٣٥، نعم قواه في المبسوط كما هو المحكى في الجواهر، راجع المبسوط ٢: ١٤٥، و الجواهر ٢٢: ٣١٦.

٧- (٧) الغنيه: ٢٣٠.

٨- (٨) المشار إليها آنفاً.

٩- (٩) راجع مفتاح الكرامه ٤: ٢٠٧، و الجواهر ٢٢: ٣١٦.

ثم إنَّ صحَّه البيع فيما يملكه مع الردِّ مقيدته في بعض الكلمات بما إذا لم يتولَّد من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا، وبيع آبقٍ من دون ضميمه (١)، وسيجيء الكلام في محلِّها (٢).

ثم إنَّ البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصَّته من الثمن، و موقوف في غيره بحصَّته.

و طريق معرفه حصَّه كلُّ منهما من الثمن في غير المثلي: أن يقوم كلُّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلِّ واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين، مثاله - كما عن السرائر (٣) - ما إذا كان ثمنهما (٤) ثلاثة (٥) دنانير، وقيل: «إنَّ قيمه المملوك قيراط و قيمه غيره قيراطان» فيرجع المشتري بثالثي الثمن.

و ما ذكرنا من الطريق هو المصرَّح به في الإرشاد، حيث قال:

و يقسِّط المسمَّى (٦) على القيمتين (٧). و لعله أيضاً مرجع (٨) ما في الشرائع (٩)

ص: ٥١٥

١-١) قيده صاحب الجواهر في الجواهر ٣٠٩:٢٢.

٢-٢) كذا في النسخ، و الظاهر أن الصحيح: «في محلِّه» كما استُظهر في «ص».

٣-٣) السرائر ٢٧٦:٢.

٤-٤) كذا في «ص» و مصحَّحه «ن»، و في سائر النسخ: ثمنها.

٥-٥) كذا في «ف» و مصحَّحه «ص»، و في سائر النسخ: ثلاث.

٦-٦) في «ف»: «الثمن»، و في هامش «م» زياده: الثمن - خ ل.

٧-٧) الإرشاد ٣٦٠:١.

٨-٨) في «ف»: يرجع إلى.

٩-٩) الشرائع ١٥:٢.

و القواعد (١) و اللعنه (٢): من أنهما يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما؛ و لهذا (٣) فسّر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارته الإرشاد، حيث قال:

طريق تقسيط المسمى (٤) على القيمتين... إلخ (٥).

لكنّ الإنصاف: أنّ هذه العبارة الموجوده في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارته الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر؛ إذ لو كان المراد من «تقويمهما معاً»: تقويم كلّ منهما- لا تقويم المجموع- لم يحتج إلى قولهم: «ثمّ يقوم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته» إذ ليس هنا إلماً أمران: تقويم كلّ منهما، و نسبه قيمته إلى مجموع القيمتين؛ فالظاهر إرادته قيمتهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظه نسبه قيمه أحدهما إلى قيمه المجموع.

و من هنا أنكر عليهم جماعه (٦)- تبعاً لجامع المقاصد (٧)- إطلاق القول بذلك؛ إذ لا- يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زياده قيمه، كما في مصراعى باب و زوج خفّ إذا فرض تقويم

ص: ٥١٦

-
- ١-١) القواعد ١:١٢٥.
 - ٢-٢) اللعنه الدمشقيه: ١١٠.
 - ٣-٣) كذا في «ف»، «ع» و «ص»، و في سائر النسخ: و لذا.
 - ٤-٤) في «ف»: «الثلث»، و في هامش «م» زياده: «الثلث» - خ ل.
 - ٥-٥) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩.
 - ٦-٦) مثل الشهيد الثاني في المسالك ٣:١٦٢ و الروضه ٣:٢٣٩، و المحدّث البحراني في الحدائق ١٨:٤٠٢، و السيّد الطباطبائي في الرياض ١:٥١٤، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٢٠٤.
 - ٧-٧) جامع المقاصد ٤:٧٨.

المجموع بعشره و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسه، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبه إليه كنسبه الاثنين إلى العشره استحق من البائع واحداً من الخمسه فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنه لم يستحق من الثمن إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمن و نصفاً (١).

و الحاصل: أن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصه من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة، و يصح في نصيب المالك بحصه كان يأخذها مع إجازة مالك (٢) الجزء الآخر.

هذا، و لكن الظاهر أن كلام الجماعه إما محمول على الغالب:

من عدم زياده قيمه و لا- نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من «تقويمهما» تقويم كل منهما منفرداً، و يراد (٣) من «تقويم أحدهما ثانياً» ملاحظه قيمته مع مجموع القيمتين، و إلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصوره مدخليه الاجتماع في الزياده التي يمكن القول فيها- و إن كان ضعيفاً- بأخذ النسبه للمشتري بين قيمه أحدهما المنفرد و بين قيمه المجموع، بل ينتقض بصوره مدخليه الاجتماع في نقصان قيمه بحيث يكون قيمه أحدهما منفرداً مثل قيمه المجموع أو أزيد، فإن هذا فرض ممكن كما صرح به في رهن جامع المقاصد (٤).

ص: ٥١٧

١- ١) في غير «ش» و مصححه «ص»: نصف.

٢- ٢) في «ش»: المالك.

٣- ٣) شطب في «ن» على «يراد».

٤- ٤) جامع المقاصد ٥٦: ٥.

و غيره (١)-فإن الالتزام هنا بالنسبه المذكوره يوجب الجمع بين الثمن و المثلن، كما لو باع جاريه مع أمها قيمتهما مجتمعين عشره، و قيمه كل واحد منهما منفرده عشره، بثمانيه؛ فإن نسبه قيمه إحداهما المنفرده إلى مجموع القيمتين (٢) نسبه الشيء إلى مماثله، فرجع (٣) بكل الثمانيه (٤). و كأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا، أو كان عنده غير ممكن.

فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا، من ملاحظه قيمه كل منهما منفرداً، و نسبه قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت: إن المشتري إنما (٥) بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر، و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزءً نسبتته إليه كنسبه الدرهمين إلى العشره، و هو درهم واحد، فالزياده ظلم على المشتري، و إن كان ما أوهمه عباره الشرائع و شبهها (٦)- من أخذ البائع أربعة، و المشتري واحداً- أشد ظلماً، كما نبه عليه في

ص: ٥١٨

١-١) انظر الجواهر ١٤٠:٢٥.

٢-٢) الأصح في العبارة أن يقال: «إلى قيمتهما مجتمعين» كما نبه عليه بعض المحشّين، انظر هدايه الطالب: ٣١٣.

٣-٣) كذا في النسخ، و الظاهر: «فيرجع» كما في مصححه «ن» و «ص».

٤-٤) كذا في «ص» و «ش» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: العشره.

٥-٥) في «ش»: إذا.

٦-٦) تقدّمت العبارة في الصفحه: ٥١٥-٥١٦.

بعض حواشى الروضه (١)، فاللازم أن يقسّم الثمن على قيمه كل من المالكين منفرداً و على الهيئه (٢) الاجتماعيه، و يُعطى البائع من الثمن بنسبه قيمه ملكه منفرداً، و يبقى للمشتري بنسبه قيمه ملك (٣) الآخر منفرداً و قيمه هيئه الاجتماع (٤).

قلت: فوات وصف الانضمام- كسائر الأوصاف الموجهه لزياده القيمه- ليس مضموناً فى باب المعاوضات و إن كان مضموناً فى باب العدوان، غايه الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفه.

و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين (٥) فى الوجود كعبد و جاريه، أو متحداً كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمه المجموع أثلاثاً؛ لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان؛ لكونه أقلّ رغبه منه، بل يلاحظ قيمه الثلث و قيمه الثلثين و يؤخذ النسبه منهما (٦) ليؤخذ (٧) من الثمن بتلك النسبه.

ص: ٥١٩

١ - ١) نيه عليه سلطان العلماء فى حاشيته على الروضه البهيه ذيل قول الشارح: «و إنّما يعتبر قيمتهما»، و حكاها عنه المحقق الخوانسارى فى حواشيه على الروضه، انظر حاشيه سلطان العلماء على الروضه: ٦٥، و حاشيه الروضه: ٣٥٩.

٢ - ٢) فى غير «ف»: هيئته.

٣ - ٣) فى «ص» كتب فوق ملك: ملكه - ظ.

٤ - ٤) فى غير «ف»: هيئته الاجتماعيه.

٥ - ٥) فى مصححه «ص»: متعدداً.

٦ - ٦) كذا فى «ش»، و استظهره مصحح «ص»، و فى «ف»: «بينها»، و فى سائر النسخ: منها.

٧ - ٧) فى «ف»: و يؤخذ.

هذا كله في القيمي. أمّا المبيع المثلي: فإن كانت الحصّة مشاعه قُسيط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصّتي البائع و الأجنبيّ بما يخصّه، وإن كانت حصّه كلّ منهما معيّنه كان الحكم كما في القيمي: من ملاحظه قيمتي الحصّتين و تقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

ص: ٥٢٠

مسأله لو باع من له نصف الدار نصف ملك (١)الدار،

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله: «بعتك نصف الدار» إلا مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، وحملة على النصف المشاع بينه وبين الأجنبي.

و منشأ الاحتمالين: إمّا تعارض ظاهر النصف-أعنى الحصّه المشاعه في مجموع النصفين-مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختصّ و إن لم يكن له هذا الظهور في غير (٢)المقام، ولذا يحمل الإقرار على الإشاعه-كما سيجىء (٣)-أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه؛ لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه: إمّا من تبه الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، وإمّا من بنائه على تملكه للمال

ص: ٥٢١

١ - ١) في «ش»: «تلك». قال الشهيدى قدّس سرّه: إضافه «الملك» إلى «الدار» بيانيه، و لو ترك المضاف لكان أولى. (هدايه الطالب: ٣١٣).

٢- ٢) لم ترد «غير» في «ف».

٣- ٣) يجىء في الصفحه ٥٢٥.

عدواناً- كما فى بيع الغاصب- و الكلّ خلاف المفروض هنا.

و ممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، و بين قول البائع:

«بعث غانماً» مع كون الاسم مشتركاً بين عبده و عبده غيره، حيث ادّعى فخر الدين قدّس سرّه الإجماع على انصرافه إلى عبده، فقاس عليه ما نحن فيه (١)؛ إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى (٢) ظهور البيع فى وقوعه لنفس البائع، و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف إلى مال المتصرف، سليمين عن المعارض، فيفسّر بهما (٣) إجمال لفظ المبيع.

ثمّ إنّه لو كان البائع وكيلاً فى بيع النصف أو ولياً عن مالكة، فهل هو كالأجنبى؟ وجهان، مبتّان على أنّ المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع فى مقام التصرف، أو ظهور التملك فى الأصله. الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ ظهور التملك فى الأصله من باب الإطلاق، و ظهور النصف فى المشاع و إن كان كذلك أيضاً، إلّا أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق.

و ما ذكره الشهيد الثانى: من عدم قصد الفضولى إلى مدلول اللفظ (٤)، و إن كان مرجعه إلى ظهورٍ واردٍ على ظهور المقيّد، إلّا أنّه مختصّ بالفضولى؛ لأنّ القصد الحقيقى موجود فى الوكيل و الوليّ، فالأقوى

ص: ٥٢٢

١-١ (١) الإيضاح ٤٢١:١.

٢-٢ (٢) كذا فى «ف» و «ص»، و فى سائر النسخ: فبقى.

٣-٣ (٣) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و «ص»، و فى غيرها: بها.

٤-٤ (٤) المسالك ١٥٦:٣.

فيهما (١) الاشتراك في البيع (٢)؛ تحكيماً لظاهر النصف، إلّا أن يمنع ظهور «النصف» إلّا في النصف المشاع في المجموع، و أمّا ملاحظه حقّي المالكيين و إرادته الإشاعه في الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومه، بل معلوم (٣) العدم بالفرض.

و من المعلوم: أنّ النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختصّ، فقد ملك كلياً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلياً سلفاً، مع كونه مأذوناً في بيع ذلك من (٤) غيره أيضاً، لكنّه لم يقصد إلّا مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه؛ لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

و لعلّه لما ذكرنا ذكر جماعه - كالفاضلين (٥) و الشهيدين (٦) و غيرهم (٧) -:

أنّه لو أصدق المرأه عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي و قيمه نصف الموهوب و إن

ص: ٥٢٣

١ - ١) في «ف»: فيها.

٢ - ٢) في «ف»: «المنع»، و في «ش»: المبيع، و استظهره مصحّح «ص» أيضاً.

٣ - ٣) كذا في النسخ، و المناسب: معلومه، كما في مصحّحه «ص».

٤ - ٤) في سوى «م» و «ش»: عن.

٥ - ٥) الشرائع ٢: ٣٣٠، المسأله العاشره، و لم نعثر عليه في كتب العلّامه، نعم ذكره في القواعد ٢: ٤٣ على أحد الاحتمالين.

٦ - ٦) اللعهه الدمشقيه: ١٩٧، و الروضه البهيه ٥: ٣٦٧، و المسالك ٨: ٢٥٥.

٧ - ٧) مثل فخر المحقّقين في الإيضاح ٣: ٢٣٣، و المحقّق السبزواري في الكفايه: ١٨٢. و السيّد الطباطبائي في الرياض ٢: ١٤٦.

ذكروا ذلك احتمالاً (١)(٢)، وليس إلّا من جهة صدق «النصف» على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٣) وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للربع التالف من الزوج، و مساوياً (٤) له من جميع الجهات، بل لا- تغاير بينهما إلّا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضه مع كونها قيمته.

لكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنما (٥) عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام.

و نظيره في ظهور المنافاه لما هنا: ما ذكروه (٦) في باب الصلح: من أنّه إذا أقرّ من بيده المال لأحد المدّعين للمال بسبب موجب للشركه - كالإرث- فصالحه المقرّ له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً في نصبيهما، فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع و إلّا نفذ في الربع؛ فإنّ مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح (٧) بنصف المقرّ له؛ لأنّه إن أوقع

ص: ٥٢٤

١- ١) في «ن»، «م» و «ع»: إجمالاً.

٢- ٢) ذكره العلّامة في القواعد ٢:٤٣، والشهيد الثاني في المسالك ٨:٢٥٥، و الروضه البهيه ٥:٣٦٨.

٣- ٣) البقره: ٢٣٧.

٤- ٤) في غير «ش»: متساوياً.

٥- ٥) في «ش»: وإنّهم.

٦- ٦) ذكره المحقّق في الشرائع ٢:١٢٢، و العلّامة في القواعد ١:١٨٦، و راجع لتفصيل الأقوال مفتاح الكرامه ٥:٤٩٢.

٧- ٧) في «ص»: «المصالحه»، و كتب فوقه: المصالح-خ ل.

الصلح على نصفه الذى أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقرّ أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصّته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه؛ ولذا اختار سيّد مشايخنا قدّس الله أسرارهم اختصاصه بالمقرّ له (١).

و فضل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذى أقر به ذو اليد، فاختر مذهب المشهور في الثالث؛ لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعه، وحكم بالاختصاص في الأولين؛ لاختصاص النصف وضعاً في الأوّل و انصرافاً في الثانی إلى النصف المختصّ (٢).

و اعترضه في مجمع الفائده: بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث؛ لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به (٣)، و تمام الكلام في محلّه.

و على كلّ حال، فلا إشكال في أنّ لفظ «النصف» المقرّ به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حالٍ أو مقالٍ يقتضى صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في نصيبه و نصيب شريكه؛ و لهذا أفتوا ظاهراً على أنّه لو أقرّ أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كلّ منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كدّبه الشريك الآخر، دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما في يده؛ لأنّ

ص: ٥٢٥

١-١) اختاره السيّد المجاهد في المناهل: ٣٥٨.

٢-٢) المسالك ٢٧٢: ٤.

٣-٣) راجع مجمع الفائده ٣٤٩: ٩.

المنكر بزعم المقرّ ظالم للسدس بتصرفه في النصف؛ لأنه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتته إلى المقرّ و المقرّ له على حدّ سواء؛ فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع (١) على الاستحقاق.

و دعوى: أنّ مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما في يد كلّ منهما، فيكون في يد المقرّ سدس، و في يد المنكر سدس، كما لو صرّح بذلك، و قال: «إنّ له في يد كلّ منهما (٢) سدساً»، و إقراره بالنسبه إلى ما في يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلّا أن يدفع إليه ثلث ما في يده، و هو السدس المقرّ به، و قد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

مدفوعه: بأنّ ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره و دار غيره، بل هو (٣) مقدار حصّته المشاعه، كحصّته المقرّ و حصّته المقرّ له بزعم المقرّ، إلّا أنّه لمّا لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا في يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقرّ و المقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلّا على احتمالٍ ضعيف، و هو تعلق الغصب بالمشاع و صحّحه تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه

ص: ٥٢٦

١-١) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «فوزع»، لكن صحّح في «خ» و «ع» بما أثبتناه.

٢-٢) في هامش «ن»: الظاهر: منّا، بدل منهما.

٣-٣) في «ش»: و هو.

الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف في محلّه و إن قال به أو مال إليه بعض -على ما حكى (١)- للخرج أو السيره.

نعم، يمكن أن يقال (٢): بأنّ التلف في هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ، و الشارع إنّما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشارع إنّما حسب السدس في يد المنكر على المقرّ له، فلا يحسب منه على المقرّ شيء، و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتّى يحسب على كلا الشريكين.

و الحاصل: أنّ أخذ الجزء لما (٣) كان بإذن الشارع و إنّما (٤) أذن له على أن يكون من مال المقرّ له؛ و لعلّه لذا ذكر الأ-كثر بل نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب في مسأله الإقرار بالنسب: أنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، دفع إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده، و هو الثلث، و لا- يدفع إليه نصف ما في يده؛ نظراً إلى أنّه أقرّ بتساويهما في مال المورث، فكلّ ما حصل كان لهما، و كلّ ما توى (٥) كان كذلك (٦).

ص: ٥٢٧

-
- ١- ١) لم نعثر عليه.
 - ٢- ٢) في غير «ش» زياده: في هذا المقام.
 - ٣- ٣) لم ترد «لما» في «ش»، و شطب عليها في «ص»، و الظاهر زيادتها؛ لعدم وجود جواب لها في العبارة.
 - ٤- ٤) في مصحّحه «ن»: فإنّما.
 - ٥- ٥) أي: هلك و تلف.
 - ٦- ٦) إيضاح الفوائد ٢: ٤٦٨.

هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال؛ من جهة أنّ الشارع ألزم -بمقتضى الإقرار- معامله المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذي أقرّ به، ومن المعلوم: أنّ مقتضى الواقع -لو فرض العلم بصدق المقرّ- هو كون ما فى يده على حسب إقراره بالمنصفه، وأمّا المنكر (١) عالماً، فيكون ما فى يده مالاً مشتركاً لا يحلّ له منه إلّا ما قابل حقه (٢) ممّا (٣) فى يدهما، والزائد حقّ لهما عليه.

و أمّا مسألة الإقرار بالنسب، فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكر، و حكاه الكليني عن الفضل بن شاذان (٤) على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته (٥)، إلّا أنّه صرح جماعه ممّن تأخّر عنهم (٦) بمخالفته للقاعده حتّى قوى فى المسالك الحمل على الإشاعه (٧)، و تبعه سبطه (٨) و سيد الرياض (٩) فى شرحى (١٠) النافع.

ص: ٥٢٨

- ١- ١) فى مصحّحه «ص» زياده: فإن كان.
- ٢- ٢) فى «ش» و مصحّحه «ن»: حصّته.
- ٣- ٣) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: عمّا.
- ٤- ٤) حكاه الشيخ الكليني فى الكافى ٧: ١٦٦، فى باب الإقرار بوارث آخر.
- ٥- ٥) فى غير «ش»: كروايه، لكن صحّحت فى أكثرها بما أثبتناه.
- ٦- ٦) منهم المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٩: ٣٥٦، و المحقّق الخراسانى فى الكفايه: ٢٣٢.
- ٧- ٧) المسالك (الطبعه الحجرية) ٢: ١٤٥.
- ٨- ٨) لا يوجد لدينا ما يتعلّق بهذا المبحث من نهايه المرام.
- ٩- ٩) الرياض ٢: ٢٤٦.
- ١٠- ١٠) فى «ف»: شرح.

و الظاهر: أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفه المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل و الكليني، بل و غيرهما.

فروى الصدوق مرسلًا و الشيخ مسنداً عن أبي البختری وهب ابن وهب (1)، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام - في رجل مات و ترك ورثه فأقر أحد الورثه بدين علي أبيه -: أنه يلزم ذلك في حصته (2) بقدر ما ورث، و لا يكون ذلك في ماله كله، و (3) إن أقر اثنان من الورثه و كانا عدلين أُجيز ذلك على الورثه (4)، و إن لم يكونا عدلين أُلزما في حصتيهما (5) بقدر ما ورثا (6)، و كذلك إن أقر أحد الورثه بأخ أو أخت فإثما (7) يلزمه ذلك في حصته.

و بالإسناد، قال: «قال علي عليه السلام: من أقر لأخيه فهو شريك في المال، و لا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم» (8).

ص: ٥٢٩

١- ١) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: عن وهب بن وهب أبي البختری.

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: حقه.

٣- ٣) في غير «ف» و «ش» زياده: كذلك، و شطب عليها في «ن».

٤- ٤) عبارته «أجيز ذلك على الورثه» لم ترد في غير «ش»، لكنها استدركت في هامش «ن»، «خ» و «ص».

٥- ٥) في «ف»، «ن»، «خ»، «م»، «ع» و «ص»: حقهما.

٦- ٦) عبارته «بقدر ما ورثا» وردت في «ش» فقط.

٧- ٧) كلمه «فإثما» من «ش» و مصححه «ن».

٨- ٨) الفقيه ١٨٩: ٣، الحديث ٣٧١٤، و التهذيب ١٩٨: ٦-١٩٩، الحديث ٤٤٢، و عنهما الوسائل ٤٠٢: ١٣، الباب ٢٦ من أبواب الوصايا، الحديث ٥ و ٦.

و عن قرب الإسناد روايه الخبرين عن السندی بن محمد (1) ، و تمام الكلام في محلّه من كتاب الإقرار أو الميراث (2) إن شاء الله.

ص : ٥٣٠

١-١) قرب الإسناد: ٥٢، الحديث ١٧١.

٢-٢) في «ش»: و الميراث.

مسأله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير - صفة بئمن واحد، صح في المملوك عندنا،

كما في جامع المقاصد (١)، و إجماعاً، كما عن الغنيه (٢)، و يدل عليه إطلاق مكاتبه الصفار المتقدمه (٣).

و دعوى: انصرافه إلى صورته كون بعض القرية المذكوره فيها مال الغير، ممنوعه، بل لا مانع من جريان قاعده الصحه، بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال: من أن التراضي و التعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلما في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجاره عن تراضٍ؛ و لذا حكموا بفساد العقد

ص: ٥٣١

١- ١) لم نقف عليه صريحاً، و لعله يستفاد ممّا قاله في مسأله ما لو باع المملوك و غير المملوك، حيث قال: فلا سبيل إلى القول بالبطلان في الأخير عندنا. أنظر جامع المقاصد ٤: ٤٣٢.

٢- ٢) الغنيه: ٢٠٩.

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٦٥ و ٥١٣.

بفساد شرطه، وقد تبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط، و ذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسراً (١)، و تمام الكلام في باب الشروط، و يكفي هنا الفرق بالنص (٢) و الإجماع.

نعم، ربما يقيّد الحكم بصورة جهل المشتري، لما ذكره في المسالك -وفاً للمحكّي في التذكرة عن الشافعي-: من جهه إفضائه إلى الجهل بثمان المبيع (٣)، قال في التذكرة بعد ذلك: و ليس عندي بعيداً من (٤) الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرّيه (٥) الآخر، أو كونه ممّا لا ينقل إليه (٦)، انتهى.

و يمكن دفعه بأنّ اللازم هو العلم بثمان المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل (٧) حقيقة، فيبيع الغرر المتعلّق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عمّا يحكم عليه من (٨) الشارع، مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى

ص: ٥٣٢

١-١) جامع المقاصد ٤:٤٣٢.

٢-٢) المراد به -ظاهراً- مكاتبه الصّفّار المشار إليها آنفاً.

٣-٣) المسالك ٣:١٦٣.

٤-٤) في «ف»: عن.

٥-٥) في «ش»: حرّمه.

٦-٦) التذكرة ٥٦٥:١، و راجع قول الشافعي في المجموع ٩:٤٦٩ و ٤٧٣.

٧-٧) في «ف» و نسختي بدل «ن» و «ش»: البيع.

٨-٨) في «م» و «ش»: عن.

المملوك، لا البطلان؛ لأنَّ المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامه البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرَّح به الشهيد في محكَّتَي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: إنَّ هذا الحكم مقيدٌ بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه (١) وإلَّا لكان البذل بإزاء المملوك؛ ضروره أنَّ القصد إلى الممتنع كقصد (٢)، انتهى.

لكن ما ذكره قدس سرّه مخالفٌ لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط وإن كان مناسباً لما ذكروه في بيع مال الغير من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع؛ لأنَّه سلَّطه عليه مجاناً، فإنَّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، إمَّا لوقوع المجموع في مقابل المملوك - كما عرفت من الحواشي - وإمَّا لبقاء ذلك القسط له مجاناً - كما قد يلوح من جامع المقاصد (٣) والمسالك (٤) - إلَّا أنَّك قد عرفت أنَّ الحكم هناك (٥) لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثمَّ إنَّ طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف ممَّا تقدّم في بيع ماله مع (٦) مال الغير (٧): من أنَّ العبره بتقويم كلِّ منهما منفرداً،

ص: ٥٣٣

١- ١) لم ترد «أو حكمه» في «ف» و«ش»، و شطب عليها في «ن».

٢- ٢) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٠٩: ٤- ٢١٠.

٣- ٣) انظر جامع المقاصد ٨٢: ٤- ٨٣.

٤- ٤) انظر المسالك ١٦٤: ٣.

٥- ٥) في «ف»: هنا.

٦- ٦) في «ن»، «خ»، «م» و«ع» بدل «مع»: من.

٧- ٧) في «ف» بدل «الغير»: غيره.

و نسبه قيمه المملوك إلى مجموع القيمتين.

لكنّ الكلام هنا في طريق معرفه قيمه غير المملوك، وقد ذكروا (١): أنّ الحرّ يُفرض عبداً بصفاته و يقوّم، و الخمر و الخنزير (٢) يقوّمان بقيمتهم عند من يراهما مالاً، و يعرف تلك القيمه بشهاده عدلين مّطلعين على ذلك؛ لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار.

و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتهم إذا باع الخنزير بعنوان أنّها (٣) شاه. و الخمر بعنوان أنّها خلّ فبان الخلاف، بل جزم بعضّ هنا بوجوب تقويمهما قيمه الخلّ و الشاه، كالحرّ (٤).

ص: ٥٣٤

-
- ١-١) راجع جامع المقاصد ٤:٨٣، و المسالك ٣:١٦٣، و مجمع الفائده ٨:١٦٣، و مفتاح الكرامه ٤:٢١٠، و الجواهر ٢٢:٣٢١.
 - ٢-٢) في «ف»: أو الخنزير.
 - ٣-٣) في مصحّحه «ص»: أنّه.
 - ٤-٤) لم ترد «كالحرّ» في «ف» و «ش».

(١)

يجوز للأب و الجدّ أن يتصرّفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء.

و يدلّ عليه-قبل الإجماع-:الأخبار المستفيضه المصرّحه فى موارد كثيره (٢)، و فحوى سلطنتهما على بُضع البنت فى باب النكاح (٣).

و المشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل، و الإطلاقات، و فحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق فى التزويج (٤).

خلافاً للمحكى عن الوسيله (٥) و الإيضاح (٦) فاعتبراها فيهما؛

ص: ٥٣٥

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) منها ما فى الوسائل ١٢:١٩٤ و ١٩٨، الباب ٧٨ و ٧٩ من أبواب ما يكتسب به.

٣-٣) راجع الوسائل ١٤:٢٠٧ و ٢١٧، الباب ٦ و ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

٤-٤) التذكرة ٢:٥٩٩، و حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥:٢٥٧.

٥-٥) لم نعثر عليه فى الوسيله، و لا على من حكى عنه، نعم اشترط فى تصرّف الوليّ كونه ثقة و فى الوصى أن يكون عادلاً. راجع الوسيله: ٣٧٣، ٢٧٩.

٦-٦) إيضاح الفوائد ٢:٦٢٨.

مستدلاً في الأخير: بأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يصرف عن ماله، ويستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته (١) وإخباراته عن (٢) غيره مع نصّ القرآن على خلافه، انتهى (٣).

و لعلّه أراد بنصّ القرآن آية الركون إلى الظالم (٤) التي أشار إليها في جامع المقاصد (٥)، وفي دلالة الآية نظر.

و أضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة؛ إذ المحذور يندفع - كما في جامع المقاصد -: بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال (٦) حال (٧) الطفل عزله و منعه من التصرف في ماله و إثبات اليد عليه، و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، و إن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله (٨)، انتهى.

و هل يشترط في تصرفه (٩) المصلحه، أو يكفي عدم المفسده،

ص: ٥٣٦

١- ١) في «ن»، «م»، «ع» و «ص» زياده: «عن غيره»، لكن شطب عليها في «ن».

٢- ٢) في المصدر: على.

٣- ٣) لم ترد «انتهى» في «م»، «ن» و «ص».

٤- ٤) هود: ١١٣.

٥- ٥) جامع المقاصد ٢٧٥: ١١.

٦- ٦) كذا في «ف» و «ص» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ و نسخه بدل «ص»: اختلاف.

٧- ٧) في «ش» زياده: أبو.

٨- ٨) جامع المقاصد ٢٧٦: ١١، مع تفاوت في بعض الكلمات.

٩- ٩) في «ف»: «تصرفها»، و لعلّه مصحّف «تصرفهما» و هذا هو الأصحّ؛ لرجوع الضمير إلى الأب و الجدّ.

أم لا- يعتبر شىء؟ وجوه، يشهد للأخير: إطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد، كما فى روايه سعد بن يسار (١)، و أنّه و ماله لأبيه، كما فى النبوى المشهور (٢)، و صحيحه ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء» (٣)، و ما فى العلل عن (٤) محمد بن سنان عن الرضا صلوات الله عليه:

من أنّ عله تحليل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد فى قوله تعالى: يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٥). و يؤيده أخبار (٦) جواز تقويم جاريه الابن على نفسه.

لكن الظاهر منها تقييدها بصوره حاجه الأب، كما يشهد له قوله عليه السلام فى روايه الحسين بن أبى العلاء، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول (٧) رسول الله صلى الله عليه و آله للرجل الذى أتاه فقدّم أباه، فقال له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال: إنّما جاء بأبيه

ص: ٥٣٧

١- (١) الوسائل ١٩٦:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٤.

٢- (٢) الوسائل ١٩٥:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ و ٢.

٣- (٣) الوسائل ١٩٥:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٤- (٤) فى غير «ش»: و ما فى علل محمد بن سنان.

٥- (٥) علل الشرائع: ٥٢٤، الباب ٣٠٢، و عنه الوسائل ١٩٧:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٩، و الآيه من سوره الشورى: ٤٩.

٦- (٦) راجع الوسائل ١٩٥:١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣، و ١٩٨، الباب ٧٩ من الأبواب، الحديث ١ و ٢، و

٥٤٣:١٤، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الأحاديث ٣، ١، و ٤.

٧- (٧) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: قول.

إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فقال: يا رسول الله هذا أبي و قد (١) ظلمنى ميراثى من أمى، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه و على نفسه، فقال (٢) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ:

أنت و مالك لأبيك. و لم يكن عند الرجل شىء، أ فكان (٣) رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ يحبس الأب للابن؟! (٤).

و نحوها صحيحه أبى حمزه الشمالى عن أبى جعفر عليه السلام: «قال:

قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لرجل (٥): أنت و مالك لأبيك، ثم قال:

لا نحب (٦) أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه؛ إنّ الله لا يحبُّ الفسّادَ» (٧).

فإنّ الاستشهاد بالآيه يدلّ على إرادته الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، و أنّه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسده للطفل.

هذا كلّه، مضافاً إلى عموم قوله تعالى: وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (٨) فإنّ إطلاقه يشمل الجدّ، و يتمّ فى الأب (٩) بعدم الفصل.

ص: ٥٣٨

١- ١) كلمه «و قد» من «ص» و المصدر.

٢- ٢) فى غير «ف»: فقال النبيّ.

٣- ٣) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: أو كان.

٤- ٤) الوسائل ١٩٦: ١٢-١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.

٥- ٥) كلمه «لرجل» من «ص» و المصدر.

٦- ٦) فى «ص»: «ما أحبّ»، و فى نسخه بدلها: لا نحبّ.

٧- ٧) الوسائل ١٩٥: ١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢، و الآيه من سوره البقره: ٢٠٥.

٨- ٨) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

٩- ٩) فى «ف» و مصحّحه «ن»: و فى الأب يتمّ.

و مضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسده، بل في مفتاح الكرامه (١) استظهر الإجماع-تبعاً لشيخه في شرح القواعد (٢)-على إناطه جواز تصرف الولي بالمصلحه، و ليس بعيد؛ فقد صرح به في محكي المبسوط، حيث قال: و من يلي أمر الصغير و المجنون خمسه:

الأب، و الجد (٣)، و وصي الأب و الجد، و الحاكم، و من يأمره، ثم قال:

و كل هؤلاء الخمسه لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير؛ لأنهم إنما نصبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلاً؛ لأنه خلاف ما نصب له (٤)، انتهى.

و قال الحلبي في السرائر: لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فيه، و هذا الذي يقتضيه أصول المذهب (٥)، انتهى.

و قد صرح بذلك أيضاً المحقق (٦) و العلامة (٧) و الشهيدان (٨) و المحقق

ص: ٥٣٩

١-١) مفتاح الكرامه ٢١٧:٤، و فيه: و هذا الحكم إجماعي على الظاهر.

٢-٢) حاشيه القواعد (مخطوط): الورقه ٧١-ذيل قول العلامة: مع المصلحه للموئى عليه-و فيه: و ظاهرهم الإجماع على ذلك.

٣-٣) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ زياده: للأب.

٤-٤) المبسوط ٢٠٠:٢.

٥-٥) السرائر ١:٤٤١.

٦-٦) انظر الشرائع ٧٨:٢-٧٩ و ١٧١.

٧-٧) القواعد ١٢٥:١، و الإرشاد ٣٦٠:١.

٨-٨) انظر اللمعه دمشقيه: ١٣٨، و الدروس ٣١٨:٣ و ٤٠٣، و المسالك ١٦٦:٣، و ٣٣:٤ و ٣٥، و ١٣٦:٥.

الثانى (١) وغيرهم (٢)، بل فى شرح الروضه للفاضل الهندى: أنّ المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحه من غير استثناء (٣). و
استظهر فى مفتاح الكرامه (٤) من عبارته التذكره- فى باب الحجر- نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين (٥).

وقد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد: أنّ قطب الدين قدّس سرّه نقل عن العلامة قدّس سرّه: أنّه لو باع الوليّ بدون ثمن
المثل، لم لا- يُنزّل منزله الإِتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إِتلافه، قال: و توقّف زاعماً أنّه لا
يقدر على مخالفة الأصحاب (٦).

هذا، و لكن الأقوى كفايه عدم المفسده، وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم (٧)؛ لمنع دلالة الروايات (٨) على أكثر من

ص: ٥٤٠

١- (١) انظر جامع المقاصد ٤:٨٧، و ٥:٧٢.

٢- (٢) مثل المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائدة ٤:١٤، و ٦:٧٧، و المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ١٠٨، ٨٩، و ٢٢٠.

٣- (٣) المناهج السويّه (مخطوط): ٦، فى ذيل قول الشارح: و كذا لو اتجر الولى أو مأذونه للطفل.

٤- (٤) مفتاح الكرامه ٥:٢٦٠.

٥- (٥) انظر التذكره ٢:٨٠.

٦- (٦) حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢١٧.

٧- (٧) منهم كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): ٧١، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢:٣٣٢ و ٢٨:٢٩٧، و غيرهما.

٨- (٨) تقدّم تخريجها فى الصفحه ٥٣٥.

النهى عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلاله المطلقات المتقدمه (١) الظاهره فى سلطنه الوالد على الولد و ماله.

و أما الآيه الشريفه (٢)، فلو سلم دلالتها، فهى مخصّصه بما دلّ على ولايه الجدّ و سلطنته، الظاهره فى أنّ له أن يتصرّف فى مال طفله (٣) بما ليس فيه (٤) مفسده له؛ فإنّ ما دلّ على ولايه الجدّ فى النكاح معللاً بأنّ البنت و أباهما للجدّ (٥)، و قوله صلّى الله عليه و آله: «أنت و مالك لأبيك» (٦)، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به فى مضى نكاح الجدّ بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكرو ذلك و حكم ببطلان ذلك من العامّه فى مجلس بعض الأمراء (٧) - و غير ذلك (٨) - يدلّ على ذلك.

مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، و جب الاقتصار عليه فى حكم الجدّ، دون الأب.

ص: ٥٤١

١-١) تقدّمت فى الصفحه ٥٣٧.

٢-٢) و هى قوله تعالى: **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** الإسراء: ٣٤.

٣-٣) فى «ن»، «م» و «ص»: «طفل»، و فى الأخير كتب فوّه: الطفل - ظ.

٤-٤) فى «ف» بدل «فيه»: له.

٥-٥) الوسائل ١٩٥: ٢١٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٨.

٦-٦) الوسائل ١٩٥: ١٢-١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الأحاديث ١، ٢، ٨، ٩.

٧-٧) الوسائل ٢١٨: ١٤، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٥.

٨-٨) كما فى الأحاديث المتقدمه آنفاً.

و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعه؛ فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الافتراض مع عدم اليسر (١).

ثم لا خلاف ظاهراً- كما ادعى (٢)- في أنّ الجدّ وإن علا يشارك الأب في الحكم، ويدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص و ماله- الذي منه مال ابنه- لأبيه (٣)، و ما دلّ (٤) على أنّ الولد و والده لجدّه (٥).

و لو فقد الأب و بقى الجدّ، فهل أبوه أو (٦) جدّه يقوم مقامه في المشاركة أو يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أنّ الولد و والده لجدّه، و هو المحكى عن ظاهر جماعه (٧)، و من أنّ مقتضى قوله تعالى:

وَ أَوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ

(٨)

كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفي (٩) ولاية البعيد خرج (١٠) منه الجدّ مع الأب و بقى الباقي.

و ليس المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك في المبدأ،

ص: ٥٤٢

- ١- ١) لم نعثر عليه.
- ٢- ٢) انظر المناهل: ١٠٥، و الجواهر ١٠٢: ٢٦.
- ٣- ٣) كما تقدّم آنفاً.
- ٤- ٤) لم ترد «و ما دلّ» في غير «ف» و «ش»، لكنّه استدرك في «ن» و «ص».
- ٥- ٥) مثل ما تقدّم في الصفحة السابقه.
- ٦- ٦) في «ع» و «ش» بدل «أو»: «و».
- ٧- ٧) حكاة السيّد المجاهد في المناهل: ١٠٥، و فيه: و يظهر الأوّل من إطلاق الشرائع و النافع.
- ٨- ٨) الأنفال: ٧٥، و الأحزاب: ٦.
- ٩- ٩) في «ص»: فينفي.
- ١٠- ١٠) في غير «ف»: و خرج.

بل هو نظير قولك: «هو أحقّ بالأمر (1) من فلان» ونحوه، وهذا محكيّ (2) عن جامع المقاصد (3) والمسالك (4) والكفايه (5)، و
للمسأله مواضع أُخر (6) تأتي إن شاء الله.

ص: ٥٤٣

١-١) كذا في «ف» و«ش»، و في سائر النسخ: بالأجر.

٢-٢) حكاة السيد المجاهد في المناهل: ١٠٥.

٣-٣) لم نقف عليه بعينه، نعم في جامع المقاصد ٥:١٨٧ هكذا: و هل يكون للجدّ الأعلى مع وجود الأولى ولايه؟ فيه نظر.

٤-٤) المسالك ٧:١٧١.

٥-٥) لم نعثر عليه في الكفايه.

٦-٦) مثل كتاب النكاح و كتاب الحجر.

(١)

من جمله أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله: الحاكم، والمراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، وقد رأينا هنا (٢) ذكر مناصب الفقيه، امثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة، فنقول مستعيناً بالله

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثه:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله،

و مورده المسائل الفرعيه، و الموضوعات الاستنباطيه من حيث ترتب حكم فرعي عليها.
و لا إشكال و لا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه، إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي.
و تفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثاني: الحكومه،

فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات و غيرها في الجملة. و هذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوى و نصاً، و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

ص: ٥٤٥

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) لم ترد «هنا» في «ف».

الثالث: ولاية التصرف في الأموال و الأنفس،

و هو المقصود بالتفصيل هنا،

فنقول: الولاية تتصور على وجهين:

الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به،

و مرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، و كون تصرف الغير منوطاً بإذنه و إن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف،

و مرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره. و بين موارد الوجهين عموم من وجه.

ثمّ إذنه المعتبر في تصرف الغير:

إمّا أن يكون على وجه الاستنابه، كوكيل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه التفويض و التولية، كمتولّى الأوقاف من قبل الحاكم.

و إمّا أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له.

[ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبي و الأئمة عليهم السلام]

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء (١) من الوجوه (٢) المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي و الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى:

[الاستدلال بالكتاب]

النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ

ص: ٥٤٦

أثبتناه في الهامش، و صحّحها مصحح «ص» هكذا: لأحد على أحد في شيء.
٢-٢) في «ش»: الأُمور.

(١)

وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ (٢)، فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ (٣)، وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ (٤)، وَإِنَّمَا وَثِقْتُكُمْ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ... الْآيَةَ (٥)، إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ.

[الاستدلال بالروايات]

وقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ - كما في روايه أئوب بن عطيه - : «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه» (٦)، وقال في يوم غدير خم: «أنا لست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى. قال: من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه» (٧).

والأخبار في افتراض طاعتهم وكون معصيتهم كمعصيه الله كثيره، يكفي في ذلك منها مقبوله عمر بن حنظله (٨)، و مشهوره أبي خديجه (٩)، و التوقيع الآتى (١٠)، حيث علل فيها حكمه الفقيه و تسلطه على الناس:

بأنى قد جعلته كذلك، و أنه حجتي عليكم.

ص: ٥٤٧

١-١) الأحزاب: ٦.

٢-٢) الأحزاب: ٣٦.

٣-٣) النور: ٦٣.

٤-٤) النساء: ٥٩.

٥-٥) المائدة: ٥٥.

٦-٦) الوسائل ١٧: ٥٥١، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريه و الإمامه، الحديث ١٤.

٧-٧) الحديث من المتواترات بين الخاصه و العامه، انظر كتاب الغدير ١٤: ١٥٨-١٥٨.

٨-٨) الوسائل ٩٨: ١٨-٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث الأول.

٩-٩) الوسائل ١٠٠: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٦.

١٠-١٠) الآتى في الصفحه ٥٥٥.

و أمّا الإجماع فغير خفيّ.

و أمّا العقل القطعيّ، فالمستقلّ منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه أنّهم أولياء النعم، و الغير المستقلّ حكمه بأنّ الأبوه إذا اقتضت وجوب طاعه الأب على الابن في الجملة، كانت الإمامه مقتضيه لوجوب طاعه الإمام على الرعيه بطريق أولى؛ لأنّ الحقّ هنا أعظم بمراتب، فتأمل.

و المقصود من جميع ذلك: دفع ما يتوهم من أنّ وجوب طاعه الإمام مختصّ بالأوامر الشرعيّه، و أنّه لا دليل على وجوب إطاعته (1) في أوامره العرفيه أو سلطنته على الأموال و الأنفس.

و بالجملة، فالمستفاد من الأدلّه الأربعة بعد التتبع و التأمل: أنّ للإمام عليه السلام سلطنه مطلقه على الرعيه من قبل الله تعالى، و أنّ تصرفهم نافذ على الرعيه ماضٍ مطلقاً.

هذا كلّه في ولايتهم بالمعنى الأوّل.

[الاستدلال بالروايات بالمعنى الثاني و الاستدلال عليه]

و أمّا بالمعنى الثاني - أعنى اشتراط تصرف الغير بإذنتهم - فهو و إن كان مخالفاً للأصل، إلما أنّه قد ورد أخبار خاصّه بوجوب الرجوع إليهم (2)، و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبه إلى المصالح المطلوبه للشارع الغير المأخوذه على شخص معيّن من الرعيه، كالحدود و التعزيرات، و التصرف في أموال القاصرين، و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق، و نحو ذلك.

ص: ٥٤٨

١ - ١) في «ش»: طاعته.

٢ - ٢) انظر الكافي ١: ١٨٥، باب فرض طاعه الأئمه، و ٢١٠، باب أنّ أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم هم الأئمه، و البحار ١٧٢: ٢٣، الباب ٩ من كتاب الإمامه، و ٢٨٣، و كذا الباب ١٧ منه.

و يكفى فى ذلك ما دلّ على أنّهم أولو الأمر و ولاته (١)؛ فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه فى الأمور العامّة التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاصّ.

و كذا ما دلّ على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثه إلى رواه الحديث معلّلاً بـ «أنّهم حجّتى عليكم و أنا حجّجه الله» (٢)؛ فإنّه دلّ على أنّ الإمام هو المرجع الأصلى.

و ما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام فى علل حاجه الناس إلى الإمام عليه السلام، حيث قال-بعد ذكر جملة من العلل-: «و منها: أنّا لا نجد فرقه من الفرق، و لا ملّه من الملل عاشوا و بقوا (٣) إلّا بقيّم و رئيس؛ لما لا بدّ لهم منه فى (٤) أمر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمه الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم (٥) أنّه (٦) لا بدّ لهم منه (٧) و لا قوام لهم إلّا به» (٨).

ص: ٥٤٩

-
- ١-١) راجع الكافى ٢٠٥:١، باب أنّ الأئمة عليهم السلام و لاه الأمر، و البحار ٢٣: ٢٨٣، الباب ١٧ من كتاب الإمامه.
 - ٢-٢) كما فى التوقيع الآتى فى الصفحه ٥٥٥.
 - ٣-٣) فى «ف»: «عاشوا و لا بقوا»، و فى «ش» و المصدر: بقوا و عاشوا.
 - ٤-٤) كذا فى «ش» و المصدر، و فى سائر النسخ: لما لا بدّ لهم من أمر.
 - ٥-٥) فى «ف» و «خ» و نسخه بدل «ع»: «و هو يعلم»، و فى المصدر: «مما يعلم»، و فى مصحّحه «ص»: «بلا رئيس و هو يعلم».
 - ٦-٦) فى «ف»: «أنّهم».
 - ٧-٧) لم ترد «منه» فى غير «ش».
 - ٨-٨) علل الشرائع: ٢٥٣، الباب ١٨٢، ذيل الحديث ٩.

هذا، مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات، و أنّها لإمام المسلمين (١)، و في الصلاة على الجنائز من: أنّ سلطان الله أحقّ بها من كلّ أحد (٢)، و غير ذلك ممّا يعثر عليه المتتبع.

و كيف كان، فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامّة بدون إذنه و رضاهم، لكن لا عموم يقتضى أصاله توقّف كلّ تصرفٍ على الإذن.

نعم، الأمور التي يرجع فيها كلّ قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الأطراد فيها بمقتضى كونهم أولى الأمر و ولايته و المرجع الأصلي في الحوادث الواقعة، و المرجع في غير ذلك من موارد الشكّ إلى إطلاقات أدلّه تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، و إلّا فيألى الأصول العمليّة، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام عليه السلام أو نائبه الخاصّ مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول؛ لأنّها لا تنفع مع التمكن (٣) من الرجوع إلى الحجّه، و إنّما تنفع (٤) مع عدم التمكن من الرجوع إليها

ص: ٥٥٠

١-١) راجع الوسائل ١٨:٦، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، و ٢٢١، الباب ٣٢ من أبواب كيفية الحكم و الدعوى، الحديث ٣، و ٣٣٠، الباب ١٧ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ٣، و ٣٤٣، الباب ٣٢ من الأبواب، و ٥٣٢، الباب الأوّل من أبواب حدّ المحارب، و المستدرک ١٧:٢٤١، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، و ١٨:٢٩، الباب ٢٥ من أبواب مقدّمات الحدود، و غيرها.

٢-٢) الوسائل ٢:٨٠١، الباب ٢٣ من أبواب صلاة الجنائز، الحديث ٤.

٣-٣) العبارة في «ف» هكذا: لأنّها إنّما تنفع مع عدم التمكن...

٤-٤) في غير «ش» زياده: «ذلك»، لكن شطب عليها في «ن».

[الكلام في ولاية الفقيه بالمعنى الأول]

و بالجمله، فلا يهْمنا التعرّض لذلك، إنّما المهمّ التعرّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدّمين، فنقول:

[الاستدلال عليها بالروايات]

أمّا الولاية على الوجه الأوّل - أعنى استقلاله في التصرف - فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيّل من أخبار وارده في شأن العلماء مثل:

«أنّ العلماء ورثه الأنبياء، و[ذاك] (٢) أنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً و لكن ورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيءٍ منها أخذ بحظّ وافر» (٣).

و«أنّ العلماء أمناء الرسل» (٤).

و قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الأمناء على حلاله و حرامه» (٥).

و قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «علماء أمتى كأَنْبياء بنى إسرائيل» (٦).

ص: ٥٥١

١- ١) في «ف» و «خ»: «في بعض الموارد»، لكن صحّح في الأخير بما أثبتناه.

٢- ٢) من المصدر.

٣- ٣) الوسائل ١٨: ٥٣، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢.

٤- ٤) لم نقف عليه بهذا اللفظ في مجاميعنا الحديثية، بل ورد في الكافي (١: ٣٣)، الحديث (٥): «العلماء أمناء»، و في (٤٦)، الحديث

(٥): «الفقهاء أمناء الرسل»، نعم ورد بهذا اللفظ في كنز العمال ١٨٣: ١٠، و ٢٠٤، الحديث ٢٨٩٥٢ و ٢٩٠٨٣.

٥- ٥) تحف العقول: ٢٣٨، و عنه في البحار ٨٠: ١٠٠، الحديث ٣٧.

٦- ٦) عوالي اللآلي ٤: ٧٧، الحديث ٦٧، و عنه البحار ٢: ٢٢، الحديث ٦٧، و نقله في المستدرک ١٧: ٣٢٠، الحديث ٣٠ عن العلامة في التحرير.

و فى المرسله (١) المرويّه فى الفقه الرضوي: «إِنَّ مَنْزِلَهُ الْفَقِيهَ فِي هَذَا الْوَقْتِ كَمَنْزِلِهِ الْأَنْبِيَاءِ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ» (٢).

و قوله عليه السلام (٣) فى نهج البلاغه: «أَوْلَى النَّاسِ بِالْأَنْبِيَاءِ: أَعْلَمُهُمْ بِمَا جَاؤُوا بِهِ إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ الْآيَةَ» (٤).

و قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ثَلَاثًا: «اللَّهُمَّ ارْحَمْ خَلْفَائِي. قِيلَ: وَ مِنْ خَلْفَاؤِكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: الَّذِينَ يَأْتُونَ بَعْدِي، وَ يَرَوْنَ حَدِيثِي وَ سُنَّتِي» (٥).

و قوله عليه السلام فى مقبوله ابن حنظله: «قَدْ جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» (٦).

و فى مشهوره أبى خديجه: «جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا» (٧).

و قوله عَجَّلَ اللَّهُ فَرَجَهُ: «هُمْ حَبَّتِي عَلَيْكُمْ وَ أَنَا حَجَّهَ اللَّهُ» (٨).

ص: ٥٥٢

١-١) لم ترد هذه الروايه فى «ف».

٢-٢) الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٨. و عنه فى البحار ٧٨: ٣٤٦، ذيل الحديث ٤.

٣-٣) لم يرد هذا النص فى «ف».

٤-٤) نهج البلاغه: ٤٨٤، باب المختار من حِكْمِ أمير المؤمنين عليه السلام، الحكمه ٩٦، و الآيه من سوره آل عمران: ٦٨.

٥-٥) الوسائل ١٠٠: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٧.

٦-٦) الوسائل ٩٨: ١٨-٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث الأول.

٧-٧) الوسائل ١٠٠: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٦.

٨-٨) ستأتى مصادره فى الصفحه ٥٥٥.

إلى غير ذلك مما يظفر به المتتبع.

[المناقشه فى الاستدلال]

لكنّ الإنصاف-بعد ملاحظه سياقها أو صدرها أو ذيلها-يقتضى الجزم بأنّها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعيه، لا كونهم كالنبيّ و الأئمه صلوات الله عليهم فى كونهم أولى بالناس (١) فى أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاه و الخمس من المكلف فلا- دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحّح أدائهما بدفعه إلى الفقيه مطلقاً أو بعد المطالبه، و أفتى بذلك الفقيه، ووجب اتّباعه إن كان ممّن يتعيّن تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محلّ الكلام.

هذا، مع أنّه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، ووجب حملها على إرادته الجهه (٢) المعهوده المتعارفه من وظيفته، من حيث كونه رسولاً- مبلّغاً، و إلّا لزم تخصيص أكثر أفراد العامّ؛ لعدم سلطنه الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلّا فى موارد قليله بالنسبه إلى موارد عدم سلطنته.

و بالجمله، فأقامه الدليل على وجوب طاعه الفقيه كالإمام عليه السلام -إلّا ما خرج بالدليل-دونه خرط القتاد!

بقي الكلام فى ولايته على الوجه الثانى -أعنى توقّف تصرف الغير على إذنه،

فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام عليه السلام-و حيث إنّ موارد التوقّف على إذن الإمام عليه السلام غير مضبوته فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها، فنقول:

[الضابطه لما يجب استئذان الفقيه فيه]

كلّ معروف علم من الشارع إرادته وجوده فى الخارج، إن علم

ص: ٥٥٣

١- ١) فى «ع» و «ش»: أولى الناس.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ: على إرادته العامّ من الجهه.

كونه وظيفه شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنفٍ خاص، كالإفتاء والقضاء، أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا- إشكال في شيء من ذلك. وإن لم يُعلم ذلك و احتمال كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب الرجوع فيه إليه.

ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليه (١)؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص، تولاه مباشرة أو استتابه إن كان ممن يرى الاستتابه فيه، وإلما عطله؛ فإن كونه معروفاً لا ينافي إناطته بنظر الإمام عليه السلام و الحرمان عنه عند فقده، كسائر البركات التي حُرمانها بفقده عجل الله فرجه.

و مرجع هذا إلى الشك في كون المطلوب مطلق وجوده، أو وجوده من موجد خاص.

[ما يدل على وجوب استئذان الفقيه في الأمور المذكوره]

أما وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكوره، فيدل عليه -مضافاً إلى ما يستفاد من جعله حاكماً، كما في مقبوله ابن حنظله، الظاهره في كونه كسائر الحكام المنصوبه في زمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم و الصحابه في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكوره إليه، و الانتهاء فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب الرجوع في الأمور العامه المطلوبه للسلطان إليه، و إلى ما تقدم من قوله عليه السلام:

«مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه» (٢)-:

ص: ٥٥٤

١- ١) في غير «ف» و «ش»: «توليته»، و لكن صحح في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) تقدم في الصفحه ٥٥١.

التوقيع (١) المروى في إكمال الدين (٢) وكتاب الغيبة (٣) واحتجاج الطبرسي (٤) الواردة في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب، التي ذكر أنني (٥) سألت العمري رضي الله عنه أن يوصل لي (٦) إلى صاحب عجل الله فرجه كتاباً (٧) فيه تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ، فورد الجواب (٨) بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام في أجوبتها، وفيها: «وَأَمَّا الْحَوَادِثُ الْوَاقِعَةُ فَارْجِعُوا فِيهَا إِلَى رِوَاةِ حَدِيثِنَا؛ فَإِنَّهُمْ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حَجَّهَ اللَّهُ».

فإنَّ المراد بـ«الحوادث» ظاهراً: مطلق الأمور التي لا بدَّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النظر في أموال القاصرين لغيبه أو موتٍ أو صغرٍ أو سفهٍ.

وَأَمَّا تَخْصِيصُهَا بِخُصُوصِ الْمَسَائِلِ الشَّرْعِيَّةِ، فَبَعِيدٌ مِنْ وَجْهِ:

منها: أَنَّ الظَّاهِرَ وَكَوْلِ نَفْسِ الْحَادِثِ إِلَيْهِ لِيَبَاشَرَ أَمْرَهَا مَبَاشَرَةً أَوْ اسْتِنَابَةً، لَا الرَّجُوعَ فِي حَكْمِهَا إِلَيْهِ.

ص: ٥٥٥

١- ١) في «خ»، «م»، «ع» و«ص»: «والتوقيع»، و في مصححه «خ» و«م» شطب على الواو.

٢- ٢) إكمال الدين: ٤٨٤، الباب ٤٥، الحديث ٤.

٣- ٣) كتاب الغيبة: ٢٩، الفصل ٤، الحديث ٢٤٧.

٤- ٤) الاحتجاج ٢: ٢٨٣، و عن المصادر المتقدّمة الوسائل ١٠١: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٩.

٥- ٥) في «م» و«ش» بدل «أني»: «أبي».

٦- ٦) لم ترد «لي» في «ش».

٧- ٧) في «ف» و«ن» زياده: «يذكر»، و لكن شطب عليها في «ن».

٨- ٨) في «ش»: «فورد التوقيع».

و منها: التعليل بكونهم «حجّتي عليكم و أنا حجّجه الله»؛ فإنّه إنّما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر، فكان هذا منصب و لاه الإمام عليه السلام من قبل نفسه، لا أنّه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الإمام عليه السلام، و إلّا كان المناسب أن يقول:

«إنّهم حُجج الله عليكم» كما وصفهم في مقام آخر بـ «أنّهم أمناء الله على الحلال و الحرام» (١).

و منها: أنّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعيه إلى العلماء-الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف- ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامه إلى رأى أحدٍ و نظره؛ فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وّكله في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقاته في ذلك الزمان.

و الحاصل: أنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّاً بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات.

ثمّ إنّ النسبه بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهره في إذن الشارع في كلّ معروف لكلّ أحد، مثل قوله عليه السلام: «كلّ معروف صدقه» (٢)، و قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقه» (٣) - و أمثال

ص: ٥٥٦

١-١) راجع الصفحه ٥٥١.

٢-٢) الوسائل ١١:٥٢١، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحديث ٥.

٣-٣) الوسائل ١١:١٠٨، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢، و فيه: عونك.

ذلك - وإن كانت عموماً من وجه، إلا أن الظاهر حكومه هذا التوقيع عليها و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامّة التي يفهم عرفاً دخولها تحت «الحوادث الواقعة»، و تحت عنوان «الأمر» في قوله: أولى الأمر (١).

و على تسليم التنزل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصاله عدم مشروعيتّه ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولي الأمر (٢).

هذا، لكن المسأله لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به مشهورياً.

و على أى تقدير، فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ما دلّ عليه هذه الأدلّه هو ثبوت الولاية للفقيه في الأمور التي يكون مشروعيتّه إيجابها في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفايه. و أمّا ما يُشكك في مشروعيتّه كالحدود لغير الإمام، و تزويج الصغيره لغير الأب و الجدّ، و ولاية المعامله على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه، و غير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلّه مشروعيتها للفقيه، بل لا بدّ للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر.

نعم، الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلّه المتقدّمه المختصّه به، مثل آيه أولي بالمؤمنين من أنفسهم (٣).

ص: ٥٥٧

١-١) الوارد في قوله تعالى: أطيعوا الله، و تقدّم في الصفحه ٥٤٧.

٢-٢) في «ف»: أولى الأمر.

٣-٣) الأحزاب: ٦.

و قد تقدّم (١): أنّ إثبات عموم نيابه الفقيه (٢) عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس -ليقتصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل -دونه خرط القتاد.

و بالجمله، فهنا هنا مقامان:

أحدهما: وجوب إيكال المعروف المأذون فيه إليه؛ ليقع خصوصياته عن نظره ورائه، كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنّه يجب أن يقع خصوصياته -من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شيء من تركته للكفن و تعيين المدفن -عن رأى الفقيه.

الثاني: مشروعته تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض.

و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأوّل دون الثاني، و إن كان الإفتاء في المقام الثاني بالمشروعته و عدمها أيضاً من وظيفته، إلّا أنّ المقصود عدم دلاله الأدلّه السابقه على المشروعته.

نعم، لو ثبتت أدلّه نيابه عموماً تمّ ما ذكر.

ثمّ إنّّه قد اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب (٣) روايه (٤) أنّ «السلطان وليّ من لا وليّ له» و هذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو

ص: ٥٥٨

١ - ١) تقدّم في الصفحة ٥٥٣.

٢ - ٢) في غير «ش»: «نيابته للفقيه»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٣ - ٣) كما في المسالك ٧: ١٤٧، و عوائد الأيام: ٥٦٣، ذيل العائده: ٥٤، و الجواهر ٢٩: ١٨٨، و راجع الحديث في كنز العمّال ١٦: ٣٠٩، الحديث ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤.

٤ - ٤) لم ترد «روايه» في «ف».

مضموناً (١)-يحتاج إلى أدلّه عموم النيايه، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه (٢)، وأنه لا- يخلو عن وهن في دلالته، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام (٣)، ويظهر من المحقق الثاني أيضاً في رسالته الموسومه ب«قاطع اللجاج» (٤) في مسأله جواز أخذ الفقيه اجره أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر-الشك (٥) في عموم النيايه (٦)، وهو في محلّه.

ثم إنّ قوله (٧): «من ولا وليّ له»- في المرسله المذكوره- ليس مطلق من لا وليّ له، بل المراد عدم الملكه، يعنى: أنّه وليّ من من شأنه أن يكون له وليّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصغير الذى مات أبوه، والمجنون بعد البلوغ، والغائب، والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذى لا- وليّ له، وقاطبه المسلمين إذا كان لهم ملك، كالمفتوح عنوه، والموقوف عليهم فى الأوقاف العامه، ونحو ذلك.

ص: ٥٥٩

١- ١) قال الشهيد قدس سرّه: منشأ التردد هو الشكّ فى أنّ المتداول فى الألسنه متن الروايه و نقلت باللفظ، أو مضمونها و نقلت بالمعنى (هدايه الطالب: ٣٣٢).

٢- ٢) راجع الصفحه ٥٥١-٥٥٣.

٣- ٣) حاشيه الروضه: ٣٢٠، ذيل عبارته: أو إلى نوابه و هم الفقهاء.

٤- ٤) كذا فى النسخ، والمعروف تسميتها ب«قاطع اللجاج».

٥- ٥) كذا فى «ف»، «خ»، و«ص»، و فى سائر النسخ: للشكّ.

٦- ٦) قاطعه اللجاج فى تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقق الكركى) ٢٥٧: ١.

٧- ٧) فى «ف» زياده: عليه السلام.

لكن يستفاد منه ما لم يمكن (١) يستفاد من التوقيع المذكور، وهو الإذن في فعل كلّ مصلحه لهم، فثبت (٢) به مشروعيتّه ما لم يثبت مشروعيتّه بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الوليّ» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا: من أنّ المراد ب«من لا وليّ له» من شأنه أن يكون له وليّ، يراد به كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى: أنّه ينبغي أن يكون عليه وليّ، له عليه (٣) ولا يه الإيجاب، بحيث يكون تصرّفه ماضياً عليه.

و الحاصل: أنّ الوليّ المنفَى هو الوليّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالوليّ المثلث، ذلك أيضاً، فمحصله: إنّ الله جعل الوليّ الذي (٤) يحتاج إليه الشخص و ينبغي أن يكون له، هو (٥) السلطان، فافهم.

ص: ٥٦٠

١-١) كذا في «ف»، وفي سائر النسخ: يكن.

٢-٢) في «ص»: فثبتت.

٣-٣) عبارته «وليّ له عليه» لم ترد في «م»، واستدركت في «ع» و«ص».

٤-٤) كذا في «ش» و«مصّحه» «ن»، وفي سائر النسخ: للذي.

٥-٥) الضمير في «ص» مشطوب عليه.

مسأله في ولاية عدول (١) المؤمنين

[حدود ولاية المؤمنين]

اعلم أنّ ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه—و هو ما كان تصرّفاً مطلوباً للوجود للشارع—إذا كان الفقيه متعذّر الوصول، فالظاهر جواز تولّيه (٢) لآحاد المؤمنين؛ لأنّ المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظاره الفقيه فيه ساقط (٣) بفرض التعذّر، و كونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالفاً لفرض العلم بكونه مطلوباً للوجود مع تعذّر الشرط؛ لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة (٤).

نعم، لو احتمل كون مطلوبيّته مختصّه بالفقيه أو (٥) الإمام، صحّ

ص: ٥٦١

-
- ١- ١) في غير «ش» و «ص»: العدول.
 - ٢- ٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: توليته.
 - ٣- ٣) في غير «ش» زياده: «له»، لكن شطب عليها في «ن».
 - ٤- ٤) كما في الآيه: وَ لَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ آل عمران: ١٠٤، و غيرها من الآيات، و راجع الوسائل ١١: ٣٩٣، الباب الأوّل من أبواب الأمر و النهي.
 - ٥- ٥) في «ف»: و الإمام.

الرجوع إلى أصله عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر؛ حيث إن إطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح (١).

قال الشهيد قدّس سرّه في قواعده: يجوز للأحاد مع تعدّد الحكام توليه آحاد التصرفات الحكيمية على الأصحّ، كدفع ضروره اليتيم، لعموم:

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى

(٢)

و قوله عليه (٣) السلام: «و الله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» (٤)، و قوله صلّى الله عليه و آله: «كلّ معروف صدقه» (٥). و هل يجوز أخذ الزكوات و الأحماس من الممتنع و تفريقها في أربابها، و كذا بقيه وظائف الحكام غير ما يتعلّق بالدعوى؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، و لأنه لو مُنع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال، و هى مطلوبه لله تعالى.

و قال بعض متأخري العامة: لا شك أنّ القيام بهذه المصالح أهمّ من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمه يأكلونها بغير حقّها و يصرفونها إلى غير مستحقّها. فإن تُوّجّع إمامٌ يصرف ذلك في وجهه، حفظ المتمكّن تلك الأموال إلى حين تمكّنه من صرفها إليه، و إن يئس من ذلك - كما

ص: ٥٦٢

١- ١) في «خ»، «ع» و «ص»: الحرج.

٢- ٢) القواعد و الفوائد ٤٠٦: ١، القاعدة ١٤٨، و الآية من سوره المائده: ٢.

٣- ٣) في «ف»: عليه الصلاه و السلام.

٤- ٤) المستدرک ١٢: ٤٢٩، الباب ٣٤ من أبواب فعل المعروف، الحديث ١٠، و انظر الوسائل ٥٨٦: ١١، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢، و فيه: عون المؤمن... عون أخيه.

٥- ٥) الوسائل ٥٢٢: ١١، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحديث ٥.

فى هذا الزمان-تعين صرفه على الفور فى مصارفه؛لما فى إبقائه من التغيرير و حرمان مستحقه (١)من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه.

و لو ظفر بأموال مغصوبه حفظها لأربابها حتى يصل إليهم،و مع اليأس يتصدق بها عنهم (٢)،و عند العامه تصرف فى المصارف (٣)العامه (٤).انتهى.

و الظاهر أنّ قوله:«فإن توقع...إلى آخره»من كلام الشهيد قدس سرّه، و لقد أجاد فيما أفاد إلّا أنّه قدس سرّه لم يبين وجه عدم الجواز،و لعلّ وجهه:أنّ مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا-ينافى اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما فى قطع الدعاوى و إقامة الحدود،و كما فى التجاره بمال الصغير الذى له أب و جد؛فإنّ كونها من المعروف لا ينافى و كوله إلى شخص خاصّ.

نعم،لو فرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً-كحفظ اليتيم من الهلاك الذى يعلم رجحانه على مفسده التصرف فى مال الغير بغير إذنه-صحّ المباشره بمقدار يندفع به الضروره،أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديّه لكلّ أحدٍ إلّا أنّه خرج ما لو تُمكن من الحاكم،حيث دلت الأدلّه على وجوب إرجاع الأمور إليه،و هذا كتجهيز الميت،و إلّا فمجرد كون التصرف معروفًا لا ينهض فى تقييد ما دلّ على عدم ولايه أحد على مال أحد أو نفسه،

ص: ٥٦٣

١-١ فى «ف»:مستحقّه.

٢-٢ فى المصدر زياده:«و يضمن»،و استدركها مصحح «ص».

٣-٣ فى المصدر و نسخه بدل «ص»:المصالح.

٤-٤ القواعد و الفوائد ٤٠٦:١،القاعده ١٤٨.

ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحه، و لا يفهم من أدله المعروف ولايه للفضولي على المعقود عليه؛ لأن المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدله المعروف.

و بالجمله، تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلي، أو عموم شرعي، أو خصوص في مورد جزئي، فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحه عند فقد الحاكم،

كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبرون بعدول المؤمنين (١)، و هو مقتضى الأصل، و يمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً: ففي صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيه، فرفع أمره إلى قاضي الكوفه، فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيه، و كان قيامه فيها (٢) بأمر القاضي؛ لأنهنّ فروج، قال:

فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام، و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى إلى أحد، و يخلف جوارى (٣)، فيقيم القاضي رجلاً منّا لبيعهنّ

ص: ٥٦٤

١- ١) كما في المسالك ٦: ٢٥٩، و الحدائق ١٨: ٣٢٣ و ٤٠٣ و ٤٤٤، و الرياض ٢: ٣١ و ٥٩، و الجواهر ٢٢: ٢٧٢.

٢- ٢) في «ش» بدل «فيها»: بهذا.

٣- ٣) في «ش»: الجوارى.

-أو قال: يقوم بذلك رجلٌ منّا- فيضعف قلبه؛ لأنّهنَّ فروج (١)، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيّم (٢) مثلك و (٣) مثل عبد الحميد فلا بأس» (٤).

بناء على أنّ المراد من المماثلة: أمّا المماثلة في التشييع، أو في الوثاقه و ملاحظه مصلحه اليتيم و إن لم يكن شيعياً، أو في الفقاهه- بأن يكون من نواب الإمام عليه السلام عموماً في القضاء بين المسلمين- أو في العدالة.

و الاحتمال (٥) الثالث منافي لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعدّره. و هذا بخلاف الاحتمالات الأخر؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف و إن تعدّر غيرهم، فتعيّن أحدها (٦) الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفه الأصل بالأخصّ منها، و هو العدل.

لكن الظاهر من بعض الروايات كفايه الأمانه و ملاحظه مصلحه اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكوره في الصحيحه.

ص: ٥٦٥

١- ١) عبارته «قال فذكرت- إلى- فروج» لم ترد في غير «ش»، و استدركت في هامش «ص».

٢- ٢) في «ص» و «ش» زياده: به.

٣- ٣) في «ص»: أو.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢، و في غير «ش» زياده: الخبر.

٥- ٥) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و احتمال.

٦- ٦) في «ف»: أحدهما.

ففى صحيحه على بن رثاب: «رجل مات و بينى و بينه قرابه و ترك أولاداً صغاراً و مماليك- غلماناً (١) و جوارى- و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها (٢) أم ولد؟ و ما ترى فى بيعهم؟ قال (٣): إن كان لهم ولئى يقوم بأمرهم، باع عليهم و نظر لهم و (٤) كان مأجوراً فيهم (٥). قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها (٦) أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم، و ليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم» (٧).

و موثقه زرعه، عن سماعه: «فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار، من غير وصيته، و له خدم و مماليك و عقد (٨) كيف يصنع

ص: ٥٦٦

-
- ١- ١) لم ترد «غلماناً» فى غير «ش» و «ص».
 - ٢- ٢) فى «ص» و مصححه «ن»: «و يتخذها»، و فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: «و يجدها»، و فى «ش»: يتخذها.
 - ٣- ٣) فى «ص» و «ش» زياده: فقال.
 - ٤- ٤) فى «ن» شطب على الواو.
 - ٥- ٥) لم ترد «فيهم» فى غير «ش»، و استدركت فى «ص».
 - ٦- ٦) فى غير «ص» و «ش»: «و يجدها، و لكن صححت فى «ن» بما أثبتناه.
 - ٧- ٧) فى غير «ش» زياده: الخبر، و شطب عليها فى «ص»، و لا وجه لها إذ الحديث المذكور بتمامه، راجع الوسائل ١٢: ٢٦٩، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه.
 - ٨- ٨) كذا استدركت فى «ص» طبقاً للمصادر الحديثيه، و فى «ش»: «و عقر»، و لم ترد الكلمه فى سائر النسخ.

الورثه بقسمه ذلك (١)؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس (٢)؛ بناءً على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفاً وإن لم يكن فيه ملكه العداله.

لكن في صحيحه إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العداله: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصيّه، وله ولد صغار و كبار، أ يحلّ شراء شيء من خدمه و متاعه (٣) من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاضٍ قد تراضوا به و لم يستخلفه (٤) الخليفه، أ يطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك» (٥).

هذا، و الذى ينبغى أن يقال: إنك قد عرفت أن ولايه غير الحاكم لا تثبت إلما فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه، فما ورد فيه نصّ خاص على الولايه اتبع ذلك النصّ عموماً أو (٦) خصوصاً فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل.

ص: ٥٦٧

١-١) فى المصادر الحديثيه زياده: «الميراث»، و استدركت فى مصححه «ص».

٢-٢) الوسائل ٤٧٤:١٣، الباب ٨٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢.

٣-٣) فى نسخه بدل «ن» و «م» و «ع»: متاعهم، و فى نسخه بدل «ص»: خدمهم و متاعهم.

٤-٤) فى الكافى: «لم يستأمره»، و فى التهذيب و الوسائل: لم يستعمله.

٥-٥) الوسائل ٢٦٩:١٢-٢٧٠، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، الحديث الأوّل.

٦-٦) فى «ف» بدل «أو»: «و».

و أما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشره الفاسق و تكليفه بالنسبه إلى نفسه، و أنه هل يكون مأذوناً من الشرع في المباشره، أم لا؟ و قد يكون بالنسبه إلى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحه، كالشراء منه مثلاً.

[الظاهر عدم اعتبار العدالة في المباشره]

أمّا الأول: فالظاهر جوازه، و أنّ العدالة ليست معتبره في منصب المباشره؛ لعموم أدلّه فعّل ذلك المعروف، و لو مثل قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقه» (١)، و عموم قوله تعالى: «و لا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن» (٢) و نحو ذلك.

و صحيحه محمد بن إسماعيل -السابقه-، قد عرفت أنّها محموله على صحيحه على بن رئاب -المتقدمه-، بل و موثقه زرعه (٣) و غير ذلك ممّا سيأتي. و لو ترتّب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسق على ميت لا ولي له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شكّ في صحته، و لو شكّ في حدوث الفعل منه و أخبر به، ففي قبوله إشكال.

[الظاهر اشتراط العدالة فيما يتعلّق بفعل الغير]

و أمّا الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه و إن ادّعى كون البيع مصلحه، بل يجب أخذ المال من يده.

و يدلّ عليه -بعد صحيحه إسماعيل بن سعد المتقدمه، بل و موثقه زرعه، بناء على إرادته العدالة من الوثاقه-: أنّ عموم أدلّه القيام بذلك

ص: ٥٦٨

١-١) الوسائل ١٠٨:١١، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢، و فيه: «عونك للضعيف...».

٢-٢) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

٣-٣) راجع الصفحه ٥٦٤-٥٦٦.

المعروف لا- يرفع اليد عنها بمجرد تصرّف الفاسق؛ فإنّ وجوب إصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته، لا يرتفع (١) عن الغير بمجرد تصرّف الفاسق.

و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما فى مثال الصلاه المتقدم؛ لأنّ الواجب هناك هى صلاه صحيحه، و قد علم صدور أصل الصلاه من الفاسق، و إذا شكّ فى صحّتها أحرزت بأصله الصحّه. و أمّا الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرّف الصحيح، و إنّما حُمِل على موضوع هو «إصلاح المال و مراعاة الحال» و الشكّ فى أصل تحقّق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاه مع الشكّ فيها.

و إن شئت قلت: إنّ شراء مال اليتيم لا بدّ أن يكون مصلحه له، و لا يحرز (٢) ذلك بأصله صحّه البيع من البائع، كما لو شكّ المشتري فى بلوغ البائع، فتأمل.

نعم، لو وجد فى يد الفاسق ثمن من (٣) مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري و أخذ الثمن من الفاسق؛ لأنّ مال اليتيم الذى يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنّه الثمن أو المثل، و أصله صحّه معامله من الطرفين يحكم بالأوّل، فتدبّر.

[هل يجوز مزاحمه من تصدى من المؤمنين]

ثمّ إنّ حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى، لا على وجه النيايه من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل

ص: ٥٦٩

١- ١) فى غير «ص»: لا ترتفع.

٢- ٢) كذا فى «ف» و نسخه بدل «خ»، و استظهره مصحّح «ص» أيضاً، و فى سائر النسخ: و لا يجوز.

٣- ٣) لم ترد «من» فى «ف».

يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه.

و لو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحه فى استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير (١) أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقده. و أمّا لو (٢) أراد بيعه من شخص (٣) و عرضة لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحه و إن كان فى يد الأول.

و بالجمله، فالظاهر أنّ حكم عدول (٤) المؤمنين لا يزيد عن (٥) حكم الألب و الجدد من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

[مزاحمه فقيه لفقيره آخر]

و أمّا حكّام الشرع، فهل هم كذلك؟ فلو عيّن فقيه من يصلّى على الميت الذى لا وليّ له، أو من يلى أمواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته، أم لا؟ الذى ينبغى أن يقال: إنّه إن استندنا فى ولايه الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم (٦)، جاز المزاحمه قبل وقوع التصرف اللازم؛ لأنّ المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكّام هم العوامّ، فالنهي عن المزاحمه

ص: ٥٧٠

-
- ١- ١) فى «ن»، «م»، «ع» و «ص» و نسخه بدل «خ»: لليتيم، و فى نسخه بدل «ع»: للصغير.
 - ٢- ٢) لم ترد «و أمّا» فى «ش»، و فى «ف»: «أمّا»، و شطب على «أمّا» فى «ن».
 - ٣- ٣) فى غير «ف» و «ش»: شخصه، و صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.
 - ٤- ٤) فى غير «ش»: «العدول»، و صحّحت فى «ص» بما أثبتناه.
 - ٥- ٥) كذا، و المناسب «على»، كما فى مصحّحه «ن».
 - ٦- ٦) تقدّم فى الصفحه ٥٥٥.

يختصّ بهم، و أمّا الحكام فكلّ منهم حجّيه من الإمام عليه السلام، فلا- يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له مباشرته و إن كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب و الجدّ في أنّ النافذ تصرّف السابق، و لا عبره بدخول الآخر في مقدّمات ذلك و بناءه على ما يغيّر تصرّف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدّي المرافعه قبل حكم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنى على الحكم.

و أمّا لو استندنا في ذلك إلى (1) عمومات النيابة (2)، و أنّ فعل الفقيه كفعل الإمام، و نظره كنظره الذي لا يجوز التعدّي عنه- لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس و الأموال حتّى يقال: إنّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك (3)، بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثه إليه؛ المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجّيه منه عليه السلام على الناس- فالظاهر عدم جواز مزاحمه الفقيه الذي دخل في أمر و وضع يده عليه و بنى فيه بحسب نظره على تصرّف و إن لم يفعل نفس ذلك التصرّف؛ لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه و بناؤه على تصرّف آخر مزاحمه (4) له، فهو (5) كمزاحمه

ص: ٥٧١

١-١) كذا في «ف»، «ن»، «خ» و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ: على.

٢-٢) المتقدّمه في الصفحه ٥٥١-٥٥٢.

٣-٣) راجع الصفحه ٥٥٣.

٤-٤) في «ف»، «خ»، «م» و «ع»: يزاحمه.

٥-٥) لم ترد «فهو» في «ف».

الإمام عليه السلام، فأدله النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمه الإمام (١) عليه السلام.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: الفرق بين الحكّام، وبين الأب و الجدّ؛ لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّه و بين كون كلّ واحد منهم نائباً.

و ربما يتوهم: كونهم حينئذٍ كالوكلاء المتعدّدين، في أنّ بناء واحد منهم على (٢) أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرّف مغايرٍ لما بنى عليه الأوّل.

و يندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرّف لا في مقدّماته، فما لم يتحقّق التصرّف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرّف مغايرٍ و إن بنى عليه الأوّل و دخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كإلزامه و دخولهم في الأمر كدخوله، و فرضنا أيضاً عدم دلالة دليل و كالتهم على الإذن في مخالفه نفس الموكل، و التعدّي عمّا بنى هو عليه مباشرةً أو استنباهً، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زياده و لا نقيصه.

و الوهم إنّما نشأ من ملاحظه التوكيلات المتعارفه للوكلاء المتعدّدين المتعلّقه بنفس ذى المقدّمه، فتأمل.

هذا كلّّه مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطه إلى الحكّام سيّما في مثل هذا الزمان (٣) الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكّام ممّن

ص: ٥٧٢

١- ١) في «ف»: للإمام.

٢- ٢) في «ف» بدل «على»: في.

٣- ٣) كذا في «ش»، و في «خ» و «ص»: «هذه الأزمان»، و في سائر النسخ: هذا الأزمان.

يَدْعَى الْحُكُومَهُ.

و كيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمه فقيهٍ لمثله في كلّ إلزام قوليّ أو فعليّ يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض (١) مال اليتيم من شخص أو عتّن شخصاً لقبضه أو جعله ناظرًا عليه، فليس لغيره من الحكّام مخالفة نظره؛ لأنّ نظره كنظر الإمام.

و أمّا جواز (٢) تصدّي مجتهدٍ لمرافعه تصدّاهما مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها؛ فلأنّ وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

[هل يشترط في ولاية غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه لليتيم؟]

ثمّ إنّه هل يشترط في ولاية (٣) غير الأب و الجدّ ملاحظه الغبطه لليتيم، أم لا؟.

ذكر الشهيد في قواعده: أنّ فيه وجهين (٤)، و لكن ظاهر (٥) كثير (٦) من كلماتهم: أنّه لا- يصحّ إلّا مع المصلحه، بل في مفتاح الكرامه: أنّه إجماعي (٧)، و أنّ الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتّفاقياً بين

ص: ٥٧٣

١- ١) في غير «ف» و «ش»: أقبض.

٢- ٢) في «ف»: عدم جواز.

٣- ٣) كذا، و في التعبير ما لا يخفى.

٤- ٤) راجع القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢، القاعدة ١٣٣، و سيأتي نصّ كلامه في الصفحة ٥٧٩.

٥- ٥) في «خ» و «ص»: ظهر.

٦- ٦) كلمه «كثير» وردت في «ف» و «ش»، و استدركت في هامش «ن».

٧- ٧) مفتاح الكرامه ٢١٧: ٤.

المسلمين (١)، و عن شيخه في شرح القواعد: أنه ظاهر الأصحاب (٢)، وقد عرفت تصريح الشيخ و الحلّي بذلك حتّى في الأب و الجدّ (٣).

[الاستدلال بقوله تعالى: وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ]

و يدلّ عليه-بعد ما عرفت من أصاله عدم الولايه لأحد على أحد-:عموم قوله تعالى: وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (٤)، و حيث إنّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام، فنقول: إنّ «القرب» في الآية يحتمل معاني (٥) أربعة:

الأول: مطلق التقلب (٦) و التحريك حتّى من مكان إلى آخر، فلا يشمل مثل إبقائه (٧) على حال أو عند (٨) أحد.

الثاني: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه و مجتنباً، فالمعنى:

تجنّبوا عنه، و لا تقربوه إلّا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع (٩).

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفاً-كالافتراض و البيع و الإجاره و ما أشبهه

ص: ٥٧٤

١-١) استظهره السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:٢٦٠، و انظر التذكرة ٢:٨٠.

٢-٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٧١.

٣-٣) راجع الصفحه ٥٣٩.

٤-٤) الأنعام: ١٥٢، و الإسراء: ٣٤.

٥-٥) في «ف»: معان.

٦-٦) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: التقلّب.

٧-٧) في «ف»: البقاء.

٨-٨) في مصحّحه «ص»: على حاله و عند.

٩-٩) في «ف» و «خ» و نسخه بدل «ش»: بعد الارتكاب.

ذلك-فلا يدلّ على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه، إلّا بتنقيح المناط.

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلّق بمال اليتيم، أعمّ من الفعل و الترك، والمعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلّا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور؛ لأنّ إبقائه قربٌ له بما ليس أحسن.

و أمّا لفظ «الأحسن» في الآية، فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل أن يراد به الحسن. و على الأوّل، فيحتمل التصرف الأحسن من تركه- كما يظهر من بعض- و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقاً من تركه و من غيره من التصرفات. و على الثاني، فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحه، و يحتمل أن يراد به ما لا مفسده فيه، على ما قيل: من أنّ أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله (١).

ثم إنّ الظاهر من احتمالات «القرب» هو الثالث، و من احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثاني، أعنى التفضيل المطلق.

و حينئذٍ فإذا فرضنا أنّ المصلحه اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشره دراهم، ثم (٢) فرضنا أنّه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الولي جعلها ديناراً، فلا يجوز؛ لأنّ هذا التصرف ليس أصلح من تركه، و إن كان يجوز لنا من أوّل الأمر بيع المال بالدينار؛ لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلّق المصلحه بجعل المال نقداً.

ص: ٥٧٥

١- ١) لم نعثر على قائله.

٢- ٢) في «ف» زياده: لو.

أما لو جعلنا «الحسن» بمعنى ما لا مفسده فيه، فيجوز.

و كذا لو جعلنا «القرب» بالمعنى الرابع؛ لأننا إذا فرضنا أنّ القرب يعمّ إبقاء مال اليتيم على حاله - كما هو الاحتمال الرابع - فيجوز التصرف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنّه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً - لأنّ القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد الفردين فيه لا مزيه لأحدهما (1) على الآخر فيخير - فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كلٌّ من إبقاء الدراهم على حالها و جعلها ديناراً قريباً، و القدر المشترك أحسن من غيره، و أحد (2) الفردين لا - مزيه فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

و الحاصل: أنّه كلما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء - لكون القدر المشترك بينهما أحسن (3)، و عدم مزيه لأحد الفردين - تحقّق التخيير لأجل ذلك استدامه، فيجوز العدول من (4) أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف.

لكن الإنصاف: أنّ المعنى الرابع لـ «القرب» مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث، و إن كان الذي يقتضيه التدبّر في

ص: ٥٧٦

١ - ١) كذا في النسخ، و كان الأولى الإتيان بكلمه «له» مكان «لأحدهما»، كما أشار إليه مصحح «ص».

٢ - ٢) في غير «ف»: فأحد.

٣ - ٣) في غير «ف» و «ش»: «حسن»، و كتب في «ص» فوقه: حسناً.

٤ - ٤) في «ص»: عن.

غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام: أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم إلّا ما كان أحسن من غيره.

[ظاهر بعض الروايات كفايه عدم المفسده]

نعم، ربما يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو الضرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع.

□
ففي حسنه (١) الكاهلي: «قيل (٢) لأبي عبد الله عليه السلام: إنّنا ندخل (٣) على أخ لنا في بيت أيتام و معهم (٤) 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 في ذلك؟ قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا» (٥).

بناءً على أنّ المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون (٦) من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين (٧): من أنّ الصدر دالّ على إناطه الجواز

ص: ٥٧٧

-
- ١- ١) في «ف» و «خ» و نسخه بدل «ع» و «ش»: روايه.
 - ٢- ٢) في غير «ف» و «خ»: «قال»، و في مصححه «ص»: «قال: قيل».
 - ٣- ٣) في غير «ف»: لندخل.
 - ٤- ٤) كذا في «ص» و «ش»، و في سائر النسخ: معه.
 - ٥- ٥) الوسائل ١٨٣: ١٢-١٨٤، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.
 - ٦- ٦) كذا، و الأولى: «بصرفون»، كما تبه عليه مصحح «ص».
 - ٧- ٧) لم نعثر عليه.

بالنفع، و الذيل دالّ على إناطه الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضرّ. و هذا منه مبنى على أنّ المراد بمنفعه الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما يزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضه ما يتصرف (1) من مال اليتيم بما يتوصّل (2) إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطى (3) فلساً يازائه، و هكذا... و أنت خير بأنّه لا ظهور للروايه حتّى يحصل التنافي.

□
و في روايه ابن المغيره: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنّ لى ابنه أخ يتيمه، فربما اهدى لها الشىء فأكل منه ثمّ أطعمها بعد ذلك الشىء من مالى، فأقول: يا ربّ هذا بهذا (4)؟ قال: لا بأس» (5).

فإنّ ترك الاستفصال عن (6) مساواه العوض و زيادته يدلّ على عدم اعتبار الزيادة، إلّا أن يحمل على الغالب: من كون التصرف فى الطعام المهدي إليها (7) و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من (8) «الطعام المهدي إليها» (9) هو المطبوخ و شبهه.

ص: ٥٧٨

١-١) كذا، و الأولى: «ما يصرف»، كما فى مصحّحه «ص».

٢-٢) كذا، و الظاهر: «بما يوصل»، كما استظهره مصحّح «ص».

٣-٣) فى «ف»: و يعطى.

٤-٤) فى «ف» و «خ» و نسخه بدل «ن» و «م» و «ع» بدل «بهذا»: بذا.

٥-٥) الوسائل ١٨٤: ١٢، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢.

٦-٦) فى «ش»: من.

٧-٧) فى «ف»: المهدي إليه.

٨-٨) فى «ش» بدل «من»: أنّ.

٩-٩) فى «ف»، «ن» و «م»: المهدي إليه.

□
وجهان (١). قال الشهيد رحمه الله في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحه في مال المولى عليه، أو يكفي نفى المفسده؟ يحتمل الأول؛ لأنه منصوب لها، ولأصالة بقاء الملك على حاله، ولأن النقل و الانتقال لا بدّ لهما من غايه، و العدميات لا تكاد تقع غايه. و على هذا، هل يتحرى الأصلح أم يكتفى بمطلق المصلحه؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلنا، لا؛ لأن ذلك لا يتناهى.

و على كلّ تقدير: لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحه، لم يجز العدول عن الأصلح، و يترتب على ذلك: أخذ الولي بالشفعه للمولى عليه حيث لا مصلحه و لا مفسده، و تزويج المجنون حيث لا مفسده؛ و غير ذلك (٢)، انتهى.

الظاهر أنّ فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده و كان الاتجار به أصلح منه، لم (٣) يجب إلّا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معانى القرب فى الآيه، بأن يراد: لا تختاروا فى مال اليتيم أمراً من الأفعال أو التروك إلّا أن يكون أحسن من غيره، و قد عرفت الإشكال فى استفاده هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجوديه فهى المنهى عن جميعها، إلّا (٤).

ص: ٥٧٩

١-١) عبارته: «و هل يجب مراعاة الأصلح، أم لا؟ وجهان»، لم ترد فى «ف».

٢-٢) القواعد و الفوائد ١:٣٥٢، القاعده ١٣٣.

٣-٣) حرف النفى لم يرد فى غير «ش»، و فى نسخه بدل «ش» و مصححه «ن»، «خ» و «ص»: لا.

٤-٤) فى «ش» بدل «إلّا»: لا.

ما كان أحسن من غيره و من الترك، فلا يشمل ما إذا كان (1) فعلاً أحسن من الترك.

نعم، ثبت بدليل خارج حرمه الترك إذا كان فيه مفسده، و أما إذا كان فى الترك مفسده و دار الأمر بين أفعالٍ بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآيه عدم جواز العدول عنه، بل ربما يعدّ العدول فى بعض المقامات إفساداً، كما إذا اشترى فى موضع بعشره، و فى موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنه يعدّ بيعه فى الأوّل إفساداً للمال، لو (2) ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكه إصلاح المال، و هذا هو الذى أراده الشهيد بقوله: و لو ظهر فى الحال... إلخ (3).

نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهه، كما لو كان بيعه مصلحه، و كان بيعه فى بلد آخر أصلح (4) مع إعطاء الأجره منه أن ينقله إليه و العلم بعدم الخساره (5)؛ فإنه قد (6) لا يعدّ ذلك سفاهه، لكن ظاهر الآيه وجوبه.

ص: ٥٨٠

١-١) فى «ف» و «ن» زياده: «الترك»، و لكن شطب عليها فى «ن».

٢-٢) فى «ش» و مصححه «خ»: و لو.

٣-٣) راجع الصفحه السابقه.

٤-٤) كذا فى «ش» و مصححه «ن» و «خ»، و العبارة فى سائر النسخ هكذا: أو كان بيعه فى بلد آخر مع إعطاء...

٥-٥) فى «ص» بعد كلمه «الخساره» زياده «أصلح» تصحيحاً.

٦-٦) لم ترد «قد» فى «ص».

مسأله يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم—ثمناً أو مثنياً—أن يكون مسلماً،

فلا يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكرة (١)، بل

[المشهور عدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر]

عن الغنيه: عليه الإجماع (٢)، خلافاً للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا (٣)، و سيأتي عبارته الإسكافي في المصحف (٤).

و استدلل (٥) للمشهور تارة: بأن الكافر يمنع من استدامته؛ لأنه لو ملكه قهراً يارث أو أسلم في ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح.

و أخرى: بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفى بقوله (٦) تعالى:

ص: ٥٨١

١-١ (١) التذكرة ١:٤٦٣.

٢-٢ (٢) الغنيه: ٢١٠.

٣-٣ (٣) التذكرة ١:٤٦٣.

٤-٤ (٤) سيأتي في الصفحة ٦٠١.

٥-٥ (٥) انظر التذكرة ١:٤٦٣، و مفتاح الكرامه ٤:١٧٥.

٦-٦ (٦) في غير «ش» و مصححه «ن»: لقوله.

وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا

(١)

و بالنبوي المرسل في كتب أصحابنا-المنجبر بعملهم و استدلالهم به (٢) في موارد متعدده (٣)، حتى في عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته (٤)- و هو قوله صلى الله عليه و آله: «الإسلام يعلو و لا- يُعلَى عليه» (٥)، و من المعلوم: أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

لكن الإنصاف: أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع (٦) المعتضد (٧) بالشهره و (٨) اشتهاار التمسك بالآيه-حتى أسند في كنز العرفان إلى الفقهاء (٩)، و في غيره إلى أصحابنا (١٠)-لم يكن ما ذكروه من الأدله خالياً عن الإشكال في الدلاله.

أما حكاية قياس الابتداء على الاستداه (١١)، فغايه توجيهه: أن

ص: ٥٨٢

١-١) النساء: ١٤١.

٢-٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: عليه.

٣-٣) منها عدم جواز إعاره العبد المسلم للكافر، و منها عدم ولايه الكافر على المسلم، و غيرهما مما يقف عليها المتتبع. أنظر جامع المقاصد ٤:٥٦، و ١٢:١٠٧.

٤-٤) كما في المبسوط ٢:٤٦، و جامع المقاصد ٣:٤٦٣.

٥-٥) الوسائل ١٧:٣٧٦، الباب الأول من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

٦-٦) المتقدم عن الغنيه في الصفحه السابقه.

٧-٧) في «ص»: المعتضده.

٨-٨) كذا في «خ» و مصححه «ص»، و في سائر النسخ بدل «واو»: أو.

٩-٩) كنز العرفان ٢:٤٤.

١٠-١٠) كما في زبده البيان: ٤٣٩، و فيه: و احتج به أصحابنا.

١١-١١) يعنى الدليل الأول مما استدلل به للمشهور.

المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثاً وبقاءً، من غير مدخلية لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزاله النجاسة عن المسجد؛ فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن يرد عليه: أنّ هذا إنّما يقتضى كون عدم (1) الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء، و من المعلوم: أنّ عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليفٍ بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه، و ليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتّى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدلّ على عدم إمضائه لدخوله فى ملكه ليثبت بذلك الفساد.

و الحاصل: أنّ دلالة النهى عن الإدخال فى الملك، تابعه لدلاله النهى عن الإبقاء، فى الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه و عدمه، و المفروض انتفاء الدلالة فى المتبوع.

و ممّا ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنصّ الوارد فى عبد كافر أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقرّوه عنده» (2)؛ بناء على أنّ تخصيص البيع بالمسلمين - فى مقام البيان و الاحتراز - يدلّ على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع: أنّ التخصيص بالمسلمين إنّما هو من جهة أنّ

ص: ٥٨٣

١- ١) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و «خ»، و فى سائر النسخ: عدم كون.

٢- ٢) الوسائل ٢٨٢: ١٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، الحديث الأوّل.

الداعى على الأمر بالبيع هى إزالة ملك الكافر و النهى عن إبقائه عنده (١)، و هى لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحه به، بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلّا به، فافهم.

و أما الآية: فباب الخدشه فيها واسع:

تارة: من جهه دلالتها فى نفسها و لو بقربنه سياقها الآبى عن التخصيص، فلا بدّ من حملها (٢) على معنى لا يتحقّق فيه تخصيص، أو بقربنه ما قبلها (٣) الدالّه على إرادته أنّ (٤) نفى الجعل فى الآخره.

و أخرى: من حيث تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحجّه للكفار على المؤمنين، و هو ما روى فى العيون، عن أبى الحسن عليه السلام، ردّاً على من زعم أنّ المراد بها نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العاديه (٥) تسلط الكفار على المؤمنين، حتّى أنكروا- لهذا المعنى الفاسد الذى لا يتوهّمه ذو مسكه- أنّ الحسين بن على عليهما السلام (٦) لم يقتل، بل

ص: ٥٨٤

١- ١) عبارته «و النهى عن إبقائه عنده» لم ترد فى «ف»، و الظاهر زيادتها، لأنّه لا معنى لأن يكون النهى عن الإبقاء داعياً على الأمر بالبيع، قال الشهيدى: المناسب تقديم هذه الجملة على قوله «هى إزالة ملك الكافر»، و لعلّها مقدّمه فى أصل النسخه و الاشتباه من النسخ (هدايه الطالب: ٣٣٧).

٢- ٢) فى غير «ش»: «حمله»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) و هو قوله تعالى: فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، النساء: ١٤١.

٤- ٤) لم ترد «أنّ» فى «ش».

٥- ٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٢٠٣، الباب ٤٦، الحديث ٥، و عنه البحار ٤٤: ٢٧١، الحديث ٤.

٦- ٦) فى «ف»: صلوات الله على رسوله و عليهما و على أولادهما.

شبه لهم و رُفِع كعيسى - على نبينا و آله و عليه السلام -.

و تعميم الحجّه على معنى يشمل الملكيه، و (١) تعميم السبيل (٢) على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

و ثالثه: من حيث تعارض عموم الآيه مع عموم ما دلّ على صحّحه البيع (٣)، و وجوب الوفاء بالعقود (٤)، و حلّ أكل المال بالتجاره (٥)، و تسلّط الناس على أموالهم (٦)، و حكومه الآيه عليها غير معلومه.

و إباء سياق الآيه عن التخصيص مع وجوب الالتزام به فى طرف الاستداده، و فى كثير من الفروع فى الابتداء (٧)، يقرب تفسير السبيل بما لا - يشمل الملكيه، بأن يراد من السبيل السلطنه، فيحكم بتحقيق الملك و عدم تحقّق السلطنه، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه.

و هذا و إن اقتضى (٨) التقييد فى إطلاق ما دلّ على استقلال الناس

ص: ٥٨٥

١ - ١) فى «ش» بدل «واو»: أو.

٢ - ٢) فى غير «ش»: «الجعل»، و لكن صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

٣ - ٣) مثل أحلّ الله البيع، البقره: ٢٧٥.

٤ - ٤) المائده: ١.

٥ - ٥) النساء: ٢٩.

٦ - ٦) راجع عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.

٧ - ٧) قال المامقانى قدّس سرّه: الظاهر أنّه أشار بذلك إلى الملك القهرى كالإرث، و من غير القهرى مثل بيعه على من ينعق عليه، و مثل ما لو قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك عنّى، و مثل ما لو اشترط عند بيعه على الكافر عتقه. (غايه الآمال: ٤٢٣).

٨ - ٨) كذا فى «ش»، و فى غيرها: «اقتضت»، و صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

فى أموالهم و عدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظه وقوع مثله كثيراً فى موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص فى الآيه المسوقه لبيان أنّ جعل شىء لم يكن و لن يكون، و أنّ نفى الجعل ناشٍ عن احترام المؤمن الذى لا يقيد بحال دون حال.

هذا، مضافاً إلى أنّ استصحاب الصحه فى بعض المقامات يقتضى الصحه، كما إذا كان الكافر مسبقاً بالإسلام-بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام-أو كان العبد مسبقاً بالكفر، فيثبت فى غيره بعدم الفصل، و لا يعارضه أصاله الفساد فى غير هذه الموارد؛ لأنّ استصحاب الصحه مقدّم عليها، فتأمل.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا فرق بين البيع و أنواع التمليكات كالهبة و الوصيه.

[تمليك منافع المسلم من الكافر]

و أما تمليك المنافع، ففي الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة (١)، و مقرب النهايه (٢)، بل ظاهر المحكى عن الخلاف (٣)، أو مع وقوع الإجاره على الذمه كما عن الحواشى (٤) و جامع المقاصد (٥) و المسالك (٦)، أو مع كون

ص: ٥٨٦

١-١) راجع التذكرة ١:٤٦٣، الفرع الخامس.

٢-٢) نهايه الإحكام ٢:٤٥٧.

٣-٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٨، و راجع الخلاف ٣:١٩٠، كتاب البيوع، المسأله ٣١٩.

٤-٤) لا يوجد لدينا، و لكن حكاة عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٨.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٦٣.

٦-٦) المسالك ٣:١٦٧.

المسلم الأجير حرًا كما عن ظاهر الدروس (١)، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر القواعد (٢) و محكيّ الإيضاح (٣)، أقوال:

أظهرها الثاني، فإنه كالدين ليس ذلك سبيلاً، فيجوز.

ولا فرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة (٤) و حواشى الشهيد (٥) و جامع المقاصد (٦)، بل ظاهر المحكيّ عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل في الذمه صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّه من الزمان شهراً أو سنه ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا (٧)، انتهى.

و ادعى في الإيضاح: أنه لم ينقل من الأئمة فرق بين الدين و بين الثابت في الذمه بالاستئجار (٨).

خلافاً للقواعد (٩) و ظاهر الإيضاح (١٠)، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلاً.

ص: ٥٨٧

١-١) عبارته «كما عن ظاهر الدروس» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن»، انظر الدروس ١٩٩:٣.

٢-٢) القواعد ١٢٤:١.

٣-٣) عبارته «كما هو ظاهر القواعد و محكيّ الإيضاح» لم ترد في «ف»، و شطب عليها في «ن»، راجع إيضاح الفوائد ٤١٣:١.

٤-٤) راجع الصفحة السابقة.

٥-٥) تقدّم نقله عن مفتاح الكرامه في الصفحة السابقة.

٦-٦) جامع المقاصد ٦٣:٤.

٧-٧) تقدّم عنه في الصفحة السابقة.

٨-٨) إيضاح الفوائد ٤١٣:١.

٩-٩) القواعد ١٢٤:١.

١٠-١٠) إيضاح الفوائد ٤١٣:١.

و ظاهر الدروس:التفصيل (١)بين العبد و الحرّ،فيجوز في الثاني دون الأوّل،حيث ذكر بعد أن منع إجاره العبد المسلم الكافر مطلقاً،قال:و جَوّزها الفاضل،و الظاهر أنّه أراد إجاره الحرّ المسلم (٢)،انتهى.

و فيه نظر؛لأنّ ظاهر الفاضل في التذكرة:جواز إجاره العبد المسلم مطلقاً و لو كانت على العين.

نعم،يمكن توجيه الفرق بأنّ يد المستأجر على الملك الذي مَلَكَ منفعته،بخلاف الحرّ؛فإنّه لا يثبت للمستأجر يد عليه و لا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجاره الحرّ تملك الانتفاع لا المنفعة،فتأمل.

[ارتهان العبد المسلم عند الكافر]

و أمّا الارتهان عند الكافر،ففي جوازه مطلقاً،كما عن ظاهر نهايه الأحكام (٣)،أو المنع،كما في القواعد (٤)و الإيضاح (٥)،أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر-كما إذا وضعه عند مسلم-كما عن ظاهر المبسوط (٦)و القواعد (٧)و الإيضاح في كتاب الرهن (٨)و الدروس (٩)و جامع

ص: ٥٨٨

١- ١) في غير «ش»:«تفصيل»،لكن صحّحت في «خ»بما أثبتناه.

٢- ٢) الدروس ١٩٩:٣.

٣- ٣) حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٧٩:٤.

٤- ٤) القواعد ١٢٤:١.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٤١٣:١.

٦- ٦) المبسوط ٢٣٢:٢.

٧- ٧) القواعد ١٥٨-١:١٥٩.

٨- ٨) إيضاح الفوائد ١١:٢.

٩- ٩) الدروس ٣٩٠:٣.

المقاصد (١) و المسالك (٢)، أو التردّد كما عن (٣) التذكرة (٤)، وجوه:

أقواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم في يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقّه من ثمنه.

[إعارة العبد المسلم وإيداعه من الكافر]

و أمّا إعارته من كافر، فلا يبعد المنع، وفاقاً لعاريه القواعد (٥) و جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧)، بل عن حواشى الشهيد رحمه الله: أنّ الإعاره و الإيداع أقوى منعاً من الارتهان (٨).

و هو حسن في العاريه؛ لأنّها تسليط على الانتفاع، فيكون سبباً - و علوّاً، و محلّ نظر في الوديعة؛ لأنّ التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الوديعة، مع زياده في الرهن - التي قيل من أجلها بالمنع (٩) - و هي التسلّط على منع المالك عن التصرف فيه إلّا بإذنه و تسلّطه على إلزام المالك ببيعه.

ص: ٥٨٩

-
- ١-١) جامع المقاصد ٤:٦٣، و ٥:٥١.
 - ٢-٢) المسالك ٤:٢٤.
 - ٣-٣) في «ش» بدل «عن»: في.
 - ٤-٤) لم نقف على من حكاه عن التذكرة، بل المحكى عنه في مفتاح الكرامه (٤:١٧٩) و (٥:٨٣) هو المنع، نعم جاء في مفتاح الكرامه (٤:١٧٩): في التذكرة: «فيه وجهان للشافعي»، انظر التذكرة ٢:١٩، الشرط الثالث.
 - ٥-٥) القواعد ١:١٩١.
 - ٦-٦) جامع المقاصد ٤:٦٥.
 - ٧-٧) المسالك ٣:١٦٧.
 - ٨-٨) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٨٠.
 - ٩-٩) لم نقف على القائل.

و قد صرّح في التذكرة بالجواز في كليهما (١).

و ممّا ذكرنا يظهر عدم صحّحه وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملّته.

[الظاهر من الكافر]

ثمّ إنّ الظاهر من الكافر: كلّ من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام- كالنواصب و الغلاة و المرتدّ غايه الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآيه؛ و لذا استدللّ الحنفيّ (٢)- على ما حكى عنهم (٣)- على حصول (٤) البيّنونه بارتداد الزوج (٥).

و هل يلحق بذلك أطفال الكفّار؟ فيه إشكال، و يعتم «المسلم» المخالف؛ لأنّه مسلم فيعلو و لا يُعلى عليه.

و المؤمن في زمان نزول آيه «نفى السبيل» لم يُردّ به إلّا المقرّ بالشهادتين، و نفيه عن الأعراب الذين قالوا: «آمنا» بقوله تعالى (٦):

وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ

(٧)

إنّما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا، فالمراد بالإسلام هنا: أن يُسلم نفسه لله و رسوله في الظاهر لا الباطن،

ص: ٥٩٠

١- (١) التذكرة ٤٦٣: ١.

٢- (٢) في مصحّحه «ص» زياده «بالآيه».

٣- (٣) في هامش «ن» زياده: ب لن يجعل .

٤- (٤) كذا في «ش» و مصحّحه «خ»، و في سائر النسخ: «بحصول»، إلّا أنّها صحّحت في بعض النسخ بما أثبتناه، و في بعضها ب «لحصول».

٥- (٥) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ٢٢٣: ٤.

٦- (٦) عبارته «بقوله تعالى» من «ش»، و استدركت في هامش «ن» أيضاً.

٧- (٧) الحجرات: ١٤.

بل قوله تعالى: **وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ** دلّ على أنّ ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً فى خارج القلب.

و الحاصل: أنّ الإسلام و الإيمان فى زمان الآيه كانا بمعنى واحد، و أمّا ما دلّ على كفر المخالف بواسطه إنكار الولايه (١)، فهو لا- يقاوم بظاهره، لما دلّ على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم: من التناكح و التوارث، و حقن الدماء، و عصمه الأموال، و أنّ الإسلام ما عليه جمهور الناس (٢).

ففى روايه حمران بن أعين: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

«الإيمان ما استقرّ فى القلب، و أفضى به إلى الله تعالى و صدّقه العمل بالطاعه لله و التسليم لأمر الله، و الإسلام ما ظهر من قول أو (٣) فعل، و هو الذى عليه جماعه الناس من الفرق كلّها، و به حقنت الدماء، و عليه جرت الموارث، و جاز (٤) النكاح، و اجتمعوا على الصلاه و الزكاه و الصوم و الحجّ فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا إلى الإيمان... إلى أن

ص: ٥٩١

١ - ١) يدلّ عليه ما فى الوسائل ١: ١٥٨، الباب ١١ من أبواب الماء المضاف، و ما ورد فى كتاب الحجّه من الكافى، انظر الكافى ١: ١٨٧، الحديث ١١، و ٤٢٦، الحديث ٧٤، و ٤٣٧، الحديث ٧.

٢ - ٢) يدلّ عليه ما فى الكافى ٢: ٢٥-٢٦، الحديث ١ و ٣، و الوسائل ١٤: ٤٣٣، الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه، الحديث الأوّل.

٣ - ٣) كذا فى «ص» و الكافى، و فى سائر النسخ: «و».

٤ - ٤) فى النسخ: «جازت»، و الصواب ما أثبتناه من الكافى و مصحّحه «ص».

قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك؟ قال: لا، إنهما (١) يجريان فى ذلك مجرى واحد، و لكن للمؤمن فضل على المسلم فى إعمالهما، و ما يتقرّبان به إلى الله تعالى» (٢).

[بيع العبد المؤمن من المخالف]

و من جميع ما ذكرنا ظهر: أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جارياً، إلما إذا قلنا بحرمه تزويج المؤمنه من المخالف؛ لأخبار دلت على ذلك (٣)، فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنه، لكن الأقوى عدم التحريم.

[موارد جواز تملك الكافر للعبد المسلم]

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع:

[منها: ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعتاق،

بأن يكون ممن يعتق على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقرّ بحريه مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: أعتق عبدك عني بكذا، فأعتقه.

ذكر ذلك العلامة فى التذكرة (٤)، و تبعه (٥) جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧).

ص: ٥٩٢

١-١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: «لا، بل هما»، و فى الكافى: لا هما.

٢-٢) الكافى ٢: ٢٦، الحديث ٥.

٣-٣) راجع الوسائل ٤٢٣: ١٤، الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه.

٤-٤) التذكرة ١: ٤٦٣.

٥-٥) فى «ف» بدل «و تبعه»: و المحقق فى.

٦-٦) جامع المقاصد ٤: ٦٢-٦٣.

٧-٧) المسالك ١٦٧: ٣.

و الوجه فى الأوّل واضح، وفاقاً للمحكّي عن الفقيه (١) و النهاية (٢) و السرائر-مدّعياً عليه الإجماع (٣)- و المتأخرين كافّه (٤)؛ فإنّ مجرد الملكيه الغير المستقرّه لا يعدّ سبباً، بل لم يعتبر الملكيه إلّا مقدّمه للاعتاق.

خلافاً للمحكّي عن المبسوط (٥) و القاضى (٦)، فمنعاه؛ لأنّ الكافر لا يملك حتّى ينعق؛ لأنّ التملك بمجرد سبيل، و السيادة علوّ. إلّا أنّ الإنصاف: أنّ السلطنه غير متحقّقه فى الخارج، و مجرد الإقدام على شرائه لينعتق، منه من الكافر على المسلم، لكنّها غير منفيّه (٧).

و أمّا الثانى، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق و الكذب؛ لثبوت الخلل: إمّا فى المبيع لكونه حرّاً، أو فى المشترى لكونه

ص: ٥٩٣

١- ١) لم نقف على من حكاه عن الفقيه، نعم حكى ذلك عن المقنعه صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢:٣٤٠، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و انظر المقنعه: ٥٩٩.

٢- ٢) حكى ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و الجواهر ٢٢:٣٤٠، و انظر النهاية: ٤٠٨ و ٥٤٠.

٣- ٣) حكى ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و الجواهر ٢٢:٣٤٠، و انظر السرائر ٢:٣٤٣، و ٣:٧.

٤- ٤) حكى ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:١٧٧، و الجواهر ٢٢:٣٤٠.

٥- ٥) المبسوط ٢:١٦٨، و حكاه عنه و عن القاضى، العلّامه فى المختلف ٥:٥٩.

٦- ٦) راجع جواهر الفقه: ٦٠، المسأله ٢٢٢.

٧- ٧) عبارته «إلّا أنّ الإنصاف-إلى-غير منفيّه» لم ترد فى «ف».

كافراً، فلا يُتصوّر صورته صحيحه لشراء من أقرّ بانهتاقه، إلّا أن نمنع (١) اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى، فتأمل.

و أما الثالث، فالمحكى عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع (٢)؛ لما ذكر فى الأوّل.

و منها: ما لو اشترط البائع عتقه،

فإنّ الجواز هنا محكى عن الدروس (٣) و الروضه (٤)، و فيه نظر؛ فإنّ ملكيته قبل الإعتاق سبيل و علوّ، بل التحقيق: أنّه لا فرق بين هذا، و بين إجباره على بيعه، فى عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك.

و الحاصل: أنّ «السبيل» فيه ثلاثه احتمالات - كما عن حواشى الشهيد (٥) -:

مجرّد الملك (٦)، و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورته الإقرار بالحرية.

و الملك المستقرّ و لو بالقابليه، كمشروط العتق، و يترتب عليه استثناء ما عدا صورته اشتراط العتق.

٩

ص: ٥٩٤

-
- ١ - ١) فى «ش» و «خ»: يمنع.
 - ٢ - ٢) المبسوط ٢: ١٦٨، و الخلاف ٣: ١٩٠، كتاب البيوع، المسأله ٣١٧، و حكى ذلك عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٧٧.
 - ٣ - ٣) الدروس ٣: ١٩٩.
 - ٤ - ٤) الروضه البهيه ٣: ٢٤٤.
 - ٥ - ٥) لا يوجد لدينا، نعم حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ١٧٨.
 - ٦ - ٦) فى «ش»: الملكيه.

و المستقرّ فعلاً، و يترتب عليه استثناء الجميع.

و خير الأمور أوسطها.

[حكم تملك الكافر للمسلم قهراً]

ثم إن ما ذكرنا كلفه حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم (١) اختياراً، أما التملك القهري فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر (٢) من كافر اجبر على البيع، فمات قبله، فإنه لا ينعق عليه و لا على الكافر الميت؛ لأصالة بقاء رقيته، بعد تعارض دليل نفي السبيل و عموم أدله الإرث.

لكن لا يثبت بهذا الأصل (٣) تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام، بل هو مقتضى الجمع بين الأدله؛ ضرورة أنه إذا نفى إرث الكافر بآيه نفي السبيل، كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام.

و بهذا التقرير يندفع ما يقال: إن إرث الإمام عليه السلام منافٍ لعموم أدله ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنه إذا كان مقتضى نفي السبيل عدم إرث الكافر، يتحقق نفي الوارث الذي هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإن الممنوع من الإرث كغير الوارث.

ص: ٥٩٥

١- ١) في «ش»: المسلم.

٢- ٢) في النسخ زياده: «أو»، و لكن شطب عليها في «ن»، «خ» و «ص».

٣- ٣) كذا في «ش»، و العبارة في «ف» هكذا: «لكن لَمَّا ثبت في الأصل»، و في سائر النسخ: «لكن لا- يثبت بها لأصل»، إلما أنها صححت في «ن» و «خ» بما أثبتناه، و في «ص»: «لا يثبت بها أصل».

فالعمده في المسأله: ظهور الاتفاق المدعى صريحاً في جامع المقاصد (١).

ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري، أو لا يلحق، أو يفرق بين ما كان سببه اختيارياً و (٢) غيره؟ وجوه، خيرها: أوسطها، ثم أخيرها.

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه]

ثم إنّه لا- إشكال و لا- خلاف في أنّه لا- يقَرّ المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه؛ لقوله عليه السلام في عبد كافر أسلم: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا تقروه عنده» (٣).

و منه يعلم: أنّه لو لم يبعه باعه الحاكم، و يحتمل أن يكون ولايه البيع للحاكم مطلقاً؛ لكون المالك غير قابل للسلطنه على هذا المال -غايه الأمر أنّه دلّ النصّ و الفتوى على تملكه له- و لذا ذكر فيها (٤):

أنّه يباع عليه (٥)، بل صرح فخر الدين قدس سرّه في الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، و يبقى له حقّ استيفاء الثمن منه (٦). و هو مخالف لظاهر النصّ و الفتوى، كما عرفت.

ص: ٥٩٦

١- ١) جامع المقاصد ٤:٦٣.

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في غيرهما: أو.

٣- ٣) الوسائل ١٢:٢٨٢، الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع.

٤- ٤) كلمه «فيها» من «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و لم ترد في سائر النسخ، و الأنسب: فيهما.

٥- ٥) انظر المختلف ٥:٥٩، و الدروس ٣:١٩٩، و الروضه البهيّه ٣:٢٤٥، و غيرها.

٦- ٦) إيضاح الفوائد ١:٤١٤.

و كيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه (١)، فالظاهر أنه لا- خيار له ولا- عليه، وفاقاً للمحكى عن الحواشى فى خيار المجلس و الشرط (٢)؛ لأنه لإحداث ملك فينتفى؛ لعموم (٣) نفى السبيل؛ لتقديره على أدله الخيار كما يقدم على أدله البيع.

و يمكن أن يبتنى على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد؟ فإن قلنا بالأول، ثبت الخيار؛ لأنّ فسخ العقد يجعل الملكيه السابقه كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكيه الحاصله غير (٤) السابقه، فإنّ الشارع لم يمضها. لكن هذا المبني ليس بشيء؛ لوجوب الاقتصار فى تخصيص نفى السبيل على المتيقن.

نعم، يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيباً.

و يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر؛ من جهة قوه أدله نفى الضرر، فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص.

و يظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع فى العقد الجائز، كالهبه.

ص: ٥٩٧

١-١) عبارته «فإذا تولاه المالك بنفسه» لم ترد فى «ف».

٢-٢) حواشى الشهيد (مخطوط) ولا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٨٠.

٣-٣) فى مصححه «ن»: بعموم.

٤-٤) لم ترد «غير» فى «ش».

و خالف في ذلك كله جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار و الردّ بالعيب - تبعاً للدروس (١) - قال: لأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبداً مسلماً لكافر؛ لانتفاء المقتضى؛ لأنّ نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا، لو كان البيع معاطاه فهي على حكمها، و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها.

نعم لا- يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقلٍ يمنع الرجوع إذا (٢) لم يلزم منه تخسير للمال (٣)، انتهى.

و فيما ذكره (٤) نظر؛ لأنّ نفي السبيل لا- يخرج منه إلّا الملك الابتدائي، و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، و استلزام البيع للخيارات ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحّحه العقد الذي خصّ بنفي السبيل، فهذا (٥) أولى بالتخصيص به، مع أنّه على تقدير مقاومه يرجع إلى أصله الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع، فتأمل.

و أمّا ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» ففيه: أنّ إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون (٦) خروج المسلم من

ص: ٥٩٨

١- ١) الدروس ١٩٩: ٣.

٢- ٢) كذا في «ش» و المصدر، و في سائر النسخ بدل «إذا»: «و».

٣- ٣) جامع المقاصد ٤٥: ٤.

٤- ٤) في «ص»: ذكرها.

٥- ٥) في «ف»: فهو.

٦- ٦) في «ف»: ليكون.

ملك الكافر إلى ملك المسلم (١) بمنزله التصرف (٢) المانع من الفسخ و الرجوع.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ ما ذكره في القواعد-من قوله قدّس سرّه: لو باعه من مسلم (٣) بثوب ثمّ وجد في الثمن (٤) عيباً، جاز ردّ الثمن (٥)، و هل يستردّ العبد أو القيمة؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، و (٦) من كون الردّ بالعيب موضوعاً على القهر كالإيرث (٧)، انتهى-محلّ تأمّل، إلّا أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار، و نفي السبيل: ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة، فيكون نفي السبيل مانعاً شرعياً من استرداد المثلث (٨)، كنقل المبيع في زمن الخيار، و كالتلف الذي هو مانع عقليّ.

و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم

ص: ٥٩٩

-
- ١-١) في «ف»: مسلم.
٢-٢) في غير «ف» و مصحّحه «ن»، «م» و «ص» زياده: التصرف.
٣-٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: «و لو باعه المسلم»، و في مصحّحه «ص»: «و لو باعه لمسلم».
٤-٤) في نسخه بدل «ش»: الثوب.
٥-٥) في نسخه بدل «ن» و «ش»: الثوب.
٦-٦) عبارته «ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً و «من «ش» و المصدر، و لم ترد في سائر النسخ، و استدركه مصحّح «ن» في الهامش، و قال: كذا في نسخه من القواعد.
٧-٧) القواعد ١٢٤: ١.
٨-٨) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: الثمن.

المنكشف باستحقاق بدله؛ ولذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعق على المشتري (١)، فتأمل.

ص: ٦٠٠

١-١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٤٨، والجواهر ٢٣:١٨، ونسب في الحقائق ١٩:١٦ سقوط خيار المشتري إلى المشهور.

ذكره الشيخ (١) و المحقق (٢) في الجهاد، و العلامه في كتبه (٣) و جمهور من تأخر عنه (٤).

و عن الإسكافي أنه قال: و لا- أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، و ما يجب (٥) على المسلم تعظيمه، و لا- صغيراً من الأطفال (٦)، انتهى.

و استدلوا (٧) عليه بوجوب احترام المصحف، و فحوى المنع من بيع

ص: ٦٠١

-
- ١- (١) المبسوط ٢:٦٢.
 - ٢- (٢) الشرائع ١:٣٣٤.
 - ٣- (٣) التذكرة ١:٤٦٣، و القواعد ١:١٢٤، و نهايه الإحكام ٢:٤٥٦، و الإرشاد ١:٣٦٠.
 - ٤- (٤) منهم الشهيدان في الدروس ٣:١٩٩، و المسالك ٣:١٦٦، و اللمعه دمشقيه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٢٤٣، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:١٦١، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٨٣ و ١٧٦.
 - ٥- (٥) في غير «ش»: أو ما يجب.
 - ٦- (٦) حكاه عنه العلامه في المختلف ٥:٤٢٢.
 - ٧- (٧) فقد استدلل بالأوّل الشيخ في المبسوط ٢:٦٢، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:١٦١، و استدلل بالثاني صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٣٨-٣٣٩.

العبد المسلم من الكافر.

و ما ذكروه حسن و إن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع.

و فى إلحاق الأحاديث النبويّه بالمصحف - كما صرّح به فى المبسوط (١) - و الكراهه كما هو صريح الشرائع (٢)، و نسبه الصيمرى إلى المشهور (٣)، قولان، تردّد بينهما العلامة فى التذكرة (٤).

و لا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم من طرق الآحاد، حكمها حكم ما علم صدوره منه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم، و إن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم المعلوم صدورها عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم.

و كيف كان، فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم.

ص: ٦٠٢

١-١) المبسوط ٢:٦٢.

١-٢) الشرائع ١:٣٣٥.

١-٣) غايه المرام (مخطوط): ٢٦٨، و فيه - بعد نقل المنع عن الشيخ - و المشهور الكراهيه؛ لأصالة الجواز، و لأنّ حرمتها أقلّ من حرمة المصاحف فلا يتعدّى حكم المصاحف إليها.

١-٤) التذكرة ١:٤٦٣.

تمّ الجزء الثالث و يليه الجزء الرابع و أوله القول في شرائط العوضين

ص: ٦٠٣

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 قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



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



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



الرعد
عليه صاب

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

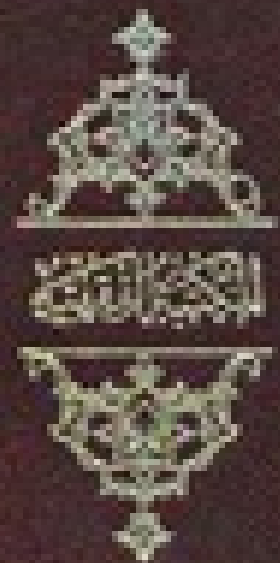
كتاب الكافي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الشيخ محمد باقر الكافي

١٣٩١ - ١٣٩٤ هـ



اصحاب
مجلس تفتيش كتب الشيخ الكافي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

[تمه كتاب البيع]

القول فى شرائط العوضين

اشاره

ص: ٧

مسأله [من شروط العوضين: المالىه] (١)

يشترط فى كل منهما كونه متمولاً؛ لأن البيع لغهً- مبادله مالٍ بمالٍ (٢)، وقد احترزوا بهذا الشرط عمّا لا ينتفع به منفعه مقصوده للعقلاء، محلّله فى الشرع؛ لأنّ الأوّل ليس بمالٍ عرفاً كالخنافس و الديدان؛ فإنّه يصحّ عرفاً سلب المصرف لها و نفى الفائده عنها، و الثانى ليس بمالٍ شرعاً كالخمر و الخنزير.

ثمّ قتيّموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى حسه الشىء كالحشرات، و إلى ما يستند إلى قلته كحبه حنطه، و ذكروا: أنّه ليس مالاً و إن كان يصدق عليه الملك (٣)؛ و لذا يحرم غصبه إجماعاً، و عن

ص: ٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) المصباح المنير: ٦٩، ذيل مادّه «بيع».

٣-٣) ذكر ذلك المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٩٠، و السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٢٠.

التذكرة: أنه لو تلف لم يُضمن أصلاً (١)، و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه (٢) بوجوب ردّ المثل.

و الأولى أن يقال: إن ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً، فلا إشكال و لا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين؛ إذ لا بيع إلّا في ملك.

و ما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابله. و ما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، و إلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّح البيع و التجاره، و خصوص قوله عليه السلام في المرويّ عن تحف العقول: «و كلّ شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهه من الجهات، فكلّ ذلك حلال بيعه.. إلى آخر الروايه» (٣)، و قد تقدّمت في أوّل الكتاب (٤).

ص: ١٠

١- ١) حكاه عنه المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤:٩٠، و راجع التذكرة ١:٤٦٥.

٢- ٢) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤:٩٠، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٠، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٤٧.

٣- ٣) تقدّمت الروايه في المجلّد الأوّل من طبعتنا: ٥-١٣، و انظر تحف العقول: ٣٣٣.

٤- ٤) في «ف» زياده: «و حيث جرى ذكر بعض هذه الروايه الشريفه، فلا بأس بذكرها بتمامها لاشتمالها على فوائد جليله، خصوصاً في تميّز ما يجوز الاكتساب به و ما لا- يجوز، فنقول: روى في الوسائل عن كتاب تحف العقول للحسن بن علي ابن شعبه عن الصادق عليه السلام: «أنّ معاش العباد كلّها..» فذكر أكثر الروايه باختلاف كثير عمّا ورد في أوّل الكتاب. هذا، و قد وردت هذه الزياده في «ن» و «خ» من قوله: فنقول: «روى في الوسائل... إلخ» لكن كتب عليها فيهما: زائد.

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكيه في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس: كالماء، والكأء، والسموك (١) والوحوش قبل اصطياها؛ لكون (٢) هذه كلها غير مملوكة بالفعل.

و احترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحه عنوه؛ و وجه الاحتراز عنها: أنها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض و إن قل؛ و لذا لا يورث، بل و لا من قبيل الوقف الخاص على معينين؛ لعدم تملكهم للمنفعه مشاعاً، و لا- كالوقف على غير معينين كالعلماء و المؤمنين، و لا- من قبيل تملك الفقراء للزكاه و الساده للخمس بمعنى كونهم مصارف له (٣) لعدم تملكهم لمنافعها (٤) بالقبض؛ لأن مصرفه (٥) منحصر في مصالح المسلمين، فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملا- حظه مصالحهم، فهذه الملكيه نحو مستقل من الملكيه قد دل عليه (٦) الدليل، و معناها: صرف حاصل الملك في مصالح الملاك.

ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الإجماع (٧)

ص: ١١

-
- ١- ١) في «م»، «ع» و «ص»: السماك.
 - ٢- ٢) كذا في مصححه «ن»، و في «ف»: «يكون»، و في سائر النسخ: بكون.
 - ٣- ٣) كذا، و المناسب تنبيه الضمير.
 - ٤- ٤) في غير «ش»: لمنفعه.
 - ٥- ٥) كذا في النسخ، و المناسب تأنيث الضمير، و كذا في قوله: تقسيمه.
 - ٦- ٦) في «ف»: عليها.
 - ٧- ٧) ادعاه الشيخ في الخلاف ٢: ٦٧-٧٠، كتاب الزكاه، المسأله ٨٠، و العلامه في المنتهى ٢: ٩٣٤، و التذكره ١: ٤٢٧، و راجع الجواهر ٢١: ١٥٧.

و دَلَّ عليه النَّصُّ كمرسله حمّاد الطَّويله (١) و غيرها (٢).

[أقسام الأرضين و أحكامها]

إشاره

(٣)

[و حيث جرى الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين، فلا بأس بالإشاره إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين و أحكامها، فنقول و من الله الاستعانه:

الأرض إما موات و إما عامره، و كلُّ منهما إما أن يكون كذلك أصليّه أو عرض لها ذلك،

فالأقسام أربعة لا خامس لها:

الأول: ما يكون مواتاً بالأصالة،

بأن لم تكن مسبوقة بعماره (٤) و لا- إشكال و لا- خلاف منّا في كونها للإمام عليه السلام، و الإجماع عليه محكّي عن الخلاف (٥) و الغنيه (٦) و جامع المقاصد (٧) و المسالك (٨) و ظاهر

ص: ١٢

١- (١) الوسائل ٨٤: ١١-٨٥، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.

٢- (٢) راجع الوسائل ٢٧٤: ١٢-٢٧٥، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الأحاديث ٤، ٥ و ٩.

٣- (٣) العنوان منّا.

٤- (٤) في غير «خ» و «ش»: بالعماره.

٥- (٥) الخلاف ٥٢٥: ٣، كتاب إحياء الموات، المسأله ٣.

٦- (٦) الغنيه: ٢٩٣.

٧- (٧) جامع المقاصد ٩: ٧.

٨- (٨) المسالك ٣٩١: ١٢، و فيه: عندنا موضع وفاق.

جماعه أخرى (١). و النصوص بذلك مستفيضة (٢)، بل قيل: إنها متواتره (٣).

□
و هي من الأنفال، نعم أبيح التصرف فيها بالإحياء بلا- عوض، و عليه يُحمل ما في النبويّ (٤): «موتان الأرض لله و لرسوله (٥) صلى الله عليه و آله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون» (٦). و نحوه الآخر: «عادى الأرض لله و لرسوله، ثم هي لكم مني» (٧).

و ربما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في صحيحه الكابلي، قال (٨): «وجدنا في كتاب

ص: ١٣

١- ١) حكاة السيّد العاملي و صاحب الجواهر عن المصادر المذكوره و عن ظاهر المبسوط و التذكرة و التنقيح و الكفايه، انظر مفتاح الكرامه ٧:٤، و الجواهر ٣٨:١١.

٢- ٢) راجع الوسائل ٦:٣٦٤، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، و المستدرک ٧: ٢٩٥، نفس الباب.

٣- ٣) راجع الجواهر ٣٨:١١، و فيه: يمكن دعوى تواترها.

٤- ٤) كذا في «ف»، «خ» و «ش»، و في غيرها: النبويين.

٥- ٥) في «ش»: و رسوله.

□
٦- ٦) لم نقف على هذا النصّ بعينه في المجاميع الحديثيه، بل الموجود: «موتان الأرض لله و لرسوله، فمن أحيا منها شيئاً فهو له»، انظر عوالي اللآلي ٣:٤٨٠، الحديث الأوّل، و عنه في المستدرک ١٧:١١١، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث الأوّل. نعم نقل الروايه كما في المتن العلامه في التذكرة ٢: ٤٠٠.

٧- ٧) عوالي اللآلي ٣:٤٨١، الحديث ٥، و عنه في المستدرک ١٧:١١٢، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث ٥.

٨- ٨) في «ف»: قال لي.

على عليه السلام إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ ، أنا (١) و أهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض، و نحن المتقون، و الأرض كلها لنا، فمن أحيا أرضاً (٢) من المسلمين فليعمرها و ليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، و له ما أكل منها...الخبر» (٣).

□
و مصحّحه عمر بن يزيد: «أنه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها، فعمّرها و أجرى أنهارها و بنى فيها بيوتاً، و غرس فيها نخلاً و شجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له، و عليه طسقتها يؤدّيه (٤) إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنه، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه» (٥).

و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسق إذا طلبه (٦) الإمام عليه السلام.

ص: ١٤

١-١) كذا في «ف» و «ص» و المصدر، و في غيرها: قال أنا.

٢-٢) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: من الأرض.

٣-٣) الوسائل ٣٢٩: ١٧، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢، و الآيه من سورة الأعراف: ١٢٨.

٤-٤) كذا في «ن» و «ص» و المصدر، و في «ف» و «خ»: «يؤتى به»، و في «م» و «ع»: «يؤتاه به»، و في «ش»: «يؤدّيه به».

٥-٥) في النسخ زياده: «الخبر»، و لا- وجه لها ظاهراً، لأنّ الحديث المذكور بتمامه، انظر الوسائل ٣٨٣: ٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣.

٦-٦) في «م»، «ع»، «ص» و «ن»: «طلب»، و صحّح في «ن» كما أثبتناه.

لكنّ الأئمة عليهم السلام بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم، و أسقطوا ذلك عنهم، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «ما كان لنا فهو لشيعتنا» (١)، وقوله عليه السلام في روايه مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون، يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا، فيجيبهم طسق (٢) ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا و يأخذ الأرض من أيديهم، و يُخرجهم عنها صغّره...الخبر» (٣).

نعم، ذكر في التذكرة: أنّه لو تصرّف في الموات أحدٌ بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها (٤).

و يحتمل حمل هذه الأخبار المذكوره على حال الحضور، و إلّا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مالٍ للإمام (٥) في الأراضي في حال الغيبة، بل الأخبار متّفقه على أنّها لمن أحيّاها (٦)، و سيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكاً بالإحياء (٧).

ص: ١٥

١-١) الوسائل ٣٨٤:٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٧.

٢-٢) في «ش» زياده: «ما كان في أيديهم و يترك الأرض في أيديهم، و أمّا»، و هذه الزياده قد وردت في الكافي و لم ترد في التهذيب و الوسائل، انظر الكافي ١: ٤٠٨، الحديث ٣، و التهذيب ٤: ١٤٤، الحديث ٤٠٣.

٣-٣) الوسائل ٣٨٢:٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

٤-٤) التذكرة ٤٠٢:٢.

٥-٥) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: الإمام.

٦-٦) راجع الوسائل ٣٢٦:١٧، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.

٧-٧) يأتي في الصفحه ١٧.

أى لا- من معمر و الظاهر أنها أيضاً للإمام عليه السلام و كونها من الأنفال، و هو ظاهر إطلاق قولهم: «و كلّ أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام عليه السلام» (١)، و عن التذكرة: الإجماع عليه (٢). و في غيرها نفى الخلاف عنه (٣)؛ لموثقه أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمّار المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام، حيث عدّ من الأنفال: «كلّ أرض لا ربّ لها» (٤)، و نحوها المحكي عن تفسير العياشي، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام (٥).

و لا- يخصّص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كلّ أرض ميّته لا ربّ لها» (٦)؛ بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز؛ لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ

ص: ١٦

١- ١) كما في الشرائع ٣: ٢٧٢، و القواعد ١: ٢٢٠، و في مفتاح الكرامه (٧: ٩) في ذيل العبارة هكذا: كما طفحت بذلك عباراتهم بلا خلاف من أحد.

٢- ٢) حكاة عن العلامة في التذكرة، السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٧: ٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣٨: ١٩، و انظر التذكرة ٢: ٤٠٢.

٣- ٣) كما في مفتاح الكرامه ٧: ٩، و الجواهر ٣٨: ١٩.

٤- ٤) تفسير القمّي ١: ٢٥٤، في تفسير الآيه الأولى من سوره الأنفال، و عنه الوسائل ٦: ٣٧١، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

٥- ٥) تفسير العياشي ٢: ٤٨، الحديث ١١، و عنه الوسائل ٦: ٣٧٢، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ٢٨.

٦- ٦) الوسائل ٦: ٣٦٥، الباب الأوّل من أبواب الأنفال، الحديث ٤.

الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتاً.

و هل تُملك هذه بالحيازه؟ وجهان: من كونه مال الإمام، و من عدم منافاته للتملك بالحيازه، كما يُملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل فى عموم النبوى: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به» (١).

الثالث: ما عرض له الحياض بعد الموت

و هو ملك للمحى، فيصير ملكاً له بالشروط المذكوره فى باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب (٢)، و بإجماع المسلمين كما عن التنقيح (٣)، و عليه عامه فقهاء الأمصار كما عن التذكرة (٤)، لكن ببالى من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبه (٥)، فلا بدّ من الملاحظه.

الرابع: ما عرض له الموت بعد العماره

فإن كانت العماره أصلية، فهى مال الإمام عليه السلام. و إن كانت

ص: ١٧

-
- ١- ١) عوالى اللآلى ٣: ٤٨٠، الحديث ٤، و المستدرک ١٧: ١١٢، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث ٤.
 - ٢- ٢) المهذب البارع ٤: ٢٨٥.
 - ٣- ٣) التنقيح الرائع ٤: ٩٨.
 - ٤- ٤) التذكرة ٢: ٤٠٠.
 - ٥- ٥) انظر المبسوط ٢: ٢٩.

العماره من معمر، ففي بقائها على ملك معمرها، أو خروجها عنه و صيرورتها ملكاً لمن عمّرها ثانياً، خلاف معروف في كتاب إحياء الموات (١)؛ منشؤه اختلاف الأخبار (٢).

[رجوع إلى أحكام القسم الثالث]

ثم القسم الثالث، إمّا أن تكون العماره فيه (٣) من المسلمين، أو من الكفار.

[لو كانت العماره فيها من المسلمين]

فإن كان (٤) من المسلمين فملكهم لا يزول إلّا بناقل أو بطرؤ الخراب على أحد القولين.

و إن كان من الكفار،

فكذلك إن كان في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام، و إن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام. و إن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، و بالاغتنام، كسائر أموالهم.

ثم ما ملكه الكافر

ثم ما ملكه الكافر (٥) من الأرض:

إمّا أن يسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه كسائر أملاكه.

و إمّا أن لا يسلم عليه طوعاً.

فإن بقي يده عليه كافراً، فهو (٦) أيضاً كسائر أملاكه تحت يده.

ص: ١٨

١- ١) راجع المسالك ٣٩٦:١٢-٣٩٧، فنسب الأول إلى المحقق و الشيخ و جماعه، و الثاني إلى العلّامة في بعض فتاويه، و مال إليه في التذكرة و قوّاه هو نفسه، و انظر الجواهر ٣٨:٢١.

٢- ٢) راجع الوسائل ٣٢٦:١٧-٣٢٨، الباب ١ و ٣ من أبواب إحياء الموات.

٣- ٣) كلمه «فيه» من «ش» و مصحّحه «ن».

٤- ٤) كذا، و المناسب: كانت.

٥-٥) في غير «ف» و«ش»: الكفّار، و لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه.

٦-٦) في غير «ف»: فهى.

و إن ارتفعت يده عنها (١):

فإنما أن يكون بانجلاء المالك عنها و تخليتها للمسلمين.

أو بموت أهلها و عدم الوارث، فيصير ملكاً للإمام عليه السلام، و يكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب.

[الأراضي المفتوحة عنوه ملك للمسلمين]

و إن رفعت يده عنها قهراً و عنوه، فهي كسائر ما لا يُنقل (٢) من الغنيمه كالنخل و الأشجار و البنيان للمسلمين كافة إجماعاً، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف (٣) و التذكرة (٤) و غيرهما (٥)،

و النصوصُ به مستفيضة:

ففي روايه أبي برده

المستؤل فيها عن بيع أرض الخراج قال عليه السلام: «من يبيعها؟! هي أرض المسلمين! قلت: يبيعها الذي في يده. قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟! ثم قال: لا بأس، اشتر (٦) حقه منها، و يحوّل حقّ المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه» (٧).

ص: ١٩

١- ١) تأنيث الضمير باعتبار «الأرض».

٢- ٢) في غير «ش» و مصحّحه «ن»: ما لا ينتقل، و في «ص» كتب عليه: لا ينقل ظ.

٣- ٣) الخلاف ٦٧: ٢- ٧٠، كتاب الزكاه، المسأله ٨٠.

٤- ٤) التذكرة ٤٢٧: ١.

٥- ٥) كالغنيه: ٢٠٤- ٢٠٥، و المنتهى ٩٣٤: ٢، و الجواهر ١٥٧: ٢١.

٦- ٦) كذا في أكثر النسخ و الاستبصار، و في «ص» و «ش» و مصحّحه «ن»: «أن يشتري»، و في التهذيب و الوسائل: اشترى.

٧- ٧) الوسائل ١١٨: ١١، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأوّل.

الطويله: «ليس لمن قاتل شىء من الأرضين و ما غلبوا عليه (١)، إلّا ما حوى (٢) العسكر... إلى أن قال: و الأرض التى أخذت بخيل و ركاب فهى موقوفه متروكه فى يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها، على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج: النصف أو الثلث أو الثلثين، على قدر ما يكون لهم صالحاً و لا يضرّ بهم (٣) إلى أن قال: فيؤخذ ما بقى بعد (٤) العشر، فيقسم بين الوالى و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها، فيدفع إليهم أنصباهم على قدر ما صالحهم عليه و يأخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و فى مصلحه ما ينوبه، من تقويه الإسلام و تقويه الدين فى وجوه الجهاد، و غير ذلك ممّا فيه مصلحه العامه، ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير... الخبر» (٥).

و في صحيحه الحلبي،

قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، و لمن يدخل (٦) فى

ص: ٢٠٠

-
- ١-١) كلمه «عليه» من «ش»، و العبارة فى المصادر: و لا ما غلبوا عليه.
 - ٢-٢) فى الكافى و الوسائل: ما احتوى عليه.
 - ٣-٣) فى «ش» و هامش «ن» زياده: فإذا أخرج منها ما أخرج، بدأ فأخرج منه العشر من الجميع ممّا سقت السماء أو سقى سيحاً، و نصف العشر ممّا سقى بالدوالى و النواضح.
 - ٤-٤) فى الكافى و الوسائل بدل «فيؤخذ ما بقى بعد»: و يؤخذ بعد.
 - ٥-٥) الوسائل ٨٤: ١١-٨٥، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢.
 - ٦-٦) فى غير «ص»: دخل.

الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق بعدُ. فقلنا: أ نشتره من الدهاقين؟ قال: لا- يصلح، إلما أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين، فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها. قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يرَدّ عليه رأس ماله، و له ما أكل من غلّتها بما عمل» (١).

و روايه ابن شريح:

□
«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج، فكرهه و (٢) قال: إنّما أرض الخراج للمسلمين.

فقالوا له: فإنّه يشتريها الرجل و عليه خراجها؟ فقال: لا بأس، إلّا أن يستحيى من عيب ذلك» (٣).

و روايه إسماعيل بن الفضل الهاشمي

، ففيها: «و سألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن، غير أنّ أناساً من أهل الذمّه نزلوها، له أن يأخذ منهم اجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم، فما أخذ بعد الشرط فهو حلال (٤)» (٥).

و في خبر أبي الربيع:

«لا تشتري من أرض السواد شيئاً، إلّا من (٦) كانت له ذمّه فإنّما هي فيء للمسلمين» (٧).

ص: ٢١

-
- ١- (١) الوسائل ٢٧٤: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٤.
 - ٢- (٢) الواو» من «ص» و المصدر.
 - ٣- (٣) الوسائل ٢٧٥: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٩.
 - ٤- (٤) في غير «ش» زياده: «أخذها»، و لم ترد في المصادر الحديثيه.
 - ٥- (٥) الوسائل ٢٧٥: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ١٠.
 - ٦- (٦) في مصححه «ن»: ممّن.
 - ٧- (٧) الوسائل ٢٧٤: ١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، الحديث ٥.

إلى غير ذلك... (١).

و ظاهره

و ظاهره (٢) - كما ترى - عدم جواز بيعها

حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري.

[ثبوت حق الأولويه فيها للمشتري]

نعم، يكون للمشتري على وجه كان للبائع، أعني مجرد الأولويه و عدم جواز مزاحمته إذا كان التصرف و إحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته و لو لعموم الشيعة، كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي، بناءً على عموم ولايته لأُمور المسلمين و نيابته عن الإمام عليه السلام.

لكن

ظاهر عباره المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها،

قال:

لا يجوز التصرف فيها (٣) ببيع و لا شراء و لا هبه و لا معاوضه، و لا يصح أن يبني دوراً و منازل و مساجد و سقايات، و لا (٤) غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، و متى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً، و هو على حكم الأصل (٥).

و يمكن حمل كلامه على صورته عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال

ص: ٢٢

(١ - ١) راجع الوسائل ٢٧٣:١٢، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع، و ٣٣٠:١٧، الباب ٤ من أبواب إحياء الموات.

(٢ - ٢) كذا في النسخ، و المناسب: «ظاهرها»؛ لأنّ الضمير يرجع إلى جميع الأخبار المتقدمه كما هو ظاهر.

(٣ - ٣) عبارته «قال: لا يجوز التصرف فيها» لم ترد في «ش».

(٤ - ٤) لم ترد «لا» في «ع» و «ش».

(٥ - ٥) المبسوط ٣٤:٢.

حضوره. و يحتمل إرادته التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك.

[كلام الشهيد فى الدروس]

و قال فى الدروس: لا يجوز التصرف فى المفتوحه عنوه إلاً بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما. نعم فى حال الغيبه ينفذ ذلك، و أطلق فى المبسوط: أن التصرف فيها لا ينفذ. و قال ابن إدريس:

إنما نبيع و نوقف تحجيرنا (١) و بناءنا و تصرفنا، لا نفس الأرض (٢)، انتهى.

و قد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبه و الحضور، فيجوز التصرف فى الأول و لو بالبيع و الوقف، لا فى الثانى إلاً بإذن الإمام عليه السلام (٣)، و كذا إلى جامع المقاصد (٤).

و فى النسبه نظر، بل الظاهر موافقتها لفتوى جماعه (٥): من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبه بإحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعاً للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، و المعنى: أنها مملوكه ما دام الآثار موجوده.

[ظهور كلام الشهيد الثانى فى جواز البيع تبعاً للآثار]

قال فى المسالك فى شرح قول المحقق: «و لا يجوز بيعها و لا

ص: ٢٣

١- ١) فى «ف»، «م»، «ع» و «ص»: بحجرنا.

٢- ٢) الدروس ٢: ٤١.

٣- ٣) نسبه إليه المحقق الثانى فى رساله قاطعه اللجاج (رسائل المحقق الكركى) ١: ٢٥٣، و انظر الدروس ٢: ٤١.

٤- ٤) نسبه إليه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٤١، و انظر جامع المقاصد ٧: ١٠.

٥- ٥) منهم الحلّى فى السرائر ١: ٤٧٨، و العلامه فى التذكره ١: ٤٦٥، و راجع تفصيل الأقوال فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٤٠، و الجواهر

هبتها و لا وقفها»- إنَّ المراد: لا يصحَّ ذلك في رقبه الأرض مستقله، أمَّا (١) فعل ذلك بها تبعاً لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها-فجائز على الأقوى.

قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع (٢) على سبيل التبع، و كذا الوقف و غيره، و يستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها، هكذا ذكره جمع، و عليه العمل (٣)، انتهى.

نعم،

ربما يظهر من عبارته الشيخ في التهذيب جواز البيع و الشراء في نفس الرقبه،

حيث قال:

إن قال قائل: إنَّ ما ذكرتموه إنَّما دلَّ على إباحة التصرف في هذه الأرضين، و لا يدلُّ على صحته تملكها بالشراء و البيع، و مع عدم صحتها (٤) لا يصحَّ ما يتفرع عليها (٥).

قلنا: إنَّا قد قسمنا الأرضين على ثلاثه أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، و أرض تؤخذ عنه أو يصلح أهلها عليها، فقد أبحنا شراءها و بيعها؛ لأنَّ لنا في ذلك قسماً؛ لأنَّها

ص: ٢٤

١-١) في «ص» و المصدر زياده: لو.

٢-٢) كذا في النسخ، و الصواب: «دخلت في البيع»، كما في المصدر.

٣-٣) المسالك ٥٦: ٣.

٤-٤) في مصححه «ن»: «عدم صحتهما»، و الصواب: «عدم صحته»؛ لرجوع الضمير إلى «التملك».

٥-٥) في «ش» و مصححه «ن»: «عليهما»، و الصواب: «عليه»؛ للسبب المتقدم.

أراضى المسلمين، وهذا القسم أيضاً يصحّ الشراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أما الأنفال و ما يجرى مجراها فلا يصحّ تملكها بالشراء و إنما أبيع لنا التصرف فيها حسب (١).

ثم استدلل على أراضى الخراج بروايه أبى برده السابقه (٢) الدالّه على جواز بيع آثار التصرف دون رقبه الأرض. و دليله قرينه على توجيه كلامه.

[المتيقن ثبوت حق الاختصاص للمتصرف لا الملك]

و كيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعاً للآثار ممّا لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال. نعم، المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجوداً.

فالذى ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول:

أما

فى زمان الحضور و التمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الإشكال فى توقف التصرف على إذن الإمام عليه السلام؛

لأنه ولّى المسلمين فله نقلها عيناً و منفعه. و من الظاهر أنّ كلام الشيخ (٣) -المطلق فى المنع عن التصرف- محمول على صورته عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره.

و أما فى زمان الغيبه،

ففى:

عدم جواز التصرف إلّا فيما أعطاه السلطان الذى حلّ قبول الخراج و المقاسمه منه.

ص: ٢٥

١- (١) التهذيب ٤: ١٤٥-١٤٦، ذيل الحديث ٤٠٥.

٢- (٢) راجع التهذيب ٤: ١٤٦، الحديث ٤٠٦، و الوسائل ١١: ١١٨، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو، الحديث الأول، و تقدّمت فى الصفحه ١٩.

٣- (٣) تقدّم نقله عن المبسوط فى الصفحه ٢٢.

أو جوازه مطلقاً؛ نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة (١)، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، وربما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجره الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجاناً.

أو عدم جوازه إلا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام عليه السلام.

أو التفصيل بين من يستحقّ أجره هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها؛ لما (٢) يظهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حِلِّ الخراج: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال» (٣)، و بين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض، و لذا أفتى غير واحد على ما حكى (٤) بأنّه لا يجوز حبس الخراج و سرقة عن (٥) السلطان الجائر و الامتناع عنه، و استثنى بعضهم (٦) ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام.

ص: ٢٦

١- ١) يدلّ عليه خصوصاً ما في الوسائل ٣٨٢:٦، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢ و غيره.

٢- ٢) في «ن» و «خ» و نسخه بدل «ع»: كما.

٣- ٣) الوسائل ١٥٧:١٢، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٤- ٤) حكاة المحقّق الكركي عن كثير ممّن عاصره، في قاطعه اللجاج (رسائل المحقّق الكركي) ٢٨٥:١، و الشهيد الثاني في المسالك ٥٥:٣ ٥٦ عن الأصحاب، و انظر المناهل: ٣١٢، التنبيه السادس عشر، و راجع تفصيل ذلك في المكاسب ٢١٤:٢ و ما بعدها.

٥- ٥) كذا في «ف» و «خ» و نسخه بدل «ش»، و في سائر النسخ: على.

٦- ٦) راجع الرياض (الطبعة الحجرية) ٤٩٦:١، و مفتاح الكرامه ٢٤٥:٤، و المناهل: ٣١٣، و الجواهر ١٩٤:٢٢-١٩٥.

أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح، و بين الباقيه على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول؛ لعموم أدله الإحياء (١) و خصوص روايه سليمان بن خالد (٢) و نحوها.

وجوه، أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس.

[حكم ما ينفصل من المفتوح عنوه]

و ممّا ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوه، كأوراق الأشجار و أثمارها، و أخشاب الأبنيه و السقوف الواقعه، و الطين المأخوذ من سطح الأرض، و الجصّ و الحجاره و نحو ذلك، فإنّ مقتضى القاعده كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقوله ملكاً للمسلمين؛ و لذا صرح جماعه، كالعلامة (٣) و الشهيد (٤) و المحقّق الثاني (٥) و غيرهم (٦) على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنيه الأرض المفتوحه عنوه بما (٧) إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم الموجوده فيها حال الفتح للمقاتلين؛ لأنّه ممّا ينقل.

و حينئذٍ، فمقتضى القاعده: عدم صحّه أخذها إلّا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع، مع إمكان أن يقال: لا مدخل لسلطان

ص: ٢٧

١- (١) الوسائل ١٧: ٣٢٦، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.

٢- (٢) الوسائل ١٧: ٣٢٦، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢.

٣- (٣) التذكرة ١٧: ٢.

٤- (٤) حكاة عن الدروس و جامع المقاصد السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥: ٨٢، لكن لم نعر عليه فيهما.

٥- (٥) حكاة عن الدروس و جامع المقاصد السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥: ٨٢، لكن لم نعر عليه فيهما.

٦- (٦) كالمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائده ٩: ١٤٥.

٧- (٧) لم ترد «بما» في غير «ش»، و لكنّها استدركت في أكثر النسخ.

الجور؛ لأنَّ القدر المأذون في تناوله منه منفعه الأرض، لا أجزاءؤها، إلَّا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز.

و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات؛ لعموم «من سبق إلى ما لم يسبقه (١) إليه مسلم فهو أحقَّ به» (٢). و يؤيِّده، بل يدلُّ عليه: استمرار السير خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعموله (٣) من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأوانى و ما عمل (٤) من التربة الحسينيه، و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

ص: ٢٨

١- ١) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: لم يسبق.

٢- ٢) عوالي اللآلى ٣: ٤٨٠، الحديث ٤، و عنه المستدرک ١٧: ١١٢، الباب الأول من أبواب إحياء الموات، الحديث ٤.

٣- ٣) في «ف»: المنقوله.

٤- ٤) في «ف»: نقل.

مسأله [من شروط العوضين: كونه طلقاً]

اشاره

(١)

و اعلم أنه ذكر الفاضلان (٢) و جمع مَمَّن تأخَّر عنهما (٣) في شروط العوضين بعد الملكيه: كونه طلقاً. و فرَّعوا عليه: عدم جواز بيع الوقف إلَّا فيما استثنى، و لا الرهن إلَّا بإذن المرتهن أو إجازته، و لا أمُّ الولد إلَّا في المواضع المستثناه.

و المراد بـ«الطلق» تمام السلطنه على الملك

بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، و يكون مطلق العنان في ذلك.

لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممَّا يستقلُّ المالك بنقله و يكون نقله ماضياً فيه؛ لعدم تعلُّق حقِّ به مانع عن نقله

ص: ٢٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) الشرائع ١٧:٢، القواعد ١٢٦:١، و فيه: و يشترط في الملك التماميه.

٣-٣) منهم الشهيدان في اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٢٥٣، و المحقق السبزواري في الكفايه: ٨٩، و المحدث البحراني في الحدائق ١٨:٤٣٨.

بدون إذن ذى الحق، فمرجعه (١) إلى: أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلاً، وهذا مما (٢) لا محصل له، فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطاً ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد، بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصه و غيرها مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منعها للمالك عن التصرف فى ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم (٣) المنتزع تمهيداً لذكر الحقوق المانعه عن التصرف، لا تأسيساً لشرط ليكون ما بعده فرعاً، بل الأمر فى الفرعيه و الأصاله بالعكس.

[الحقوق المانعه عن تصرف المالك فى ملكه]

ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثه المذكوره، ثم عنونوا حق الجانى (٤) و اختلفوا فى حكم بيعه. و ظاهر أن الحقوق المانعه أكثر من هذه الثلاثه أو الأربعة، و قد أنهاها بعض من عاصرناه (٥) إلى أزيد من عشرين، فذكر بعد الأربعة

ص: ٣٠

١- ١) فى غير «ف»: «لمرجعه»، و فى مصححه «ص»: «و مرجعه»، و صُحِّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كلمه «مما» من «ف».

٣- ٣) فى «ف»: العموم.

٤- ٤) أى الحق المتعلق بالعبد الجانى، و قد أُضيف الحق إلى من عليه الحق.

٥- ٥) هو المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٣٩-٢١٢.

المذكوره فى عبارته الأكثر:- النذر المتعلق بالعين قبل البيع، و الخيار المتعلق به، و الارتداد، و الحلف على عدم بيعه، و تعيين الهدى للذبح، و اشتراط عتق العبد فى عقد لازم، و الكتابه المشروطه أو المطلقه بالنسبه إلى ما لم يتحرر منه؛ حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، و التدبير المعلق على موت غير المولى، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكاً للورثه ممنوعاً من التصرف فيه، و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله، بناءً على منع الوارث من التصرف قبله (١)، و تعلق حق الشفعه بالمال؛ فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعه من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعه إبطالها، و تغذيه الولد المملوك بنطفه سيده فيما إذا اشترى أمه حبلية فوطأها فأنت بالولد، بناءً على عدم (٢) جواز بيعها (٣)، و كونه مملوكاً ولد (٤) من حر شريك فى أمه (٥) حال الوطء، فإنه مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه و أخذ قيمته،

ص: ٣١

-
- ١-١) كذا فى «ف» و «ش» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: فيه، و الأولى الجمع بينهما كما فى المصدر.
- ٢-٢) كلمه «عدم» من «ش»، و لم ترد فى سائر النسخ، و لم يثبتها المامقانى فى شرحه غايه الآمال، انظر غايه الآمال: ٤٣٠.
- ٣-٣) كذا فى النسخ، و الظاهر: «بيعه»، كما فى مصححه «خ».
- ٤-٤) كذا صحح فى «ن»، و فى أكثر النسخ: و لو.
- ٥-٥) عبارته «فى أمه» من «ش».

و تعارضَ السبب المملُك و المزيل للملك، كما (١) لو قَهَرَ حربئُ أباه (٢)، و الغنيمه قبل القسمه، بناءً على حصول الملك بمجرّد الاستيلاء دون القسمه؛ لاستحاله بقاء الملك بلا مالِك. و غيرَ ذلك ممّا سيقف عليه المتتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أمّ الولد، ثمّ الرهن، ثمّ الجنايه، إن شاء الله.

ص: ٣٢

١-١) في «ف»: فيما.

٢-٢) في بعض النسخ: «إياه»، و هو تصحيف.

و لعموم قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢).

و رواه أبى على بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك إنى اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى فلما عمّرتها خبّرت أنّها (٣) وقف. فقال: لا- يجوز شراء الوقف، و لا- تدخل الغلّه فى ملكك، ادفعها إلى من (٤) أوقف عليه. قلت: لا أعرف لها رباً. قال:

تصدّق بغلّتها» (٥).

ص: ٣٣

١- ١) راجع الانتصار: ٢٢٦، و السرائر ١٥٣: ٣، و المسالك ٣٩٩: ٥، و المستند ٣٧١: ٢.

٢- ٢) الوسائل ٢٩٥: ١٣، الباب ٢ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٢، بتفاوت يسير.

٣- ٣) كذا فى النسخ، و الموجود فى الكافى و الوسائل: «اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلما وقّيت المال خبّرت أنّ الأرض...».

٤- ٤) كذا فى الكافى و الوسائل و «ف» و «ص» و نسخه بدل «ن»، و فى سائر النسخ: ما.

٥- ٥) الوسائل ٣٠٣: ١٣، الباب ٦ من أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل، و انظر الكافى ٣٧: ٧.

و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام و غيره من الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين، مثل: ما عن ربيع بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في صورته وقف أمير المؤمنين عليه السلام-: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب و هو حئي سوي»:

تصدق بداره التي في بني زريق، صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات و الأرض، و أسكن فلاناً هذه الصدقة ما عاش و عاش عقبه (١)، فإذا انقضوا فهي لذوى الحاجة من المسلمين... الخبر (٢) (٣).

فإن الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها، و يبعد كونها شرطاً خارجاً عن (٤) النوع مأخوذاً في الشخص، مع أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد، أعنى الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم.

مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً؛ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض

ص: ٣٤

١ - ١) في الفقيه و التهذيب و الوسائل: «و أسكن هذه الصدقة خالاً ما عشن و عاش عقبهن»، و كلمه «فلاناً» إنما وردت في الاستبصار، و لفظه ما يلي: و أنه قد أسكن صدقته هذه فلاناً و عقبه، فإذا انقضوا...

٢ - ٢) في الفقيه زياده: «و شهد الله...»، و لعل كلمه: «الخبر» بالنظر إلى تتمه في الحديث على بعض النسخ.

٣ - ٣) الوسائل ١٣: ٣٠٤، الباب ٦ من أبواب الوقوف و الصدقات، الحديث ٤، و انظر الكافي ٧: ٣٩، الحديث ٤٠، و الفقيه ٤: ٢٤٨، الحديث ٥٥٨٨، و التهذيب ٩: ١٣١، الحديث ٥٥٨، و الاستبصار ٤: ٩٨، الحديث ٣٨٠.

٤ - ٤) في «ف»: من.

الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طرء الحاجة، أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلاً.

إلّا أن يقال: إنّ هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدّم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر، مع أنّ هذا التقييد ممّا لا بدّ منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً.

مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طرء هذه الأمور المبيحه، وحينئذٍ يصحّ أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطاً، بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع؛ فإنّ العلم بعدم طرء مسوّغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

فظهر: أنّ التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلياً في أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه (1) لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع.

و ممّا ذكرنا ظهر

أنّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة:

حقّ الواقف،

حيث جعلها بمقتضى صيغته الوقف صدقه جاريه ينتفع بها.

و حقّ البطلون المتأخّره عن بطن البائع

(2)

ص: ٣٥

١-١) هو المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٤٤.

٢-٢) كذا في أكثر النسخ، و في «ف» و «خ»: «البطن السابق»، و الصواب: البطن البائع.

فإنّ الوقف متعلّق لحقّ الله؛ حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه.

و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي، و قد يرتفع كلّها، و سيجيء التفصيل.

[هل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه]

ثمّ إنّ جواز البيع لا- ينافى بقاء الوقف إلى أن يباع، فالوقف يبطل بنفس البيع لا- بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفه: جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه؛ فإنّ مدلول صيغه الوقف و إن أخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضه عليه، إلّا أنّه قد يعرض ما يجوز مخالفه هذا الإنشاء، كما أنّ مقتضى العقد الجائر كالهبة تملك المتّهب المقتضى لتسلّطه المنافى لجواز انتزاعه من يده، و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمل.

[كلام صاحب الجواهر و كاشف الغطاء فى أن الوقف يبطل بمجرد جواز البيع و المناقشه فيما أفاد صاحب الجواهر و كاشف الغطاء]

إلّا أنّه ذكر بعض فى هذا المقام: أنّ الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه: أنّ الوقف ما دام وفقاً لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وفقاً من التضادّ. نعم، إذا بطل الوقف أتجه حينئذٍ جواز بيعه، ثمّ ذكر بعض مبطلات الوقف المسوّغه لبيعه (١). و قد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين فى شرحه على القواعد، حيث استدلّ على المنع عن بيع الوقف بعد النصّ و الإجماع، بل الضروره-: بأنّ البيع و أضرابه ينافى حقيقه الوقف؛ لأخذ الدوام فيه، و أنّ نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً (٢).

ص: ٣٦

١- (١) الجواهر ٣٥٨: ٢٢.

٢- (٢) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨٥.

وفيه: أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها، حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع فهذا لا محصل له، فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن إمعانه.

و إن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه مع كونه خلاف الإجماع؛ إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف-: أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، بل هو في غير المساجد و شبهها قسم من التمليك؛ و لذا يطلق عليه الصدقة (١)، و يجوز إيجابه بلفظ «تصدقت»، إلا أن المالك له بطون متلاحقه، فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع ولياً عن جميع الملاك في إبدال مالهم بآخر، و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضروره البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل؛ و لذا (٢) لو فرض اندفاع الضروره بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع، كان الوقف على حاله؛ و لذا صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حدًا يجوز بيعه؛ معللاً باحتمال طرؤ اليسار للموقوف عليهم عند إرادته بيعه في دين المرتهن (٣).

ص: ٣٧

١- ١) انظر الوسائل ١٣: ٢٩٢، الباب الأول من أبواب أحكام الوقوف.

٢- ٢) في «خ»، «ع»، و«ص» و مصححه «م»: و كذا.

٣- ٣) جامع المقاصد ٥١: ٥.

[الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف] (١)

إذا عرفت (٢) أن مقتضى العمومات (٣) فى الوقف عدم جواز البيع،

فاعلم أن أصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة أقوالاً:

أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً،

و هو الظاهر من كلام الحلّى، حيث قال فى السرائر بعد نقل كلام المفيد قدّس سرّه-:و الذى يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه و تقيضه (٤) لا يجوز الرجوع فيه، و لا تغييره عن وجوهه و سئله، و لا بيعه، سواء كان يبعه أدّر (٥) عليهم أم لا، و سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعماره من سلطان و غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً، أم لا (٦).

□
قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوّزين-:و ابن إدريس سدّ الباب، و هو نادر مع قوته (٧).

ص: ٣٨

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) وقع تقديم و تأخير فى نسخه «ف» بين «إذا عرفت..» هنا، و قوله: «إذا عرفت» الآتى فى الصفحة ٥٣.

٣-٣) المتقدّمه فى الصفحة ٣٣-٣٤.

٤-٤) كذا فى المصدر و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: قبضه.

٥-٥) كذا فى المصدر و «ش» و مصحّحه «ن»، و فى «ص» و نسخه بدل أكثر النسخ: «أعود»، و فى سائر النسخ: أردّ.

٦-٦) السرائر ٣: ١٥٣.

٧-٧) الدروس ٢: ٢٧٩.

وقد ادعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبد، قال: إنَّ الخلاف الذى حكيناه بين أصحابنا إنّما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم، و أمّا إذا كان الوقف على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يجز بيعه على وجه، بغير خلاف بين أصحابنا (1)، انتهى.

و فيه نظر يظهر ممّا سيأتى من ظهور أقوال كثيرٍ من المجوّزين فى المؤبد.

و حكى المنع مطلقاً عن الإسكافى (2) و فخر الإسلام (3) أيضاً إلّا فى آلات الموقوف (4) و أجزاءه التى انحصر طريق الانتفاع بها فى البيع.

قال الإسكافى فيما (5) حكى عنه فى المختلف: إنّ الموقوف (6) رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبّله من منفعته فلا بأس ببيعه و إبدال مكانه بثمنه إن أمكن، أو صرفه فيما كان يصرف (7) إليه منفعته، أو ردّ ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه إذا كان

ص: ٣٩

١-١) السرائر ١٥٣:٣.

٢-٢) حكاة عنه العلّامة فى المختلف ٢٨٧:٦.

٣-٣) حكاة عنه و عن الإسكافى بهذه العبارة المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٤٠.

٤-٤) كذا فى مصحّحه «ن»، و فى «ش»: «لموقوف»، و فى سائر النسخ: الوقوف.

٥-٥) فى «ش» و مصحّحه «ن»: على ما.

٦-٦) فى غير «ش» زياده: «عليه»، و شطب عليها فى «خ» و «ص»، و استظهر مصحّح «ن» أن تكون تصحيفاً عن: «عينه».

٧-٧) فى غير «ش»: «ينصرف»، لكن صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

فى ذلك صلاح (١)، انتهى.

وقال فخر الدين فى الإيضاح فى شرح قول والده قدس سرهما: «و لو خَلِقَ حصير المسجد، و خرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به فى غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه»، قال بعد احتمال المنع، بعموم النص فى المنع:-

و الأصح عندى جواز بيعه و صرف ثمنه فى المماثل إن أمكن، و إلّا ففى غيره (٢)، انتهى.

و نسبة المنع إليهما على الإطلاق لا بدّ أن تُبنى على خروج مثل هذا عن محلّ الخلاف، و سيظهر هذا من عبارته الحلبي فى الكافى أيضاً، فلاحظ (٣).

الثانى الخروج عن عموم المنع فى المنقطع فى الجملة

(٤)

خاصّه دون المؤيّد، و هو المحكّي عن القاضى، حيث قال فى محكّي المهدّب: إذا كان الشىء وقفاً على قوم و من بعدهم على (٥) غيرهم و كان الواقف قد

ص: ٤٠

١-١) المختلف ٣١٦:٦.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٤٠٧:٢.

٣-٣) قال المامقانى قدس سرّه: «ظاهر هذا الكلام هو أنّه يذكر عبارته فيما يأتى، و لكن لم يذكرها، و الظاهر أنّه بدا له حيث وصل إلى محلّ ذكرها» (غايه الآمال: ٤٣٨)، و قال الشهيدى قدس سرّه أيضاً: «و لم يذكرها المصنّف فيما بعد» (هدايه الطالب: ٣٤٨).

٤-٤) كذا فى النسخ، و الأولى تقديم «فى الجملة» على «فى المنقطع» كما فى مصحّحه «خ».

٥-٥) كذا فى المصدر و مصحّحه «ص»، و فى النسخ: إلى.

اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى (١) الأرض و من عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدّمناه، و حصل الخوف من هلاكه أو فساد، أو كان بأربابه حاجةً ضروريّةً يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خُلفٍ بينهم يؤدّي إلى فساد؛ فإنّه حينئذٍ يجوز بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيءٌ من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه. و لا يجوز هبه الوقف، و لا الصدقه به أيضاً (٢).

و حكى عن المختلف و جماعه (٣) نسبه التفصيل إلى الحلبي، لكن العبارة المحكيه عن كافيّه لا تساعد، بل ربما استظهر (٤) منه المنع على الإطلاق، فراجع.

و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق (٥). و المحكى عن الفقيه: أنّه قال بعد روايه على بن مهزيار الآتيه (٦) :- إنّ هذا وقف كان عليهم

ص: ٤١

١-١) في غير «ص»، و «ش» بدل «تعالى»: «ولّى»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢-٢) المهذّب ٢: ٩٢.

٣-٣) حكاها المحقّق التستري عنهم في مقابس الأنوار: ١٤٢، و انظر المختلف ٦: ٢٨٧، و غايه المراد: ٨٢، و التنقيح الرائع ٣: ٣٢٩، و المهذّب البارع ٣: ٦٥.

٤-٤) استظهره المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٤٢، و انظر الكافي في الفقه: ٣٢٤-٣٢٥.

٥-٥) حكاها عنه الفاضل في التنقيح ٣: ٣٢٩، و ابن فهد الحلّي في المهذّب البارع ٣: ٦٥، و غيرهما.

٦-٦) تأتي في الصفحه ٩٣ و ٩٤.

دون من بعدهم، ولو كان عليهم و على أولادهم ما تناسلوا و من بعد (١) على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز بيعه أبداً (٢).

ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيره فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضى، كما لا يخفى.

ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقول (٣) برجوع الوقف المنقطع إلى ورثه الموقوف عليه، فللقول بجواز بيعه وجه. أمّا إذا كان فيهم (٤) من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمّنه فى مصالحهم.

و قد حكى القول بهذين (٥) عن القاضى (٦). إلّا أن يوجه بأنه لا- يقول ببقائه على ملك الواقف حين الوقف (٧) حتى يكون حساباً، بل هو وقف حقيقى و تمليك للموقوف عليهم مدّه وجودهم، و حينئذٍ فيبيعهم له مع تعلق حقّ الواقف نظير بيع البطن الأوّل مع تعلق حقّ سائر البطن فى الوقف المؤبد.

ص: ٤٢

-
- ١- ١) فى «ف» بدل «و من بعد»: ثمّ.
 - ٢- ٢) الفقيه ٤: ٢٤١-٢٤٢، ذيل الحديث ٥٥٧٥.
 - ٣- ٣) فى «ف»: يقولون.
 - ٤- ٤) فى «ف»: منهم.
 - ٥- ٥) يعنى بهما الرجوع إلى الواقف و جواز بيع الموقوف عليه (هداياه الطالب: ٣٤٨).
 - ٦- ٦) حكاه عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٤٢، و لم نعثر عليه فى المهذب و الجواهر.
 - ٧- ٧) لم ترد «حين الوقف» فى «ش».

لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي، المحكي عنه القول المتقدم (١)، حيث إنه يقول ببقاء (٢) الوقف مطلقاً على ملك الواقف (٣).

الثالث: الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز في المؤبد

الثالث: الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز في المؤبد (٤) في الجملة،

و أمّا المنقطع فلم ينصوا عليه و إن ظهر من بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناءً على قوله برجوع المنقطع إلى ورثه الواقف، كالشيخ (٥) و سلار (٦) قدس سرهما. و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البرّ كالسيد أبي المكارم ابن زهره (٧) فلازمه جعله كالمؤبد.

و كيف كان، فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء،

فقول:

قال المفيد في المقنعه:

الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز

ص: ٤٣

-
- ١- ١) تقدّم عنه في الصفحة السابقة.
- ٢- ٢) كذا في «ف» و«ش»، و العبارة في سائر النسخ هكذا: «حيث إنّ المحكي عنه بقاء» مع زياده: إنه يقول خ ل.
- ٣- ٣) في غير «ف» و«ش» زياده: «و جواز بيع الوقف حينئذٍ مع عدم مزاحمه حقّ الموقوف عليه ممّا لا إشكال فيه»، و لكن شطب عليها في «ن» و«خ»، و كتب عليها في «م» و«ع»: نسخته.
- ٤- ٤) راجع المقنعه: ٦٥٢، و الانتصار: ٢٢٦، و النهايه: ٥٩٥، و المبسوط ٣: ٣٠٠، و المراسم: ١٩٧، و الوسيله: ٣٧٠، و غيرهم و راجع تفصيله في مفتاح الكرامه ٤: ٢٥٨، و مقابس الأنوار: ١٤٢ و ١٥٤.
- ٥- ٥) قاله الشيخ في النهايه: ٥٩٩.
- ٦- ٦) راجع المراسم: ١٩٧، و مقابس الأنوار: ١٤٢، أيضاً.
- ٧- ٧) الغنيه: ٢٩٩.

الرجوع فيها، إلمّا أن يُحدِث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم، أو يكون تغيير الشرط في الموقوف أدّر (1) عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله. و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شيء منه، و لا تغيير شرائطه، و لا نقله عن وجوهه و سبله. و متى اشترط الواقف في الوقف:

أنّه متى احتاج إليه في حياته لفقّر كان له بيعه و صرف ثمنه في مصالحه، جاز له فعل ذلك. و ليس لأرباب الوقف بعد وفاه الواقف أن يتصرّفوا فيه ببيع أو هبه أو يغيروا شيئاً من شروطه، إلمّا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارته من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً (2)، فلهم حينئذٍ بيعه و الانتفاع بثمنه. و كذلك إن حصلت لهم (3) ضروره إلى ثمنه كان لهم حلّه، و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات (4). انتهى كلامه رحمه الله.

و قد استفاد من هذا الكلام في غايه المراد جواز (5) بيع الوقف في خمس مباح، و ضمّ صورته جواز الرجوع و جواز تغيير (6) الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكوره بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم و وفاه

ص: ٤٤

-
- ١- ١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في «ص» و نسخه بدل أكثر النسخ: «أعود»، و في سائر النسخ: أرد.
 - ٢- ٢) في «ف» زياده: لهم.
 - ٣- ٣) في «ص» و المصدر: بهم.
 - ٤- ٤) المقنعه: ٦٥٢-٦٥٣.
 - ٥- ٥) في «ن» و «ش»: تجويز.
 - ٦- ٦) في مصحّحه «ن»: تغيير.

الواقف (١)، فلاحظ و تأمل.

ثم إنَّ العلامه ذكر في التحرير: أنَّ قول المفيد بأنه: «لا- يجوز الرجوع في الوقف إلما أن يحدث إلى قوله: أنفع لهم من تركه على حاله»، متأول (٢). و لعله من شدّه مخالفته للقواعد لم يرتضِ بظاهره للمفيد.

[كلام السيد المرتضى قدس سره]

و قال في الانتصار على ما حكى عنه:- و مما انفردت الإماميه به:

القول بأنَّ الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا- يجدى نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه، و أنَّ أرباب الوقف متى دعتهم ضروره شديده إلى ثمنه جاز لهم بيعه، و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضروره.

ثم احتجَّ باتفاق الإماميه، ثم ذكر خلاف ابن الجنيد، و ردّه بكونه مسبقاً و ملحوقاً بالإجماع، و أنه إنَّما عوّل في ذلك على ظنونٍ له و حسابانٍ و أخبارٍ شاذّه لا يلتفت إلى مثلها (٣).

ثم قال: و أمّا إذا صار الوقف (٤) بحيث لا- يجدى نفعاً، أو دعت أربابه الضروره إلى ثمنه؛ لشدّه فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه: من جواز بيعه؛ لأنّه إنَّما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض منه (٥).

ص: ٤٥

١-١ (١) غايه المراد: ٨٢.

٢-٢ (٢) التحرير ٢٨٤: ١.

٣-٣ (٣) في النسخ زياده: «انتهى»، و الظاهر أنَّ موضعها بعد قوله: «مع فقد الضروره» المتقدم آنفاً.

٤-٤ (٤) كلمه «الوقف» من «ش» و المصدر و مصححه «ن».

٥-٥ (٥) كذا في مصححه «ن»، و في المصدر: «فيه»، و في النسخ: «عنه».

و لم يبق منفعه فيه (١) إلا من الوجه الذى ذكرناه (٢)، انتهى.

[كلام الشيخ الطوسى فى المبسوط]

وقال فى المبسوط: وإنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو أنه (٣) إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديده ولا يقدرّون على القيام به، فحينئذٍ يجوز لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه (٤)، انتهى. ثم احتج على ذلك بالأخبار (٥).

و قال سَلار فيما حكى عنه:-

ولا يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم: من أن يبقى و يبقوا على الحال التى وقف فيها، أو يتغير الحال، فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته و لا تغيير شىء من أحواله، و إن تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على أى وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديده جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم (٦)، انتهى.

و قال [ابن زهره قدس سره] فى الغنيه على ما حكى عنه:-

و يجوز عندنا بيع الوقف

ص: ٤٤

١- ١) فى «ف» بدل «منفعه فيه»: «منفعته».

٢- ٢) الانتصار: ٢٢٦ و ٢٢٧.

٣- ٣) لم ترد «أنه» فى المصدر، و الظاهر أنها زائده.

٤- ٤) المبسوط ٢٨٧: ٣.

٥- ٥) لم نعثر فى المبسوط على الاحتجاج بالأخبار، و الظاهر أنه سهو من قلمه الشريف، و منشأ السهو قول صاحب الجواهر بعد نقل العبارة المتقدمه من المبسوط، و نقل عبارته الخلاف:- «و احتج على ذلك بالأخبار»، أى احتج الشيخ فى الخلاف على ذلك بالأخبار. أنظر الجواهر ٣٦٢: ٢٢، و الخلاف ٣: ٥٥١، المسأله ٢٢ من كتاب الوقف.

٦- ٦) المراسم: ١٩٧.

للموقوف عليه (١) إذا صار بحيث لا يجدى نفعاً و خيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجةً شديدةً دعتهم الضروره إلى بيعه؛ بدليل إجماع الطائفة، و لأنّ غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعه إلّا على الوجه الذى ذكرنا جاز (٢)، انتهى.

و قال [ابن حمزه قدس سره] فى الوسيله:

و لا- يجوز بيعه يعنى الوقف إلّا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجةً بالموقوف عليه شديدةً لا- يمكنه معها القيام به (٣)، انتهى.

و قال الراوندى فى فقه القرآن على ما حكى عنه:-

و إنّما يملك بيعه على وجه عندنا، و هو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجةً شديدةً (٤)، انتهى (٥).

[كلمات ابن سعيد فى الجامع و النزّه]

و قال فى الجامع على ما حكى عنه:- فإن خيف خرابه، أو كان بهم حاجةً شديدةً، أو خيف وقوع فتنه بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه (٦)، انتهى.

و عن النزّه: لا- يجوز بيع الوقف إلّا أن يُخاف هلاكه، أو يؤدّى المنازعه فيه بين أربابه إلى ضررٍ عظيم، أو يكون فيهم حاجةً عظيمةً

ص: ٤٧

١- ١) فى «ف»: عليهم.

٢- ٢) الغنيه: ٢٩٨.

٣- ٣) الوسيله: ٣٧٠.

٤- ٤) فقه القرآن ٢٩٣: ٢.

٥- ٥) كلمه «انتهى» من «ف».

٦- ٦) الجامع للشرائع: ٣٧٢.

شديده و يكون بيع الوقف أصلح لهم (١)، انتهى.

وقال [المحقق قدس سره] في الشرائع:

ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود. وقال في كتاب الوقف:

و لو وقع بين الموقوف عليهم (٢) خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، و لو لم يقع خلف و لا-خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، و الوجه المنع (٣)، انتهى.

و مثل عباره الشرائع في كتابي البيع و الوقف عباره القواعد في الكتابين (٤).

[كلام العلامة في التحرير و الإرشاد و التذكرة]

وقال في التحرير: لا يجوز بيع الوقف بحال، و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف، و لم يجز بيعها. و لو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا. ثم ذكر كلام ابن إدريس و فتواه على المنع مطلقاً و تنزيهه قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، و نفيه الخلاف على المنع في المؤيد. ثم قال: و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منفعه بالكليه كدار انهدمت و عادت موثلاً و لم يتمكّن من عمارتها و يشتري بثمنه ما يكون وفقاً، كان وجهاً (٥)، انتهى.

وقال في بيع التحرير: و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، و لو أدى بقاؤه إلى خرابه جاز، و كذا يباع لو خشي وقوع فتنه بين أربابه

ص: ٤٨

١-١) نزهه الناظر: ٧٤.

٢-٢) كذا في المصدر و مصححه «ص»، و في سائر النسخ: الموقوف عليه.

٣-٣) الشرائع ١٧: ٢ و ٢٢٠.

٤-٤) القواعد ١٢٦: ١ و ٢٦٩.

٥-٥) التحرير ٢٩٠: ١، و انظر السرائر ١٥٣: ٣.

مع بقائه على الوقف (١)، انتهى.

و عن بيع (٢) الإرشاد: لا- يصح بيع الوقف إلا أن يخرب، أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأي (٣). و عنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف، إلا أن يقع بين الموقوف عليهم (٤) خلف يخشى (٥) به الخراب (٦).

و قال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه:- و الوجه أن يقال: يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته، أو خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد (٧)، انتهى.

و قال في كتاب البيع: لا يصح بيع الوقف، لنقص (٨) الملك فيه؛ إذ القصد منه التأييد. نعم، لو كان يبعه أعود عليهم، لوقوع خلف بين أربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جَوَزَ أكثر علمائنا بيعه (٩)، انتهى.

[كلمات الشهيد في غايه المراد و الدروس و اللمعه]

و قال في غايه المراد: يجوز بيعه في موضعين: خوف الفساد

ص: ٤٩

-
- ١- ١) التحرير ١:١٦٥، و فيه: مع بقائه على خلاف.
 - ٢- ٢) وردت العبارة في «ف» مختصره هكذا: و عن الإرشاد: لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب.
 - ٣- ٣) الإرشاد ٣:٣٦١.
 - ٤- ٤) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: الموقوف عليه.
 - ٥- ٥) في غير «ف» و «ص»: و يخشى.
 - ٦- ٦) الإرشاد ١:٤٥٥، و فيه: لا يجوز بيع الوقف..
 - ٧- ٧) التذكرة ٢:٤٤٤.
 - ٨- ٨) في «ف» و «خ» و هامش «ع»: لتبعض.
 - ٩- ٩) التذكرة ١:٤٦٥.

بالاختلاف،و إذا كان البيع أعود مع الحاجه (١).

و قال فى الدروس:لا يجوز بيع الوقف إلّا إذا خيف من خرابه أو خُلفٍ أربابه المؤدى إلى فساده (٢).

و قال فى اللمعه:لو أدى بقاءه إلى خرابه لخُلف أربابه،فالمشهور الجواز (٣)،انتهى.

[كلام الصيمرى]

و قال فى تلخيص الخلاف على ما حكى عنه:-إنّ لأصحابنا فى بيع الوقف أقوالاً متعدده،أشهرها:جوازه إذا وقع بين أربابه خُلفٌ و فتنه و خُشى خرابه و لا يمكن سدّ الفتنه بدون بيعه،و هو قول الشيخين،و اختاره نجم الدين و العلّامه (٤)،انتهى.

[كلام الفاضل المقداد قدس سره]

و قال فى التنقيح على ما حكى عنه:-إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلاً،جاز بيعه (٥).

و عن تعليق الإرشاد:يجوز بيعه إذا كان فسادٌ يُستباح فيه الأنفس (٦).

[كلام الفاضل القطفى]

و عن إيضاح النافع:أنّه جوّز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً

ص : ٥٠

١ - ١) لم نعثر على العبارة فى غايه المراد،و لعلّ المؤلف قدّس سرّه أخذها من الجواهر ٢٢:٣٦٤،راجع غايه المراد:٨٢-٨٤ و ١٤٦.

٢ - ٢) الدروس ٢:٢٧٩.

٣ - ٣) اللمعه الدمشقيه:١١٢.

٤ - ٤) تلخيص الخلاف ٢:٢٢١.

٥ - ٥) التنقيح الرائع ٢:٣٣٠.

٦ - ٦) حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٥٦،و راجع الحاشيه على الإرشاد(مخطوط):٢٢٠.

يخاف معه (١) القتال و نهب الأموال و لم يندفع إلّا بالبيع. قال: فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز، و لا- اعتبار بخشييه الخراب و عدمه (٢)، انتهى. و مثله كلامه (٣) المحكى عن تعليقه على الشرائع (٤).

[كلام المحقق الثاني]

و قال فى جامع المقاصد بعد نسبة ما فى عبارته القواعد إلى موافقه الأكثر:- إنَّ المعتمد جواز بيعه فى ثلاثه مواضع:

أحدها: إذا خرب و اضمحلّ بحيث لا ينتفع به، كخُصِر (٥) المسجد إذا اندرست و جذوعه إذا انكسرت (٦).

ثانيها: إذا حصل خُلفٌ بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، و مستنده صحيحه على بن مهزيار (٧).

و يُشترى بثمنه فى الموضعين ما يكون وقفاً على وجهٍ يندفع به الخُلفُ؛ تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. و يتولّى ذلك الناظر الخاصّ إن كان، و إلّا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه (٨) حاجهٌ شديده و لم يكن ما يكفيهم

ص: ٥١

١-١ فى «ف»: منه.

٢-٢ إيضاح النافع (مخطوط)، و لا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٥٦.

٣-٣ فى غير «ف» و مصحّحه «ن»: الكلام.

٤-٤ حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٥٦.

٥-٥ فى غير «ش»: كحصير.

٦-٦ فى غير «ش»: جذعه إذا انكسر.

٧-٧ الوسائل ٣٠٥:١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٦.

٨-٨ كذا فى النسخ، و فى المصدر: إذا لحق بالموقوف عليهم.

من غلّه و غيرها؛ لروايه جعفر بن حنّان (١) عن الصادق عليه السلام (٢). انتهى كلامه، رفع مقامه.

[كلام الشهيد الثاني]

وقال في الروضه: والأقوى في المسأله ما دلّ عليه صحيحه على ابن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام: من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خُلفٌ شديد، وعلّله عليه السلام بأنّه: «ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس» (٣)، و ظاهره (٤) أنّ خوف أدائه إليهما و إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنّه لذلك. قال: ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم يكفهم غلّته، أو كان أعود، أو غير ذلك ممّا قيل؛ لعدم دليلٍ صالحٍ عليه (٥)، انتهى. و نحوه ما عن الكفايه (٦).

هذه جمله من كلماتهم المرثيه أو المحكيه. و الظاهر أنّ المراد بتأديه بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظنّ بذلك، الموجب لصدق الخوف، لا- التأديه على وجه القطع، فيكون عنوان «التأديه» في بعض تلك العبارات متّحداً مع عنوان «خوفها» و «خشيتها» في بعضها الآخر، و لذلك عبّر فقيه واحد تاره بهذا، و أخرى بذاك كما اتّفق للفاضلين (٧).

ص: ٥٢

-
- ١- ١) في «ص» و الكافي: «حيان»، انظر الكافي ٧:٣٥، الحديث ٢٩.
 - ٢- ٢) جامع المقاصد ٩٧:٤-٩٨، و الروايه وردت في الوسائل ١٣:٣٠٦، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٨.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٣:٣٠٥، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف، الحديث ٦.
 - ٤- ٤) كذا في المصدر و مصحّحه «ن»، و في النسخ: و ظاهر.
 - ٥- ٥) الروضه البهيّه ٣:٢٥٥.
 - ٦- ٦) الكفايه: ١٤٢.
 - ٧- ٧) راجع الشرائع ١:١٧ و ٢٢٠، و القواعد ١:١٢٦ و ٢٦٩، و تقدّمت العبارة عنهما في الصفحه ٤٨.

و الشهيد (١). و نسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلامة في التذكرة (٢)، و إلى الأشهر كما عن إيضاح النافع (٣)، و آخر عنوان التأديبه إلى الأكثر كجامع المقاصد (٤)، أو إلى المشهور كاللمعه (٥).

فظهر من ذلك: أنّ جواز البيع بظنّ تأديبه بقائه إلى خرابه ممّا تحققت فيه الشهرة بين المجوّزين، لكن المتيقن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه. اللهم إلّا أن يستظهر من كلماتهم كالنصّ كون الاختلاف من باب المقدّمه و أنّ الغايه المجوّزه هي مظنه الخراب.

إذا (٤) عرفت ما ذكرنا،

فيقع الكلام تاره في الوقف المؤبد، و أخرى في المنقطع.

[الوقف المؤبد]

(٧)

أمّا الأول: فالذي ينبغي أن يقال فيه

إن الوقف على قسمين:

أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم،

فيملكون منفعتهم، فلهم

ص: ٥٣

١-١) راجع الدروس ٢:٢٧٩، و اللعه دمشقيه: ١١٢، و تقدّمت في الصفحه ٥٠.

٢-٢) راجع التذكرة ١:٤٦٥.

٣-٣) إيضاح النافع (مخطوط)، و لا يوجد لدينا، و لم نعر على الحاكي أيضاً.

٤-٤) جامع المقاصد ٩٧:٤.

٥-٥) اللعه دمشقيه: ١١٢.

٦-٦) من هنا إلى قوله: «و قواه بعض» الآتي في الصفحه ٦٠ ورد في «ف» بعد قوله: دين المرتهن» المتقدّم في الصفحه ٣٧.

٧-٧) العنوان مّا.

استتجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد،

بل يكون فك ملك نظير التحرير، كما في المساجد و المدارس و الربط؛ بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين كما هو مذهب جماعه (١)، فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعه، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل.

و الظاهر أن محل الكلام في بيع الوقف إنما هو القسم الأول،

و أما الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه؛ لعدم الملك (٢).

و بالجملة، فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق، لا فيما لم يكن ملكاً، و حينئذٍ فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت المازة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه و صرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميره، و الظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد (٣).

نعم، ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر: أنه لا يصح بيع الوقف العام مطلقاً، لا (٤) لعدم تمامية الملك، بل لعدم أصل الملك؛ لرجوعها إلى الله و دخولها في مشاعره-

ص: ٥٤

١ - ١) منهم العلّامة في القواعد ٢٦٩: ١، و الشهيد في الدروس ٢٧٧: ٢، و الفاضل المقداد في التنقيح ٣١١: ٢، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩٦٢: ٩، و الشهيد الثاني في المسالك ٣٧٧: ٥، و السيّد الطباطبائي في الرياض (الحجريّة) ٢٨: ٢.

٢ - ٢) في «ف»: الملكية.

٣ - ٣) اعترف به السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٩٠٠: ٩، و السيّد المجاهد في المناهل: ٥٠٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ١٠٧: ٢٨.

٤ - ٤) عبارته «مطلقاً لا» من «ش»، و استدركت «لا» في مصححه «ن».

أنه مع اليأس عن الانتفاع به في الجبهه المقصوده تؤجر للزراعه و نحوها، مع المحافظه على الآداب اللازمه لها إن كان مسجداً مثلاً و إحكام السجلات؛ لئلا يغلب اليد فيقضى بالملك، و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب و الأوج و الأفضل احتياطاً، و مع التعارض فالمدار على الراجح، و إن تعذر صيرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعذر صيرف في مصالح المسلمين. و أما غير الأرض من الآلات و الفُرُش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها، فإن بقيت على حالها و أمكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أُعدت له، كانت على حالها، و إلا جعلت في المماثل، و إلا في غيره، و إلا ففي المصالح، على نحو ما مرّ، و إن تعذر الانتفاع بها بقيه على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحه، و العود ملكاً للمسلمين لتصرف في مصالحهم، و العود إلى المالك، و مع اليأس عن معرفته تدخل في مجهول المالك، و يحتمل بقاؤه على الوقف و يباع؛ احترازاً عن التلف و الضرر و لزوم الحرج، و تُصرف مرتباً على النحو السابق. و هذا هو الأقوى كما صرح به بعضهم (1)، انتهى.

و فيه: أنّ إجاره الأرض و بيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونها (2) ملكاً (3) للمسلمين و لو على نحو الأرض المفتوحه عنوه، لكنّه

ص: ٥٥

١- ١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨٤-٨٥.

٢- ٢) في غير «ف»: كونه.

٣- ٣) لم ترد «ملكاً» في «ف».

غير ثابت، و المتيقن خروجه عن ملك مالكة، أما (1) دخوله في ملك المسلمين فمنفى بالأصل.

نعم، يمكن الحكم بإباحه الانتفاع للمسلمين؛ لأصاله الإباحه، و لا يتعلق عليهم اجره.

ثم إنه ربما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته، مثل روايه مروان بن عبد الملك (2): «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوه الكعبة ما قضى ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد، و يهب ما لم يرد، و ينتفع به و يطلب بركته. قلت: أ يكفّن به الميت؟ قال: لا» (3).

قيل: و في روايه أخرى: «يجوز استعماله، و بيع نفسه (4)» (5) و كذلك ما ذكره في بعض حُصُر (6) المسجد إذا خلقت، و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع، اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة و حصير المسجد ليسا

ص: ٥٦

١- ١) في «ش»: و أما.

٢- ٢) في الكافي و التهذيب: «مروان عن عبد الملك»، انظر الكافي ٣: ١٤٨، الحديث ٥، و التهذيب ١: ٤٣٤، الحديث ١٣٩١.

٣- ٣) الوسائل ٢: ٧٥٢، الباب ٢٢ من أبواب التكفين، الحديث الأول.

٤- ٤) في «ص» و المصدر: «بقيته»، و في «خ»: بعضه.

٥- ٥) قاله الشيخ الكليني قدس سرّه على ما في الوسائل ٩: ٣٥٩، الباب ٢٦ من أبواب مقدّمات الطواف، ذيل الحديث الأول، و لم نقف عليه في الكافي المطبوع.

٦- ٦) في غير «ش»: حصير.

من قبيل المسجد، بل هما مبدولان للبيت و المسجد، فيكون (١) كسائر أموالهما، و معلومٌ أنّ وقفه أموال المساجد و الكعبه من قبيل القسم الأوّل و ليس (٢) من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العامّ التصرف فيها (٣) بالبيع.

نعم، فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالحصير المُشترى من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحه و لو لم يخرج عن حيّز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، و بين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد، و الثوب الذي يُلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلّا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

ثمّ الفرق بين ثوب الكعبه و حصير المسجد: أنّ الحصر يتصوّر فيه كونه وقفاً على المسلمين، لكن (٤) يضعه في المسجد؛ لأنّه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبّل الموضوع في المسجد، فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره و لو مع حاجته.

لكن يبقى الكلام في مورد الشكّ، مثل ما إذا فرش حصيراً في المسجد أو وضع حبّ ماءٍ فيه، و إن كان الظاهر في الأوّل الاختصاص و أوضح من ذلك الترب الموضوعه فيه و في الثاني العموم، فيجوز

ص: ٥٧

١-١) كذا، و المناسب: فيكونان.

٢-٢) كذا، و المناسب: ليست.

٣-٣) في غير «ف»: فيه.

٤-٤) في «ش»: و لكن.

التوضؤ منه و إن لم يرد الصلاة في المسجد.

و الحاصل: أنّ الحصر (١) و شبهها الموضوعه في المساجد و شبهها يتصور فيها (٢) أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، و ليست من قبيل نفس المسجد و أضرابه، فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا.

نعم، ما ذكرنا لا يجرى في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان، مع أنّ المحكى عن العلامه (٣) و ولده (٤) و الشهيدين (٥) و المحقق الثاني (٦) جواز بيعه و إن اختلفوا في تقييد الحكم و إطلاقه كما سيجيء (٧)، إلما أن (٨) نلتزم (٩) بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها و جعلها مسجداً فك ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار، فإنها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل.

و كيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها كما تقدم عن بعض

ص: ٥٨

١- ١) كذا، و الظاهر: «الحُصْر» بصيغه الجمع.

٢- ٢) في غير «ف»: فيه.

٣- ٣) القواعد ٢٧٢: ١.

٤- ٤) الإيضاح ٤٠٧: ٢.

٥- ٥) الدروس ٢٨٠: ٢، و الروضه البهيّه ٢٥٤: ٣، و المسالك ١٧٠: ٣.

٦- ٦) جامع المقاصد ٩٧: ٤ و ١١٦: ٩، و حكى ذلك عنهم المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٦.

٧- ٧) يجيء في الصفحه الآتيه.

٨- ٨) في غير «ف» و «ش»: أنّه.

٩- ٩) في «ف» و «ص»: يلتزم.

الأساطين (١) أو بدونه. و أما أجزاءه كجدوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحه في صرف عينه (٢) فيه تعين (٣)؛ لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و أجزاءها (٤) على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، بل يُصرف من مال المسجد أو بيت المال. و إن لم يكن مصلحه في ردّه جزءاً للمسجد، فبناءً (٥) على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد و أضرابه فكّ ملك، لم يجز بيعه، لفرض عدم الملك.

و حيثئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعين (٦) صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك كما عن الروضه (٧) و إلّا صرف في مسجدٍ آخر كما في الدروس (٨) و إلّا صرف في سائر مصالح المسلمين.

ص: ٥٩

١-١) تقدّم في الصفحه ٥٤-٥٥.

٢-٢) كذا في النسخ، و المناسب تأنيث الضمير، و هكذا حال الضمائر الآتية الراجعه إلى كلمه «أجزاء».

٣-٣) العبارة في غير «ف» هكذا: فمع المصلحه في صرف عينه يجب صرف عينه فيه.

٤-٤) في «ش»: و إجراءاتها.

٥-٥) في غير «ش»: بناءً.

٦-٦) في غير «ش»: «فتعين»، لكن صحّح في «ن» بما أثبتناه، و في «ص» ب «يتعين».

٧-٧) الروضه البهيّه ٢٥٤:٣.

٨-٨) الدروس ٢٨٠:٢، و حكاه عنه و عن الروضه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٦.

قيل: بل لكلّ أحد حيازته و تملكه (١)، وفيه نظر.

وقد الحق (٢) بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفه على الطريقه المعروفه، و الكتب الموقوفه على المشتغلين، و العبد المحبوس فى خدمه الكعبه و نحوها، و الأشجار الموقوفه لانتفاع المازّه، و البوارى الموضوعه لصلاه المصلين، و غير ذلك ممّا قصد بوقفه الانتفاع العامّ لجميع الناس أو للمسلمين و نحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجاره و نحوها و صرفها فى مصارفها كما فى الحمّامات و الدكاكين و نحوها (٣): لأنّ جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللّازم إبقاؤها على الإباحه كالطرق العامّه و الأسواق.

و هذا كلّه حسن على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك، لا تمليكا.

و لو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلفاً، ففى الضمان و جهان:

من عموم «على اليد» فيجب صرف قيمته فى بدله.

و من أنّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، و المفروض عدم المطالبه بأجره منافع هذه لو استوفاه ظالم كما لو جعل المدرسه بيت المسكن أو محرزاً، و أنّ الظاهر من التأديه فى حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختصّ بأملك الناس، و الأوّل أحوط، و قواه بعض (٤).

ص: ٦٠

١-١) قاله المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٦.

٢-٢) ألحقها المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٦.

٣-٣) فى «ف»: و نحو ذلك.

٤-٤) و هو المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٦، و فيه: و هذا هو الأصحّ.

صور جواز بيع الوقف]

(١)

إذا عرفت جميع ما ذكرنا،

فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه،

كالحيوان المذبوح و الجذع البالى و الحصير الخلق.

و الأقوى جواز بيعه، وفاقاً لمن عرفت ممّن تقدّم نقل كلماتهم؛ لعدم جريان أدلّه المنع.

أمّا الإجماع، فواضح.

و أمّا قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» (٢) فلانصرافه إلى غير هذه الحالة.

و أمّا قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٣) فلا- يدلّ على المنع هنا؛ لأنّه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيّة المرسومة في إنشاء الوقف، و ليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و إن ذكر في متن العقد؛ للاتفاق على أنّه لا فرق بين ذكره فيه و تركه؛ و قد تقدّم ذلك (٤) و تضعيف (٥) قول من قال ببطلان العقد إذا

ص: ٦١

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) الوسائل ٣٠٣:١٣، الباب ٦ من أبواب الوقوف، الحديث الأوّل.

٣-٣) الوسائل ٢٩٥:١٣، الباب ٢ من أبواب الوقوف، الحديث ١ و ٢.

٤-٤) يعنى كون عدم جواز البيع من أحكام الوقف، و تقدّم في الصفحة ٢٩ و ٣٠.

٥-٥) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في مصحّحه «خ»: «ضعف»، و في سائر النسخ: يضعف.

حكم بجواز بيعه.

و لو سلّم أنّ المأخوذ في الوقف إبقاء العين، فإنّما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين، و المفروض تعذّره هنا.

و الحاصل: أنّ جواز بيعه هنا غير منافٍ لما قصده الواقف في وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، و هو الحاكم أو المتولى.

و الحاصل: أنّ الأمر دائر بين تعطيله (١) حتى يتلف بنفسه، و بين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف، و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكلّ.

□
و الأول تضييع منافٍ لحقّ الله و حقّ الواقف و حقّ الموقوف عليه، و به يندفع استصحاب المنع، مضافاً إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، و هو انتفاع جميع البطون بعينه، و قد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه.

و أمّا الثاني فمع منافاته لحقّ (٢) سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأوّل؛ إذ لا فرق بين إتلافه و نقله.

و الثالث هو المطلوب.

نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّياً لا يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهى

ص: ٦٢

١- ١) في «ف»: تعطله.

٢- ٢) في «ف» و نسخه بدل «ن»: لتعلّق حقّ.

ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقاءه، فتأمل.

و كيف كان، فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقه، فلا وجه (١) لترخيص البطن الموجود في إتلافه.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود، وفاقاً لمن تقدّم ممّن يظهر منه ذلك كالإسكافي (٢) و العلامه (٣) و ولده (٤) و الشهيدين (٥) و المحقّق الثاني (٦)، و حكى عن التنقيح (٧) و المقتصر (٨) و مجمع الفائدة (٩) لاقتضاء البدليه ذلك، فإنّ المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل و للمعدومين بالقوه كان الثمن كذلك، فإنّ الملكيه اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعبر عند تحقّق أسبابها، فكما أنّ الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتملك الواقف، فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تملك الواقف. و عدم تعقل الملك للمعدوم إنّما هو في الملك الفعلي، لا الشأني.

ص: ٦٣

١-١) في مصححه «ن»: لا وجه.

٢-٢) راجع الصفحه ٣٩.

٣-٣) راجع كلام العلامه في الصفحه ٤٨.

٤-٤) راجع الصفحه ٤٠.

٥-٥) راجع كلامهما في الصفحه ٤٠، ٤٩، و ٥٢.

٦-٦) راجع الصفحه ٥١.

٧-٧) التنقيح الرائع ٢:٣٣٠.

٨-٨) المقتصر: ٢١٢.

٩-٩) مجمع الفائدة ٨:١٦٩، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٥٩ و ٨٨:٩-٨٩، و مقابس الأنوار: ١٥٨.

و دعوى: أنّ الملك الشأني ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود. فلو جاز أن تخرج العين الموقوفه إلى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود.

و إليه أشار الشهيد قدس سرّه في الفرع الآتي، حيث قال: إنّه يعنى الثمن صار مملوكاً على حدّ الملك الأول؛ إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه (١).

خلافاً لظاهر بعض العبائر المتقدمه (٢)، و اختاره المحقق في الشرائع في ديه العبد الموقوف المقتول (٣). و لعلّ وجهه: أنّ الوقف ملك للبطن الموجود، غايه الأمر تعلّق حقّ البطون اللاحقه به، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، و لا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن، و لا- دليل عليه. و مجرّد البدليّه لا يوجب ترتّب جميع اللوازم؛ إذ لا عموم لفظي يقتضى البدليّه و التنزيل، بل هو بدل له في الملكيه و ما يتبعها من حيث هو ملك.

و فيه: أنّ ما ينقل (٤) إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقّت الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق (٥)

ص: ٦٤

١- ١) غايه المراد: ١٤٣، و يأتي في الصفحه ٦٦.

٢- ٢) يعنى به عباره المفيد و السيد المتقدمتين في الصفحه ٤٣-٤٥.

٣- ٣) الشرائع ٢: ٢١٩.

٤- ٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: أنّ النقل.

٥- ٥) في «ف»: البطن البائع.

إلى البطن اللاحق، فلا- يملكه المشتري ملكاً مستمراً. وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل، فهو لا يكون إلا بثبوت (1) جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له، فالثمن لهم على نحو المثلن.

و مما ذكرنا تعرف أنّ اشتراك البطن في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول؛ حيث إنّ بدل شرعيّ يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف، فجاز عقلاً منع سرايه حقّ البطن اللاحقه إليه، بخلاف الثمن، فإنّه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضه (2) الحقيقيه، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختصّ بالمعوض.

و من هنا اتّضح أيضاً أنّ هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً؛ لأنّ حقّ الرهنيه متعلّق بالعين من حيث إنّهُ ملك لمالكة الأوّل، فجاز أن يرتفع، لا (3) إلى بدل بارتفاع ملكيه المالك الأوّل، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنّه ليس قائماً بالعين من حيث إنّهُ ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأً بإنشائه، مقارنً له بحسب الجعل، متأخراً عنه في الوجود.

ص: ٦٥

١-١) في غير «ش» و مصححه «ن»: ثبوت.

٢-٢) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: «المعاوضيه»، لكن صححت في أكثرها بما أثبتناه.

٣-٣) كلمه «لا» ساقطه من «ش».

وقد تبين ممّا ذكرنا: أنّ الثمن حكمه حكم الوقف في كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان ممّا يمكن أن يبقى و ينتفع به البطون على نحو المبدل و كانت مصلحة البطون في بقائه ابقى، وإلا أُبدل مكانه ما هو أصلح.

و من هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغه الوقف في البدل، بل نفس البدليته تقتضى (١) كونه كالمبدل؛ و لذا علّله الشهيد قدّس سرّه في غايه المراد بقوله: لأنّه صار مملوكاً على حدّ الملك الأول؛ إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه (٢).

ثمّ إنّ هذه (٣) العين حيث صارت ملكاً للبطون، فلهم أو لوليتهم أن ينظر فيه و يتصرّف فيه بحسب مصلحة جميع البطون و لو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم، بل قد يجب إذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق (٤). و ليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلاّ لعذر؛ لأنّ ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائي، و بدل الوقف إنّما هو بدل له في كونه ملكاً للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي.

و ممّا ذكرنا أيضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو

ص: ٦٦

١- ١) في النسخ: «يقضى»، و المناسب ما أثبتناه كما في مصحّحه «ص».

٢- ٢) غايه المراد: ١٤٣.

٣- ٣) في غير «ص»: هذا.

٤- ٤) في «ف» زياده: و ليس حكمه حكمه.

ظاهر التذكرة (١) والإرشاد (٢) وجامع المقاصد (٣) والتنقيح (٤) والمقتصر (٥) ومجمع الفائدة (٦) بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصح؛ لأنّ الثمن إذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين فاللازم ملاحظه مصلحتهم، خلافاً للعلامة (٧) ولده (٨) والشهيد (٩) وجماعه (١٠) فأوجبوا المماثلة مع الإمكان؛ لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

و فيه مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّه، وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيّناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً ليتفّعوا بثمرته فبيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمرته بستان (١١) في موضع لا يصل إليهم إلّا قيمه الثمره، و بين أن

ص: ٦٧

١-١) راجع التذكرة ٢:٤٤٤.

٢-٢) إرشاد الأذهان ١:٤٥٥.

٣-٣) جامع المقاصد ٩٧:٤، و ٧١:٩.

٤-٤) التنقيح الرائع ٢:٣٣٠.

٥-٥) المقتصر: ٢١٢.

٦-٦) مجمع الفائدة ٨:١٦٩.

٧-٧) راجع المختلف ٦:٢٨٩.

٨-٨) إيضاح الفوائد ٢:٤٠٧.

٩-٩) غايه المراد: ١٤٣.

١٠-١٠) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩٧:٤ و ٧١:٩، والشهيد الثاني في المسالك ٣:١٧٠، والروضة البهيّة ٣:٢٥٥.

١١-١١) كذا في «ف»، «ن» و«خ»، وفي سائر النسخ: بستاناً.

يُشترى ملك (١) آخر يصل إليهم اجره منفعتة، فإنَّ الأوَّل و إن كان مماثلاً إلَّا أنَّه ليس أقرب إلى غرض الواقف:- أنَّه (٢) لا دليل على وجوب ملاحظه الأقرب إلى مقصوده، إنَّما اللازم ملاحظه مدلول كلامه في إنشاء الوقف؛ ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

فالحاصل: أنَّ الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلَّا مدلول كلام الواقف، و إذا بيع و انتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلَّا مصلحتهم.

هذا [و] قال العلامة في محكي التذكرة: كلُّ مورد جوَّزنا بيع الوقف فإنَّه يباع و يصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين ممَّا ينتفع به كان أولى، و إلَّا جاز شراء كلِّ ما يصحَّ وقفه، و إلَّا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به (٣) ما شاء؛ لأنَّ فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، و بين النصِّ الدالِّ على عدم جواز مخالفه الواقف؛ حيث (٤) شرط التأييد، فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع و جب؛ لأنَّه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الأوَّل الذي وقع العقد عليه، و مراعاة الخصوصية الكليَّة تُفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، و لأنَّ قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع

ص: ٦٨

١-١) كذا في «ف»، «ن»، و«خ»، و في سائر النسخ: ملكاً.

٢-٢) في غير «ش»: «إذ»، إلَّا أنَّها صححت في «ن» و«ص» بما أثبتناه.

٣-٣) كذا في «ف»، «ن»، و«خ»، و في سائر النسخ: فيه.

٤-٤) في «ف» بدل «حيث»: من.

أنه يستحقون من الوقف (١) كما يستحق البطن الأول، و يقدر (٢) وجودهم حال الوقف.

وقال بعض علمائنا و الشافعيه: إن ثمن الوقف كقيمه الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم (٣) على رأى (٤)، انتهى.

و لا يخفى عليك مواقع الردّ و القبول فى كلامه قدّس سرّه.

ثم إن المتولّى للبيع هو البطن الموجود بضميمه الحاكم القيم من قبل سائر البطون. و يحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان؛ لأنه المنصوب لمعظم الأمور الرجعه إلى الوقف، إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعل له من قبل الواقف إلى التصرف فى نفس العين. و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف. و يحتمل بقاؤه؛ لتعلق حقه بالعين الموقوفه، فيتعلق ببديلها (٥).

ثم إنه لو لم يمكن شراء بديل، و لم يكن الثمن ممّا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود؛ لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، و حينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار إلى مدّه. و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابهته، و لا يعطل الثمن حتى يوجد (٦).

ص: ٦٩

١- ١) فى «ن»، «خ» و «م» و المصدر: الواقف.

٢- ٢) كذا فى مصححه «ن» و المصدر، و فى النسخ: تعدّر.

٣- ٣) فى «ش» و المصدر زياده: ملكاً.

٤- ٤) التذكرة ٢: ٤٤٤، مع تفاوت و اختلاف فى الألفاظ.

٥- ٥) فى غير «ن» و «ش»: بمبديلها.

٦- ٦) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: يؤخذ.

ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لو رضی الموجود بالتجار به و كانت المصلحه فى التجاره، جاز مع المصلحه إلى أن يوجد البدل.

و الربح تابع للأصل و لا يملكه الموجودون؛ لأنه جزء من المبيع، و ليس كالنماء الحقيقى.

ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه، فبيع البعض المخروب و يجعل بدله ما يكون وقفاً. و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه (1) جاز مع رضا الكل؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحه.

و منه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم.

و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجاً إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عماره الباقي و إن لم يرض البطن الموجود؟ وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعته الحاضره التى يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مئونه الوقف عن منفعته قبل قسمته (2) فى الموقوف عليهم.

و هنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

ص: ٧٠

١-١ فى «ش»: منفعته.

٢-٢ كذا، و المناسب: قسمتها.

بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه، كدارٍ انهدمت فصارَتْ عَرَصَةً تُؤجّر للانتفاع بها بأجره لا تبلغ شيئاً معتدّاً به.

فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلّا ما كان منفعته كمنفعه العَرَصَه، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز. وإن كان يُعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعه (١) العرصه، بل يساوى (٢) منفعه الدار، ففي جواز البيع وجهان:

من عدم دليلٍ على الجواز مع قيام المقتضى للمنع، وهو ظاهر المشهور، حيث قنيدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً، وقد تقدّم التصريح من العلامه في التحرير بأنّه: لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف، ولم يجز بيعها (٣).

اللهمّ إلّا أن يحمل النفع المنفّى في كلام المشهور على النفع المعتدّ به بحسب حال العين، فإنّ الحَمَام الذي يستأجر كلّ سنه مائه دينار إذا صارت عرصه تؤجر كلّ سنه خمسه دراهم أو عشره لغرضٍ جزئى كجمع الزبائل و نحوه يصدق عليه أنّه لا يجدى نفعاً؛ وكذا القرية

ص: ٧١

١- ١) لم ترد «منفعه» في «ف».

٢- ٢) في غير «ن» و «ش»: ساوى.

٣- ٣) تقدّم في الصفحه ٤٨، ثمّ إنّ المؤلّف لم يبيّن الوجه الثانى الّذى هو عدل لقوله: «من عدم الدليل» ولعلّه لوضوحه، ويشير إليه قوله: «اللهمّ إلّا أن يحمل...».

الموقوفه، فإنَّ خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها، و لا تكون بسلب (١) منافع أراضيها رأساً؛ و يشهد لهذا ما تقدّم عن التحرير: من جعل عرصه الدار المنهدمه مواتاً لا ينتفع بها بالكلية (٢) مع أنّها كثيراً ما تُستأجر للأغراض الجزئية.

فالظاهر دخول الصورة المذكوره فى إطلاق كلام كلّ من سوّغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً، و يشمل الإجماع المدعى فى الانتصار (٣) و الغنيه (٤)، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلّه وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف (٥) الذى هو حبس العين، و عموم قوله عليه السلام:

«لا يجوز شراء الوقف» (٦) مشكل.

و يؤيد المنع (٧) حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعه (٨)، بناءً على جواز الانتفاع بها فى وجوهٍ أُخر، كالتسقيف

ص: ٧٢

١-١ فى غير «ف»: تسلب.

٢-٢ تقدّم فى الصفحه ٤٨.

٣-٣ الانتصار: ٢٢٦-٢٢٧.

٤-٤ الغنيه: ٢٩٨.

٥-٥ راجع الصفحه ٢٧.

٦-٦ الوسائل ٣٠٣:١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل.

٧-٧ فى «ف»: البيع.

٨-٨ منهم المحقّق فى الشرائع ٢:٢٢١، و العلّامه فى القواعد ١:٢٦٩، و التحرير ١:٢٩٠، و الشهيد فى الدروس ٢:٢٧٩، و المحقّق

الثانى فى جامع المقاصد ٩: ٧٢، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٩: ٩٢.

و جعلها جسراً و نحو ذلك.

بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى رحمهما الله لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورته عدم إمكان الانتفاع به فى منفعه أُخرى الاتّفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع و لو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً (١).

نعم، لو كان قليلاً فى الغايه بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز، لانصراف قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» إلى غير هذه الحاله.

و كذا حبس العين و تسبيل المنفعه، إنّما يجب الوفاء به ما دام المنفعه المعتدّ بها موجوده، و إلّا فمجرد حبس العين و إمساكه و لو من دون منفعه، لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصوره الأولى.

ثمّ إنّ الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعه الموقوف (٢) قليله لعارضٍ آخر غير الخراب؛ لجريان ما ذكرنا فيه.

ثمّ إنك قد عرفت فيما سبق أنّه ذكر بعض (٣): أنّ جواز بيع الوقف لا يكون إلّا مع بطلان الوقف و عرفت وجه النظر فيه ثمّ وجه بطلان الوقف فى الصوره الأولى بفوات (٤) شرط الوقف المراعى فى

ص: ٧٣

١- ١) راجع المختلف ٣: ٣١٦، و الخلاف ٣: ٥٥١، كتاب الوقف، المسأله ٢٣، و السرائر ٣: ١٦٧.

٢- ٢) فى «ف»: الموقوفه.

٣- ٣) هو صاحب الجواهر، و تقدّم كلامه فى الصفحه ٣٦.

٤- ٤) فى «ف»: «بعنوان»، و هى مصحفه «بفقدان» كما فى الجواهر.

الابتداء والاستدامه، وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها.

و فيه: ما عرفت سابقاً (١) من أنّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف المؤبد، مع أنّه لا دليل عليه. مضافاً إلى أنّه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامه، فإنّ الشروط في العقود الناقله يكفي وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن المائيه ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري. مع أنّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم.

ثمّ ذكر (٢): أنّه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيه، فخربت حتّى خرجت عن قابليته ذلك، فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً. لكن ليس من عنوان الوقف. و احتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنّها جزء من الوقف و هي باقيه، و خراب غيرها و إن اقتضى بطلانه فيه (٣) لا يقتضى بطلانه فيها، يدفعه: أنّ العرصه كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً، لا مطلقاً، فهي حينئذٍ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه، و لو فرض إرادته وقفها لتكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف. و ربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصيه: من أنّه

ص: ٧٤

١-١) راجع الصفحه ٣٧.

٢-٢) أى: صاحب الجواهر.

٣-٣) كلمه «فيه» لم ترد في غير «ش»، لكنّها استدركت في بعض النسخ.

لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم، لو لم تكن «الدارية» و«البستانية» و نحو ذلك مثلاً عنواناً للوقف و إن قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقتٍ على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله.

ثم ذكر: أنّ في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين (١).

أقول: يرد على (٢) ما قد يقال (٣) بعد الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع و إن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغيير العنوان كما لا يخفى: - أنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان؛ لأنّه:

إن أُريد ب«العنوان» ما جعل مفعولاً - في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا - شكّ في (٤) أنّه ليس إلماً كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإنّ التمليك المعلق بعنوانٍ، لا - يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كلّ جزءٍ خارجي و إن لم يكن في ضمن عنوان «البستان»، و ليس التمليك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلقه بالعنوانات.

ص: ٧٥

١- ١) إلى هنا تمّ ما أفاده صاحب الجواهر قدّس سرّه، انظر الجواهر ٣٥٨: ٢٢-٣٥٩.

٢- ٢) في «ش» و مصحّحه «ن» زيادة: «ذلك»، و لا حاجة إليها كما لا يخفى.

٣- ٣) يعني: يرد على ما تقدّم في الصفحة السابقه من قوله: ثم ذكر أنّه قد يقال...

٤- ٤) كلمه «في» من «ف» فقط.

و إن أريد ب«العنوان» شىء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم، و لا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً فى الموضوع زياده على عنوانه؟ و أمّا تأييد ما ذكر بالوصيّه (١)، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصيّه بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له، فهل يرضى أحدٌ بالتزام بطلان الوصيّه بصيروره البستان عرصه؟ نعم، الوصيّه قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات أُخر.

ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا لا يعرف له وجه بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً.

الصورة الثالثة: أن يخرّب بحيث يقلّ منفعته،

لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم.

و الأقوى هنا المنع، و هو الظاهر من الأكثر فى مسأله النخله المنقلعه، حيث جوّز الشيخ رحمه الله فى محكّي الخلاف بيعها، محتجاً بأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه؛ لأنّ الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل و لا يُرجى عوده (٢)، و منعه الحلّي قائلاً: و لا يجوز بيعها، بل

ص: ٧٤

١- (١) المتقدّم فى الصفحه ٧٤ بقوله: و ربما يؤيد ذلك فى الجملة.

٢- (٢) الخلاف ٥٥١:٣-٥٥٢، كتاب الوقف، المسأله ٢٣.

ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، و زوال بعض المنافع لا- يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها و نحوه (١)، و حكي موافقته عن الفاضلين (٢) و الشهيدين (٣)، و المحقق الثاني (٤) و أكثر المتأخرين (٥).

و حكي في الإيضاح عن والده قدس سرهما: أنّ النزاع بين الشيخ و الحلّي لفظي، و استحسسه (٦)؛ لأنّ في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها، و الحلّي فرض وجود منفعة و منع لذلك بيعها.

قيل: و يمكن (٧) بناء نزاعهما على رعايه المنفعة المعدّ لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ (٨)، و لا يخلو عن تأمل.

و كيف كان، فالأقوى هنا المنع، و أولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلّا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، و سيجيء تفصيله (٩).

ص: ٧٧

-
- ١-١) السرائر ١:١٦٧.
 - ٢-٢) الشرائع ٢:٢٢١، و القواعد ١:٢٦٩، و التحرير ١:٢٩٠.
 - ٣-٣) الدروس ٢:٢٧٩، و المسالك ٥:٤٠٠.
 - ٤-٤) جامع المقاصد ٩:٧٢.
 - ٥-٥) حكاة عنهم و عن قبلهم جميعاً المحقق التستري في المقابس: ١٥٥.
 - ٦-٦) إيضاح الفوائد ٢:٣٩٣.
 - ٧-٧) في «ش»: و قيل يمكن.
 - ٨-٨) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٥، ذيل الصورة الخامسة.
 - ٩-٩) يجيء في الصورة الرابعة الآتية.

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه.

و ظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدّه وجود الموقوف عليه.

و قد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد، و قد تقدّم عبارته، فراجع (١).

و زياده النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، و قد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

و الأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكلّ، بناءً على ما تقدّم:

من عدم دلالة قول المفيد على ذلك، و على تقديره فقد تقدّم عن التحرير: أنّ كلام المفيد متأوّل (٢).

و كيف كان، فلا إشكال في المنع؛ لوجود مقتضى المنع، و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف، و قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» (٣)، و غير ذلك. و عدم ما يصلح للمنعم عدا روايه ابن محبوب عن علي بن رثاب عن جعفر بن حيان (٤)، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ وقف غلّه له على قرابته (٥) من أبيه، و قرابته (٦) من أمّه،

ص: ٧٨

١- ١) نسبه إليه الشهيد في الدروس ٢: ٢٧٩، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٩: ٦٨، و انظر المقنعه: ٦٥٢، و راجع الصفحه ٤٣-٤٤.

٢- ٢) تقدّم في الصفحه ٤٥.

٣- ٣) الوسائل ٣٠٣: ١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل.

٤- ٤) في «ف» و «ص» و الكافي: جعفر بن حيان.

٥- ٥) و (٦) في «ص»: قرابه.

و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغلّة (١) ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم فى كلّ سنه، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من امّه، فقال عليه السلام: جائز للذى اوصى له بذلك. قلت: أ رأيت إن لم يخرج من غلّه تلك (٢) الأرض التى أوقفها (٣) إلّا خمسمائه درهم؟ فقال: أ ليس فى وصيّته أن يُعطى الذى اوصى له من الغلّه ثلاثمائة درهم، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و أمّيه؟ قلت: نعم. قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّه شيئاً حتّى يُوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك. قلت: أ رأيت إن مات الذى اوصى له؟ قال: إن مات كانت (٤) الثلاثمائة (٥) درهم لورثته يتوارثونها ما بقى أحد منهم، فإن انقطع ورثته و لم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميّت، يردّ إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلّه. قلت: فللورثه من قرابه الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّه؟ قال: نعم، إذا رضوا كلّهم و كان البيع خيراً لهم، باعوا» (٦).

□

و الخبر المروى عن الاحتجاج: أنّ الحميرى كتب إلى صاحب الزمان جعلنى الله فداه-: «أنّه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور

ص: ٧٩

١-١) عبارته «من تلك الغلّه» لم ترد فى غير «ص» و «ش».

٢-٢) لم ترد «تلك» فى «ص».

٣-٣) فى «ص»: وقفها.

٤-٤) فى «ش»: زياده: له.

٥-٥) كذا فى المصادر الحديثيه و مصحّحه «ن»، و فى النسخ: ثلاثمائة.

٦-٦) الوسائل ١٣:٣٠٦، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٨.

أنّ الوقف إذا كان (١) على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح، لهم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من (٢) بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا- يجوز إلّا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرّقين، إن شاء الله» (٣).

دلّت على جواز البيع، إمّا فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و إمّا مطلقاً؛ بناءً على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح؛ لمفهوم روايه جعفر (٤). كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ فى روايه جعفر على صورته بيع تمام الوقف، لا اعتباره (٥) فى بيع كلّ واحد، بقريته روايه الاحتجاج.

و يؤيد المطلب صدر روايه ابن مهزيار الآتية (٦) لبيع حصّه ضيعه

ص: ٨٠

١- ١) فى «ص» و المصدر: إذا كان الوقف.

٢- ٢) كذا فى المصدر و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: عن.

٣- ٣) الاحتجاج ٣١٢: ٢-٣١٣، و الوسائل ٣٠٦: ١٣-٣٠٧، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٩.

٤- ٤) فى «ش»: الجعفرى، و الصواب ما أثبتناه، و المراد به جعفر بن حنان الراوى للخبر السابق.

٥- ٥) فى غير «ف» زياده: «بما»، و شطب عليها فى «ن».

٦- ٦) ستأتى فى الصفحه ٩٣-٩٤.

الإمام عليه السلام من الوقف.

و الجواب: أمّا عن روايه جعفر، فبأنّها (١) إنّما تدلّ على الجواز مع حاجه الموقوف عليهم، لا- لمجرّد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر النزّه (٢). وسيجيء الكلام في هذا القول.

بل يمكن أن يقال: إنّ المراد بكون البيع خيراً لهم: مطلق النفع الذي يلا-حظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعبدًا، بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل، يعنى: إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحه في بيعه جاز، كما يقال: إذا أردت البيع و رأيتّه أصلح من تركه فبع، و هذا ممّا لا يقول به أحد.

و يحتمل أيضاً أن يراد من «الخير» خصوص (٣) رفع الحاجه التي فرضها السائل.

و عن المختلف (٤) و جماعه (٥) الجواب عنه (٦) بعدم ظهوره في المؤبّد؛

ص: ٨١

١- ١) في «ف»: «أنّها»، و في «ص»: «بأنّها».

٢- ٢) تقدّمت عبارته النزّه في الصفحه ٤٧.

٣- ٣) في غير «ف»: هو خصوص.

٤- ٤) المختلف ٢٨٩: ٦.

٥ - ٥) منهم الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٣٢٩: ٢، و ابن فهد في المهذب البارع ٣: ٦٧، و الصيمرى في غايه المرام (مخطوط) ١: ٤٨٧، و المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٤٥.

٦- ٦) كذا، و المناسب تأنيث الضمير، لرجوعه إلى «روايه جعفر»، و هكذا الكلام في الضميرين الآتين.

لاقتصاره على ذكر الأعقاب.

و فيه نظر؛ لأنّ الاقتصار في مقام الحكاياه لا يدلّ على الاختصاص؛ إذ يصحّ أن يقال في الوقف المؤبّد: إنّه وقفٌ على الأولاد مثلاً، وحينئذٍ فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبّد وغيره فرق في الحكم، فافهم.

و كيف كان، ففي الاستدلال بالروايه مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعيّه إشكال، مع عدم الظفر بالقائل به (١)، عدا ما يوهمه ظاهر عباره المفيد المتقدّمه (٢).

و ممّا ذكرنا يظهر الجواب عن روايه الحميرى.

ثمّ لو قلنا في هذه الصوره بالجواز كان الثمن للبطن الأوّل البائع يتصرّف فيه على ما شاء.

و منه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد؛ فإنّ مقتضى كون العين مشتركه بين البطن كون بدله كذلك، كما تقدّم من استحاله كون بدله ملكاً لخصوص البائع (٣)، فيكون تجويز البيع في هذه الصوره و التصرّف في الثمن رخصه من الشارع للبائع في إسقاط حقّ اللاحقين آنأ ما قبل البيع نظير الرجوع في الهبه المتحقّق ببيع الواهب لئلا يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصاً.

ص: ٨٢

١- ١) به «من» ف.

٢- ٢) تقدّمت في الصفحه ٤٣-٤٤.

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٦٥.

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديده.

وقد تقدّم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة (١)، بل عن الانتصار والغنية: الإجماع عليه (٢). ويدلّ عليه روايه جعفر المتقدّمه (٣).

ويردّه: أنّ ظاهر الروايه أنّه يكفي في البيع عدم كفايه غلّه الأرض لمؤنه سنه الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقلّ مراتب الفقر الشرعي. والمأخوذ في (٤) عبارة من تقدّم من المجوّزين اعتبار الضروره والحاجه الشديده، وبين مطلق الفقر عموم من وجه؛ إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجه شديده، بل مطلق الحاجه؛ لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعه عليه. وقد يتفق الحاجه والضروره الشديده في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤنه سنته، فالروايه بظاهرها غير معمول بها.

مع أنّه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجه.

وكيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضروره الشديده إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعه، وفي الخروج بهما عن قاعده عدم جواز البيع

ص: ٨٣

١-١) راجع عباراتهم في الصفحه ٤٣-٥٢.

٢-٢) الانتصار: ٢٢٦-٢٢٧، والغنية: ٢٩٨، وتقدّمت عبارتهما في الصفحه ٤٥ ٤٧.

٣-٣) وهي روايه جعفر بن حنان، المتقدّمه في الصفحه ٧٨.

٤-٤) في غير «ف»: من.

و عن قاعده وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختصّ بالبطن الموجود مع وهنه (١) بمصير جمهور المتأخرين و جماعه من القدماء (٢) إلى الخلاف، بل معارضته (٣) بالإجماع المدعى فى السرائر (٤) إشكال.

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة،

أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون، أو عند مصلحه خاصه على حسب ما يشترط.

فقد اختلف كلمات العلماء و من تأخر عنه فى ذلك.

فقال فى الإرشاد: و لو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز (٥)، انتهى.

و فى القواعد: و لو شرط بيعه عند ضروره كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمانه، أو عند خرابه و عطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قلّه نفعه، ففى صحه الشرط إشكال. و مع البطلان، ففى إبطال الوقف نظر (٦)، انتهى.

ص: ٨٤

١-١) كذا، و المناسب تثنيه الضمير، كما استظهره مصحح «ص».

٢-٢) تقدّم عن الإسكافى فى الصفحه ٣٩، و عن القاضى فى الصفحه ٤٠، و عن الحلبي و الصدوق فى الصفحه ٤١.

٣-٣) كذا، و المناسب تثنيه الضمير، كما استظهره مصحح «ص».

٤-٤) تقدّم كلامه فى الصفحه ٣٩.

٥-٥) الإرشاد ١: ٤٥٥.

٦-٦) القواعد ١: ٢٦٩-٢٧٠.

و ذكر في الإيضاح في وجه الجواز روايه جعفر بن حنّان المتقدمه (١)، قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى. وفي وجه المنع:

أنّ الوقف للتأيد، و البيع ينافيه، قال: و الأصحّ أنّه لا يجوز بيع الوقف بحال (٢)، انتهى.

و قال الشهيد في الدروس: و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنه بينهم فأولى بالجواز (٣)، انتهى.

و يظهر منه: أنّ للشرط تأثيراً، و أنّه يحتمل المنع من دون الشرط، و التجويز معه.

و عن المحقّق الكركي أنّه قال: التحقيق أنّ كلّ موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحاله؛ لأنّه شرط مؤكّد، و ليس بمنافٍ للتأيد المعتبر في الوقف؛ لأنّه مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع (٤)، و ما لا (٥)، فلا؛ للمنافاه، فلا يصحّ حينئذٍ حبساً (٦)؛ لأنّ اشتراط شراء شيءٍ بثمنه يكون وقفاً منافٍ لذلك؛ لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفاً و لا حبساً (٧)، انتهى.

ص: ٨٥

١-١) تقدّمت في الصفحه ٧٨.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٣٩٣:٢.

٣-٣) الدروس ٢٧٩:٢.

٤-٤) في غير «ش»: المنع، و العبارة «للتأيد إلى البيع» لم ترد في جامع المقاصد.

٥-٥) كذا في «ف» و المصدر، و في سائر النسخ: و إلّا.

٦-٦) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: حبسها.

٧-٧) كذا، و العبارة في جامع المقاصد هكذا: «و اشتراط الشراء بثمنه ما يكون وقفاً يقتضيه فلا يكون وقفاً و لا حبساً»، انظر جامع

المقاصد ٧٣:٩.

أقول: يمكن (١) أن يقال بعد التمسك في الجواز بعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢) و«المؤمنون عند شروطهم» (٣) بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف، فلعله منافٍ لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرؤ مسوغاته، فإن التحقيق كما عرفت سابقاً (٤) أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً.

ثم إنه لو سلم المنافاه فإثما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه، و أمّا تبديله بوقفٍ آخر فلا تنافي بينه و بين مفهوم الوقف.

فمعنى كونه حبساً: كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، و أمّا حبس شخص الوقف فهو لازم؛ لإطلاقه و تجرّده عن مسوغات الإبدال، شرعيته كانت كخوف الخراب، أو بجعل الواقف كالاشرط في متن العقد، فتأمل.

ثم إنه روى صحيحاً في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفيه وقف ماله في عين يبيع، و فيه:

«فإن أراد يعنى الحسن عليه السلام أن يبيع نصيباً من المال ليقضى (٥) به الدين فليفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، و إن شاء جعله

ص: ٨٦

١-١) في غير «ف» و «ش»: و يمكن.

٢-٢) تقدّم في الصفحة ٣٣.

٣-٣) الوسائل ٣٠:١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٤-٤) في الصفحة ٣٦.

٥-٥) في «ص» و المصدر: فيقضى.

سرى (١) الملك. و إن ولد على و موالىهم و أموالهم إلى الحسن بن على.

و إن كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقه فبدا له أن يبيعها فليبعها إن شاء، و (٢) لا - حرج عليه فيه. فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثه أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله، و يجعل ثلثاً في بنى هاشم و بنى المطلب، و ثلثاً في آل أبى طالب، و إنه يضعه فيهم حيث يراه الله (٣).

ثم قال: و إن حدث في الحسن أو في الحسين حدث (٤)، فإن الآخر منهما ينظر في بنى على إلى أن قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بنى هاشم، و إنه يشترط على الذى يجعله إليه أن يترك هذا (٥) المال على أصوله و ينفق الثمره حيث أمره به (٦) من سبيل الله و وجهه، و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب و القريب و البعيد، لا يباع شىء منه و لا يوهب و لا يورث. الروايه (٧).

ص: ٨٧

- ١- ١) كذا في أكثر النسخ و الكافى و هو على وزن «نفيس» لفظاً و معنى و فى «ن» و «خ» و الوسائل: «شروى» و فى مجمع البحرين: شروى الشىء: مثله (انظر مجمع البحرين ١: ٢٤٥، مادّه: «شرا») و فى «ص»: شراء.
- ٢- ٢) لم ترد «و» فى «ص» و المصدر.
- ٣- ٣) للحديث تتمه بمقدار أربعة أسطر لم ترد فى النسخ.
- ٤- ٤) العبارة فى المصدر هكذا: و إن حدث بحسن أو حسين حدث.
- ٥- ٥) لم ترد «هذا» فى «ص» و المصدر.
- ٦- ٦) كذا فى «ص» و الوسائل، و فى «ف»: «أمره الله به»، و فى الكافى: «أمرته به»، و فى سائر النسخ: «أمره».
- ٧- ٧) الكافى ٧: ٤٩، الحديث ٧، و الوسائل ١٣: ٣١٢، الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٤.

و ظاهرها جواز اشتراط البيع فى الوقف لنفس البطن الموجود، فضلاً عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به. و السند صحيح، و التأويل مشكل، و العمل أشكل.

الصورة السابعة: أن يؤدى بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً،

و هو المعبر عنه ب«خوف الخراب» فى كثيرٍ من العباير المتقدّمة.

و الأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه، و قد يكون لاله.

و الخراب المعلوم أو (١) المخوف، قد يكون على حدّ سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة.

و أمّا إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كارتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلّا على ما استظهره بعض من تقدّم كلامه سابقاً: من أنّ تغيير عنوان الوقف يسوّغ بيعه و قد عرفت ضعفه (٢).

و قد عرفت من عباير جماعه تجويز البيع فى صورته التأديبه إلى الخراب و لو لغير الاختلاف، و من اخرى تقييدهم به (٣).

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال

أو (٤) النفس و إن لم يعلم أو يظنّ بذلك.

ص: ٨٨

١-١ فى «ش» بدل «أو»: و.

٢-٢ راجع الصفحه ٧٤-٧٦.

٣-٣ راجع الصفحه ٤٣-٥٢.

٤-٤ فى «ش» و مصحّحه «ن» بدل «أو»: و.

فإنّ الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك، خصوصاً من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف بينهم

الصورة التاسعة: أن يؤدّى الاختلاف بينهم (١) إلى ضررٍ عظيمٍ من غير تقييدٍ بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس.

و الأقوى: الجواز مع تأديه البقاء إلى الخراب على وجهٍ لا ينتفع به نفعاً يعتدّ به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، و المنع في غيره من جميع الصور.

أمّا الجواز في الأوّل، فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإنّ الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظنّ بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه، و بين انقطاع شخصه لا- نوعه، كان الثاني (٢) أولى، فليس فيه منافاه لغرض الواقف أصلاً.

و أمّا الأدلّة الشرعيّة (٣)، فغير ناهضه؛ لاختصاص الإجماع،

ص: ٨٩

١- ١) في غير «ش»: «منهم»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ص»، و في سائر النسخ: «الأوّل»، قال المحقّق المامقاني قدّس سرّه بعد أن أثبت ما أثبتناه:- هكذا في بعض النسخ، و في بعضها: «كان الأوّل أولى» و هو سهو من قلم الناسخ. (غايه الآمال: ٤٥٣).

٣- ٣) يعنى الناهيه عن بيع الوقف، المتقدّمه في الصفحه ٣٣ و ما بعدها.

و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة.

و أما الموقوف عليهم، فالمفروض إذن الموجود منهم، و قيام الناظر العامّ أو (١) الخاصّ مقام غير الموجود.

نعم، قد يشكّل الأمر فيما لو فرض تضرّر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل (٢) الانتفاع إلى زمان وجدان البدل، أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي.

و ممّا ذكر يظهر أنّه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء، مع عدم فوات الاستبدال فيه، و مع فوته ففي تقديم البيع إشكال.

و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به، و بين صرف منفعته الحاصله مدّه من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حقّ البطن الذي يفوته المنفعة أو حقّ الواقف و سائر البطون المتأخّره المتعلّق بشخص الوقف (٣) وجهان، لا يخلو أولهما عن قوّه إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدّمًا على الموقوف عليه.

و قد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا، بما عن (٤) التنقيح: من أنّ بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعه و إتلاف للمال، و هو منهيّ عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً (٥).

ص: ٩٠

١- ١) في «م» و «ش» بدل «أو»: و.

٢- ٢) في نسخه بدل «ص»: تعطّل.

٣- ٣) في أكثر النسخ: لشخص الواقف.

٤- ٤) في «ف»: في.

٥- ٥) استدلّ به المحقّق التستري في المقابس: ١٥٥، و انظر التنقيح الرابع: ٣٣٠: ٢.

و لعله أراد الجواز بالمعنى الأعم، فلا يرد عليه: أنه يدل على وجوب البيع (١).

و فيه: أن المحرم هو إضاعه المال المسلّط عليه، لا ترك المال الذى لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، وإلا لزم وجوب تعمیر الأوقاف المشرفه على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدّماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

و الحاصل: أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، و يتّضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير.

و يتلوه فى الضعف ما عن المختلف (٢) و التذكرة (٣) و المهدّب (٤) و غاية المرام (٥): من أن الغرض من الوقف استيفاء منفعه و قد تعدّرت، فيجوز إخراجها عن حدّه؛ تحصيلاً للغرض منه، و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض، كما أنه لو تعطل (٦) الهدى ذبح فى الحال و إن اختصّ بموضع، فلما تعدّر مراعاة المحلّ ترك مراعاة الخاصّ المتعدّر (٧).

ص: ٩١

١-١) كما أورده المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٢.

٢-٢) المختلف ٢٨٨:٦.

٣-٣) التذكرة ٤٤٤:٢.

٤-٤) المهدّب البارع ٦٦:٣.

٥-٥) لم نعره عليه فى غاية المرام، و حكاها عنهم المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٣.

٦-٦) فى النسخ: «تعطلت»، و فى المقابس: «عطلت»، و ما أثبتناه من مصحّحتى «ن» و «خ»، و الصحيح: «عطب» كما فى المختلف.

٧-٧) كذا فى «ف» و نسخه بدل «ن» و المختلف و التذكرة، و فى سائر النسخ: ترك مراعاته لتخلّص المعتذر.

و فيه: أنّ الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف؛ لأنه الذي دلّ عليه صيغته الوقف، و المفروض تعذّره فيسقط. و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه (١) أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذّر أصل الغرض.

فالأولى منع جريان أدلّه المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعه رأساً، و جعل ذلك مؤيداً (٢).

و أمّا المنع في غير هذا القسم من الصوره السابعه (٣) و فيما عداها من الصور اللاحقه لها، فلعنوم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلّه في ملكك» (٤)؛ فإنّ ترك الاستفصال فيه عن (٥) علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوّزه و عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصّحّه يدلّ على أنّ الوقف ما دام له غلّه لا- يجوز بيعه. و كذا قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (٦)، و ما دلّ على أنّه: يترك حتّى يرثها وارث

ص: ٩٢

-
- ١-١) في «ف»: لأنّه.
 - ٢-٢) عبارته «و جعل ذلك مؤيداً» لم ترد في «ف».
 - ٣-٣) في أكثر النسخ: السابقه.
 - ٤-٤) الوسائل ٣٠٣:١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث الأوّل.
 - ٥-٥) في غير «ش» و مصحّحه «ن» بدل «عن»: يبين.
 - ٦-٦) الوسائل ٢٩٥:١٣، الباب ٢ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ١ و ٢، و في «ف» زياده «تعالى» في آخر الحديث.

هذا كله، مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور و عدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتبه المشهوره التي انحصر تمسك كل من جوزه في هذه الصور فيها، و هي مكاتبه ابن مهزيار، قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أنّ فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها، و جعل لك في الوقف الخمس، و يسأل (٢) عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها (٣) على نفسه بما اشتراها (٤)، أو يدعها موقوفه؟ فكتب إليّ: أعلم فلاناً أنّي أمره ببيع حصتي من الضيعة، و إيصال ثمن ذلك إليّ، إنّ (٥) ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق (٦) له.

قال: و كتبت (٧) إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم بقيه هذه الضيعة اختلافاً شديداً، و أنّه (٨) ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، و يدفع إلى كل إنسان منهم

ص: ٩٣

-
- ١-١) يدلّ عليه ما في الوسائل ٣٠٤:١٣، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٤.
 - ٢-٢) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: يسألك.
 - ٣-٣) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: تقويمه.
 - ٤-٤) في «ص» و الكافي زياده: به.
 - ٥-٥) في «ص» و المصدر: و إنّ.
 - ٦-٦) في بعض النسخ: أرفق.
 - ٧-٧) كذا في المصدر و مصححه «ص»، و في النسخ: فكتب.
 - ٨-٨) لم ترد «أنّه» في غير «ص» و «ش».

ما وقف له من ذلك، أمرته (١).

فكتب بخطه: وأعلمه أنّ رأيي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل فليبع (٢)، فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس (٣).

حيث إنّه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة (٤)؛ بناءً على أنّ قوله: «فإنّه... إلخ» تعليل لجواز البيع في صورته الاختلاف، وأنّ المراد بالمال هو الوقف، فإنّ ضمّ النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر (٥) المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناطق في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل: أنّه كلّما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

و فيه: أنّ المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاؤه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا مجرد كونه ربما يؤدّي إليه المجمع للاحتمال المساوي أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظه «ربما» كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعماله و لا أظنّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء

ص: ٩٤

-
- ١- ١) لم ترد «أمرته» في أكثر النسخ.
 - ٢- ٢) لم ترد «فليبع» في غير «ص»، «ش» و «م».
 - ٣- ٣) في غير «ص» زياده: «الخبر»، و الظاهر أنّه لا وجه لها؛ فإنّ الحديث المذكور بتمامه، انظر الوسائل ١٣: ٣٠٥، الباب ٦ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ٦، و انظر الكافي ٧: ٣٦، الحديث ٣.
 - ٤- ٤) في أكثر النسخ: السابقه.
 - ٥- ٥) لم ترد «الآخر» في «ف».

بقائه إلى الخراب؛ لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم: «أدى بقاؤه إلى خرابه»، و بين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه».

و الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم: «يجب الإفطار و التيمّم مع خوف الضرر»، و يحرم السفر مع خوف الهلاك لا يتحقّق إلّا بعد قيام أماره الخوف (١).

هذا، مع أنّ مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً، و هو القسم الأوّل من الصوره السابعه (٢) الذى جوّزنا فيه (٣) البيع، فلا يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف. مع أنّه لا وجه بناءً على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلّما خيف تلف مالٍ جاز بيع الوقف.

و أمّا تقريب الاستدلال بالمكاتبه على جواز البيع فى الصوره الثامنه و هى صوره وقوع الاختلاف الذى ربما أوجب تلف الأموال و النفوس فهو: أنّ الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلّا أنّ قوله:

«فإنّه ربما... إلخ» مقيّد بالاختلاف الخاصّ و هو الذى لا يؤمن معه من التلف؛ لأنّ العله تقيّد المعلول، كما فى قولك: لا تأكل الرمان لأنّه حامض.

وفيه: أنّ اللازم على هذا، تعميم الجواز فى كلّ مورد لا يؤمن

ص: ٩٥

١- ١) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و فى غيرهما: المخوف.

٢- ٢) فى غير «ش»: «الثانيه»، لكن صحّحت فى بعضها بما أثبتناه.

٣- ٣) فى غير «ش»: «التي جوّزنا فيها»، و صحّحت فى هامش «ن» بما أثبتناه.

معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و إن لم يكن لها دخل في الوقف. اللهم إلا أن يدعى سوق العله مساق التقريب، لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع موارد.

□
لكن تقييد الاختلاف حينئذٍ بكونه مما لا يؤمن، ممنوع. و هو الذي فهمه الشهيد رحمه الله في الروضه كما تقدم كلامه (١) لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور.

فلا يبقى حينئذٍ وثوق بالروايه بحيث يرفع اليد بها عن العمومات و القواعد، مع ما فيها من ضعف الدلاله، كما سيجيء إليه الإشاره.

و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصوره التاسعه و رده.

و أمّا تقريب الاستدلال على الصوره العاشره فهو: أن ضمّ تلف النفس إلى تلف الأموال مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنه في الشده إلى حيث يُخاف منه تلف النفس، و لا يكفى بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط.

و فيه: أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنه بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذٍ بيع الوقف لرفع كل فتنه، مع أن ظاهر الروايه كفايه كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، و المقصود كما يظهر من عبارته الجامع المتقدّمه (٢) هو اعتبار

ص: ٩٤

١-١) تقدّم في الصفحه ٥٢.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ٤٧.

الفتنه التي يُستباح بها الأنفس.

و الحاصل: أنّ جميع الفتاوى المتقدّمة في جواز بيع الوقف الراجعه إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد، أو فسادٍ خاصّ، أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاصّ مستنده إلى ما فهم أربابها من المكاتبه المذكوره.

و الأظهر في مدلولها: هو إناطه الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، لا مطلق الاختلاف؛ لأنّ الذيل مقيد، و لا خصوص المؤدّى علماً أو ظناً؛ لأنّ موارد استعمال لفظه «ربما» أعمّ من ذلك، و لا مطلق ما يؤدّى إلى المحذور المذكور؛ لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدّى عن مورد النصّ و إن كان فيه إشاره إلى التعليل.

و على ما ذكرنا، فالمكاتبه غير مفتىّ بها عند المشهور؛ لأنّ الظاهر اعتبارهم العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم للفتنه الموجه لاستباحه الأموال و الأنفس، فيكون النسبه بين فتوى المشهور و مضمون الروايه عموماً من وجه.

لكن الإنصاف: أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الروايه و قصور مقاومتها للعمومات المانع، بالشهره؛ لأنّ اختلاف فتاوى المشهور إنّما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أُنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف... المنضمّ إلى قوله:

«فإنّه ربما جاء في الاختلاف...».

و أمّا دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها منجره بالشهره، فيندفع بها ما يدعى

من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد؛ لعدم ذكر البطن اللاحق، و ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف، كما عن الإيضاح (١)، و أوضحه الفاضل المحدّث المجلسي، و جزم به المحدّث البحراني (٢)، و مال إليه في الرياض (٣).

قال الأوّل في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار:-

إنّه يخطر بالبال أنّه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعه الموقوفه عليهم، و لم يدفعها إليهم، و حاصل السؤال: أنّ الواقف يعلم أنّه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتدّ؛ لحصول الاختلاف بينهم (٤) قبل الدفع إليهم في تلك الضيعه أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفه و يدفعها إليهم، أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعدّ و يدفع إليهم ثمنها؟ أيهما أفضل؟ (٥) انتهى موضع الحاجة.

و الإنصاف: أنّه توجيه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب. كما أنّ عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع؛ إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على

ص: ٩٨

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٣٩٢:٢.

٢-٢ (٢) الحدائق ١٨:٤٤٢-٤٤٣.

٣-٣ (٣) الرياض ٣١:٢.

٤-٤ (٤) في غير «ش»: «منهم»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٥-٥ (٥) ملاذ الأخيار ١٤:٤٠٠، باب الوقوف و الصدقات، ذيل الحديث ٤، و مرآة العقول ٢٣:٦١ كتاب الوصايا، ذيل الحديث ٣٠.

ذكر بعض البطون، فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

و الحاصل: أنّ المحتاج إلى الانجبار بالشهره ثبوت حكم الروايه للوقف التام المؤبد، لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنه أو ما يؤدى الفتنه إليه، أو غير ذلك مما تقدّم من الاحتمالات فى الفقرتين المذكورتين.

نعم، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهره من جهه أخرى، وهى:

أن مقتضى القاعده كما عرفت (1) لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، و ظاهر الروايه تقريره عليه السلام للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين، فلا بدّ: إمّا من رفع اليد عن مقتضى المعاوضه إلّا بتكلف سقوط حقّ سائر البطون عن الوقف آنأ ما قبل البيع؛ لتقع المعاوضه فى مالهم. و إمّا من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعنى:

الحبس الذى لا- إشكال فى بقائه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام؛ لعدم القبض؛ أو لعدم تحقق صيغه الوقف و إن تحقق التوطن عليه.

و تسميته وفقاً بهذا الاعتبار.

و يؤيده: تصدى الواقف بنفسه للبيع، إلّا أن يحمل على كونه ناظراً، أو يقال: إنّه أجنبى استأذن الإمام عليه السلام فى بيعه عليهم حسبّه.

بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمه الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها مع أنّ المركز فى الأذهان اشتراك جميع البطون فى الوقف و بدله أنّ مورد السؤال هو الوقف الباقي على

ص: ٩٩

ملك الواقف؛ لانقطاعه أو لعدم تمامه.

و يؤيده: أنّ ظاهر صدره المتضمّن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو أيضاً.

إلّا أن يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، و يقال: إنّه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهره مخصّصاً لقاعده المنع عن بيع الوقف، و موجباً لتكليف الالتزام بسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادته البيع، أو نمنع (1) تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمه الثمن إلى الموجودين.

و يبقى الكلام في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع، و قد عرفت (2) الأظهر منها، لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقّن من بين الاحتمالات و هو الاختلاف المؤدى علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى.

و الفرق بين هذا و القسم الأوّل من الصورة السابعه الذي جوّزنا فيه البيع:

أنّ المناط في ذلك القسم: العلم أو الظنّ بتلف الوقف رأساً.

و المناط هنا: خراب الوقف، الذي يتحقّق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف، فإنّ الزائد من المقدار الباقي مالٌ قد تلف.

و ليس المراد من التلف في الروايه تلف الوقف رأساً حتّى يتحد مع ذلك القسم المتقدّم؛ إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعه

ص: ١٠٠

١-١) في «ص»: بمنع.

٢-٢) في الصفحه ٨٩.

التي هي مورد الروايه، فإن تلفها غالباً لسقوطها عن المنفعه المطلوبه منها بحسب شأنها.

ثم إنَّ الظاهر من بعض العباير المتقدمه، بل المحكي عن الأكثر (١):

أنَّ الثمن في هذا البيع للبطن الموجود. إلا أنَّ ظاهر كلام جماعه، بل صريح بعضهم كجامع المقاصد (٢) هو: أنه يشتري بثمره ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف؛ تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان.

و هذا منه قدس سره مبني على منع (٣) ظهور الروايه في تقرير السائل في قسمه الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفه مقتضى قاعده المعاوضه من اشتراك جميع البطون في البديل كالمبديل، لكن الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمر ما يباع، للحاجه الشديده؛ تمسكاً بروايه جعفر (٤)، فتعين الأول، وهو منع التقرير. لكنّه خلاف مقتضى التأمل في الروايه.

[الوقف المنقطع]

(٥)

و أما الوقف المنقطع، وهو: ما إذا وقف على من ينقرض بناءً

ص: ١٠١

١-١) لم نقف عليه.

٢-٢) جامع المقاصد ٩٧:٤.

٣-٣) في «ش» بدل «منع»: وجه.

٤-٤) تقدمت في الصفحه ٧٨.

٥-٥) العنوان منّا.

على صحته كما هو المعروف فإمّا أن نقول ببقاءه على ملك الواقف، وإمّا أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم. وعلى الثاني: فإمّا أن يملكوه ملكاً مستقراً بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وإمّا أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، وإمّا أن يقال بصيرورته في سبيل الله.

فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع؛ لعدم الملك. وفي جوازه للواقف مع جهاله مدّة استحقاق الموقوف عليهم إشكال، من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت استحقاق التسليم التامّ على وجه ينتفع به؛ ولذا منع الأصحاب كما في الإيضاح (1) بيع مسكن المطلقة المعتدّة بالأقراء؛ لجهاله مدّة العدّة، مع عدم كثره التفاوت.

نعم، المحكى عن جماعه كالمحقق (2) والشهيد في المسالك (3) والدروس (4) وغيرهم (5) - صحّحه البيع في السكنى الموقّته بعمر أحدهما، بل ربما يظهر من محكى التنقيح: الإجماع عليه. ولعله إمّا لمنع الغرر، وإمّا للنصّ، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن

ص: ١٠٢

١-١) إيضاح الفوائد ٢:٤٠٩، وفي غير «ف» زياده: «على ما حكى عنهم»، و شطب عليها في «ن».

٢-٢) المختصر النافع: ١٥٩، والشرائع ٢:٢٢٥.

٣-٣) المسالك ٤٢٧-٥:٤٢٩.

٤-٤) الدروس ٢:٢٨٢.

٥-٥) مثل المحقق السبزواري في الكفاية: ١٤٣، والمحدث الكاشاني في المفاتيح ٣: ٢٢٠، والسيد الطباطبائي في الرياض ٢:٣٤، و

انظر مقابس الأنوار: ١٥٧.

الحسين بن نعيم، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجلٍ جعل داره سكنى لرجلٍ زمانَ حياته و لعقبه من بعده، قال: هي له و لعقبه من بعده كما شرط. قلت: فإن احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم. قلت: فينقض البيع السكنى؟ قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول:

قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجاره و لا السكنى، و لكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضى السكنى على ما شرط...الخبر» (١).

و مع ذلك فقد توقّف في المسأله العلامه (٢) و ولده (٣) و المحقّق الثاني (٤).

و لو باعه من الموقوف عليه المختصّ بمنفعه الوقف، فالظاهر جوازه؛ لعدم الغرر. و يحتمل العدم؛ لأنّ معرفه المجموع المركّب من ملك البائع و حقّ المشتري لا توجب معرفه المبيع. و كذا لو باعه ممّن انتقل إليه حقّ الموقوف عليه. نعم، لو انتقل إلى الواقف ثمّ باع صحّ جزماً.

و أمّا مجرّد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأجنبيّ؛

ص: ١٠٣

-
- ١-١) الكافي ٧:٣٨، الحديث ٣٨، و الفقيه ٤:٢٥١، الحديث ٥٥٩٥، و التهذيب ٩:١٤١، الحديث ٥٩٣، و عنها الوسائل ١٣:٢٦٧، الباب ٢٤ من أبواب أحكام الإجاره، الحديث ٣.
 - ٢-٢) القواعد ١:٢٧٣، و المختلف ٦:٣٣٦.
 - ٣-٣) إيضاح الفوائد ٢:٤٠٩.
 - ٤-٤) جامع المقاصد ٩:١٢٥.

لأنّ المنفعة مال لهم فلا تنتقل إلى المشتري بلا عوض. اللهم إلاً أن يكون على وجه الإسقاط لو صحّحناه منهم، أو يكون معامله مركّبه من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزّعاً عليهما. و لا بدّ أن يكون ذلك على وجه الصلح؛ لأنّ غيره لا يتضمّن نقل العين و المنفعة كليهما، خصوصاً مع جهاله المنفعة.

و ممّا ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح: من أنّه لو اتّفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز (1)، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه المحكّي عنه فى مسأله السكنى (2)؛ حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة.

نعم، لو كان للموقوف عليه حقّ الانتفاع من دون تملكك للمنفعة كما فى السكنى على قولٍ صحّ ما ذكره؛ لإمكان سقوط الحقّ بالإسقاط، بخلاف المال، فتأمل.

□
و تمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى و الحبس إن شاء الله تعالى.

و على الثانى (3): فلا يجوز البيع للواقف؛ لعدم الملك، و لا للموقوف

ص: ١٠٤

١-١) التنقيح الرائع ٢:٣٢٩-٣٣٠، و حكاه عنه المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٧.

٢-٢) راجع التنقيح الرائع ٢:٣٣٦-٣٣٧.

٣-٣) عطف على قوله: «فعلى الأوّل» المتقدّم فى الصفحه ١٠٢.

عليه؛ لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم.

و على الثالث: فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف؛ لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً. و إن أجاز الموقوف عليه، إلّا إذا جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال؛ بناءً على أنّ الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الإجازة؛ لعدم تسلّطه على النقل، فإذا انقضى الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع.

ثمّ إنّه قد أورد (١) على القاضي قدس سرّه حيث جوّز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف (٢).

و يمكن دفع التنافي بكونه قائلاً. بالوجه الثالث من الوجوه المتقدّمة و هو ملك الموقوف عليهم ثمّ عوده إلى الواقف إلّا أنّ الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالكة الموقوف في الوقف المنقطع، و يتّضح ذلك بمراجعته المسأله في كتاب الوقف.

و على الرابع: فالظاهر أنّ حكمه حكم الوقف المؤيّد كما صرّح به المحقّق الثاني (٣) على ما حكى عنه لأنّه حقيقةً وقفٌ مؤيّد كما لو صرّح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص.

ثمّ إنّ ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنّما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقّى الملك من الواقف.

ص: ١٠٥

١-١) أورده المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٧.

٢-٢) المهذب ٢: ٩٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٩: ٧٠.

و أمّا حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدّم. و أمّا على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا، و في الجواز في الصور (١) التي جوّزنا؛ لاشتراك دليل المنع، و يتشارك أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

ص: ١٠٦

١-١) كذا في «ف» و «ن» و مصحّحه «خ»، و في سائر النسخ: الصورة.

فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها، بلا خلاف بين المسلمين، على الظاهر المحكي عن مجمع الفائده (١).

و في بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات في صدر الإسلام، مثل ما روى من قول أمير المؤمنين عليه السلام لمن (٢) سأله عن بيع أمه أرضعت ولده، قال له: «خذ بيدها، و قل: من يشتري أم ولدي؟» (٣).

و في حكم البيع كل تصرف ناقل للملك الغير المستعقب بالعتق، أو مستلزم للنقل كالرهن،

كما يظهر من تضاعيف كلماتهم في جملة من الموارد:

منها (٤): جعل أم الولد (٥) ملكاً غير طلق، كالوقف و الرهن. و قد

ص: ١٠٧

١- ١) مجمع الفائده ١٦٩: ٨.

٢- ٢) لم ترد «لمن» في غير «ش» و «ن».

٣- ٣) الوسائل ٣٠٩: ١٤، الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالرضاع، الحديث الأول.

٤- ٤) في غير «ف» زياده: «ما»، و شطب عليها في «ن»، «خ» و «ع».

٥- ٥) في غير «ف» و «ش»: «أم ولد»، و صححت في «ن» بما أثبتناه.

عرفت أن المراد من الطلق: تمامية الملك و الاستقلال في التصرف، فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقاً بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها، كما أن المجهول الذي يجوز (١) الصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه، لا يخرج عن كونه طلقاً.

و منها: كلماتهم في رهن أم الولد، فلاحظها (٢).

و منها: كلماتهم في استيلاد المشتري في زمان خيار البائع، فإن المصرح به في كلام الشهيدين في خيار الغبن: أن البائع لو فسخ يرجع إلى قيمه؛ لامتناع انتقال أم الولد (٣) و (٤) كذا في كلام العلامة (٥) و ولده (٦) و جامع المقاصد (٧) ذلك أيضاً في زمان مطلق الخيار.

و منها: كلماتهم في مستثنيات بيع أم الولد ردّاً و قبولاً (٨)؛ فإنها كالصريحه في أن الممنوع مطلق نقلها، لا خصوص البيع.

و بالجملة، فلا يبقى للمتأمل شك في ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل.

ص: ١٠٨

١-١) في غير «ف»: يصح.

٢-٢) راجع القواعد ١:١٥٩، و المختلف ٥:٤٢٦، و الإيضاح ٢:١٢، و الدروس ٣:٣٩٣، و جامع المقاصد ٥:٥٢، و الجواهر ١٣٩:٢٥.

٣-٣) راجع الروضه البهيّه ٣:٤٦٦، و المسالك ٣:٢٠٦.

٤-٤) الواو «من ش» و مصححه «ن».

٥-٥) القواعد ١:١٤٤.

٦-٦) إيضاح الفوائد ١:٤٨٩.

٧-٧) جامع المقاصد ٤:٣١٣.

٨-٨) ستأتي كلماتهم في المستثنيات في الصفحه ١١٨ و ما بعدها.

و مع ذلك كله، فقد جزم بعض سادة مشايخنا (١) بجواز غير البيع من النواقل؛ للأصول و خلوّ كلام المعظم عن حكم غير البيع. و قد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم في الموارد المختلفه، و مع ذلك فهو الظاهر من المبسوط و السرائر، حيث قال (٢): إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر أنواع التصرف (٣).

و قد ادعى في الإيضاح الإجماع صريحاً على المنع عن كل ناقل (٤)، و أرسله بعضهم كصاحب الرياض (٥) و جماعه (٦) إرسال المسلمات، بل عباره بعضهم ظاهره في دعوى الاتفاق، حيث قال: إن الاستيلاء مانع من صحه التصرفات الناقله من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المعرضه لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلاف في ذلك (٧).

ثم إن عموم المنع لكل ناقل و عدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين، و الوجه فيه: ظهور أدله المنع المعنونه بالبيع (٨) في إرادته مطلق النقل، فإن مثل قول أمير المؤمنين عليه السلام في روايه السابقه: «خذ

ص: ١٠٩

١- (١) المناهل: ٣٢٠ (التنبيه السادس).

٢- (٢) في «م» و «ش»: قال.

٣- (٣) المبسوط ١٨٥: ٦، و السرائر ٢١: ٣.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٦٣١: ٣.

٥- (٥) الرياض ٢٣٧: ٢.

٦- (٦) منهم الشهيدان في غايه المراد: ٢٤٩، و الروضه البهيّه ٣٦٩: ٦، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧٤: ٢٢.

٧- (٧) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٠.

٨- (٨) ستأتى في الصفحات التاليه.

بيدها، و قل: من يشتري أمّ ولدي؟» (١)، يدلّ على أنّ مطلق نقل أمّ الولد إلى الغير كان من المنكرات، و هو مقتضى التأمل فيما سيجيء من أخبار بيع أمّ الولد في ثمن رقبتها (٢) و عدم جوازه فيما سوى ذلك.

هذا مضافاً إلى ما اشتهر و إن لم نجد نصّاً عليه: - من أنّ الوجه في المنع هو بقاؤها رجاءً لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها.

و الحاصل: أنّه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل.

ثمّ إنّ المنع مختصّ بعدم هلاك الولد، فلو هلك جاز اتّفاقاً فتوى و نصّاً.

و لو مات الولد و خلّف ولداً:

ففي إجراء حكم الولد عليه؛ لأصالة بقاء المنع، و لصدق الاسم فيندرج في إطلاق الأدلّه، و تغليباً للحريه (٣).

أو العدم؛ لكونه حقيقه في ولد الصلب، و ظهور إرادته من جمله من الأخبار، و إطلاق ما دلّ من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها.

أو التفصيل بين كونه وارثاً؛ لعدم ولد الصلب للمولى، و عدمه؛ لمساواه الأوّل مع ولد الصلب في الجهه المقتضيه للمنع، و جوه:

حكى أولها عن الإيضاح (٤)، و ثالثها عن المهذب البارع (٥) و نهايه المرام (٦).

ص: ١١٠

١-١) تقدّمت في الصفحه ١٠٧.

٢-٢) يجيىء في الصفحه ١١٩-١٢٠.

٣-٣) كذا في مصحّحه «ن» و «ص»، و في النسخ: للحرمة.

٤-٤) إيضاح الفوائد ٣:٦٣٦.

٥-٥) المهذب البارع ٤:١٠٦.

٦-٦) نهايه المرام ٢:٣١٨.

و عن القواعد (١) و الدروس (٢) و غيرهما (٣): التردد.

بقي الكلام في معنى «أم الولد»،

فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل؛ إذ لا يصدق الولد إلا بالولادة. لكن المراد هنا مجازاً ولدها (٤) و لو حملاً (٥)؛ للمشارفة. و يحتمل أن يراد الولادة من الوالد دون الوالده. و كيف كان، فلا إشكال، بل لا خلاف في تحقق الموضوع بمجرد الحمل.

□
و يدل عليه: الصحيح عن محمد بن مارد، عن أبي عبد الله عليه السلام:

□
«في الرجل يتزوج أمه، فتلد منه (٦) أولاداً، ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها، قال:

هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل [بعد ذلك (٧)] و إن شاء أعتق» (٨).

و في روايه السكوني، عن جعفر بن محمد، قال: «قال علي بن

ص: ١١١

١-١) القواعد ١٢٨: ٢.

٢-٢) الدروس ٢٢٣: ٢، و حكى عنهم جميعاً المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٠ ١٦١.

٣-٣) راجع مفتاح الكرامه ٢٦٤: ٤.

٤-٤) العبارة في مصححه «ن» و غايه الآمال: ٤٥٦: ولدها مجازاً.

٥-٥) عبارته «و لو حملاً» من «ش».

٦-٦) كذا في «ص» و المصدر، و في «ش» و مصححه «ن»: «يتزوج الجارية تلد منه»، و في سائر النسخ: يزوج الجارية يلد منه.

٧-٧) من «ص» و المصدر.

٨-٨) الوسائل ١٠٥: ١٦، الباب ٤ من كتاب الاستيلاء.

الحسين صلوات الله عليهم أجمعين (١) في مكاتبه يطؤها مولاها فتحبل، فقال: يرّد عليها مهر مثلها، و تسعى في رقبته (٢)، فإن عجزت فهي من أمّهات الأولاد» (٣).

لكن في دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر؛ لأنّ زمان الحكم بعد تحقّق السعي و العجز عقيب الحمل، و الغالب و لوج الروح حينئذٍ.

ثمّ الحمل يصدق بالمضغه اتفاقاً، على ما صرّح في الرياض (٤)، و استظهره بعض آخر (٥) و حكاه عن جماعه هنا و في باب انقضاء عدّه الحامل.

و في صحيحه ابن الحجاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الحبل يطلّقها زوجها ثمّ تضع سقطاً تمّ أو لم يتمّ أو وضعته مضغه، أ تنقض عدّتها (٦)؟ فقال عليه السلام: كلّ شيء وضعته يستبين أنّه حمل تمّ

ص: ١١٢:

□

١- ١) كذا في الفقيه، و في الكافي و التهذيب و الوسائل: عن أبي عبد الله عليه السلام: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام قال.

٢- ٢) في «ص» و المصادر الحديثية: قيمتها.

٣- ٣) الوسائل ١٦: ٩٧، الباب ١٤ من كتاب المكاتب، الحديث ٢، و انظر الكافي ٦: ١٨٨، الحديث ١٦، و الفقيه ٣: ١٥٤، الحديث ٣٥٦٣، و التهذيب ٨: ٢٦٩، الحديث ٩٨١.

٤- ٤) الرياض ٢: ٢٣٧.

٥- ٥) و هو المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٥٩.

٦- ٦) في غير «ص» زياده: عنها.

أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها وإن كان مضغه» (١).

ثمّ الظاهر صدق «الحمل» على العلقه، وقوله عليه السلام: «وإن كانت مضغه» تقرير لكلام السائل، لا بيان لأقلّ مراتب الحمل كما عن الإسكافي (٢) وحيث إنّ فيّته الحكم بتحقيق الموضوع بالعلقه كما عن بعض (٣)، بل عن الإيضاح (٤) والمهذب البارع (٥): الإجماع عليه.

و في المبسوط فيما إذا أُلقت جسدًا ليس فيه تخطيط لا- ظاهر و لا- خفيّ، لكن قالت القوابل: إنّهُ مبدأ خلق آدميٍّ، وإنّه لو بقي لتخلّق (٦) و تصوّر- قال قوم: إنّها لا تصير أمّ ولد بذلك. وقال بعضهم: تصير أمّ ولد. وهو مذهبنا (٧)، انتهى. و لا- يخلو عن قوّه؛ لصدق الحمل.

و أمّا النطفه: فهي بمجردّها لا عبره بها ما لم تستقرّ في الرحم؛ لعدم صدق كونها حاملًا، و على هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد على عدم العبره بها في العدّه (٨).

ص: ١١٣

١- (١) الوسائل ١٥:٤٢١، الباب ١١ من أبواب العدد.

٢- (٢) حكاة عنه العلّامة في المختلف ٧:٥٢٨.

٣- (٣) مثل المحقّق في الشرائع ٣:١٣٨، و صاحب المدارك في نهايه المرام ٢:٣١٥، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٦٢، و غيرهم.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٣:٦٣١.

٥- (٥) المهذب البارع ٤:١٠٠.

٦- (٦) في النسخ: «الخلق»، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٧- (٧) المبسوط ٦:١٨٦.

٨- (٨) التنقيح الرائع ٣:٣٤٢.

و أمّا (١) مع استقرارها فى الرحم، فالمحكى عن نهايه الشيخ: تحقّق الاستيلاد بها (٢)، و هو الذى قوّاه فى المبسوط فى باب العده بعد أن نقل عن المخالفين عدم انقضاء العده به مستدلاً بعموم الآيه و الأخبار (٣)، و مرجعه إلى صدق الحمل.

و دعوى: أنّ إطلاق «الحامل» حينئذٍ مجاز بالمشارفه، يكذبها التأمل فى الاستعمالات. و ربما يُحكى (٤) عن التحرير موافقه الشيخ، مع أنّه لم يزد فيه على حكايه الحكم عن الشيخ (٥). نعم، فى بعض نسخ التحرير لفظ يوهّم ذلك (٦).

نعم، قوّى التحرير موافقه فيما تقدّم عن الشيخ فى مسأله الجسد الذى ليس فيه تخطيط (٧). و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضاً (٨).

و اعلم أنّ ثمره تحقّق الموضوع فيما إذا ألفت المملوكه ما فى بطنها، إنّما تظهر فى بيعها الواقع قبل الإلقاء، فيحكم ببطلانه إذا كان الملقى

ص: ١١٤

١-١) لم ترد «أمّا» فى «ف» و «خ»، و شطب عليها فى «ن».

٢-٢) حكاه عنه المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٠، و راجع النهايه: ٥٤٦.

٣-٣) المبسوط ٢٤٠: ٥.

٤-٤) حكاه الفاضل فى كشف اللثام ١٣٨: ٢، و المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٠.

٥-٥) انظر التحرير ٧١: ٢.

٦-٦) كتب فى «ف» على عباره «نعم الى ذلك»: نسخه.

٧-٧) كذا فى «ف» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: التخطيط.

٨-٨) نسب ذلك الى الجامع، الفاضل الأصفهاني فى كشف اللثام ١٣٨: ٢، و راجع الجامع للشرائح: ٤٧١.

حملاً، و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال. و حينئذٍ فلو وطأها المولى ثم جاءت بولدٍ تامٍّ أو غير تامٍّ، فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أول زمان العلق و زمان الإلقاء. و عن المسالك: الإجماع على ذلك (١).

فذكر صور الإلقاء المضغه، و العلقه، و النطفه في باب العده إنّما هو لبيان انقضاء العده بالإلقاء، و في باب الاستيلاء لبيان كشفها عن أنّ المملوكه بعد الوطء صارت أمّ و ولد، لا- أنّ البيع الواقع قبل تحقّق العلقه صحيح إلى (٢) أنّ تصير النطفه علقه، و لذا عبّر الأصحاب عن سبب الاستيلاء بالعلق الذي هو اللقاح (٣).

نعم، لو فرض عدم علقها بعد الوطء إلى زمان، صحّ البيع قبل العلق.

ثمّ إنّ المصرّح به في كلام بعض (٤) حاكياً له عن غيره (٥) - أنّه لا- يعتبر في العلق أن يكون بالوطء، فيتحقّق بالمساحقه؛ لأنّ المناط هو الحمل، و كون ما يولد منها ولداً للمولى شرعاً، فلا عبره بعد ذلك

ص: ١١٥

١- ١) المسالك ٣: ٢٨٨، و حكاه عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٠.

٢- ٢) في «ع»، «ص» و «ش» بدل «إلى»: إلّا.

٣- ٣) كما في الشرائع ٣: ١٣٨، و الروضه البهيّة ٦: ٣٧٠، و نهايه المرام ٢: ٣١٥، و الحدائق ١٨: ٤٤٨، و مفتاح الكرامه ٤: ٢٦٢، و غيرها.

٤- ٤) و هو السيّد الطباطبائي في الرياض ٢: ٢٣٧، و قد حكاه عن جمله من الأصحاب.

٥- ٥) كلمه «غيره» من «ش» و مصححه «ن».

بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء.

نعم، يشترط في العلوق بالوطء أن يكون الوطاء على وجه يلحق الولد بالواطئ وإن كان محرماً، كما إذا كانت في حيض، أو ممنوعه الوطاء شرعاً لعارض آخر، أما الأمه المزوجه فوطؤها زناً لا يوجب لحوق الولد.

ثم إن المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك، فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم ولد. خلافاً للمحكى عن الشيخ (١) وابن حمزه (٢) فكتفياً بكونها أم ولد قبل الملك، ولعله لإطلاق العنوان، ووجود العله، وهي كونها في معرض الانعتاق من نصيب ولدها.

و يرد الأول: منع إطلاق يقتضى ذلك؛ فإن المتبادر من «أم الولد» صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية، كالمدبر والمكاتب. والعله المذكوره غير مطرده ولا منعكسه كما لا يخفى، مضافاً إلى صريح روايه محمد بن مارد المتقدمه (٣).

ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعده كلييه مستفاده من الأخبار كروايتى السكونى و محمد بن مارد المتقدمتين (٤)، وصحيحه عمر بن يزيد الآتية (٥) وغيرها. ومن الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب

ص: ١١٦

١-١) المبسوط ١٨٦: ٦.

٢-٢) الوسيله: ٣٤٣، وحكاه عنهما المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٥٩.

٣-٣) تقدمت فى الصفحه ١١١.

٤-٤) تقدمتا فى الصفحه ١١١.

٥-٥) ستأتى فى الصفحه ١١٩-١٢٠.

ملاحظته على ملاحظه الحقّ الحاصل منها (١) بالاستيلاء (٢) أعنى تشبّثها بالحزبه و لذا كلّ من جوّز البيع في مقام، لم يجوّز إلّا بعد إقامه الدليل الخاصّ (٣).

فلا بدّ من التمسك بهذه القاعده المنصوصه المجمع عليها حتّى يثبت بالدليل ثبوت (٤) ما هو أولى بالملاحظه في نظر الشارع من الحقّ المذكور، فلا يُصغى إذاً إلى منع الدليل على المنع كلياً و التمسك بأصالة صحّه البيع من حيث قاعده تسلطّ الناس على أموالهم حتّى يثبت المخرج.

ثمّ إنّ المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكليه المذكوره في الجملة، لكن المحكى في السرائر عن السيد قدّس سرّه عموم المنع و عدم الاستثناء (٥). و هو غير ثابت، و على تقدير الثبوت فهو ضعيف، يردّه مضافاً إلى ما ستعرف من الأخبار قوله عليه السلام في صحيحه زراره و قد سأله عن أمّ الولد، قال: «تباع و تورث، و حدّها حدّ الأمه» (٦).

بناءً على حملها على أنّها قد يعرض لها ما يجوّز ذلك.

ص: ١١٧

١- ١) كذا في النسخ، و الظاهر: «لها»، كما في مصحّحه «ن».

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: باستيلاء.

٣- ٣) عبارته «و لذا كلّ من جوّز البيع إلّا الخاص» و ردت في غير «ش» قبل قوله: «و من الإجماع...» المتقدّم آنفاً، و أشار مصحّح «ن» إلى هذا في هامش النسخه.

٤- ٤) كلمه «ثبوت» مشطوب عليها في «ن».

٥- ٥) السرائر ٣: ٢١، و راجع الانتصار: ١٧٥، المسأله التاسعه من كتاب التدبير.

٦- ٦) الوسائل ١٣: ٥٢، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٣.

[مستثنيات منع] [بيع أمّ الولد (١)]

و أمّا المواضع القابلة للاستثناء

و إن (٢) وقع التكلم في استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظة من الحقّ فهي صور، يجمعها:
تعلّق حقّ للغير بها.

أو تعلّق حقّها بتعجيل العتق.

أو تعلّق حقّ سابق على الاستيلاء (٣).

أو عدم تحقّق الحكمه المانعه عن النقل.

[موارد القسم الأول أي تعلّق حق للغير بها]

فمن موارد القسم الأول: ما إذا كان على مولاها دينٌ و لم يكن له ما يؤدّي هذا الدين.

و الكلام في هذا المورد قد يقع فيما إذا كان الدين ثمن رقبته، وقد يقع فيما إذا كان غير ثمنها.

و على الأوّل، يقع الكلام تاره بعد موت المولى، و أخرى في حال حياته.

أمّا بعد الموت، فالمشهور الجواز، بل عن الروضه: أنّه موضع

ص: ١١٨

١-١) العنوان مّا.

٢-٢) في «ش» بدل «إن»: قد.

٣-٣) عبارته «أو تعلّق حقّ سابق على الاستيلاء» من «ش» و هامش «ن».

وفاق (١)، و عن جماعه: أنه لا خلاف فيه (٢). و لا- ينافى ذلك مخالفه السيد في أصل المسأله (٣)؛ لأنهم يريدون نفي الخلاف بين القائلين بالاستثناء في بيع أم الولد، أو القائلين باستثناء بيعها في ثمن رقبتها، في مقابل صورته حياه المولى المختلف فيها.

و كيف كان، فلا إشكال في الجواز في هذه الصورة، لا لما قيل (٤):

من قاعده تسلط الناس على أموالهم؛ لما عرفت من انقلاب القاعده إلى المنع في خصوص هذا المال (٥)، بل لما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح عن عمر بن يزيد، قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك عن مسأله، فقال: سل. قلت: لِمَ باع أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن. قلت: فكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها و لم يؤد ثمنها، و لم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ منها ولدها و بيعت، و أدى ثمنها. قلت: فيبعت (٦) فيما سوى ذلك من

ص: ١١٩

١- (١) الروضه البهيّه ٣: ٢٥٧.

٢- (٢) كالسيد العاملى فى نهايه المرام ٣: ٣١٥، و المحقق السيزوارى فى الكفايه: ٢٢٥، و السيد الطباطبائى فى الرياض ٢: ٢٣٧، و حكاه عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٦٢.

٣- (٣) كما تقدم فى الصفحه ١١٧.

٤- (٤) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٣٧٦، و نقله فى المناهل: ٣١٩، عن الإيضاح، انظر إيضاح الفوائد ١: ٤٢٨.

٥- (٥) راجع الصفحه ١١٧.

٦- (٦) كذا فى «ش» و مصححه «ن» و «خ» و الكافى، و فى «ص»: «فتباع»، وفاقاً للفقهاء و الوسائل.

دين؟ قال: لا» (١).

و في روايه أُخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام، قال:

«سألته (٢) عن أمّ الولد، تباع في الدين؟ قال: نعم، في ثمن رقبتها» (٣).

و مقتضى إطلاقها، بل إطلاق الصحيحه كما قيل (٤) -: ثبوت الجواز مع حياه المولى كما هو مذهب الأكثر، بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً. نعم، تردّد فيه الفاضلان (٥).

و عن نهايه المرام و الكفايه: أنّ المنع نادر، لكنّه لا- يخلو عن قوّه (٦). و ربما يتوهم القوّه من حيث توهم تقييدها بالصحيحه السابقه؛ بناءً على اختصاص الجواز فيها بصوره موت المولى، كما يشهد به قوله فيها: «و لم يدع من المال... إلخ»، فيدلّ على نفى الجواز عمّا سوى هذا الفرد؛ إمّا لورودها في جواب السؤال عن موارد بيع أمّهات الأولاد، فيدلّ على الحصر. و إمّا لأنّ نفى الجواز في ذيلها فيما سوى هذه الصوره

ص: ١٢٠

١ - ١) الكافي ١٩٣: ٦، الحديث ٥، و الفقيه ١٣٩: ٣، الحديث ٣٥١٢، و التهذيب ٢٣٨: ٨، الحديث ٨٦٢، و الوسائل ١٣: ٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

٢ - ٢) من «ش» و هامش «ن».

٣ - ٣) الوسائل ١٣: ٥١، الباب ٢٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ٢.

٤ - ٤) قاله السيّد المجاهد في المناهل: ٣١٩.

٥ - ٥) راجع الشرائع ١٧: ٢، و القواعد ١٢٦: ١، و التحرير ١٦٥: ١.

٦ - ٦) نهايه المرام ٢٩٤: ١، و كفايه الأحكام: ١٧٣، و حكاه عنهما السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٢٦٢: ٤.

يشمل بيعه (١) في الدين مع حياه المولى.

و اندفاع التوهّم بكلا وجهيه واضح.

نعم، يمكن أن يقال في وجه القوّه بعد الغضّ عن دعوى ظهور قوله: «تباع في الدين» في كون البائع غير المولى في ما بعد الموت- :

أنّ النسبه بينها و بين روايه ابن مارد المتقدّمه (٢) عمومٌ من وجه، فيرجع إلى أصله المنع الثابته بما تقدّم (٣) من القاعده المنصوصه المجمع عليها.

نعم، ربما يمنع عموم القاعده على هذا الوجه بحيث يحتاج إلى المخصّص، فيقال بمنع الإجماع في محلّ الخلاف، سيّما مع كون المخالف جُلّ المجمعين، بل كلّهم إلّا نادراً (٤)، و حينئذٍ فالمرجع إلى قاعده «سلطنه الناس على أموالهم».

لكن التحقيق خلافه، و إن صدر هو عن بعض المحقّقين (٥)؛ لأنّ الاستفادة من النصوص و الفتاوى: أنّ استيلاء الأمه يُحدث لها حقّاً مانعاً عن نقلها، إلّا إذا كان هناك حقٌّ أولى منه بالمراعاة.

و ربما توهّم معارضه هذه القاعده وجوب (٦) أداء الدين، فيبقى قاعده «السلطنه» و أصله بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء، و لا يعارضها أصله بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها؛ لأنّ

ص: ١٢١

١-١) كذا في النسخ، و المناسب: بيعها.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ١١١.

٣-٣) تقدّم في الصفحه ١١٦.

٤-٤) في غير «ص»: نادر.

٥-٥) راجع مقابس الأنوار: ١٦٢.

٦-٦) في «ش» و مصحّحه «ن»: بوجوب.

بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين، كما لا يخفى.

و يندفع أصل المعارضه بأن أدلّه وجوب أداء الدين مقيداً (١) بالقدره العقليه و الشرعيه، وقاعده المنع تنفي القدره الشرعيه، كما في المرهون و الموقوف.

فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق روايه عمر بن يزيد على إطلاق روايه ابن مارد الظاهر في عدم كون بيعها في ثمن رقبته، كما يشهد به قوله: «فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها» (٢)، مع أنّ ظاهر البدء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها.

و بالجملة، فبعد منع ظهور سياق الروايه فيما بعد الموت، لا إشكال في رجحان دلالتها على دلالة روايه ابن مارد على المنع، كما يظهر بالتأمل؛ مضافاً إلى اعتضادها بالشهره المحققه. و المسأله محلّ إشكال.

ثم على المشهور من الجواز، فهل يعتبر فيه عدم ما يفى بالدين (٣) ولو من المستثنيات كما هو ظاهر إطلاق كثير، أو ممّا عداها كما عن جماعه (٤)؟ الأقوى هو الثاني، بل لا يبعد أن يكون ذلك مراد من أطلق؛

ص: ١٢٢

١-١) في غير «م» و «ش»: متقيده.

٢-٢) راجع الصفحه ١١١.

٣-٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: به الدين.

٤-٤) منهم الشهيد الثاني في المسالك ٣:١٧٠، و الروضه البهيه ٣:٢٥٧، و المحدّث البحراني في الحدائق ١٨:٤٤٨، و السيد المجاهد في المناهل: ٣١٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٧٥.

لأنَّ الحكم بالجواز فى هذه الصورة فى النصِّ و الفتوى مسوقٌ لبيان ارتفاع المانع عن بيعها من جهة الاستيلاء، فتكون ملكاً طلقاً كسائر الأملاك التى يؤخذ المالك ببيعها من دون بيع المستثنيات.

فحاصل السؤال فى روايه عمر بن يزيد: أنه هل تباع أمُّ الولد فى الدين على حدِّ سائر الأموال التى تباع فيه؟ و حاصل الجواب: تقرير ذلك فى خصوص ثمن الرقبه، فىكون ثمن الرقبه بالنسبه إلى أمُّ الولد كسائر الديون بالنسبه إلى سائر الأموال.

و ممّا ذكر يظهر: أنه لو كان نفس أمُّ الولد ممّا يحتاج إليها المولى للخدمه فلا تباع فى ثمن رقبته؛ لأنَّ غاية الأمر كونها بالنسبه إلى الثمن كجاريه أخرى يحتاج إليها.

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه فى استثناء الكفن و مؤونه التجهيز، فإذا كان للميت كفنٌ و أمُّ ولد، يبعث فى الدين دون الكفن؛ إذ يصدق أنّ الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها؛ لأنَّ الكفن لا يؤدى عنه الدين.

ثمَّ إنّه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه ديناً للبائع، أو استدان الثمن و اشترى به. أمّا لو اشترى فى الذمّه ثمَّ استدان ما أوفى به البائع فليس يبيعها فى ثمن رقبته، بل ربما تؤمّل فيما قبله، فتأمّل.

و لا فرق بين بقاء جميع الثمن فى الذمّه أو بعضه، و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليه. نعم، لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه، كما عن غايه المراد التصريح به (١).

و لو كان الثمن مؤجلاً لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن

ص: ١٢٣

١- (١) غايه المراد: ٨٩، و حكاه عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٥.

كان مأیوساً من الأداء عند الأجل.

و فی اشتراط مطالبه البائع، أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم، أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحقّ الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبة فيجوز في الأوّل دون الثاني (١). وجوه، أحوطها الأوّل، و مقتضى الإطلاق الثاني.

و لو تبرّع متبرّع بالأداء، فإن سلّم إلى البائع برئت ذمّه المشتري و لا- يجوز بيعها، و إن سلّم إلى المولى أو الورثه، ففي وجوب القبول نظر؛ و كذا لو ارضى (٢) البائع باستساعها في الأداء.

و لو دار الأمر بين بيعها ممّن تنعتق عليه أو بشرط العتق، و بيعها من غيره، ففي وجوب تقديم الأوّل وجهان.

و لو أدى الولد ثمن نصيبه، انعتق (٣) عليه، و حكم الباقي يعلم من مسائل السرايه.

و لو أدى ثمن جميعها، فإن أقبضه البائع فكالممتبرّع، و إن كان بطريق الشراء ففي وجوب قبول ذلك على الورثه نظر: من الإطلاق،

ص: ١٢٤

١- ١) العبارة في «ش» و «ح» هكذا: «فيجوز في الثاني دون الأوّل»، و قال المحقّق المامقاني قدّس سرّه بعد أن أثبت ما أثبتناه في المتن -: «الظاهر أن يقال: «فيجوز في الثاني دون الأوّل»؛ لأنّ جواز بيعها يناسب الثاني دون الأوّل، إلّا أن يتكلّف بإرجاع ضمير «يجوز» إلى تركّ البيع، و هو مع كونه تكلفاً في العبارة غير وافٍ بالمقصود؛ لأنّ المقصود جواز البيع بعد أن لم يكن جائزاً، لا أنّه كان واجباً فيجوز تركه. (انظر غايه الآمال: ٤٥٨).

٢- ٢) في «ش» و مصحّحه «ن»: رضی.

٣- ٣) كذا في النسخ، و الصواب: انعتقت.

و من الجمع بين حَقِّي الاستيلاء و الدين.

و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذرٍ، فلجواز بيع البائع لها مقاصَّةً مطلقاً، أو مع إذن الحاكم وجهه. و ربما يستوجه خلافه (١)؛ لأنَّ المنع لحقَّ أمِّ الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرّيه.

و فى الجميع نظر.

و المراد بثمانها: ما جعل عوضاً لها فى عقد مساومتها و إن كان صلحاً.

و فى إلحاق الشرط المذكور فى متن العقد بالثمن كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مدّه معيّنه إشكال.

و على العدم، لو فسخ البائع، فإن قلنا بعدم منع الاستيلاء من الاسترداد بالفسخ استردت، و إن قلنا بمنعه عنه فينتقل إلى قيمه.

و لو قلنا بجواز بيعها حينئذٍ فى أداء قيمه أمكن القول بجواز استردادها؛ لأنَّ المانع عنه هو عدم انتقالها، فإذا لم يكن بدُّ من نقلها لأجل قيمه لم يمنع عن ردّها إلى البائع، كما لو بيعت على البائع فى ثمن رقبتها.

هذا مجمل القول فى بيعها فى ثمنها.

و أمّا بيعها فى دَينٍ آخر، فإن كان مولاهم حياً، لم يجز إجماعاً على الظاهر المصرّح به فى كلام بعض (٢).

و إن كان بيعها بعد موته، فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع

ص: ١٢٥

١-١) و جَّهه المحقِّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٥.

٢-٢) صرّح به المحقِّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٦.

أيضاً؛ لأصالة بقاء المنع في حال الحياة، وإطلاق روايتي عمر بن يزيد المتقدمتين (١) منطوقاً و مفهوماً. وبهما يخصيص ما دلّ بعمومه على الجواز ممّا يتخيّل صلاحيته لتخصيص قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، كمفهوم مقطوعه يونس: «في أمّ ولدٍ ليس لها ولد، مات ولدها، و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، لا يحلّ لأحد تزويجها إلّا بعثت من الورثه، و إن كان لها ولدٌ و ليس على الميت دينٌ فهي للولد، و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها، و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه و تستسعى في بقيه ثمنها» (٢).

خلافاً للمحكّي عن المبسوط، فجوّز البيع حينئذٍ مع استغراق الدين (٣). و الجواز ظاهر للمعتين (٤) و كنز العرفان (٥) و الصيمري (٦).

و لعلّ وجه تفصيل الشيخ: أنّ الورثه لا يرثون مع الاستغراق، فلا سبيل إلى انعتاق أمّ الولد الذي هو الغرض من المنع عن بيعها. و عن نكاح المسالك: أنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً، و إن مُنع من التصرف بها (٧) على تقدير استغراق الدين، فينعتق نصيب

ص: ١٢٤

١-١ (١) تقدّمتا في الصفحة ١١٩ ١٢٠.

٢-٢ (٢) الوسائل ١٠٦:١٦، الباب ٥ من أبواب الاستيلاء، الحديث ٣.

٣-٣ (٣) المبسوط ٣:١٤، و حكاه عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٦.

٤-٤ (٤) الروضه البهيّه ٣:٢٥٨.

٥-٥ (٥) كنز العرفان ٢:١٢٩.

٦-٦ (٦) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٨٠، ذيل قول المحقّق: و لا بيع أمّ الولد..

٧-٧ (٧) في مصحّحه «ن» و المصدر: فيها.

الولد منها كما لو لم يكن دين، و يلزمه (١) أداء قيمه النصيب من ماله (٢).

و ربما ينتصر (٣) للمبسوط على المسالك:

أولاً: بأنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها (٤):

أنّ ذلك من جهه استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، و إنّما الكلام في باقى الحصص إذا (٥) لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمه امه، هل تقوم عليه، أو تسعى هي في أداء قيمتها؟ و ثانياً: بأنّ النصيب إذا نسب إلى الوارث، فلا يراد منه إلّا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل. و المقصود منه النصيب المستقرّ الثابت، لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له؛ تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

و ثالثاً (٦): أنّ ما ادّعاه من الاعتاق على الولد يمثل هذا الملك ممّا لم ينصّ عليه الأصحاب، و لا دلّ عليه دليل معتبر، و ما يوهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك، فالظاهر أنّ المراد به غير هذا القسم؛ و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من يعتق عليه؛ بناءً

ص: ١٢٧

١-١) في غير «ن» و «ش»: لزمه.

٢-٢) المسالك ٤٧: ٨، و حكاه عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٦.

٣-٣) انتصر له المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٧.

٤-٤) يدلّ عليها ما في الوسائل ١٠٥: ١٦، ١٠٨، الباب ٥ و ٦ من أبواب الاستيلاد.

٥-٥) في «ش»: إن.

٦-٦) جعله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٦٧ رابع الوجوه.

على صحّح الوقف و انتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

و رابعاً (١): أنه يلزم (٢) على كلامه أنه متى كان نصيب الولد من أصل (٣) التركة بأجمعها ما (٤) يساوى قيمه أمه تقوم (٥) عليه، سواء كان هناك دين مستغرق أم لا، و سواء كان نصيبه الثابت فى الباقي بعد الديون و نحوها يساوى قيمتها أم لا؛ و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك، فإنه يقوم نصيبه عليه كائناً ما كان و يسقط من قيمه نصيبه الباقي الثابت إن كان له نصيب و يطلب بالباقي. و هذا ممّا لا يقوله أحد من الأصحاب، و ينبغى القطع بطلانه.

و يمكن دفع الأول: بأنّ المستفاد من ظاهر الأدلّة انعتاقها من نصيب ولدها حتّى مع الدين المستغرق، فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد، لكن ذلك لا ينافى اشتغال ذمّه الولد قهراً بقيمه نصيبه أو وجوب بيعها فى قيمه جمعاً بين ما دلّ على الانعتاق على الولد الذى يكشف عنه إطلاق النهى عن بيعها (٦)، و بين ما دلّ على أنّ الوارث لا يستقرّ له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حقّ (٧) الديان (٨)،

ص: ١٢٨

١-١) جعله المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٧ ثالث الوجوه.

٢-٢) فى أكثر النسخ و المصدر: يلزمه.

٣-٣) أصل «من ش» و مصححه «ن».

٤-٤) لم ترد «ما» فى «ش»، و شطب عليها فى «ن».

٥-٥) فى غير «ن» و «ص»: يقوم.

٦-٦) راجع أوّل المسألة فى الصفحة ١٠٧ و ما بعدها.

٧-٧) فى «ف»: لحق.

٨-٨) راجع الوسائل ٤٠٦: ١٣، ٤٠٧، الباب ٢٨ و ٢٩ من أبواب أحكام الوصايا.

غايه الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص و عدم كونه كسائر الأموال التي يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الديان، و يكون (١) لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين.

و الحاصل: أنّ مقتضى النهى (٢) عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى، عدم تسلط الديان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمه، و عدم تسلط الولد على دفعها وفاءً عن دين (٣) أبيه، و لازم ذلك انعتاقها على الولد.

فيتردد الأمر حينئذ:

بين سقوط حق الديان عن ما قابلها من الدين، فتكون أم الولد نظير مئونه التجهيز التي لا يتعلق حق الديان بها.

و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من تلف فى ملكه و تنعتق عليه، و هو الولد.

و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبته، فتسعى فيها.

و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها، فلهم أن يؤجروها مده طويله يفى أجرتها بدينهم، كما قيل يتعلق (٤) حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس (٥).

ص: ١٢٩

١- ١) فى «م» و «ش»: فيكون.

٢- ٢) الاستفادة من روايتى عمر بن يزيد المتقدمتين فى الصفحه ١١٩ ١٢٠.

٣- ٣) كلمه «دين» من «ش» و مصححه «ن».

٤- ٤) فى «ن» و «ص»: بتعلق.

٥- ٥) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٥:٣٢٠.

و لا إشكال فى عدم جواز رفع اليد عمّا دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة (1)، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين، فتنتقل على كلّ حال، و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجاً إلى التأمل.

و ممّا ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثانى، فإنّ مقتضى المنع عن بيعها مطلقاً أو فى دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها.

و منه يظهر الجواب عن الوجه الثالث، إذ بعد ما ثبت عدم تعلّق حقّ الديان بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعقادها. و لا جامع بينها و بين الوقف الذى هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق.

و أمّا ما ذكره رابعاً، فهو إنّما ينافى الجزم بكون قيمتها بعد الانعقاد متعلّقاً بالولد، أمّا إذا قلنا باستسعادها فلا يلزم شىء.

فالضابط حينئذٍ: إنه ينعقد (2) على الولد ما لم يتعبّه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين، كان ذلك (3) فى رقبته.

و ممّا ذكرنا يظهر أيضاً: أنه لو كان غير ولدها أيضاً مستحقّاً

ص: ١٣٠

١- ١) تقدّمت الإشارة إليه و تخريجه فى الصفحة السابقة.

٢- ٢) كذا فى النسخ، و الصواب: «أنها تنعقد»، كما فى مصححه «ص».

٣- ٣) العبارة لا تخلو من إغلاق، قال الشهيدى قدّس سرّه: قوله: «يملكه.. إلخ» الأولى أن يقول: «بحيث يملكه»، ثم إن «ذلك» فى العبارة إشارة إلى الموصول. (انظر هدايه الطالب: ٢٦٢).

لشيءٍ منها بالإرث لم يملك نصيبه مجاناً، بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى (١) أم الولد كما لو لم يكن ديناً، فينعتق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمه حصته (٢) التي فكها من الديان، وإما أن يخلى بينها وبين الديان فتنتعق أيضاً عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم.

و أما حرمان الديان عنها عيناً و قيمه و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمه حصته منها أو من ولدها و صرفها في غير الدين فهو باطل (٣) لمخالفته (٤) لأدله ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف في أم الولد لذلك.

و ممّا ذكرنا يظهر ما فى قول بعض من أورد على ما فى المسالك بما ذكرناه: أنّ الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكّل جدّاً؛ حيث إنهم قَيّدوا الدين بكونه ثمناً و حكموا بأنّها تعتق على ولدها من نصيبه، و أنّ ما فضل عن نصيبه ينعتق بالسرايه و تسعى فى أداء قيمته. و لو قصدوا: أنّ أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملاً بالنصوص المزبوره، فله وجه، إلا أنّهم لا يعدّون ذلك من المستثنيات، و لا ذكر فى النصوص صريحاً (٥)، انتهى.

ص: ١٣١

١-١ فى «ف»: فيبقى.

٢-٢ فى «ص»: حصتها.

٣-٣ عبارته «فهو باطل» من «ش» و مصححه «ن».

٤-٤ فى مصححتي «ع» و «ص»: «فلمخالفته»، و فى مصححه «خ»: فمخالف.

٥-٥ مقابس الأنوار: ١٦٧.

و أنت خير بأن النصوص المزبوره (1) لا تقتضى سقوط حقّ الديان، كما لا يخفى.

ومنها

ومنها (2): تعلق كفن مولاها بها

على ما حكاها فى الروضه (3) بشرط عدم كفايه بعضها له، بناءً على ما تقدّم نظيره فى الدين: من أنّ المنع لغايه الإرث، و هو مفقودٌ مع الحاجه إلى الكفن، و قد عرفت أنّ هذه حكمه غير مطّرده و لا منعكسه (4).

و أمّا بناءً على ما تقدّم (5): من جواز بيعها فى غير ثمنها من الدين مع أنّ الكفن يتقدّم على الدين فيبيعها له أولى، بل اللازم ذلك أيضاً؛ بناءً على حصر الجواز فى بيعها فى ثمنها؛ بناءً (6) على ما تقدّم من أنّ وجود مقابل الكفن الممكن صرفه فى ثمنها لا يمنع عن بيعها، فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حقّ الاستيلاء، و إلّا لُصّرّف مقابله فى ثمنها و لم تُبع.

و من ذلك يظهر النظر فيما قيل: من أنّ هذا القول مأخوذٌ من

ص: ١٣٢

-
- ١-١) مثل روايتى عمر بن يزيد المتقدمتين فى الصفحه ١١٩ ١٢٠ و غيرهما ممّا يدل على أنّها لا تباع فى غير ثمنها.
 - ٢-٢) هذا هو المورد الثانى من موارد القسم الأول من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، و تقدّم أولها فى الصفحه ١١٨.
 - ٣-٣) الروضه البهيّه ٢٦٠:٣.
 - ٤-٤) راجع الصفحه ١٢٦ و ما بعدها.
 - ٥-٥) تقدّم عن الشيخ و غيره فى الصفحه ١٢٦.
 - ٦-٦) لم ترد «بناءً» فى غير «ف»، نعم استدركت فى «ن».

القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب (١).

و توضيحه: أنه إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهز به، فقد اجتمع هنا حق الميت، و حق بائع أم الولد، و حق أم الولد، فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد، دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن، و إهمال حق أم الولد ببيعها. فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناءً على ما تقدم في المسألة السابقة كان معناه: تقديم حق الميت على حق أم الولد، و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين، و انحصار الحق في الميت و أم الولد.

اللهم إلهما أن يقال: لما ثبت بالدليل السابق (٢) تقديم دين ثمن أم الولد على حقها، و ثبت بعموم النص (٣) تقديم الكفن على الدين، اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها في ثمنها بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل، أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن؛ لأنّ مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين، فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن.

أما إذا لم يكن هناك دين و تردد الأمر بين حقها و حق مولاه الميت، فلا دليل على تقديم حق مولاه، ليخص به قاعده المنع عن بيع أم الولد، عدا ما يدعى: من قاعده تعلق حق الكفن بمال الميت.

لكن الظاهر اختصاص تلك القاعده بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع

ص: ١٣٣

١-١) راجع مقابس الأنوار: ١٦٨.

٢-٢) راجع الصفحة ١١٩ ١٢٠.

٣-٣) الوسائل ١٣: ٤٠٥، الباب ٢٧ و ٢٨ من أبواب أحكام الوصايا.

من التصرف فيه، والاستيلاء من ذلك الحق؛ ولو فرض تعارض الحقيين فالمرجع إلى أصاله فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن، فتأمل.

نعم، يمكن أن يقال نظير ما قيل (١) في الدين: من أن الولد يرث نصيبه و يعتق عليه و يتعلق بذمته مؤونه التجهيز، أو تستسعى (٢) أمه و لو بإيجار نفسها في مده و أخذ الأجره قبل العمل و صرفها في التجهيز.

و المسأله محل إشكال.

و منها

و منها (٣): ما إذا جنت على غير مولاها في حياته،

أمّا بعد موته، فلا- إشكال في حكمها؛ لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية، إمّا إلى الحرّيه الخالصه، أو الرقيه الخالصه.

و حكم جنائتها عمدًا: أنه إن كان في مورد ثبت القصاص، فللمجنى عليه القصاص، نفساً كان أو طرفاً، و له استرقاقها كلا أو بعضاً على حسب جنائتها، فيصير المقدار المسترق منها ملكاً طلقاً.

و ربما تخيل بعض (٤) أنه يمكن أن يقال: إن رقيتها (٥) للمجنى عليه لا تزيد على رقيتها (٦) للمالك الأول؛ لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول. ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدله المنع

ص: ١٣٤

١-١) كما قاله الشهيد الثاني في المسالك، راجع الصفحه ١٢٦ ١٢٧.

٢-٢) كذا في «ن» و «ص»، و في غيرهما: يستسعى.

٣-٣) هذا هو المورد الثالث من القسم الأول، و قد تقدّم أولها في الصفحه ١١٨.

٤-٤) و هو صاحب الجواهر في الجواهر ٣٧٩: ٢٢.

٥-٥ و ٦) كذا في «ن»، و في غيرها: رقيتها.

خصوصاً صحيحه عمر بن يزيد المتقدمه (١) في عدم بيع أم الولد مطلقاً.

و الظاهر أنّ مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً، وإلا فهو احتمالٌ مخالفٌ للإجماع و النصّ الدالّ على الاسترقاق (٢)، الظاهر في صيروره الجناني رقاً خالصاً.

و ما وجّه به هذا الاحتمال: من أنّها تنتقل إلى المجنّي عليه على حسب ما كانت عند الأول، فيه: أنّه ليس في النصّ إلّا الاسترقاق، و هو جعلها رقاً له كسائر الرقيق، لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتّى يقال: إنّهُ إنَّما كان على النحو الذي كان للمولى الأول.

و الحاصل: أنّ المستفاد بالضروره من النصّ و الفتوى: أنّ الاستيلاء يُحدث للأمه حقّاً على مستولدها يمنع من مباشره بيعها و من البيع لغرضٍ عائِدٍ إليه، مثل قضاء ديونه، و كفته، على خلافٍ في ذلك (٣).

و إن كانت الجنايه خطأً: فالمشهور أنّها كغيرها من المماليك، يتخيّر المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجنايه منها إلى المجنّي عليه،

ص: ١٣٥

١-١) تقدّمت في الصفحه ١١٩ ١٢٠.

٢-٢) الوسائل ١٩:٧٣، الباب ٤١ من أبواب القصاص في النفس.

٣-٣) كذا وردت العبارة في النسخ، و لا يخفى ما فيها من الاختلال إن كان المراد بها بيان محضّ البحث، قال المحقّق الإيرواني قدّس سرّه: كلمه «و الحاصل» هنا لا محلّ لها، فإنّ المذكور بعدها جواب عن التمسك بصحيحه عمر بن يزيد على المنع عن بيع المشتري، و لم يتقدّم لهذا الجواب ذكرٌ ليكون هذا حاصله. (حاشيه المكاسب: ١٨٨).

و بين أن يفديها بأقلّ الأمرين على المشهور، أو بالأرّش على ما عن الشيخ (١) و غيره (٢).

و عن الخلاف (٣) و السرائر (٤) و استيلاء المبسوط (٥): أنه لا- خلاف في أنّ جنائتها تتعلّق برقبته. لكن عن ديات المبسوط: أنّ جنائتها على سيدها بلا- خلاف إلّا من أبي ثور، فإنّه جعلها في ذمّتها تتبع بها بعد العتق (٦). و هو مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط. و ربما يوجّه (٧) بإرادته نفي الخلاف بين العامّة، و ربما نسب إليه الغفلة، كما عن المختلف (٨).

و الأظهر: أنّ المراد بكونها على سيدها عود خساره الجنايه (٩) على السيد، في مقابل عدم خساره المولى لا (١٠) من عين الجاني و لا من مال

ص: ١٣٦

١- (١) حكاه عنه المحقّق التستري في مقابيس الأنوار: ١٦٨، و راجع المبسوط ٧: ١٦٠.

٢- (٢) مثل المحقّق في الشرائع ٣: ١٣٩.

٣- (٣) حكاه عنه و عن السرائر المحقّق التستري في مقابيس الأنوار: ١٦٨، و انظر الخلاف ٦: ٤١٩، كتاب الجنائيات، المسأله ٥، و ٢٧١، كتاب الديات، المسأله ٨٨.

٤- (٤) السرائر ٣: ٢٢.

٥- (٥) المبسوط ٦: ١٨٧.

٦- (٦) المبسوط ٧: ١٦٠.

٧- (٧) و جّهه المحقّق التستري في مقابيس الأنوار: ١٦٨.

٨- (٨) لم نقف عليه.

٩- (٩) في «ع» و «ص» و نسخه بدل «ش»: جنائتها.

١٠- (١٠) لم ترد «لا» في «ف».

آخر و كونها فى ذمه نفسها تتبع بها بعد العتق، و ليس المراد وجوب فداؤها.

و على هذا أيضاً يحمل (١) ما فى روايه مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام، «قال: أمُّ الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيدها، و ما كان من حقوق الله فى الحدود، فإنَّ ذلك فى بدنها» (٢)، فمعنى كونها على سيدها:

أنَّ الأمه بنفسها لا تتحمّل من الجنايه شيئاً.

و مثلها ما أرسل عن على عليه السلام فى: «المعتق عن دبر هو (٣) من الثلث، و ما جنى هو [و المكاتب (٤)] أو أمُّ الولد فالمولى ضامن لجنايتهم» (٥).

و المراد من جميع ذلك: خروج ديه الجنايه من مال المولى المرّد بين ملكه الجانى أو ملك آخر.

و كيف كان، فإطلاقات حكم جنايه مطلق المملوك (٦) سليمه عن المخصّص. و لا يعارضها أيضاً إطلاق المنع عن بيع أمُّ الولد (٧)؛ لأنَّ ترك فداؤها و التخليه بينها، و بين المجنى عليه ليس نقلاً لها.

ص: ١٣٧

١- ١) فى «ف»: حمل.

٢- ٢) الوسائل ١٩: ٧٦، الباب ٤٣ من أبواب القصاص فى النفس.

٣- ٣) كذا فى «ف»، «ن» و «خ» و الفقيه، و فى سائر النسخ و الوسائل: فهو.

٤- ٤) من المصدر.

٥- ٥) الفقيه ٣: ١٢٤، الحديث ٣٤٦٨، و انظر الوسائل ١٦: ٧٨، الباب ٨ من أبواب كتاب التدبير، الحديث ٢.

٦- ٦) منها ما ورد فى الوسائل ١٩: ٧٣، الباب ٤١ من أبواب القصاص فى النفس.

٧- ٧) راجع الصفحه ١٠٧.

خلافاً للمحكّي (١) عن موضع من المبسوط (٢) و المهدّب (٣) و المختلف (٤): من تعيين الفداء على السيّد.

و لعلّه للروايتين (٥) المؤيّدتين بأنّ استيلاء المولى هو الذى أبطل أحد طرفى التخيير فتعيّن عليه الآخر؛ بناءً على أنّه لا فرق بين إبطال أحد طرفى التخيير بعد الجنايه كما لو قتل أو باع عبده الجانى و بين إبطاله قبلها، كالأستيلاء الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها. و قد عرفت معنى الروايتين، و المؤيّد مصادره لا يبطل به إطلاق النصوص.

و منها

و منها (٦): ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحّه استرقاقها لو كان المجنىّ عليه غير المولى،

فهل تعود ملكاً طلقاً بجنايتها على مولاها، فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هو المحكّي فى الروضه عن بعض (٧) و عدّها السيورى من صور الجواز (٨) أم لا؟ كما هو المشهور؛ إذ لم

ص: ١٣٨

١-١) حكاة المحقّق التستري فى مقابس الأنوار: ١٦٨.

٢-٢) المبسوط ٧:١٦٠.

٣-٣) المهدّب ٢:٤٨٨.

٤-٤) راجع المختلف (الطبعه الحجرية): ٨٢٢، و فيه: «و قوله فى المبسوط: ليس بعيداً من الصواب».

٥-٥) المتقدّمين آنفاً.

٦-٦) هذا هو المورد الرابع من موارد القسم الأوّل التى تقدّم أولها فى الصفحه ١١٨.

٧-٧) الروضه البهيّه ٣:٢٦٠.

٨-٨) لم نعر عليه بعينه، نعم عدّ فى كنز العرفان (٢:١٢٩) من صور الجواز: أن تجنى جنايه تستغرق قيمتها، و الظاهر أنّ المؤلف قدّس سرّه أخذ ذلك من مقابس الأنوار: ١٦٩.

يتحقق بجنايتها على مولاهما إلا جواز الاقتصاص منها، و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل.

و ما يقال في توجيهه: من «أن الأسباب الشرعيه تؤثر بقدر الإمكان، فإذا لم تؤثر الجنايه الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد، وهو استقلال جديد في التصرف فيها، مضافاً إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذي أنيط به الجواز في صحيحه ابن يزيد المتقدمه (١) مضافاً إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمداً (٢)» فمندفع بما لا يخفى.

و أمّا الجنايه على مولاهما خطأً، فلا إشكال في أنها لا تجوز التصرف فيها، كما لا يخفى، و روى الشيخ في الموثق عن غياث، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: «أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهي حرّه لا سعايه عليها» (٣).

□
و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب، عن جعفر، عن أبيه صلوات الله و سلامه عليهما: «أنّ أمّ الولد إذا قتلت سيدها خطأً فهي حرّه لا سبيل عليها، و إن قتلت عمداً قتلت به» (٤).

ص: ١٣٩

١-١) تقدّمت في الصفحه ١١٩ ١٢٠.

٢-٢) انظر مقابس الأنوار: ١٦٩.

٣-٣) التهذيب ١٠: ٢٠٠، الحديث ٧٩١، و الوسائل ١٩: ١٥٩، الباب ١١ من أبواب ديات النفس، الحديث ٢ مع تقديم و تأخير في بعض الألفاظ.

٤-٤) التهذيب ١٠: ٢٠٠، الحديث ٧٩٢، و الفقيه ٤: ١٦٢، الحديث ٥٣٦٧، و الوسائل ١٩: ١٥٩، الباب ١١ من أبواب ديات النفس، الحديث ٣ مع اختلاف و تقديم و تأخير في بعض الألفاظ.

و عن الشيخ، عن حمّاد، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: «إذا قتلت أمّ الولد مولاهما سعت في قيمتها» (١).

و يمكن حملها على سعيها في بقيه قيمتها إذا قصر نصيب ولدها.

و عن الشيخ في التهذيب و الاستبصار:- الجمع بينهما بغير ذلك، فراجع (٢).

و منها

و منها (٣): ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها،

فإنها لو لم تكن مستولده كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني و أخذ قيمتها، و بين إمساكها، و لا شيء له؛ لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوّض، ففي المستولده يحتمل ذلك، و يحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ قيمه، ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبه.

و أمّا احتمال منع الجاني عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الديه منه، فلا وجه له؛ لأنّ الاستيلاء يمنع عن المعاوضه أو ما في حكمها، لا (٤) عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوّض (٥) بحكم الشرع.

و المسأله من أصلها موضع إشكال؛ لعدم لزوم الجمع بين العوض

ص: ١٤٠

١ - (١) التهذيب ٢٠٠: ١٠، الحديث ٧٩٣، و الوسائل ١٥٩: ١٩، الباب ١١ من أبواب ديات النفس، الحديث الأوّل، و فيهما بدل «مولاها»: «سيدها خطأ».

٢ - (٢) التهذيب ٢٠٠: ١٠، ذيل الحديث ٧٩٣، و الاستبصار ٢٧٦: ٤، الحديث ١٠٤٧.

٣ - (٣) هذا هو المورد الخامس من موارد القسم الأوّل المتقدّم أولها في الصفحه ١١٨.

٤ - (٤) في «م»، «ع» و «ش» بدل «لا»: إلّا.

٥ - (٥) في مصّححه «ن»: أخذ المعوّض بعد إعطاء العوض.

والمعوض؛ لأنّ الدية عوض شرعى عمّا فات بالجنايه، لا عن رقيه العبد. و تمام الكلام فى محلّه.

ومنها

ومنها (١): ما إذا لحقت بدار الحرب ثمّ استرقت،

حكاه فى الروضه (٢). وكذا لو أسرها المشركون ثمّ استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا (٣) أسرها غير مولاها فلم يثبت كونها أمه المولى إلّا بعد القسمه، و قلنا بأنّ القسمه لا تنقص (٤) و يغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكّي عن الأكثر و المنصوص: أنّها تردّ على مالكها، و يغرم قيمتها للمقاتله (٥).

ومنها

ومنها (٦): ما إذا خرج مولاها عن الذمّه

و ملكت أمواله التى هى منها.

ص: ١٤١

١- ١) هذا هو المورد السادس من موارد القسم الأوّل، المتقدّم أولها فى الصفحه ١١٨.

٢- ٢) الروضه البهيّه ٢٦١: ٣.

٣- ٣) كذا فى النسخ، إلّا أنّ فى «ف» بدل «فكأنه»: «و كأنه»، و العبارة كما ترى، و لذا صحّحت فى «ص» بما يلى: «فكانت فيما أسرها غير مولاها»، و قال الشهيدى قدّس سرّه بعد أن أثبت ما أثبتناه -: الأولى تبديل «فكأنه» إلى قوله «هذا»، و تبديل «الفاء» ب «الواو» فى قوله: «فلم يثبت»، هدايه الطالب: ٣٦٣ ٣٦٤.

٤- ٤) فى مصحّحه «ن» و «ص»: «لا تنقص»، و هذا هو المناسب للسياق، لكن عبارته المقابسه التى هى الأصل لكلام المؤلف قدّس سرّه هكذا: «و يردّ الإمام قيمه ذلك للمقاتله لئلا ينقص القسمه..» (انظر مقابسه الأنوار: ١٧٤).

٥- ٥) حكاه المحقق التستري فى مقابسه الأنوار: ١٧٤.

٦- ٦) هذا هو المورد السابع من القسم الأوّل و قد تقدّم أوله فى الصفحه ١١٨.

و منها (١): ما إذا كان مولاها ذمياً و قتل مسلماً،

فإنه يدفع هو و أمواله إلى أولياء المقتول.

هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول، و هو ما إذا عرض لأمّ الولد حقّ للغير أقوى من الاستيلاء.

و أما القسم الثاني

و أما القسم الثاني (٢): و هو ما إذا عرض لها حقّ لنفسها أولى بالمراعاة من حقّ الاستيلاء،

فمن موارد:

ما إذا أسلمت و هي أمه ذمّي،

فإنها تباع عليه؛ بناءً على أنّ حقّ إسلامها المقتضى لعدم سلطنه الكافر عليها أولى من حقّ الاستيلاء المعروض للعتق. و لو فرض تكافؤ دليلهما كان المرجع عمومات صحّح البيع دون قاعده «سلطنه الناس على أموالهم» المقتضيه لعدم جواز بيعها عليه؛ لأنّ المفروض: أنّ قاعده «السلطنه» قد ارتفعت بحكومته أدلّه نفى سلطنه الكافر على المسلم (٣)، فالمالك ليس مسلطاً قطعاً، و لا حقّ له فى عين الملك جزماً.

إنّما الكلام فى تعارض حقّي أمّ الولد من حيث كونها مسلمه فلا يجوز كونها مقهوره بيد الكافر، و من حيث كونها فى معرض العتق فلا- يجوز إخراجها عن هذه العرضه. و الظاهر أنّ الأوّل أولى؛ للاعتبار، و حكومه قاعده «نفى السبيل» على جُلّ القواعد، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

ص: ١٤٢

١-١) هذا هو المورد الثامن من القسم الأوّل و قد تقدّم أوّله فى الصفحه ١١٨.

٢-٢) من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، راجع المقسم فى الصفحه ١١٨.

٣-٣) منها الآيه الشريفه: «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا». النساء: ١٤١.

«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» (١).

و ممّا ذكرنا ظهر: أنّه لا وجه للتمسّك باستصحاب المنع قبل إسلامها؛ لأنّ الشكّ إنّما هو في طرؤ ما هو مقدّم على حقّ الاستيلاء و الأصل عدمه (٢)، مع إمكان معارضه الأصل بمثله لو فرض في بعض الصور تقدّم الإسلام على المنع عن البيع. و (٣) مع إمكان دعوى ظهور قاعده «المنع» في عدم سلطنه المالك و تقديم حقّ الاستيلاء على حقّ الملك، فلا ينافي تقديم حقّ آخر لها على هذا الحقّ.

و منها

و منها (٤): ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو بكسبها (٥)، فتباع (٦) على من ينفق عليها،

على ما حكى (٧) عن اللمعه (٨) و كنز العرفان (٩) و أبي العباس (١٠) و الصيمرى (١١) و المحقّق الثانی (١٢).

ص: ١٤٣

١- (١) الوسائل ٣٧٦:١٧، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

٢- (٢) التعليل بيان لجريان الاستصحاب، لا لعدم الوجه في جريانه.

٣- (٣) لم ترد «و» في «ف».

٤- (٤) المورد الثانی من القسم الثانی.

٥- (٥) كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: في كسبها.

٦- (٦) في غير «ص» و «ش»: فباع.

٧- (٧) حكاها المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٦.

٨- (٨) اللمعه الدمشقيه: ١١٢.

٩- (٩) كنز العرفان ١٢٩:٢.

١٠- (١٠) المهذب البارع ١٠٦:٤.

١١- (١١) غايه المرام (مخطوط) ٢٨٠:١.

١٢- (١٢) جامع المقاصد ٩٩:٤.

وقال في القواعد: لو عجز عن الإنفاق على أم الولد أمرت بالتكسب، فإن عجزت أنفق عليها من بيت المال، ولا يجب عتقها، ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب، ولو تعذر الجميع ففي البيع إشكال (١)، انتهى.

و ظاهره عدم جواز البيع مهما أمكن الإنفاق من مال المولى، أو كسبها (٢)، أو مالها (٣)، أو عوض بضعها، أو وجود من يؤخذ بنفقتها، أو بيت المال، وهو حسن.

و مع عدم ذلك كله فلا يبعد المنع عن البيع أيضاً، وفرضها كالحز في وجوب سد رمقها كفاية على جميع من اطلع عليها.

و لو فرض عدم ذلك أيضاً، أو كون ذلك ضرراً عظيماً عليها، فلا يبعد الجواز؛ لحكمه أدله نفي الضرر، ولأن رفع هذا عنها أولى من تحملها (٤) ذلك؛ رجاء أن تنعتق من نصيب ولدها، مع جريان ما ذكرنا أخيراً في الصورة السابقة: من احتمال ظهور أدله المنع في ترجيح حق الاستيلاء على حق مالكةا، لا على حقها الآخر، فتدبر.

و منها

و منها (٥): بيعها على من تنعتق عليه

على ما حكى من الجماعة

ص: ١٤٤

١-١ (١) القواعد ٥٩: ٢.

٢-٢ (٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: كسبه.

٣-٣ (٣) في «ن»: «و مالها»، لكن شطب عليها، و لم يثبتها المامقاني في شرحه غايه الآمال: ٤٦٠.

٤-٤ (٤) في غير «ف» زياده: تحمّلها خ ل.

٥-٥ (٥) المورد الثالث من القسم الثاني.

المتقدم إليهم الإشارة (١) لأن فيه تعجيل حقها.

و هو حسن لو علم أنّ العله حصول العتق، فلعلّ الحكمه اعتاق خاصّ، اللهمّ إلما أن يستند إلى ما ذكرنا أخيراً في ظهور أدلّه المنع، أو يقال: إنّ هذا عتق في الحقيقه.

و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق، فلو لم يف المشتري احتمال وجوب استردادها، كما عن الشهيد الثاني (٢). و يحتمل إجبار الحاكم أو العدول للمشتري على الإعتاق، أو إعتاقها عليه قهراً.

و كذلك بيعها ممّن أقرّ بحريتها. و يشكل بأنّه إن علم المولى صدق المقرّ لم يجر له البيع و أخذ الثمن في مقابل الحرّ، و إن علم بكذبه لم يجر أيضاً؛ لعدم جواز بيع أمّ الولد. و مجرد صيرورتها حرّه على المشتري في ظاهر الشرع مع كونها ملكاً له في الواقع، و بقائها في الواقع على صفه الرقيّه للمشتري لا يجوز البيع، بل الحرّيّه الواقعيّه و إن تأخرت أولى من الظاهريّه و إن تعجّلت.

و منها

و منها (٣): ما إذا مات قريبتها و خلف تركه و لم يكن له وارث سواها فتشترى من مولاها لتعتق (٤) و ترث قريبتها.

و هو مختار الجماعه

ص: ١٤٥

١-١) حكاها عنهم المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٨، و انظر للمعه: ١١٢، و كنز العرفان ٢: ١٢٩، و المهذب البارع ٤: ١٠٦، و غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٨٠، و جامع المقاصد ٤: ٩٩.

٢-٢) حكاها عنه المحقّق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٩، و راجع الروضه البهيّه ٣: ٢٦٠.

٣-٣) المورد الرابع من القسم الثاني.

٤-٤) في غير «ف»: للعتق.

السابقه (١) و ابن سعيد فى النزّهه (٢)، و حكى عن العماني (٣) و عن المهذب:

إجماع الأصحاب عليه (٤).

و بذلك يمكن ترجيح أخبار «الإرث» على قاعده «المنع»، مضافاً إلى ظهورها فى رفع سلطنه المالك، و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره، بل تباع عليه لو امتنع.

[موارد القسم الثالث أى تعلق حق سابق على الاستيلاء]

و من

و من (٥) القسم الثالث (٦) و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاء ما (٧) إذا كان علوقها بعد الرهن،

فإنّ المحكى عن الشيخ (٨) و الحلّى (٩) و ابن زهره (١٠) و المختلف (١١)

ص: ١٤٦

-
- ١-١) منهم الشهيد فى اللمعه الدمشقيّه: ١١٢، و السيورى فى كنز العرفان ٢: ١٢٩، و المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٩٨: ٤.
 - ٢-٢) نزّهه الناظر: ٨٢.
 - ٣-٣) حكاه عنه ابن سعيد فى نزّهه الناظر: ٨٢.
 - ٤-٤) المهذب البارع ١٠٦: ٤.
 - ٥-٥) فى «ش» زياده: موارد.
 - ٦-٦) من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، راجع المقسم فى الصفحه ١١٨.
 - ٧-٧) فى غير «ش»: «و ما»، لكن شطب على (الواو) فى: «ن» و «خ».
 - ٨-٨) الخلاف ٣: ٢٣٠، كتاب الرهن، المسأله ١٩، و المبسوط ٢: ٢٠٦ و ٢١٧ و ١٨٥: ٦.
 - ٩-٩) السرائر ٢: ٤١٨.
 - ١٠-١٠) الغنيه: ٢٤٤.
 - ١١-١١) المختلف ٥: ٤٤٠.

و التذكرة (١) و اللمعه (٢) و المسالك (٣) و المحقق الثاني (٤) و السيوري (٥) و أبي العباس (٦) و الصيمري (٧): جواز بيعها حينئذٍ. و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق (٨) بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض أدله حكم الرهن، و أدله المنع عن بيع أم الولد في دين غير ثمنها.

خلافاً للمحكى عن الشرائع (٩) و التحرير (١٠)، فالمنع مطلقاً.

و عن الشهيد في بعض تحقیقاته: الفرق بين وقوع الوطاء بإذن المرتهن، و وقوعه بدونه (١١).

و عن الإرشاد و القواعد: التردد (١٢)، و تمام الكلام في باب الرهن.

و منها

و منها (١٣): ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه،

ص: ١٤٧

- ١-١) التذكرة ٢:٢٨.
- ٢-٢) اللمعه الدمشقيه: ١١٢.
- ٣-٣) المسالك ٣:١٧٠، و ٤:٥٠، و ١٠:٥٢٧.
- ٤-٤) جامع المقاصد ٤:٩٨.
- ٥-٥) كنز العرفان ٢:١٢٩.
- ٦-٦) المهذب البارع ٤:١٠٥.
- ٧-٧) تلخيص الخلاف ٢:٩٦، المسأله ١٨، و فيه: و إن كان معسراً بيعت به.
- ٨-٨) لم ترد «السابق» في «ش».
- ٩-٩) الشرائع ٢:٨٢.
- ١٠-١٠) التحرير ١:٢٠٧.
- ١١-١١) حكاة عنه الشهيد الثاني في المسالك ٤:٥٠، عن بعض حواشيه.
- ١٢-١٢) الإرشاد ١:٣٩٣، القواعد ١:١٦٠.
- ١٣-١٣) المورد الثاني من موارد القسم الثالث.

و كانت فاضله عن المستثنيات في أداء الدين، فتباع حينئذٍ، كما في القواعد (1) و اللعه (2) و جامع المقاصد (3) و عن المهذب (4) و كنز العرفان (5) و غايه المرام (6)؛ لما ذكر من سبق تعلق حقّ الديان بها، و لا دليل على بطلانه بالاستيلاء.

و هو حسن مع وجود الدليل على تعلق حقّ الغرماء بالأعيان.

أما لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس في التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله في الدين، فلا يؤثر في دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع في نفسه، فتأمل. و تمام الكلام في باب الحجر، إن شاء الله.

و منها

و منها (7): ما إذا كان علوقها بعد جنائتها،

و هذا (8) في الجنايه التي لا تجوز البيع لو كانت لاحقه (9)، بل يلزم (10) المولى الفداء (11) و أما لو قلنا

ص: ١٤٨

١-١ (١) القواعد ١٧٣:١.

٢-٢ (٢) اللعه دمشقيه: ١١٢.

٣-٣ (٣) جامع المقاصد ٩٩:٤.

٤-٤ (٤) المهذب البارع ١٠٦:٤.

٥-٥ (٥) كنز العرفان ١٢٩:٢.

٦-٦ (٦) غايه المرام (مخطوط) ٢٨٠:١، و حكاه عنهم المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٢.

٧-٧ (٧) المورد الثالث من موارد القسم الثالث.

٨-٨ (٨) في «ف»: و هذه.

٩-٩ (٩) في «ف»: سابقه.

١٠-١٠ (١٠) في غير «ف» و «ن»: تلزم.

١١-١١ (١١) في غير «ف»: بالفداء.

بأنّ الجنايه اللاحقه أيضاً ترفع المنع لم يكن فائده فى فرض تقديمها.

ومنها

ومنها (١): ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها،

فإنّ المحكى عن الحلى جواز استردادها مع كونها ملكاً للمشتري (٢). ولعلّه لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاء.

خلافاً للعلامة (٣) وولده (٤) والمحقق (٥) والشهيد الثانين (٦) وغيرهم، فحكموا بأنّه إذا فسخ رجع بقيمه أمّ الولد. ولعلّه لصيرورتها بمنزله (٧) التالف، وفسخ بنفسه لا يقتضى إلّا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن، وأمّا وجوب ردّ العين فهو من أحكامه لو لم يمتنع عقلاً أو شرعاً، ومانع الشرعى كالعقلى.

نعم، لو قيل: إنّ الممنوع إنّما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه، أمّا الانتقال (٨) عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره، فلم يثبت، فلا مانع شرعاً من استرداد عينها.

والحاصل: أنّ منع الاستيلاء عن استرداد بائعها لها يحتاج إلى

ص: ١٤٩

١-١) المورد الرابع من القسم الثالث.

٢-٢) راجع السرائر ٢:٢٤٧، ٢٤٨، وحكاها عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار: ١٧٢.

٣-٣) القواعد ١:١٤٤.

٤-٤) إيضاح الفوائد ١:٤٨٩.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٣١٣.

٦-٦) الروضه البهيه ٣:٤٦٥، والمسالك ٣:٢٠٦.

٧-٧) فى غير «ن» و«ش»: منزله.

٨-٨) أى: منع الانتقال، حذف المضاف بقريته المقام.

دليل مفقود. اللهم إلهما أن يدعى: أن الاستيلاء حقٌّ لأمِّ الولد مانعٌ عن انتقالها عن ملك المولى لحقه أو لحق غيره، إلا أن يكون للغير حقٌّ أقوى أو سابقٌ يقتضى انتقالها، والمفروض أن حقَّ الخيار لا يقتضى انتقالها بقولٍ مطلق، بل يقتضى انتقالها مع الإمكان شرعاً، والمفروض أن تعلق حقِّ أمِّ الولد مانعاً شرعاً كالعتق وبيع على القول بصحتهما في زمان الخيار، فتأمل.

و منها

و منها (١): ما إذا كان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها،

بناءً على ما استظهر الاتفاق عليه: من جواز اشتراط الأداء من مالٍ معيّن (٢)، فيتعلق به حقُّ المضمون له، وحيث فرض سابقاً على الاستيلاء فلا يزاحم به على قولٍ محكيٍّ في الروضه (٣).

و منها

و منها (٤): ما إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقةً إذا كان النذر مشروطاً بشرط لم يحصل قبل الوطاء ثم حصل بعده،

بناءً على ما ذكره من خروج المنذور كونها صدقةً عن ملك الناذر بمجرد النذر في المطلق و بعد حصول الشرط في المعلق، كما حكاها صاحب المدارك عنهم في باب الزكاه (٥).

و يحتمل كون استيلادها كإتلافها، فيحصل الحنث و يستقرّ قيمه؛ جمعاً بين حقّي أمِّ الولد و المنذور له.

ص: ١٥٠

١-١) المورد الخامس من موارد القسم الثالث.

٢-٢) استظهره المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٧٣.

٣-٣) الروضه البهيّه ٣: ٣٦١.

٤-٤) المورد السادس من موارد القسم الثالث.

٥-٥) المدارك ٥: ٣١.

و لو نذر التصدق بها، فإن كان مطلقاً و قلنا بخروجها عن الملك بمجرد ذلك كما حكى عن بعض (١) فلا حكم للعلوق. و إن قلنا بعدم خروجها عن ملكه، احتمال: تقديم حق المنذور له في العين، و تقديم حق الاستيلاء، و الجمع بينهما بالقيمه.

و لو كان معلقاً فوطأها قبل حصول الشرط صارت أمّ ولد، فإذا حصل الشرط وجب التصدق بها؛ لتقدم سببه. و يحتمل انحلال النذر؛ لصيروره التصدق مرجوحاً بالاستيلاء مع الرجوع إلى القيمه أو بدونه.

و تمام الكلام يحتاج إلى بسطٍ تمام (٢) لا يسعه الوقت.

و منها

و منها (٣): ما إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته،

فللمولى أن يبيعها على ما حكاه في الروضه عن بعض الأصحاب (٤) بناءً على أن مستولده أمّ ولد بالفعل غير معلق على عتقه فلا يجوز له بيع ولدها.

و القسم الرابع

و القسم الرابع (٥): و هو ما كان (٦) إبقاؤها في ملك المولى غير [...]

ص: ١٥١

١-١) تقدم أعلاه عن المدارك.

٢-٢) كذا، و الظاهر: «تام»، كما في مصححه «ص».

٣-٣) المورد السابع من موارد القسم الثالث.

٤-٤) الروضه البهيّه ٣: ٢٦١.

٥-٥) هذا هو قسم آخر من أقسام المواضع المستثناه من قاعده المنع عن بيع أمّ الولد، راجع المقسم في الصفحه ١١٨.

٦-٦) كذا، و حقّ العبارة بملاحظه المقسم أن يقال: «و هو ما يكون الجواز لعدم تحقّق السبب المانع عن النقل مثل ما كان إبقاؤها..» و قد استظهر ذلك مصحح «ش» أيضاً.

معروض لها للعتق؛ لعدم توريث الولد من أبيه؛ لأحد موانع الإرث أو لعدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعاً؛ لفجور، أو ظاهراً؛ باعتراف.

ثم إننا لم نذكر في كل مورد من موارد الاستثناء إلا قليلاً من كثير ما يتحمّله من الكلام، فيطلب تفصيل كل واحد من مقامه.

ص: ١٥٢

اشاره

فإنّ الظاهر بل المقطوع به-:الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

و حكى عن الخلاف: إجماع الفرقه و أخبارهم على ذلك (١)، و قد حكى الإجماع عن غيره أيضاً (٢).

و عن المختلف في باب تزويج الأمه المرهونه أنّه أرسل عن النبيّ صلّى الله عليه و آله و سلم: «أنّ الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» (٣).

و إنّما الكلام في أنّ بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله؟ أو يقع موقوفاً على الإجازة،

أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟

ص: ١٥٣

-
- ١-١) الخلاف ٣:٢٥٣، كتاب الرهن، ذيل المسأله ٥٩، و حكاه عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٨٨.
 - ٢-٢) مفاتيح الشرائع ٣:١٣٩، و حكاه عنه المحقق التستري في المقابس: ١٨٨.
 - ٣-٣) المختلف ٥:٤٢١، و رواه في مستدرک الوسائل ١٣:٤٢٦ عن درر اللآلى.

فظاهر عبائر جماعه من القدماء و غيرهم (١)الأول، إلا أن صريح الشيخ في النهايه (٢) و ابن حمزه في الوسيله (٣) و جمهور المتأخرين (٤) عدا شاذ منهم (٥) هو كونه موقوفاً، و هو الأقوى؛ للعمومات السليمه عن المخصّص؛ لأنّ معقد الإجماع و الأخبار الظاهره في المنع عن التصرف هو الاستقلال، كما يشهد به عطف «المرتهن» على «الراهن» (٦)، مع ما ثبت في محلّه من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً، لا باطلاً.

و على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً، فهى موهونه بمصير جمهور المتأخرين على خلافه (٧).

هذا كلّه، مضافاً إلى ما يستفاد من صحّحه نكاح العبد بالإجازة؛ معللاً بـ «أنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده» (٨)؛ إذ المستفاد منه: أنّ كلّ

ص: ١٥٤

١-١ قال المحقّق التستري في المقابس: ١٨٨: و هو الذى يقتضيه كلام الشيخ في الخلاف و ابن إدريس كما ذكر، و كذا كلام ابن زهره، إلى أن قال: و كذا أبو الصلاح.. و كذا الديلمى.. و كذا المفيد.
٢-٢ النهايه: ٤٣٣.

٣-٣ لم نعثر على الإجازة في الوسيله. نعم، فيه: «فإن أذن المرتهن له في التصرف صحّ»، راجع الوسيله: ٢٦٦.
٤-٤ منهم المحقّق في الشرائع ٢: ٨٢، و الحلّى في الجامع للشرائع: ٢٨٨، و العلّامة في القواعد ١: ١٦ و التحرير ١: ٢٠٧ و غيرهما من كتبه، و الشهيدان في اللمعه: ١٤٠ و المسالك ٤: ٤٧، و راجع مقابس الأنوار: ١٨٩ و مفتاح الكرامه ٥: ١١٦.
٥-٥ مثل الحلّى في السرائر ٢: ٤١٧.

٦-٦ كما في النبوى المرسل المتقدم عن المختلف آنفاً.

٧-٧ تقدّمت الإشارة إلى مواضع كلامهم آنفاً.

٨-٨ الوسائل ٥٢٣: ١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ١ و ٢.

عقد كان النهى عنه لحقّ الأدمى يرتفع (١) المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا، و ليس ذلك كمعصية الله أصاله (٢) فى إيقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها (٣) رضا الله تعالى.

هذا كله، مضافاً إلى فحوى أدلّه صحّحه الفضولى.

لكن الظاهر من التذكرة: أنّ كلّ من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا (٤)، و فيه نظر؛ لأنّ من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: «لا بيع إلّا فى ملك» (٥) لا يلزمه البطلان هنا، بل الأظهر ما سيجىء عن إيضاح النافع: من أنّ الظاهر و قوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولى (٦).

و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه (٧) من القول بالبطلان، متمسكاً بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكيه على المنع و النهى، قال: و هو موجب للبطلان و إن كان لحقّ الغير؛ إذ العبره بتعلّق النهى بالعقد (٨)

ص: ١٥٥

١-١ فى غير «ش»: فى «ش»: فى «ش»: فى «ش».

٢-٢ لم ترد «أصاله» فى «ف».

٣-٣ فى «ف»: يلحقه.

٤-٤ التذكرة ١: ٤٦٥، و فيه: و من أبطل بيع الفضولى لزم الإبطال هنا.

٥-٥ راجع عوالى اللآلى ٢: ٢٤٧، الحديث ١٦، و المستدرک ١٣: ٢٣٠، الباب الأوّل من أبواب عقد البيع، الحديث ٣ و ٤.

٦-٦ إيضاح النافع (مخطوط)، و لا يوجد لدينا، و انظر الصفحه ١٩٠.

٧-٧ هو المحقّق التستري فى مقابس الأنوار.

٨-٨ كذا فى «ش» و مصحّحه «ن» و فاقاً للمصدر، و فى سائر النسخ: إذ العبره بالنهى عن العقد.

لا- لأمرٍ خارجٍ عنه، وهو كافٍ في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف و أمّ الولد و غيرهما، مع استواء الجميع (١) في كون سبب النهي حقّ الغير.

ثمّ أورد على نفسه بقوله: فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي و عقد المرتهن، مع أنّ كثيراً من الأصحاب ساووا بين الرهن و المرتهن في المنع (٢) كما دلّت عليه الرواية (٣) فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته، فالفرق تحكّم.

قلنا: إنّ التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعاً بمال الغير فهو محرّم، و لا تحلّله الإجازة المتعقّبه. و إن كان عقداً أو إيقاعاً، فإن وقع بطريق الاستقلال (٤) لا- على وجه النيابة عن المالك، فالظاهر أنّه كذلك كما سبق في الفضولي و إلّا فلا يعدّ تصرفاً يتعلّق به النهي، فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرّماً، و قد لا يكون كذلك.

و كذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الرهن و غضب حقّه، أو إلى زعم التسلّط عليه بمجرد الارتهان كان منهياً عنه. و إن كان بقصد النيابة عن الرهن في مجرّد

ص: ١٥٦

١- ١) كذا في «ص» و المصدر، و في سائر النسخ: استوائهما.

٢- ٢) منهم المفيد في المقنعه: ٦٢٢، و الديلمي في المراسم: ١٩٢، و العلّامة في الإرشاد ١: ٣٩٣، و غيرهم، و راجع الوسائل ١٣: ١٢٣ و ١٢٤، الباب ٤ و ٧ من أبواب الرهن و غيرهما من الأبواب.

٣- ٣) في المصدر: الروايات.

٤- ٤) في «ص» و هامش «ن» زياده: في الأمر.

إجراء الصيغه، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به نهى أصلاً.

و أمّا المالك، فليّما حُجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلّا مستنداً إلى ملكه لانحصار (١) المالكه فيه و لا معنى لقصدّه النيايه، فهو منهى عنه؛ لكونه تصرّفاً مطلقاً و منافياً للحجر الثابت عليه، فيخصّص العمومات بما ذكر. و مجرد الملك لا يقضى بالصّحّه؛ إذ الظاهر بمقتضى التأمل: أنّ الملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرّف فيه؛ و لذا (٢) لم يصحّ البيع فى مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصاً؛ للمنع عن التصرّف.

ثمّ قال: و بالجملة، فالذى يظهر بالتتبع فى الأدلّه (٣): أنّ العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفه على إجازته، و أمّا إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه و كان تصرّفه على وجه الأصالة فلا- تقع على وجهين، بل تكون فاسده أو صحيحه لازمه إذا كان وضع ذلك (٤) العقد على اللزوم. و أمّا التعليل المستفاد من الروايه المرويّه فى النكاح من قوله: «لم يعص الله و إنّما عصى سيّده.. إلى آخره» (٥)، فهو جارٍ فى من لم يكن مالكاً كما أنّ العبد لا يملك أمر

ص: ١٥٧

١-١) كذا فى «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ و نسخه بدل «ص»: و انحصار.

٢-٢) العبارة فى «ص» و المصدر هكذا: إذ الظاهر بمقتضى التأمل الصادق: أنّ المراد بالملك المسوّغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرّف فيه، و لذلك..

٣-٣) فى «ص» و المصدر: من تتبّع الأدلّه.

٤-٤) ذلك من «ص» و المصدر و مصحّحه «ن».

٥-٥) الوسائل ٥٢٣: ١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العيّد و الإماء الحديث ١ و ٢.

نفسه، و أمّا المالك المحجور عليه، فهو عاصٍ لله بتصرفه. ولا يقال: إنّه عصى المرتهن؛ لعدم كونه مالكا، وإنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، و ما ذكرناه جارٍ في كلّ مالكٍ متولٍّ لأمر نفسه إذا حُجر على ماله لعارضٍ كالفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع. و ربما يتّجه الصحّح فيما إذا كان الغرض من الحُجر رعايه مصلحه كالشفعه (١)؛ فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى (٢)، انتهى كلامه رفع مقامه.

و يرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة، و منع اقتضاء مطلق النهي، لا لأمرٍ خارجٍ، للفساد:-

أولاً: أنّ نظير ذلك يتصوّر في بيع الراهن؛ فإنّه قد يبيع رجاءً لإجازته المرتهن و لا ينوى الاستقلال، و قد يبيع (٣) جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، و لا حرمة في شيءٍ من ذلك (٤).

و ثانياً: أنّ المتيقّن من الإجماع و الأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما يقتضيه عبارته معقد الإجماع و الأخبار،

ص: ١٥٨

١- ١) في «ص» هنا زيادة استدرکها المصحح من المصدر، و هي: «و قد تقدّم الكلام فيه. و بالجمله، فالقول بتأثير الإجازة على نحو ما بنى عليه جماعه من المتأخّرين، إبطال القواعد المعلومه من الشرع و الأحكام المقرّره فيه ضروره».

٢- ٢) مقابس الأنوار: ١٩٠.

٣- ٣) في «ع» و «خ» زياده: استقلالاً.

٤- ٤) في «ن» زياده: فتأمل.

أعنى قولهم: «الراهن والمرتهن ممنوعان»، و معلوم أنّ المنع في المرتهن إنّما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً، و حاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعه صاحبه في ذلك. و إثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، و مع عدمه يرجع إلى العمومات.

و أمّا ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم أتحمق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهي في كلّ منهما لحقّ الغير، فإنّ منع الله جلّ ذكره من تفويت حقّ الغير ثابت في كلّ ما كان النهي عنه لحقّ الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي و نكاح العبد و بيع الراهن.

و أمّا ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أمّ الولد، ففيه: أنّ الحكم فيهما تعبديّ و لذا لا يؤثّر الإذن السابق في صحّه البيع، فقياس الرهن عليه في غير محلّه.

و بالجملة، فالمستفاد من طريقه الأصحاب، بل الأخبار: أنّ المنع من معامله إذا كان لحقّ الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي الإبطال رأساً، بل إنّما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعه ذي الحقّ. و يندرج في ذلك:

الفضولي و عقد الراهن، و المفلس، و المريض، و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، و للأمه على الحرّه و غير ذلك، فإنّ النهي في جميع ذلك إنّما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر [\(1\)](#) المقصود من العقد

ص: ١٥٩

(١ - ١) في «ف» زياده: على.

عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره من دون مدخلتيه رضا غير المتعاقدين.

وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا؛ بناءً على ما سيجيء:

من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفه؛ حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشتري رهناً للبائع.

و بعبارة اخرى: الرهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد، أعنى: ما قبل الإجازة؛ و هذا نظير ما تقدم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» من أنه على تقدير صحه البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع (١).

و يدفعه: أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع، و إنما لجرى ذلك في عقد الفضولي أيضاً؛ لأن فرض كون المجيز مالاً للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك (٢) واحد قبل الإجازة.

و أمّا ما يلزم في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» فلا- يلزم في مسأله إجازة المرتهن، نعم يلزم في مسأله افتكاك الرهن، و سيجيء التنبيه عليه، إن شاء الله تعالى (٣).

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفه أو ناقله، هو الكلام في مسأله الفضولي،

و محصله: أن مقتضى القاعده النقل، إلا أن

ص: ١٦٠

١-١) راجع المكاسب ٣:٤٤١.

٢-٢) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: بملك.

٣-٣) انظر الصفحة ١٦٢ ١٦٤.

الظاهر من بعض الأخبار (١) هو الكشف، والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى؛ لأنَّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى، وهى هنا من قبيل رفع المانع؛ ومن أجل ذلك جَوَّزوا عتق الراهن هنا مع تعقُّب إجازة المرتهن (٢)، مع أنَّ الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة. والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقِّق الثانى فى كتاب الرهن، فى مسأله عفو الراهن عن جنايه الجانى على العبد المرهون (٣) منافعٍ لتمسِّكهم فى العتق بعمومات العتق؛ مع أنَّ العلامة قدس سره فى تلك المسأله قد جَوَّز العفو مراعى بفكِّ الرهن (٤).

هذا إذا رضى المرتهن بالبيع و إجازة. أما إذا أسقط حقَّ الرهن، ففى كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلامٌ يأتى فى افتكاك الرهن أو إبراء الدين.

[هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]

ثمَّ إنَّه لا إشكال فى أنَّه لا ينفَع الردُّ بعد الإجازة، وهو واضح.

و هل ينفَع الإجازة بعد الردِّ؟ وجهان:

ص: ١٦١

١- ١) مثل صحيحه محمد بن قيس المرويه فى الوسائل ١٤:٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام، الحديث الأوَّل، و ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث الأوَّل، و غيرهما من الأخبار المشار إليها فى مبحث الإجازة، راجع مبحث بيع الفضولى فى الجزء ٣:٣٩٩.

٢- ٢) كما فى النهايه: ٤٣٣، و الشرائع ٢:٨٢، و الجامع للشرائع: ٨٨، و انظر مفتاح الكرامه ٥:١١٦.

٣- ٣) جامع المقاصد ٥:١٤٦.

٤- ٤) القواعد ١:١٦٥.

من أن الردّ في معنى عدم رفع اليد عن حقهّ فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كردّ بيع الفضولي، لأنّ المجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين، وقد تقرّر أنّ ردّ أحد العاقدين مبطلٌ لإنشاء العاقد الآخر، بخلافه هنا؛ فإنّ المرتهن أجنبيٌّ له حقٌّ في العين.

و من أنّ الإيجاب المؤثر إنّما يتحقّق برضا المالك و المرتهن، فرضاً كلّ منهما جزءٌ مقوّمٌ للإيجاب المؤثر، فكما أنّ ردّ المالك في الفضولي مبطلٌ للعقد بالتقريب المتقدّم، كذلك ردّ المرتهن؛ وهذا هو الأظهر من قواعدهم.

[فك الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة]

ثمّ إنّ الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازة؛ لسقوط حقّ المرتهن بذلك، كما صرّح به في التذكرة (١). و حكى عن فخر الإسلام (٢) والشهيد في الحواشي (٣)، وهو الظاهر من المحقّق و الشهيد الثانيين (٤).

و يحتمل عدم لزوم العقد بالفكّ كما احتمله في القواعد (٥) بل بمطلق (٦) السقوط بالحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما؛ نظراً إلى أنّ

ص: ١٦٢

١-١) التذكرة ١:٤٦٥، و ٢:٥٠.

٢-٢) إيضاح الفوائد ٢:١٩.

٣-٣) لا يوجد لدينا، و حكى عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥:١١٨.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ٥:٧٥، و لم نعثر في كلام الشهيد الثاني عليّ ما يدلّ عليه، نعم قال بلزوم العتق من طرف الراهن بفكّ الرهن في الروضه البهيّه (٤:٨٤).

٥-٥) راجع القواعد ١:١٦٠، و فيه: فلو افتكّ الرهن ففي لزوم العقود نظر.

٦-٦) في غير «ف»: مطلق.

الراهن تصرّف فيما فيه حقّ المرتهن، و سقوطه بعد ذلك لا يؤثّر في تصحيحه.

و الفرق بين الإجازة و الفك:

أنّ مقتضى ثبوت الحقّ له (١) هو صحّحه إمضائه للبيع الواقع في زمان حقّه، و إن لزم من الإجازة سقوط حقّه، فيسقط حقّه بلزوم البيع. و بالجملة، فالإجازة تصرّف من المرتهن في الرهن حال وجود حقّه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقّه، نظير إجازة المالك. بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء؛ فإنّه ليس فيه دلالة على مضيّ العقد حال وقوعه، فهو أشبه شىء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثمّ تملكهما، و قد تقدّم الإشكال فيه عن جماعه (٢). مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم أوفوا بالعقود (٣)؛ بناءً على أنّ هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاصّ. و ليس ذلك محلّ التمسك بالعام؛ إذ ليس فى اللفظ عموم زمانى حتى يقال: إنّ المتيقّن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلاً فى العامّ.

و يؤيد ما ذكرناه بل يدلّ عليه:- ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحّحه نكاح العبد بدون إذن سيّده بمجرد عتقه ما لم يتحقّق الإجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيّد مع علمه بالنكاح (٤).

ص: ١٦٣

١- ١) لم ترد «له» فى «ف».

٢- ٢) راجع المسألة الثالثة من بحث الفضولى المتقدّم فى الجزء ٣: ٣٧٦.

٣- ٣) المائدة: ١.

٤- ٤) الوسائل ١٤: ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ١ و ٣.

هذا، ولكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور، من جهة أنّ عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلماً لمزاحمه حقّ المرتهن المتقدّم على حقّ المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصورٍ في المقتضى، وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى.

و مرجع ما ذكرنا إلى أنّ أدلّه سببّه البيع المستفاده من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و«الناس مسلطون على أموالهم» (1) و نحو ذلك، عامّه، و خروج زمان الرهن يعلم أنّه من جهة مزاحمه حقّ المرتهن الذى هو أسبق، فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب. و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع؛ للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام، لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

و أمّا قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياسٌ مع الفارق؛ لأنّ المانع عن سببّه نكاح العبد بدون إذن سيّده قصور تصرّفاته عن الاستقلال فى التأثير، لا مزاحمه حقّ السيد لمقتضى النكاح؛ إذ لا منافاه بين كونه عبداً و كونه زوجاً؛ و لأجل ما ذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثمّ انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرّف.

[هل سقوط حق الرهانه كاشف أو ناقل]

هذا، و لكن مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حقّ الرهانه بالفكّ أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً و مؤثراً من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه، خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف

ص: ١٦٤

(١- ١) عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩، و ٢٠٨: ٣، الحديث ٤٩.

بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا (١): من أن مقتضى مفهوم (٢) الإجازة إمضاء العقد من حينه، فإن هذا غير متحقق في افتكاك الرهن، فهو نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث إنه لا- يسع القائل بصحته إلما التزم تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا- من حين العقد، وإلا لزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكه كما كان (٣) يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد.

[ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف]

هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف.

وقد تقدّم عن القواعد في مسأله عفو الراهن عن الجاني على المرهون:- أن الفكّ يكشف عن صحته (٤).

ويدلّ على الكشف أيضاً ما استدّلوا به على الكشف في الفضولي:

من أن العقد سبب تام.. إلى آخر ما ذكره في الروضه (٥) وجامع المقاصد (٦).

ثم إن لازم الكشف كما عرفت في مسأله الفضولي (٧) لزوم العقد

ص: ١٦٥

-
- ١-١) منهم السيد الطباطبائي في الرياض ١:٥١٣، والمحقق القمي في جامع الشتات ٢:٢٧٩، وغنائم الأيام: ٥٤٢.
 - ٢-٢) في «ف»: عموم.
 - ٣-٣) لم ترد «كان» في «ش».
 - ٤-٤) راجع القواعد ١:١٦٥، وتقدّم في الصفحه ١٦١.
 - ٥-٥) الروضه البهيه ٣:٢٢٩.
 - ٦-٦) جامع المقاصد ٤:٧٤ ٧٥.
 - ٧-٧) راجع المكاسب ٣:٤١١ ٣:٤٢٠.

قبل إجازته المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الأصيل (١) فلا يجوز له فسخه، بل و لا إبطاله بالإذن للمرتهن فى البيع.

نعم، يمكن أن يقال بوجوب فكه من مالٍ آخر، إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى إلاً بذلك، فالوفاء بمقتضى الرهن غير منافٍ للوفاء بالبيع.

و يمكن أن يقال: إنه إنما (٢) يلزم الوفاء بالبيع، بمعنى عدم جواز نقضه، و أما دفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب؛ و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكة و يدفعه إليه، بناءً على لزوم العقد بذلك.

و كيف كان، فلو امتنع، فهل يباع عليه؛ لحق المرتهن؛ لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن؛ لتقدم حق المرتهن؛ أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مالٍ آخر؛ جمعاً بين حقى المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع؛ وجهان. و مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن.

ص: ١٦٦

١ - ١) كلمه «الأصيل» من «ش» و مصححه «ن».

٢ - ٢) لم ترد «إنما» فى «ف».

مسأله إذا جنى العبد عمداً بما يوجب قتله أو استرقاق كلاً أو بعضه،

فالأقوى صحه بيعه، وفاقاً للمحكى عن العلامة (١) والشهيد (٢) والمحقق الثانى (٣) وغيرهم (٤)، بل فى شرح الصيمرى: أنه المشهور (٥)؛ لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق عن ملك مولاه، على ما هو المعروف عمّن عدا الشيخ (٦) فى الخلاف كما سيجىء (٧).

و تعلق حقّ المجنّى عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابليته

ص: ١٦٧

-
- ١-١) التذكرة ١:٤٦٥، والقواعد ١:١٢٦.
 - ٢-٢) الدروس ٣:٢٠٠، واللمعة الدمشقيه: ١١٢.
 - ٣-٣) جامع المقاصد ٤:٩٩.
 - ٤-٤) مثل الشهيد الثانى فى المسالك ٣:١٧١، وصاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٣٨٣ ٣٨٤.
 - ٥-٥) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٨٠.
 - ٦-٦) فى «ف»: عن غير الشيخ.
 - ٧-٧) يجىء فى الصفحه ١٦٩ ١٧٠.

الانتفاع به. و مجرد إمكان مطالبه أولياء المجنى عليه له في كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسقط اعتبار ماليته.

و على تقدير تسليمه، فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير، فيكون موقوفاً على افتكاكه عن القتل و الاسترقاق، فإن افتكك لزم، و إلا بطل البيع من أصله.

و يحتمل أن يكون البيع غير متزلزل، فيكون تلفه من المشتري في غير زمن الخيار؛ لوقوعه في ملكه، غايه الأمر أن كون المبيع عرضه لذلك عيب (١) يوجب الخيار مع الجهل، كالمبيع (٢) الأرمم إذا عمى، و المريض إذا مات بمرضه.

و يردّه: أن المبيع إذا كان متعلقاً لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازماً؛ لأدائه إلى سقوط حق الغير، فلا بدّ إما أن يبطل و إما أن يقع مراعىً، و قد عرفت أن مقتضى عدم استقلال البائع في ماله و مدخليه الغير فيه: وقوع بيعه مراعىً، لا باطلاً.

و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذي يخاف عليه من الموت، و الأرمم الذي يخاف عليه من العمى الموجب للانعقاد؛ فإنّ الخوف في المثالين لا يوجب نقصاناً في سلطنه المالك مانعاً عن (٣) نفوذ تملكه منجزاً، بخلاف تعلق حق الغير. اللهم إلا أن يقال (٤): إن

ص: ١٦٨

١-١ لم ترد «عيب» في «خ»، «م» و «ع».

٢-٢ كذا في النسخ، و كتب فوقه في «خ»: «كبيع خ»، و هذا هو الأنسب.

٣-٣ في «ف» و «خ»: من.

٤-٤ لم ترد «أن يقال» في غير «ف» و «ش»، لكن استدركت في «ن» و «ص».

تعلق حق المجنى عليه لا- يمنع من نفوذ تملكه منجزاً؛ لأنّ للبائع سلطنه مطلقه عليه (١)، وكذا للمشتري؛ ولذا يجوز (٢) التصرف لهما فيه (٣) من دون مراجعته ذي الحق، غايه الأمر أنّ له التسلّط على إزاله ملكهما (٤) ورفعه بالإتلاف أو التملك، وهذا لا يقتضى وقوع العقد مراعى و عدم استقرار الملك.

و بما ذكرنا ظهر الفرق بين حق المرتهن (٥) المانع من تصرف الغير و حق المجنى عليه الغير المانع فعلاً، غايه الأمر أنّه رافع (٦) شأنًا.

و كيف كان، فقد حكى عن الشيخ فى الخلاف البطلان، فإنّه قال فيما حكى عنه: إذا كان لرجل عبداً، فجنى (٧)، فباعه مولاه بغير إذن المجنى عليه، فإن كانت جنايته توجب القصاص فلا- يصحّ البيع، وإن كانت جنايته توجب الأرش صحّ إذا التزم مولاه الأرش. ثمّ استدللّ بأنّه إذا وجب عليه القود فلا يصحّ بيعه؛ لأنّه قد باع منه ما لا يملكه،

ص: ١٦٩

١-١ فى «ف»: سلطنه متعلّقه به.

٢-٢ فى غير «ف» و «ش»: «لا يجوز»، و شطب فى «ن»، «خ» و «ص» على كلمه «لا».

٣-٣ لم ترد «فيه» فى «ف» و «ش».

٤-٤ كذا فى «ص» و محتمل «ف»، و فى «ش»: «ملكه»، و فى سائر النسخ: «ملكها»، لكن صحّحت فى «ن» و «خ» بما أثبتناه.

٥-٥ فى غير «ش»: «الراهن»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٦-٦ فى مصحّحه «ص»: مانع.

٧-٧ كذا فى المصدر، و فى «ش» و مصحّحه «ن»: «جان»، و فى «ص»: «فجنى عليه»، و فى سائر النسخ: «مجنى عليه».

فإنه حق للمجنى عليه. و أما إذا وجب عليه الأرش صح؛ لأن رقبته سليمة، و الجنايه أرشها فقد التزمه السيد، فلا وجه يفسد البيع (١)، انتهى.

و قد حكى عن المختلف: أنه حكى عنه (٢) في كتاب الظهار:

التصريح بعدم بقاء ملك المولى على الجانى عمداً، حيث قال: إذا كان عبداً قد جنى جنايه فإنه لا يجزئ عتقه عن الكفاره، و إن كان خطأ جاز ذلك. و استدلل بإجماع الفرقه، فإنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً ينتقل ملكه إلى المجنى عليه، و إن كان خطأ فديه ما جناه على مولاه (٣)، انتهى.

و ربما يستظهر ذلك من عبارته الإسكافي المحكيه عنه فى الرهن، و هى: أن من شرط الرهن أن يكون الراهن (٤) مثبتاً لملكه إياه، غير خارج بارتداد أو استحقاق الرقبه بجنايته عن ملكه (٥)، انتهى.

و ربما يستظهر البطلان من عبارته الشرائع أيضاً فى كتاب القصاص، حيث قال: إنه (٦) إذا قتل العبد حرّاً عمداً فأعتقه مولاه صح، و لم يسقط القود، و لو قيل: لا يصح لنا يبطل حقّ الولى (٧) من

ص: ١٧٠

١-١) الخلاف ١١٧: ١١٨ ٣، كتاب البيوع، المسأله ١٩٨.

٢-٢) أى: عن الشيخ.

٣-٣) المختلف ٧: ٤٤٣، و راجع الخلاف ٤: ٥٤٦، كتاب الظهار، المسأله ٣٣.

٤-٤) كذا فى المصدر و نسخه بدل «ن» و «ش»، و فى سائر النسخ: الرهن.

٥-٥) المختلف ٥: ٤٢٢.

٦-٦) لم ترد «إنه» فى «ش» و المصدر.

٧-٧) كذا فى «ف»، «ن» و «ش»، و فى سائر النسخ: المولى.

الاسترقاق، كان حسناً. و كذا بيعه وهبته (١)، انتهى.

لكن يحتمل قوياً أن يكون مراده بالصحة: وقوعه لازماً غير متزلزل كوقوع العتق؛ لأنه الذى يبطل به حق الاسترقاق، دون وقوعه مراعى بافتكاكه عن القتل و الاسترقاق.

و كيف كان، فالظاهر من عبارته الخلاف الاستناد فى عدم الصحة إلى عدم الملك، و هو ممنوع؛ لأصالة بقاء ملكه، و لظهور (٢) لفظ «الاسترقاق» فى بعض الأخبار (٣) فى بقاء الملك. نعم، فى بعض الأخبار ما يدل على الخلاف (٤).

و يمكن أن يكون مراد الشيخ بالملك السلطنة عليه؛ فإنه ينتقل إلى المجنى عليه، و يكون عدم جواز بيعه من المولى مبيئاً على المنع عن بيع الفضولى المستلزم للمنع عن بيع كل ما يتعلق به حق الغير ينافيه السلطنة المطلقة من المشتري عليه، كما فى الرهن.

ص: ١٧١

١-١) الشرائع ٢٠٩:٤.

٢-٢) فى غير «ف»: و ظهور.

٣-٣) الوسائل ١٩:٧٣، الباب ٤١ من أبواب قصاص النفس.

٤-٤) الوسائل ١٩:٧٣، الباب ٤١ من أبواب قصاص النفس.

مسأله إذا جنى العبد خطأ صحَّ بيعه على المشهور،

بل فى شرح الصيمرى: أنه لا خلاف فى جواز بيع الجانى إذا كانت الجنايه خطأً أو شبه عمد، و يضمّن المولى أقلّ الأمرين من قيمته و ديه الجنايه، و لو امتنع كان للمجنّى عليه أو لولّيه انتزاعه، فيبطل البيع. و كذا لو كان المولى معسراً، فللمشترى الفسخ مع الجهاله لتزلزل ملكه ما لم يفده (١) المولى (٢)، انتهى.

و ظاهره أنه أراد نفي الخلاف عن الجواز قبل التزام السيد، إلا أنّ المحكّي عن السرائر (٣) و الخلاف (٤): أنه لا يجوز إلّا إذا فداه (٥) المولى أو

ص: ١٧٢

١-١ فى «م»، «ع»، «ص» و «ش»: لم يفد به.

٢-٢ غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٨٠.

٣-٣ السرائر ٣: ٣٥٨، و حكى ذلك عنه المحقّق التستري فى مقابيس الأنوار: ١٨٣.

٤-٤ حكاه المحقّق التستري فى مقابيس الأنوار: ١٨٣، و قال: إنّه مفهوم من كلامه فى الرهن، و راجع الخلاف ٣: ٢٣٥، كتاب الرهن المسأله ٢٨.

٥-٥ كذا فى «ف» و مصدّحه «ن»، و فى سائر النسخ: أفداه.

التزم بالفداء، لا أنه (١) إذا باع ضمن.

و الأوفق بالقواعد أن يقال بجواز البيع؛ لكونه ملكاً لمولاه، و تعلق حق الغير لا يمنع عن ذلك؛ لأنّ كون المبيع مال الغير لا يوجب بطلان البيع رأساً فضلاً عن تعلق حق الغير. و لعلّ ما عن الخلاف و السرائر مبنيّ على أصلهما من بطلان الفضولي و ما أشبهه من كلّ بيع يلزم من لزومه بطلان حق الغير، كما يومئ إليه استدلال الحلّي على بطلان البيع قبل التزامه و ضمانه: بأنّه قد تعلق (٢) برقبه العبد الجاني فلا يجوز إبطاله (٣). و مرجع هذا المذهب إلى أنّه لا واسطه بين لزوم البيع و بطلانه، فإذا صحّ البيع أبطل حق الغير.

و قد تقدّم غير مرّه: أنّه لا مانع من وقوع البيع مراعيّ بإجازه ذى الحقّ أو سقوط حقه، فإذا باع المولى فيما نحن فيه قبل أداء الدين أو أقلّ الأمرين على الخلاف وقع مراعيّ، فإنّ فداه المولى أو رضى المجنّي عليه بضمانه فذاك، و إلّا انتزعه المجنّي عليه من المشتري، و على هذا فلا يكون البيع موجباً لضمان البائع حقّ المجنّي عليه.

قال في كتاب الرهن من القواعد: و لا- يجبر السيّد على فداء الجاني و إن رهنه أو باعه، بل يتسلّط المجنّي عليه، فإن استوعب الجنايه قيمه بطل الرهن، و إلّا ففي المقابل (٤)، انتهى.

ص: ١٧٣

١- ١) في «ش»: إلّا أنّه.

٢- ٢) في «ص»: زياده: حقّ الغير.

٣- ٣) السرائر ٣: ٣٥٨.

٤- ٤) القواعد ١: ١٥٩.

لكن ظاهر العلامه فى غير هذا المقام و غيره هو أنّ البيع بنفسه التزام بالفداء. و لعلّ وجهه: أنّه يجب على المولى حيث تعلّق بالعبد و هو مالاً من أمواله، و فى يده (١) حقّ يتخيّر المولى فى نقله عنه إلى ذمّته، أن يوفى حقّ المجنى عليه إمّا من العين أو من ذمّته، فيجب عليه: إمّا تخلص العبد من المشتري بفسخ أو غيره، و إمّا أن يفديه من ماله، فإذا امتنع المشتري من ردّه و المفروض عدم سلطنه البائع على أخذه قهراً؛ للزوم الوفاء بالعقد و جبّ عليه دفع الفداء.

و يرد عليه: أنّ فداء العبد غير لازم قبل البيع، و يبعه ليس إتلافاً له حتّى يتعيّن عليه الفداء، و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضى إلّا رفع يده، لا رفع يد الغير، بل هذا أولى بعدم وجوب الفكّ من الرهن الذى تقدّم فى آخر مسألته الخدشه (٢) فى وجوب الفكّ على الراهن بعد بيعه؛ لتعلّق الدين هناك بالذمّه و تعلّق الحقّ هنا بالعين، فتأمل.

ثمّ إنّ المصرّح به فى التذكرة (٣) و المحكّي عن غيرها (٤): أنّ للمشتري فكّ العبد، و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

ص: ١٧٤

١-١) لم ترد «و فى يده» فى «ف».

٢-٢) فى «ف»: «الخلافا»، و راجع الصفحه ١٦٦.

٣-٣) التذكرة ١: ٤٦٥، ٤٦٦.

٤-٤) حكاه المحقّق التستري فى المقابس: ١٨٦ عن التحرير، و راجع التحرير ١: ١٦٥.

اشاره

فإنَّ الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة كما في جامع المقاصد (١)، وفي التذكرة: أنه إجماع (٢). وفي المبسوط: الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء و لا الطير في الهواء (٣). وفي الغنيه: أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدوراً عليه تحفظاً ممّا لا يمكن فيه ذلك، كالسمك في الماء و الطير في الهواء، فإنّ ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف (٤).

و استدللّ في التذكرة على ذلك بأنّه: «نهى النبيّ صلّى الله عليه و آله عن بيع الغرر» (٥)،

ص: ١٧٥

١-١) جامع المقاصد ١٠١:٤.

٢-٢) التذكرة ٤٦٦:١.

٣-٣) المبسوط ١٥٧:٢.

٤-٤) الغنيه: ٢١١.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٣٠، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

و هذا غرراً (١)، و النهى هنا يوجب الفساد إجماعاً، على الظاهر المصرح به في موضع من الإيضاح (٢)، و اشتهار الخبر بين الخاصه و العامه يجبر إرساله.

أمّا كون ما نحن فيه غرراً فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء (٣) و أهل اللغه (٤)، حيث مثّلوا للغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء؛ مع أنّ معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغه صادق عليه، و المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر» (٥).

[معنى الغرر لغه]

و في الصحاح: الغرّه: الغفله، و الغاز: الغافل، و أغرّه، أي: أتاه على غرّه منه، و اغترّ بالشىء، أي: خدع به (٦)، و الغرر: الخطر، و نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله عن بيع الغرر؛ و هو مثل بيع السمك في الماء

ص: ١٧٦

١-١) التذكرة ١:٤٦٦.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

٣-٣) راجع الوسيله: ٢٤٥، ٢٤٦، و السرائر ٢:٣٢٣، ٣:٢٢٤، و الجامع للشرائع: ٢٥٥، و التذكرة ١:٤٨٥، و غيرها.

٤-٤) كما في الصحاح ٢:٧٦٨، مادّه «غرر»، و مجمع البحرين ٣:٤٢٣، مادّه «غرر» أيضاً.

٥-٥) لم نعثر عليه في كتب الأصول و الفروع، نعم نقله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٨٧، بلفظ: و روى ابن أبي المكارم الفقهى عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أنّ الغرر عمل ما لا يؤمن معه الضرر».

٦-٦) في «ف»: أغرّه بالشىء، أي: خدعه به.

و الطير في الهواء إلى أن قال: و التغير: حمل النفس على الغرر (١)، انتهى.

و عن القاموس ما ملخصه: غرّه غرّاً و غروراً و غرّة بالكسر-، فهو مغرورٌ و غريرٌ كأمير (٢)-: خدعه و أطمعه في الباطل (٣) إلى أن قال:

غرّر بنفسه تغريراً و تغرّة، أي: عرّضها للهلكه، و الإسم العرّر محرّكه إلى أن قال: و الغازر: الغافل، و اغترّ: غفل، و الإسم العرّه بالكسر (٤)، انتهى.

و عن النهايه بعد تفسير العرّه بالكسر بالغفله: أنّه نهى عن بيع العرر، و هو ما كان له ظاهرٌ يغرّ المشتري، و باطنٌ مجهول. و قال الأزهرى: بيع الغرر ما كان على غير عهدٍ و لا ثقّه، و يدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول، و قد تكرر في الحديث، و منه حديث مطرف: «إنّ لى نفساً واحده، و إنّى لأ-كره أن اغرّر بها»، أي أحملها على غير ثقّه، و به سمى الشيطان غروراً؛ لأنّه يحمل الإنسان على محابّه، و وراء ذلك ما يسوؤه (٥)، انتهى.

و قد حكى أيضاً عن الأساس (٦) و المصباح (٧) و المغرب (٨) و المجمل (٩)

ص: ١٧٧

١- ١) الصحاح ٧٦٨: ٢، ٧٦٩، مادّه «غرر»، و فيه: و اغترّه: أى أتاه.

٢- ٢) كلمه «كأمير» من «ش» و المصدر.

٣- ٣) فى «ص» و المصدر: بالباطل.

٤- ٤) القاموس المحيط ١٠٠: ٢، ١٠١، مادّه «غرّه».

٥- ٥) النهايه (لابن الأثير) ٣٥٥: ٣، ٣٥٦، مادّه «غرر».

٦- ٦) أساس البلاغه: ٣٢٢، مادّه «غرر».

٧- ٧) المصباح المنير: ٤٤٥، مادّه «الغرّه».

٨- ٨) المغرب: ٣٣٨.

٩- ٩) مجمل اللغة (لابن فارس): ٥٣٢، مادّه «غرر».

والمجمع (١) تفسير الغرر بالخطر، ممثلاً له في الثلاثة الأخيره ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

و في التذكرة: أنّ أهل اللغة فسروا بيع الغرر بهذين (٢)، و مراده من التفسير التوضيح بالمثل، و ليس في المحكي عن النهايه منافاة لهذا التفسير، كما يظهر بالتأمل.

و بالجمله، فالكل متفقون على أخذ «الجهالة» في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده، أم بحصوله في يد من انتقل إليه، أم بصفاته كمّاً و كيفاً (٣).

و ربما يقال (٤): إنّ المنساق من الغرر المنهى عنه: الخطر، من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره، لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه؛ ضرورة حصوله في بيع كل غائب، خصوصاً إذا كان في بحرٍ و نحوه، بل هو أوضح شيء في بيع الثمار و الزرع و نحوهما.

و الحاصل: أنّ من الواضح عدم لزوم المخاطره في مبيع مجهول الحال بالنسبه إلى التسلم و عدمه، خصوصاً بعد جبره بالخيار لو تعدّر.

و فيه: أنّ الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشتري أعظم

ص: ١٧٨

١- ١) لم نعثر فيه على التصريح به، نعم فيه ما يفيد ذلك، انظر مجمع البحرين ٣: ٤٢٣، مادّه «غرر»، و حكاها عنه و عمّا تقدّم صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٢: ٣٨٦.

٢- ٢) التذكرة ١: ٤٦٦، و فيه: و فسّر بأنه بيع السمك في الماء و الطير في الهواء.

٣- ٣) في «ش»: أو كيفاً.

٤- ٤) قاله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٨٨.

من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله، فلا- وجه لتقييد كلام أهل اللغة خصوصاً بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين. و احتمال إرادتهم ذكر المثالين لجهاله صفات المبيع لا- الجهل بحصوله في يده، يدفعه ملاحظه اشتهاار التمثيل بهما في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهاله بالصفات.

[الاستدلال الفريقيين بالنبوي المذكور على شرطيه القدره]

اشاره

هذا، مضافاً إلى استدلال الفريقيين من العامه و الخاصه بالنبوي المذكور على اعتبار القدره على التسليم، كما يظهر من الانتصار، حيث قال فيما حكى عنه: و مما انفردت به الإماميه القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمه، و لا يشتري وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري (١)، و خالف باقي الفقهاء في ذلك و ذهبوا إلى أنه لا- يجوز بيع الآبق على كل حال إلى أن قال: و يعول مخالفتنا في منع بيعه على أنه بيع غرر، و أنّ نبينا صلى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر إلى أن قال:

و هذا ليس بصحيح؛ لأنّ هذا البيع يخرج عن أن يكون غرراً؛ انضمام (٢) غيره إليه (٣)، انتهى.

و هو صريح في استدلال جميع العامه بالنبوي على اشتراط القدره على التسليم. و الظاهر اتفاق أصحابنا أيضاً على الاستدلال به له (٤)، كما يظهر للمتتبع، و سيجيء في عبارته الشهيد التصريح به.

و كيف كان، فالدعوى المذكوره مما لا يساعدها اللغه و لا العرف

ص: ١٧٩

١-١) عبارته «و لا يشتري إلى المشتري» من «ش» و المصدر.

٢-٢) كذا في «ش» و نسخه بدل «ص»، و في سائر النسخ و المصدر: لانضمام.

٣-٣) الانتصار: ٢٠٩.

٤-٤) له «من «خ»، و استدركت في «ن»، «م» و «ع» أيضاً.

[كلام الشهيد في القواعد في تفسير الغرر]

و ما أبعد ما بينه و بين ما عن قواعد الشهيد قدّس سرّه، حيث قال:

الغرر [لغته (١)] ما كان له ظاهرٌ محبوبٌ و باطنٌ مكروه، قاله بعضهم، و منه قوله تعالى **مَتَاعُ الْغُرُورِ (٢)**، و شرعاً هو جهل الحصول. و أمّا المجهول المعلوم الحصول (٣) و مجهول الصفة فليس غرراً. و بينهما عمومٌ و خصوصٌ من وجه، لوجود الغرر بدون الجهل في العبد الآبق إذا كان معلوم الصفة من قبل أو وُصف (٤) الآن، و وجود الجهل بدون الغرر في المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر. و قد يتوغّل في الجهالة، كحجرٍ لا يُدرى أ ذهبٌ، أم فضةٌ، أم نحاسٌ، أم صخرٌ، و يوجدان معاً في العبد الآبق المجهول الصفة. و يتعلّق الغرر و الجهل تارةً بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود (٥)، و تارةً بالحصول كالعبد الآبق المعلوم الوجود، و بالجنس كحَبٍّ لا يُدرى ما هو، و سلعه من سلعٍ مختلفه، و بالنوع كعبدٍ من عبيدٍ، و بالقدر ككيلٍ لا يعرف قدره و البيع إلى مبلغ السهم، و بالعين كثوبٍ من ثوبين مختلفين، و بالبقاء كبيع الثمره قبل بدو الصلاح

ص: ١٨٠

١- ١) ما بين المعقوفتين من المصدر، و استدركت في «ن» و «ص» أيضاً.

٢- ٢) آل عمران: ١٨٥، و الحديد: ٢٠.

٣- ٣) عبارته «و أمّا المجهول المعلوم الحصول» لم ترد في «ش»، و الموجود في المصدر بعد قوله: «و شرعاً هو جهل الحصول»، هكذا: «و أمّا المجهول، فمعلوم الحصول مجهول الصفة، و بينهما عموم و خصوص من وجه».

٤- ٤) في المصدر: أو بالوصف.

٥- ٥) لم ترد «الوجود» في «ف».

عند بعض الأصحاب. و لو اشترط أن يبدو الصلاح لا محاله كان غرراً عند الكل، كما لو شرط صيروره الزرع سنبلاً. و الغرر قد يكون بما له مدخل ظاهر في العوضين و هو ممتنع إجماعاً. و قد يكون بما يتسامح به عادة لقلته، كأسّ الجدار و قطن الجبّه، و هو معفو عنه إجماعاً، و نحوه اشتراط الحمل. و قد يكون (١) بينهما، و هو محلّ الخلاف، كالجزاف في مال الإجاره و المضاربه، و الثمره قبل بدوّ الصلاح، و الآبق بغير ضميمه (٢)، انتهى (٣).

[كلام الشهيد في شرح الإرشاد في تفسير الغرر]

و في بعض كلامه تأمّل، ككلامه الآخر في شرح الإرشاد، حيث ذكر في مسأله تعيين الأثمان بالتعيين (٤) عندنا قالوا يعنى المخالفين من العامه -: تعيينها (٥) غرر، فيكون منهياً عنه. أمّا الصغرى، فلجواز عدمها أو ظهورها مستحقّه فينسخ البيع. و أمّا الكبرى، فظاهره إلى أن قال: قلنا: نمنع الصغرى؛ لأنّ الغرر إجمال (٦) مجتنب عنه في العرف بحيث لو تركه وبيخ عليه، و ما ذكره (٧) لا يخطر ببال فضلاً عن اللوم

ص: ١٨١

١-١) في «ش» و مصحّحه «ن» زياده: مرّداً.

٢-٢) كذا في المصدر، و في «ش»: «لغير ضميمه»، و في «ص»: «قبل الضميمه»، و في سائر النسخ: مع الضميمه.

٣-٣) القواعد و الفوائد ١٣٧: ٢، ١٣٨، القاعده ١٩٩.

٤-٤) في «ش» زياده: الشخصى.

٥-٥) في النسخ: «تعيّنها»، و ما أثبتناه من المصدر و مصحّحه «ن».

٦-٦) كذا في المصدر و «ف» و نسخه بدل «ن»، و في سائر النسخ: احتمال.

٧-٧) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: و ما ذكره.

عليه (١)، انتهى.

[المناقشه فيما أفاده الشهيد فى شرح الإرشاد]

فإن مقتضاه: أنه لو اشترى الآبق أو الضالَّ المرجوَّ الحصول بثمنٍ قليل، لم يكن غرراً؛ لأنَّ العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاءً للنفع الكثير. وكذا لو اشترى المجهول المرذود بين ذهبٍ و نحاسٍ بقيمه النحاس؛ بناءً على المعروف من تحقُّق الغرر بالجهل بالصفه. وكذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه؛ فإنَّ ذلك كله مرغوب فيه عند العقلاء، بل يوبخون من عدل عنه اعتذاراً بكونه خطراً.

فالأولى: أنَّ هذا النهى من الشارع لسدِّ باب المخاطره المفضيه إلى التنازع فى المعاملات، و ليس منوطاً بالنهى من العقلاء ليخصَّ مورده بالسفهاء أو المتسفه.

ثمَّ إنَّه قد حكى عن الصدوق فى معانى الأخبار: تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفه فى الجاهليه كبيع المنابذه و الملامسه و بيع الحصاه بكونها غرراً (٢)، مع أنَّه لا جهاله فى بعضها كبيع المنابذه؛ بناءً على ما فسره به (٣) من أنَّه قول أحدهما لصاحبه: أنبذ إلى الثوب أو أنبذه إليك فقد وجب البيع، و بيع الحصاه بأن يقول: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البيع. و لعله كان على وجه خاصٍّ يكون فيه خطر (٤)، و الله العالم.

ص: ١٨٢

١- ١) غايه المراد: ٩٣.

٢- ٢) معانى الأخبار: ٢٧٨.

٣- ٣) فى «ش»: فسره به.

٤- ٤) فى «ف»: يكون خطراً.

و كيف كان، فلا إشكال في صحه التمسك لاعتبار قدره على التسليم بالنبوي المذكور، إلا أنه أخص من المدعى؛ لأن ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق في بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس في بيعه خطر؛ لأن الخطر إنما يطلق في مقام يحتمل السلامه و لو ضعيفاً، لكن هذا الفرد يكفي في الاستدلال على بطلانه بلزوم (١) لسفاهه و كون أكل الثمن في مقابله أكلاً للمال بالباطل، بل لا يعد مالاً عرفاً و إن كان ملكاً، فيصح عتقه، و يكون لمالكة لو فرض التمكّن منه، إلا أنه لا ينافي سلب صفه التمول عنه عرفاً؛ و لذا يجب على غاصبه ردّ تمام قيمته إلى المالك، فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور.

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخرى:

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

(٢)

بناءً على أن «كونه عنده» لا يراد به الحضور؛ لجواز بيع الغائب و السلف إجماعاً، فهي كناية، لا (٣) عن مجرد الملك؛ لأن المناسب حينئذٍ ذكر لفظه «اللام»، و لا عن مجرد السلطنة عليه و القدره على تسليمه؛ لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصه و العامه [به (٤)] على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكة، خصوصاً إذا

ص: ١٨٣

١- (١) في مصححه «ن»: لزوم.

٢- (٢) سنن البيهقي ٣١٧، ٢٦٧: ٥ و ٣٣٩، و يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢: ٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١٢.

٣- (٣) كلمه «لا» من «ف» و «ش»، و استدركت في أكثر النسخ.

٤- (٤) الزيادة اقتضاها السياق.

كان وكيلاً عنه في بيعه و لو من نفسه؛ فإنَّ السلطنة و القدره على التسليم حاصله هنا، مع أنه مورد الروايه عند الفقهاء.

فتعيّن أن يكون كناية عن السلطنة التامه الفعلية التي تتوقّف على الملك مع كونه تحت اليد حتّى كأنه عنده و إن كان غائباً.

و على أيّ حال، فلا بدّ من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلّته، أو بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

و كيف كان، فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن.

و أمّا الإيراد عليه بدعوى: أنّ المراد به الإشاره إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنه، من بيع الشيء الغير المملوك ثمّ تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه إلى المشتري، فمدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد، و ليس في الأخبار المتضمّنه لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ غايه ما يدلّ عليه هذا النبويّ بل النبويّ الأوّل أيضاً: فساد البيع، بمعنى عدم كونه علّه تامّه لترتب الأثر المقصود، فلا ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفه الغرر و تحقّق كونه عنده.

و لو أبيت إلّا عن ظهور النبويين في الفساد بمعنى لغويّه العقد رأساً المنافيه لوقوعه مراعى، دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر، و بين إخراج بيع الرهن، و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجاني عمداً و بيع المحجور لرقاً أو سفهٍ أو فلس، فإنّ البائع في هذه الموارد عاجز شرعاً عن التسليم، و لا رجحان لهذه التخصيصات، فحيثنّ لا مانع عن التزام وقوع بيع كلّ ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى

بالتمكن منه في زمانٍ لا يفوت الانتفاع المعتدّ به.

وقد صرح الشهيد في اللمعه بجواز بيع الضالّ و المجهود من غير إباقٍ مراعىً بإمكان التسليم (١)، و احتمله في التذكرة (٢).

لكنّ الإنصاف: أنّ الظاهر من حال الفقهاء اتّفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأساً، كما عرفت من الإيضاح (٣).

و منها: أنّ لازم العقد وجوب تسليم كلّ من المتبايعين العوضين إلى صاحبه،

فيجب أن يكون مقدوراً؛ لاستحاله التكليف بالمتنع (٤).

و يضعّف بأنّه إن أُريد أنّ لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً، منعنا الملازمه، و إن أُريد مطلق وجوبه، فلا ينافى كونه مشروطاً بالتمكن، كما لو تجدد العجز بعد العقد.

وقد يعترض بأصالة عدم تقيّد الوجوب، ثمّ يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط. و في الاعتراض و المعارضه نظر واضح، فافهم.

و منها: أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ منهما بما يصير إليه،

و لا يتمّ إلّا بالتسليم.

و يضعّفه: منع توقّف مطلق الانتفاع على التسليم، بل منع عدم كون الغرض منه إلّا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

ص: ١٨٥

١- (١) اللمعه الدمشقيه: ١١١.

٢- (٢) التذكرة ١: ٤٦٦.

٣- (٣) تقدّم في الصفحه ١٧٦.

٤- (٤) في «ش»: الممتنع.

و منها: أن بذل الثمن على غير المقدور سفه،

فيكون ممنوعاً و أكله أكلاً بالباطل.

و فيه: أن بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفهاً، بل تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض (١) سفه، فافهم.

[هل قدره شرط أو العجز مانع]

إشاره

ثم إن ظاهر معاهد الإجماعات كما عرفت كون القدره شرطاً، كما هو كذلك في التكاليف، و قد أكد الشرطيه في عباره الغنيه المتقدمه (٢)، حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم، فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط. و مع ذلك كله

[المناقشه فيما استظهره صاحب الجواهر]

فقد استظهر بعض (٣) من تلك العبارة:

أن العجز مانع، لا أن القدره شرط. قال: و يظهر الثمره في موضع الشك، ثم ذكر اختلاف الأصحاب في مسأله الضالّ و الضالّه، و جعله دليلاً على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقّق العجز.

و فيه مع (٤) ما عرفت من أن صريح معاهد الإجماع، خصوصاً عباره الغنيه المتأكده بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء، هي شرطيه القدره: - أن العجز أمرٌ عدميٌّ؛ لأنه عدم القدره عمّن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر، فكيف يكون مانعاً؟ مع أن المانع هو الأمر الوجودي الذي يلزم من وجوده العدم؟ ثم لو سلّم صحّه إطلاق «المانع» عليه لا ثمره فيه، لا في صوره الشك الموضوعي أو الحكمي،

ص: ١٨٦

١-١) في «ف»: المعوض.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ١٧٥.

٣-٣) استظهره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٣٨٥.

٤-٤) لم ترد «مع» في غير «ف»، إلّا أنّها استدركت في «ن» و «خ».

ولا- في غيرهما؛ فإننا إذا شككنا في تحقق القدره و العجز مع سبق القدره فالأصل بقاؤها، أو لا معه فالأصل عدمها أعنى العجز سواء جعل القدره شرطاً أو العجز مانعاً، وإذا شككنا في أنّ الخارج عن عمومات الصّحّه هو العجز المستمرّ أو العجز في الجملة أو شككنا في أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسّر كما حكى (١) أم خصوص التعذّر، فاللازم التمسك بعمومات الصّحّه من غير فرق بين تسميه القدره شرطاً أو العجز مانعاً.

و الحاصل: أنّ التردّد بين شرطية الشيء و مانعيه مقابله إنّما يصحّ و يثمر في الضدّين مثل الفسق و العداله، لا فيما نحن فيه و شبهه كالعلم و الجهل. و أمّا اختلاف الأصحاب في مسأله الضالّ و الضالّه فليس لشكّ المالك في القدره و العجز، و مبيئاً على كون القدره شرطاً أو العجز مانعاً كما يظهر من أدلّتهم على الصّحّه و الفساد بل لما سيجيء عند التعرّض لحكمها (٢).

[العبره بالقدره في زمان الاستحقاق]

ثمّ إنّ العبره في الشرط المذكور إنّما هو في زمان استحقاق التسليم، فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم؛ كما لا- يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد. و يتفرّع على ذلك: عدم اعتبارها أصلاً إذا كانت العين في يد المشتري، و فيما لم (٣) يعتبر التسليم فيه رأساً، كما إذا اشترى من ينعق عليه، فإنّه ينعق

ص: ١٨٧

١-١) لم نقف عليه.

٢-٢) يجيء في الصفحه ١٩٨.

٣-٣) في «ف» بدل «و فيما لم»: أو لم.

بمجرد الشراء و لا سبيل لأحدٍ عليه. و فيما إذا لم يستحقّ التسليم بمجرد العقد، إمّا لاشتراط تأخيره مدّه، و إمّا لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولاً؛ فإنّه لا يستحقّ التسليم إلّا بعد إجازة المالك، فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها. لكن يشكل على الكشف، من حيث أنّه لازمٌ من طرف الأصيل، فيتحقّق الغرر بالنسبه إليه إذا انتقل إليه ما لا (١) يقدر على تحصيله. نعم، هو حسنٌ في الفضولى من الطرفين.

و مثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه. بل و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم؛ لأنّ تأثير العقد قبل التسليم فى المجلس موقوف على تحقّقه فلا يلزم غررٌ. و لو تعذّر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذّر الشرط، و من المعلوم: أنّ تعذّر الشرط المتأخّر حال العقد غير قادح، بل لا يقدح العلم بتعذّره فيما بعده فى تأثير العقد إذا اتّفق حصوله، فإنّ الشروط المتأخّره لا يجب إحرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فيما بعد.

و الحاصل: أنّ تعذّر التسليم مانعٌ فى بيعٍ يكون التسليم من أحكامه، لا من شروط تأثيره. و السرّ فيه: أنّ التسليم فيه جزء الناقل، فلا يلزم غررٌ من تعلقه بغير المقدور.

و بعباره اخرى: الاعتبار بالقدره على التسليم بعد تمام الناقل (٢)، و لهذا لا يقدح كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدد القدره بعده، و المفروض أنّ المبيع بعد تحقّق الجزء الأخير من الناقل و هو القبض -

ص: ١٨٨

١- ١) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: ما لم.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «خ» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ و نسخه بدل «خ»: النقل.

حاصلٌ في يد المشتري؛ فالقبض مثل الإجازة بناءً على النقل، وأولى منها بناءً على الكشف.

و كذلك الكلام في عقد الرهن، فإنَّ اشتراط القدره على التسليم فيه بناءً على اشتراط القبض إنّما هو من حيث اشتراط القبض، فلا يجب (1) إحرازه حين الرهن و لا- العلم بتحقيقه بعده، فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره، و سيجيء الكلام في باب الرهن.

اللهمّ إله أن يقال: إنّ المنفَى في النبويّ (2) هو كلّ معامله تكون بحسب العرف غرراً، فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوضٍ مجهولٍ قبل القبض أو غير مقدورٍ، غرراً عرفاً؛ لأنَّ اشتراط القبض في نقل العوضين شرعيٌّ لا عرفيٌّ، فيصدق الغرر و الخطر عرفاً و إن لم يتحقّق شرعاً؛ إذ قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر، لكن النهي و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفاً.

و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه. اللهمّ إله أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر (3) المعامله شرعاً على وجه لا يلزم منه خطر، فإنَّ العرف إذا اطلعوا على انعتاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلاً، و هكذا.. فالمناط صدق الغرر عرفاً بعد ملاحظه الآثار الشرعيّه للمعامله، فتأمل.

ص: ١٨٩

١- ١) في نسخه بدل «ف»: فلا يعتبر.

٢- ٢) المتقدّم في الصفحه ١٧٥.

٣- ٣) في «ف»: أمر.

ثم إنَّ الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلَّا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني، حيث حكى عنه أنه قال في إيضاح النافع:

إنَّ القدره على التسليم من مصالح المشتري فقط، لا أنَّها شرطٌ في أصل صحَّه البيع، فلو قدر على التسلم صحَّ البيع وإن لم يكن البائع قادراً عليه، بل لو رضى بالابتاع مع علمه بعدم تمكُّن البائع من (١) التسليم جاز و ينتقل إليه، ولا يرجع على البائع؛ لعدم القدره إذا كان البيع على ذلك مع العلم، فيصحَّ بيع المغصوب و نحوه. نعم، إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يُقبض عرفاً لم يصحَّ المعاوضه عليه بالبيع؛ لأنَّه في معنى أكل مالٍ بالباطل، و ربما احتمل إمكان المصالحه عليه. و من هنا يعلم: أنَّ قوله يعنى المحقق في النافع -: «لو باع الآبق منفرداً لم يصحَّ»، إنَّما هو مع عدم رضا المشتري، أو مع عدم علمه، أو كونه بحيث لا يتمكَّن منه عرفاً، و لو أراد غير ذلك فهو غير مسلم (٢)، انتهى.

و فيه: ما عرفت من الإجماع، و لزوم الغرر الغير المندفع بعلم المشتري؛ لأنَّ الشارع نهى عن الإقدام عليه، إلَّا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعه، فيبطل في موضع تحقُّقه، و هو عند جهل المشتري. و فيه ما فيه.

[القدره على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلي هو التسلم]

ثم إنَّ الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين (٣) -: أنَّ القدره على التسليم ليست مقصوده بالاشتراط إلَّا بالتبع، و إنَّما المقصد الأصلي هو

ص: ١٩٠

١- ١) في «ف» بدل «من»: على.

٢- ٢) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٢٤.

٣- ٣) و هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٧٥.

التسليم، و من هنا لو كان المشتري قادراً دون البائع كفى في الصحه، كما عن الإسكافي (١) و العلامه (٢) و كاشف الرموز (٣) و الشهيد (٤) و المحقق الثاني (٥).

و عن ظاهر الانتصار: أن صحه بيع الآبق على من يقدر على تسلمه ممّا انفردت به الإماميه (٦)، و هو المتجه؛ لأنّ ظاهر معاهد الإجماع بضميمه التتبع في كلماتهم و في استدلالهم (٧) بالغرر و غيره مختصّ بغير ذلك.

و منه يعلم أيضاً: أنه (٨) لو لم يقدر أحدهما على التحصيل، لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم، كما لو اعتاد الطائر العود صحّ (٩)؛ وفاقاً للفاضلين (١٠) و الشهيدين (١١) و المحقق

ص: ١٩١

١- (١) حكاه عنه العلامه في التحرير ١:١٦٥، و المختلف ٥:٢١٦.

٢- (٢) المختلف ٥:٢١٦.

٣- (٣) حكاه عنه السيد بحر العلوم الطبائى فى المصاييح (مخطوط): ٩٧، و لكن لم نعر على المحكى عنه، انظر كشف الرموز ١:٤٥٣، و المسالك ٣:١٧٢، و الروضه البهيّه ٣:٢٥٠.

٤- (٤) اللعه الدمشقيه: ١١١، و الدروس ٣:٢٠٠.

٥- (٥) جامع المقاصد ٤:١٠٠ و ١٠٢.

٦- (٦) حكاه عن ظاهره السيد الطبائى فى الرياض ١:٥١٩، و راجع الانتصار: ٢٠٩.

٧- (٧) كذا فى «ف»، و فى سائر النسخ: و استدلالاتهم.

٨- (٨) فى «ف» بدل «أنه»: الجواز.

٩- (٩) لم ترد «صحّ» فى «ف».

١٠- (١٠) الشرائع ٢:١٧، و القواعد ١:١٢٥، و التذكره ١:٤٦٦.

١١- (١١) اللعه الدمشقيه: ١١١، و الدروس ٣:١٩٩، و الروضه البهيّه ٣:٢٤٩، و المسالك ٣:١٧٣.

الثانى (١) و غيرهم (٢).

نعم، عن نهايه الاحكام: احتمال العدم، بسبب انتفاء القدره فى الحال على التسليم، و أنّ عود الطائر غير موثوق به، إذ ليس له عقلٌ باعث (٣).

و فيه: أنّ العاده باعته كالعقل، مع أنّ الكلام على تقدير الوثوق.

و لو لم يقدر (٤) على التحصيل و تعذر عليهما إلّا بعد مدّه مقدّره عادةً و كانت ممّا لا يتسامح فيه كسنه أو أزيد، ففى بطلان البيع؛ لظاهر الإجماعات المحكيه (٥)، و لثبوت الغرر، أو صحته؛ لأنّ ظاهر معقد الإجماع التعذر رأساً؛ و لذا حكم مدّعيه بالصحة هنا، و الغرر منفى مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدّه، كما إذا اشترط تأخير التسليم مدّه، و جهان، بل قولان، تردّد فيهما فى الشرائع، ثمّ قوى الصحه (٦)، و تبعه فى محكيّ التحرير (٧) و المسالك (٨) و الكفايه (٩) و غيرها (١٠).

ص: ١٩٢

-
- ١-١) جامع المقاصد ٩٢:٤.
 - ٢-٢) مثل المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده ١٧٤:٨، و السبزواري فى الكفايه: ٩٠، و الكاشانى فى مفاتيح الشرائع ٥٨:٣ و غيرهم.
 - ٣-٣) نهايه الاحكام ٤٨١:٢.
 - ٤-٤) فى «ف»، «م» و «ش»: لم يقدر.
 - ٥-٥) تقدّمت فى صدر المسأله، الصفحه ١٧٥.
 - ٦-٦) الشرائع ١٧:٢.
 - ٧-٧) التحرير ١٦٥:١.
 - ٨-٨) المسالك ١٧٤:٣.
 - ٩-٩) كفايه الأحكام: ٩٠.
 - ١٠-١٠) مثل الصيمرى فى غايه المرام (مخطوط) ٢٨٠:١، و السيّد بحر العلوم فى المصابيح (مخطوط): ١٠٥، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٧١:٤.

نعم، للمشتري الخيار مع جهله بفوات منفعه الملك عليه مدّة.

و لو كان مدّة التعذّر غير مضبوطة عادةً كالعبد المُنفذ إلى [ال]-هند لحاجه (١) لا يعلم زمان قضائها ففي الصحّح إشكال: من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلّقه المعتدّه بالأقراء؛ لجهاله وقت تسليم العين. و قد تقدّم بعض الكلام فيه في بيع الواقف للوقف المنقطع (٢).

ثم إن الشرط هي القدره المعلومه للمتبايعين؛

لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدره الواقعيه.

و لو باع ما يعتقد التمكّن (٣) فتبين عجزه في زمان البيع و تجددّها بعد ذلك، صحّح، و لو لم يتجدّد بطل. و المعتمد هو الوثوق، فلا يكفي مطلق الظنّ و لا يعتبر اليقين.

[هل العبره بقدره الموكل أو الوكيل]

ثم لا إشكال في اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكا، لا ما إذا كان وكيلا في مجرد العقد؛ فإنه لا عبره بقدرته كما لا عبره بعلمه.

و أما لو كان وكيلا في البيع و لوازمه بحيث يعدّ الموكل أجنبيًا عن هذه المعامله. فلا إشكال في كفايه قدرته. و هل يكفي قدره الموكل؟ الظاهر نعم، مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك.

و ربّما قيّد (٤) الحكم بالكفايه بما إذا رضی المشتري بتسليم الموكل (٥)

ص: ١٩٣

١-١) كذا في «ف»، و في سائر النسخ: لأجل حاجه.

٢-٢) راجع الصفحه ١٩٢، هذا و لم يذكر الوجه الثاني.

٣-٣) في «ن» زياده: منه، استدراكًا.

٤-٤) قيده صاحب الجواهر قدّس سرّه.

٥-٥) كذا في «ص» و «ش»، و في غيرهما: الوكيل، إلّا أنّها صحّحت في «خ» و «ن» بما أثبتناه.

و رضى المالك (١) برجوع المشتري عليه، و فرّع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى؛ لأنّ التسليم المعتبر من العاقد غير ممكن قبل الإجازة، و قدره المالك إنّما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضى بها حال البيع؛ لأنّ بيع المأذون لا يكفى فيه قدره الأذن مطلقاً، بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقّق فى الفضولى. و البناء على القدره الواقعيّه باطل؛ إذ الشرط هى القدره المعلومه دون الواقعيّه إلى أن قال: و الحاصل: أنّ القدره قبل الإجازة لم توجد، و بعدها إن وجدت لم تنفع.

ثمّ قال:

لا- يقال: إنّه قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك و أنّه لا يخرج عن رأيه، فيتحقّق له بذلك القدره على التسليم حال العقد؛ لأنّ هذا الفرض يُخرج الفضولى عن كونه فضولياً؛ لمصاحبه الإذن للبيع، غايه الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال، و هما من أنواع الإذن، فلا- يكون فضولياً و لا- يتوقّف صحّته على الإجازة، و لو سلّمنا بقاءه على الصّفه فمعلومٌ أنّ القائلين بصحّته الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض (٢).

و فيما ذكره من مبنى مسأله الفضولى، ثمّ فى تفرّيع الفضولى، ثمّ فى الاعتراض الذى ذكره، ثمّ فى الجواب عنه أولاً- و ثانياً، تأمّل، بل نظّر، فتدبّر.

ص: ١٩٤

١- ١) فى نسخه بدل «ص»: الموكل.

٢- ٢) إلى هنا انتهى كلام صاحب الجواهر فى الجواهر ٣٩٢: ٢٢ ٣٩٣.

مسأله لا يجوز بيع الآبق منفرداً

على المشهور بين علمائنا كما في التذكرة (١)، بل إجماعاً كما عن الخلاف (٢) والغنية (٣) والرياض (٤)، و بلا خلافٍ كما عن كشف الرموز (٥)؛ لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزله (٦) التالف، و مع احتمال بيعه غررٍ منقًى إجماعاً نصاً (٧) و فتوى.

خلافاً لما حكاه في التذكرة عن بعض علمائنا (٨)، و لعلّه الإسكافي؛ حيث إن المحكى عنه: أنه لا يجوز أن يشتري الآبق وحده، إلّا إذا كان بحيث يقدر عليه المشتري أو يضمّنه البائع (٩)، انتهى.

ص: ١٩٥

- ١-١) التذكرة ٤٦٦:١.
- ٢-٢) الخلاف ١٦٨:٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٧٤.
- ٣-٣) الغنية: ٢١١ ٢١٢.
- ٤-٤) الرياض ٥١٩:١.
- ٥-٥) كشف الرموز ٤٥٣:١.
- ٦-٦) في «ف» زياده: بيع.
- ٧-٧) تقدّم في الصفحه ١٧٥.
- ٨-٨) التذكرة ٤٦٦:١.
- ٩-٩) حكاه عنه في المختلف ٢١٦:٥.

وقد تقدّم عن الفاضل القطيفي في إيضاح النافع: منع اشتراط القدره على التسليم. وقد عرفت ضعفه (١).

لكن يمكن أن يقال بالصحة في خصوص الآبق؛ لحصول الانتفاع به بالعتق، خصوصاً مع تقييد الإسكافي بصورة ضمان البائع، فإنه يندفع به الغرر عرفاً، لكن سيأتي ما فيه (٢).

فالعمده الانتفاع بعنقه، وله وجهٌ لولا النصّ الآتي (٣) والإجماعات المتقدّمه، مع أنّ قابليته المبيع لبعض الانتفاعات لا تخرجه عن الغرر.

و كما لا يجوز جعله مثنياً، لا يجوز جعله منفرداً مثنياً؛ لاشتراكهما في الأدلّه.

وقد تردّد في اللعنه في جعله مثنياً بعد الجزم بمنع جعله مثنياً، وإن قُرب أخيراً المنع منفرداً (٤). ولعلّ الوجه: الاستناد في المنع عن جعله مثنياً إلى النصّ والإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالمثمن، دون نفي الغرر، الممكن منعه بجواز الانتفاع به في العتق. ويؤيده: حكمه بجواز بيع الضالّ والمجحود، مع خفاء الفرق بينهما وبين الآبق في عدم القدره على التسليم.

و نظير ذلك ما في التذكرة، حيث ادّعى أولاً الإجماع على اشتراط القدره على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر، ثمّ قال: والمشهور

ص: ١٩٦

١-١) راجع الصفحة ١٩٠.

٢-٢) يأتي في الصفحة ٢٠٠.

٣-٣) انظر الصفحة ٢٠١ ٢٠٢.

٤-٤) اللعنه الدمشقيه: ١١١.

بين علمائنا المنع من بيع الآبق منفرداً إلى أن قال: وقال بعض علمائنا بالجواز، وحاكاه عن بعض العامه أيضاً (١). ثم ذكر الضالّ و لم يحتمل فيه إلّا جواز البيع منفرداً و (٢) اشتراط (٣) الضميمة (٤).

فإنّ التنافي بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر، و التوجيه يحتاج إلى تأمل.

و كيف كان، فهل يلحق بالبيع الصلح عمّا يتعدّر تسليمه، فيعتبر فيه القدره على التسليم؟ و جهان، بل قولان (٥):

من عمومات الصلح و ما (٦) علم من التوسيع فيه (٧)، كجهاله (٨) المصالح عنه إذا تعدّر أو تعسّر معرفته بل مطلقاً، و اختصاص الغرر المنفقى بالبيع.

و من أنّ الدائر على ألسنه الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع، حتّى أنّهم يستدلّون به في غير المعاوضات كالوكاله (٩)،

ص: ١٩٧

١-١) التذكره ٤٦٦:١.

٢-٢) في «ش» بدل «و»: أو.

٣-٣) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: اشتراطه.

٤-٤) راجع التذكره ٤٦٦:١.

٥-٥) القول بالجواز من الشهيد الثاني كما سيأتي في الصفحه الآتية، و اختاره السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٨٣:٥.

٦-٦) في «ف» و ممّا.

٧-٧) كذا في «ص» و «ش»، و في «م»: «فيها»، و في سائر النسخ: فيهما.

٨-٨) في «ش»: لجهاله.

٩-٩) راجع التذكره ١١٩:٢، و جامع المقاصد ٢٢١:٨، و مفتاح الكرامه ٥٦٢:٧.

فضلاً عن المعاوضات كالإجاره و المزارعه و المساقاه و الجعاله (١)، بل قد يرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: أنه نهى عن الغرر (٢).

و قد رجّح بعض الأساطين (٣) جريان الاشتراط فيما لم يبين على المسامحه من الصلح. و ظاهر المسالك في مسأله رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض في الرهن جواز الصلح عليه (٤).

و أمّا الضالّ و المجحود و المغصوب و نحوها ممّا لا يقدر على تسليمه، فالأقوى فيها عدم الجواز، وفاقاً لجماعه (٥)؛ للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط قدره على التسليم، إلّا أن يوهن بتردد مدّعيه كالعلّامه في التذكرة في صحّحه بيع الضالّ منفرداً (٦)، و يُمنع (٧) الغرر خصوصاً فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضموناً على

ص: ١٩٨

-
- ١-١) راجع مفتاح الكرامه ٧:٨٦ و ١٠٣ في الإجاره، و الرياض ١:٦١١ في المزارعه، و مفتاح الكرامه ٧:٣٤٩، و الجواهر ٢٧:٦٤ في المساقاه، و الجواهر ٣٥:١٩٤ في الجعاله، و غيرها من الكتب الفقهيّه.
 - ٢-٢) كما في التذكرة ٢:٢٩١، و الحدائق ٢٠:٢٢، و الجواهر ٢٦:١٤٢.
 - ٣-٣) هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): ٧٥.
 - ٤-٤) المسالك ٤:٢٤.
 - ٥-٥) منهم الشهيد في الدروس ٣:٢٠٠، و المسالك ٣:١٧٢، و الروضه البهيّه ٣:٢٥١، و فيه بعد الحكم بالصّحّه: «و يحتمل قوياً بطلان البيع»، و المحدث الكاشاني في المفاتيح ٣:٥٧، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٣:٥١٩، و المحقّق النراقي في المستند ٢:٣٧٥، و غيرهم، و راجع تفصيله في مفتاح الكرامه ٤:٢٦٩ ٤:٢٧٠.
 - ٦-٦) راجع التذكرة ١:٤٦٦.
 - ٧-٧) في مصحّحه «ص»: و بمنع.

البائع. و أمّا فوات منفعتة مدّة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه، و جهالته غير مضرّه مع إمكان العلم بتلك المدّة كضالّه يعلم أنّها لو لم توجد بعد ثلاثه أيام فلن (١) توجد بعد ذلك. و كذا في المغصوب و المنهوب.

و الحاصل: أنّه لا غرر عرفاً بعد فرض كون اليأس عنه في حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله، و فرض عدم تسلطّ البائع على مطالبته بالثمن، لعدم تسليم الثمن؛ فإنّه لا خطر حينئذٍ في البيع، خصوصاً مع العلم بمدّة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها.

هذا، و لكن يدفع جميع ما ذكر: أنّ المنفَى في حديث الغرر كما تقدّم (٢) هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعيّة الثابتة للبيع؛ و لذا قوّينا فيما سلف (٣) جريان نفى الغرر في البيع المشروط تأثيره شرعاً بالتسليم. و من المعلوم أنّ بيع الضالّ و شبهه ليس محكوماً عليه في العرف بكونه في ضمان البائع، بل يحكمون بعد ملاحظه إقدام المشتري على شرائه بكون تلفه منه، فالانفساخ بالتلف حكمٌ شرعيٌّ عارضٌ للبيع الصحيح الذي ليس في نفسه غرراً عرفاً.

و ممّا ذكر يظهر: أنّه لا يجدي في رفع (٤) الغرر الحكم بصحّه البيع مراعى بالتسليم، فإن تسلّم قبل مدّة لا يفوت الانتفاع المعتدّ به، و إلّا تخيّر بين الفسخ و الإمضاء كما استقر به في اللعنه (٥) فإنّ ثبوت الخيار

ص: ١٩٩

١-١) في «ف» و «خ»: لن.

٢-٢) راجع الصفحه ١٨٩.

٣-٣) راجع الصفحه ١٨٨.

٤-٤) في «خ»: نفى.

٥-٥) اللعنه الدمشقيه: ١١١.

حكّم شرعياً عارضاً للبيع الصحيح الذي فرض (١) فيه العجز عن تسلّم (٢) المبيع، فلا يندفع به الغرر الثابت عرفاً في البيع المبطل له. لكن قد مرّت (٣) المناقشه في ذلك بمنع إطلاق العرف (٤) الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي اللاحق للمبيع (٥) من ضمانه قبل التسليم (٦) و من عدم التسلّط على مطالبه الثمن، فافهم.

و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار في متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع في يده إلى ثلاثه أيام، أمكن جوازه؛ لعدم الغرر حينئذ عرفاً، ولذا لا يُعدّ بيع العين الغير المرثيه الموصوفه بالصفات المعينه من بيع الغرر؛ لأنّ ذكر الوصف بمنزله اشتراطه فيه الموجب للتسلّط على الرّد.

و لعلّه لهذا اختار في محكّي المختلف تبعاً للإسكافي جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع (٧). فإنّ الظاهر منه اشتراط ضمانه.

و عن حاشيه الشهيد ظهور الميل إليه (٨). و إن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان، فتأمل.

ص: ٢٠٠

١-١) في «ف»: يفرض.

٢-٢) في «ص»: تسليم.

٣-٣) مرّت في الصفحه ١٨٩.

٤-٤) لم ترد «العرف» في غير «ف»، و استدركت في «ن».

٥-٥) في «ف»: للبيع.

٦-٦) في غير «ف»: «العلم»، لكنّها صحّحت في أكثر النسخ بما أثبتناه.

٧-٧) المختلف ٥:٢١٦.

٨-٨) حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٤.

مسأله يجوز بيع الآبق مع الضميمه فى الجملة

كما عن الانتصار (١) وكشف الرموز (٢) و التنقيح (٣)، بل بلا خلاف كما عن الخلاف (٤) حاكياً فيه كما عن الانتصار إطباق العامه على خلافه.

و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمه عن كونه غرراً، حيث حكى احتجاج العامه ب«الغرر»، فأنكره عليهم مع الضميمه. و فيه إشكال.

و الأولى لنا التمسك قبل الإجماعات المحكيه، المعتضده بمخالفه من جعل الرشد فى مخالفته بصحيحه رفاعه النخاس: «قال: قلت لأبى الحسن عليه السلام: أ يصلح لى أن أشتري من القوم الجاريه الآبقه و أعطيههم

ص: ٢٠١

١-١ (١) الانتصار: ٢٠٩.

٢-٢ (٢) كشف الرموز ١: ٤٥٣.

٣-٣ (٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٥.

٤-٤ (٤) استدلال عليه فى الخلاف بإجماع الفرقه، راجع الخلاف ٣: ١٦٨، كتاب البيوع، المسأله ٢٧٤.

الثلث و أطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم [معها شيئاً (١)] ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهماً، فإن ذلك جائز» (٢).

□
و موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل قد يشتري العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً [آخر (٣)]، فيقول: "أشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا (٤)"، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه» (٥).

و ظاهر السؤال في الأولى و الجواب في الثانية: الاختصاص بصوره رجاء الوجدان، و هو الظاهر أيضاً من معاهد الإجماعات المنقوله، فالمأبوس عادةً من الظفر به الملحق بالتالف لا يجوز جعله جزءاً من المبيع؛ لأنّ بذل جزءٍ من الثمن في مقابله لو لم يكن سفهاً أو أكلاً للمال بالباطل لجاز جعله ثمناً (٦) يباع به مستقلاً، فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع (٧)، للنهي عن الغرر، السليم عن

ص: ٢٠٢

١-١ من المصدر.

٢-٢ الوسائل ٢٦٢:١٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

٣-٣ من المصدر.

٤-٤ في غير «ف» زياده: درهماً.

٥-٥ الوسائل ٢٦٣:١٢، الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٦-٦ في «ص»: مثنياً.

٧-٧ لأنّ بذل إلى جزء مبيع لم ترد في «ف»، و كتب عليها في ما عدا «ص» و «ش»: «كذا في نسخه». قال الشهيدى قدّس سرّه بعد أن قال: إنّ

نعم، يصحّ تملكه على وجه التبعيّه للمبيع باشتراطٍ و نحوه.

و أيضاً الظاهر اعتبار كون الضميمة ممّا يصحّ بيعها، و أمّا صحّح بيعها منفردة فلا يظهر (٢) من الروايه (٣)، فلو أضاف إلى الضميمة من تعذّر تسليمه كفى (٤)، و لا (٥) يكفي ضمّ المنفعه إلّا إذا فهمنا من قوله:

«فإن لم يقدر.. إلى آخر الروايه» تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابله بالثمن، فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال أو كناية عن نقل مالٍ أو حقٍّ إليه مع الآبق؛ لئلا يخلو الثمن عن المقابل؛ فتأمل.

ثمّ إنّه لا- إشكال في انتقال الآبق إلى المشتري، إلّا أنّه لو بقى على إباقه و صار في حكم التالف لم يرجع على البائع بشيء و إن اقتضى

(٧)

العباره غلط، و في بعض النسخ المصحّحه من القارى: إنّ المصنّف شطب عليها بقلمه الشريف-: وجه الغلطيه: أنّ مقتضى ما ذكره من الملازمه بين جواز جعل الشيء جزء المبيع و بين جواز جعله تمام المبيع: جواز بيع الآبق منفرداً عن الضميمة مع رجاء الوجدان، مع أنّه باطل إجماعاً و نصّاً. انظر هدايه الطالب: ٣٧٥.

ص: ٢٠٣

١- ١) في «ف»: التخصيص، و عبارته «للنهي عن الغرر السليم عن المخصّص» مشطوب عليها في «ن».

٢- ٢) كذا، و المناسب: فلا تظهر.

٣- ٣) كتب في «ش» على عبارته «و أمّا صحّح بيعها إلى من الروايه»: نسخه.

٤- ٤) لم ترد «فلو أضاف إلى كفى» في «ش»، و شُطب عليها في «ن»، و على فرض وجودها في الأصل فالصواب: ...ما تعذّر تسليمه كفى.

٥- ٥) في «خ» و مصحّحه «ن»: فلا.

قاعده «التلف قبل القبض» استرداد ما قابله من الثمن، فليس معنى الروايه: أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضه على الضميمه و الثمن (١)، ليكون (٢) المعاوضه على المجموع مراعاةً بحصول (٣) الآبق في يده، كما يوهمه ظاهر المحكى عن كاشف الرموز: من أن الآبق ما دام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقه، ولا جزء مبيع (٤)، مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادته ما ذكرنا (٥)، بل معناها: أنه لا يرجع المشتري بتعذر الآبق الذي هو في حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف بما يقابله (٦) من الثمن.

و لو تلف قبل اليأس، ففي ذهابه على المشتري إشكال.

و لو تلفت الضميمه قبل القبض:

فإن كان بعد حصول الآبق في اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمه، لا مجموع الثمن؛ لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن ما دام آبقاً،

ص: ٢٠٤

١- ١) في مصححه «ن»: للثمن.

٢- ٢) في «ف»: فيكون.

٣- ٣) كذا في «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: لحصول.

٤- ٤) حكاه عنه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢: ٣٩٨، و لم نعر عليه في كشف الرموز، بل وجدناه في التنقيح الرائع (٢: ٣٦)، كما

حكاه عنه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤: ٢٦٨.

٥- ٥) عبارته: «كما يوهمه إلى ما ذكرنا» لم ترد في «ف».

٦- ٦) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و عبارته في «ف» هكذا: «الموجب للرجوع إلى مقابل التالف لا- مقابله»، و في سائر

النسخ: «الموجب للرجوع بما يقابله التالف مما لا يقابله»، نعم شطب في «ص» على كلمه «لا».

لا بعد الحصول في اليد. وكذا لو كان بعد إتلاف المشتري له مع العجز عن التسليم، كما لو أرسل إليه طعاماً مسموماً؛ لأنه بمنزلة القبض.

و إن كان قبله، ففي انفساخ البيع في الآبق تبعاً للضميمه، أو بقاءه بما قابله من الثمن، وجهان:

من أن العقد على الضميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقد على الآبق؛ لأنه كان سبباً في صحته.

و من أنه كان تابعاً له في الحدوث، فإذا (1) تحقق تملك المشتري له، فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأساً، هو انحلال المقابله الحاصله بينه و بين ما يخصه من الثمن، لا الحكم الآخر الذي كان يتبعه في الابتداء.

لكن ظاهر النص (2) أنه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصلاً، ولا يوضع له شيء منه أبداً على تقدير عدم الظفر به.

و من هنا ظهر حكم ما لو فرض فسخ العقد من جهة الضميمة فقط، لاشتراط خيارٍ يخص بها (3).

نعم، لو عقد على الضميمة فضولاً و لم يجز مالها انفسخ العقد بالنسبه إلى المجموع.

ثم لو وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً، إما بعد قدره عليه أو قبلها، كان له الرجوع بأرشه، كذا قيل (4).

ص: ٢٠٥

١- ١) كذا في «ش» و مصححه «ن»، و في غيرهما: فيما إذا.

٢- ٢) تقدّم في الصفحه ٢٠١ ٢٠٢.

٣- ٣) في غير «ش»: به.

٤- ٤) قاله المحدث البحراني في الحقائق ١٨: ٤٣٨.

مسأله [من شروط العوضين: العلم بقدر الثمن] (١)

المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرًا، فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعًا، كما عن المختلف و التذكرة (٢)، و اتفاقًا، كما عن الروضة و حاشيه الفقيه للسلطان (٣). و في السرائر في مسأله البيع بحكم المشتري إبطاله بأن كل مبيع لم يُذكر فيه الثمن فإنه باطل، بلا خلاف بين المسلمين (٤).

و الأصل في ذلك: حديث «نفى الغرر» (٥) المشهور بين المسلمين.

ص: ٢٠٦

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) المختلف ٢٤٣:٥، ٢٤٤، و التذكرة ٤٧٢:١.

٣-٣) حكاها عنهما السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٧٨:٤، و راجع الروضة البهية ٢٦٤:٣، و أمّا حاشيه سلطان العلماء على الفقيه فلا توجد لدينا، نعم نقل المحدث البحراني في الحدائق (١٨:٤٦١) العبارة بعينها عن الحاشيه.

٤-٤) السرائر ٢٨٦:٢.

٥-٥) المتقدّم في الصفحه ١٧٥.

و يؤيده: التعليل في روايه حماد بن ميسر، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام: أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم؛ لأنه لا يُدري كم الدينار من الدرهم (١).

□
لكن في صحيحه رفاعه النخاس ما ظاهره المنافاه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت له: ساومت رجلاً بجاريه له فباعنيها بحكمي، فقبضتها منه [على ذلك (٢)] ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له: هذه ألف درهم (٣) حكمي عليك (٤) فأبى أن يقبلها (٥) متى وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بألف درهم؟ فقال: أرى أن تقوم الجاريه بقيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت (٦) إليه كان عليك أن ترد ما نقص من قيمه، وإن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له. قال:

قلت (٧): أ رأيت إن أصبت بها عيباً بعد أن مسستها؟ قال: ليس عليك (٨)

ص: ٢٠٧

١- (١) الوسائل ٣٩٩: ١٢، الباب ٢٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٢- (٢) من «ص» والمصدر.

٣- (٣) كذا في الوسائل و«ش» و«مصحه» «ن»، و في الكافي: «هذه الألف»، و في «م»، «خ» و«ع»: «هذا الألف دراهم»، و في «ص»: «هذه الألف الدراهم، و العبارة في «ف» هكذا: ثم بعثت إليه بألف فقلت له هذا حكمي..

٤- (٤) في «ش» و الوسائل و هامش «ن» زياده: أن تقبلها.

٥- (٥) كذا في «ش» و الكافي و الوسائل و مصحه «ن»، و في سائر النسخ: أن يقبضها.

٦- (٦) كذا في «ص» و الكافي و الوسائل و مصحه «ن»، و في سائر النسخ: بعثتها.

٧- (٧) في «م»، «ع»، «ص» و«ش» زياده: له.

٨- (٨) كذا، و في الكافي و الوسائل: لك.

أن تردّها عليه، و لك أن تأخذ قيمه ما بين الصّحّه و العيب» (١).

لكن التأويل فيها متعين [للمنافاه ظاهرها لصّحّه البيع و فسادّه، فلا يتوهم جواز التمسك بها لصّحّه هذا البيع؛ إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمه مثلها بعد تحقّق البيع بثمن خاصّ. نعم هي محتاجه إلى أزيد من هذا التأويل؛ بناءً على القول بالفساد (٢)] بأن يرد من قوله: «باعنيها بحكمي» قطع المساومه على أن اقومها على نفسى بقيمتها العادله (٣) فى نظرى حيث إنّ رفاعه كان نخاساً يبيع و يشتري الرقيق فقومها رفاعه على نفسه بألف درهم إمّا معاطاه، و إمّا مع إنشاء الإيجاب و كاله و القبول أصاله، فلمّا مسّها و بعث الدرهم لم يقبلها المالك، لظهور غبن له فى البيع، و أنّ رفاعه مخطئ فى قيمه، أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به.

و قوله: «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن تردّ ما نقص» إمّا أن يرد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجاربه؛ حيث إنّ المالك لا- حاجه له فى الجاربه فيسقط خياره ببذل التفاوت، و إمّا أن يحمل على حصول الحيل بعد المسّ، فصارت أمّ ولد تعين (٤)

ص: ٢٠٨

١- ١) الكافي ٥: ٢٠٩، الحديث ٤، الوسائل ١٢: ٢٧١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٢- ٢) لم ترد «للمنافاه ظاهرها إلى بالفساد» فى «ف»، و كتب عليها فى «ن»، «خ»، «م» و «ع»: نسخه.

٣- ٣) فى «ف»: القيمه العادله.

٤- ٤) فى «ش»: و تعين.

عليه قيمتها إذا فسخ البائع.

و قد يحتمل على صورته تلف الجارية، و ينافيه قوله فيما بعد:

«فليس عليك أن تردّها.. إلخ».

و كيف كان، فالحكم بصحة البيع بحكم المشتري، و انصراف الثمن إلى القيمة السوقية، لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق (1) ضعيف.

و أضعف منه ما عن الإسكافي: من تجويز قول البائع: «بعتك بسعر ما بعت»، و يكون للمشتري الخيار (2).

و يردّه: أنّ البيع في نفسه إذا كان غرراً فهو باطل فلا يجبره الخيار. و أمّا بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر، كما تقدّم عند حكاية قول الإسكافي في مسأله القدره على التسليم.

ص: ٢٠٩

١-١) لم نعثر على الحاكي، و راجع الحدائق ٤٦١:١٨ ٤٦٣.

٢-٢) حكاية العلامة في المختلف ٢٤٤:٥.

اشاره

(١)

العلم بقدر المثلن كالمثلن شرط، بإجماع علمائنا، كما عن التذكرة (٢).

و عن الغنيه: العقد على المجهول باطل، بلا خلاف (٣). و عن الخلاف:

ما يباع كيلاً فلا يصح بيعه جزافاً و إن شوهد، إجماعاً (٤). و في السرائر:

ما يباع وزناً فلا يباع كيلاً، بلا خلاف (٥).

و الأصل في ذلك ما تقدم من النبوي المشهور (٦).

و في خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتره:

منها: صحيحه الحلبي

□
[عن أبي عبد الله عليه السلام (٧)]: «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكييل معلوم، و أنّ صاحبه قال للمشتري:

ص: ٢١٠

١-١) العنوان م١١.

٢-٢) التذكرة ٤٦٧:١.

٣-٣) الغنيه: ٢١١.

٤-٤) الخلاف ١٦٢:٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٥٨.

٥-٥) السرائر ٣٢١:٢.

٦-٦) تقدم في الصفحه ١٧٥.

٧-٧) من الوسائل.

ابتع منى هذا العدل الآخر بغير كيل؛ فإن فيه مثل ما فى الآخر الذى ابتعت؟ قال: لا يصلح إلّا بكيل. قال: و ما كان من طعام سميت فيه كيلاً، فإنه لا يصلح مجازفةً، هذا ممّا يكره من بيع الطعام» (١).

و فى روايه الفقيه: «فلا يصحّ بيعه مجازفه» (٢).

[الإيراد على الصحيحه و الجواب عنه]

و الإيراد (٣) على دلالة الصحيحه بالإجمال، أو باشمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع، غير وجيه؛ لأنّ الظاهر من قوله:

«سميت فيه كيلاً»، أنّه يذكر فيه الكيل، فهى كناية عن كونه مكيلاً. فى العاده، اللهم إلّا أن يقال (٤): إنّ توصيف الطعام بكونه كذلك الظاهر فى التنوع، مع أنّه ليس من الطعام ما لا يكال و لا يوزن إلّا (٥) مثل الزرع قائماً يبعد (٦) إرادته هذا المعنى، فتأمل.

و أمّا الحكم بعدم تصديق البائع فمحمولٌ على شرائه سواءً زاد أو نقص، خصوصاً إذا لم يطمئنّ بتصديقه، لا شرائه على أنّه القدر المعين الذى أخبر به البائع؛ فإنّ هذا لا يصدق عليه الجراف.

قال فى التذكرة: لو أخبره البائع بكيهه ثمّ باعه بذلك الكيل، صحّ عندنا (٧).

ص: ٢١١

١-١) الوسائل ١٢:٢٥٤، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٢-٢) فى الفقيه: «فلا يصلح مجازفه» انظر الفقيه ٣:٢٢٦، الحديث ٣٨٣٨.

٣-٣) أورده المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائدة ٨:١٧٧.

٤-٤) عبارته «أن يقال» من «ش» و مصحّحه «ن».

٥-٥) فى «ش» زياده: فى.

٦-٦) فى «ف» و هامش «ن»: ممّا يبعد.

٧-٧) التذكرة ١:٤٧٠.

و قال فى التحرير: لو أعلمه بالكيل، فباعه بثمانٍ، سواءً زاد أو نقص، لم يجز (١).

و أما نسبة الكراهه إلى هذا البيع، فليس فيه ظهورٌ فى المعنى المصطلح يعارض ظهور «لا يصلح» و «لا يصح» فى الفساد.

[روايه سماعه]

و فى الصحيح عن ابن محبوب، عن زرعه، عن سماعه، قال:

«سألته عن شراء الطعام و ما يكال و (٢) يوزن، (٣) بغير كيلٍ و لا- وزن؟ فقال: أمّا أن تأتى رجلاً فى طعامٍ قد كيل أو (٤) وزن تشتري منه مرابحةً، فلا بأس إن اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه، إذا أخذه المشتري الأول بكيلٍ أو وزنٍ و قلت له عند البيع: إني أربحك كذا و كذا..» (٥).

و دلالتها أوضح من الأولى.

و روايه أبان،

□
عن محمد بن حمران، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

اشترينا طعاماً، فرغم صاحبه أنه كاله، فصدّقناه و أخذناه بكيهه؟ قال:

لا بأس. قلت: أ يجوز أن أبيعته كما اشتريته بغير كيل؟ قال: أمّا أنت فلا تبعه حتى تكيله» (٦)، دلّت على عدم جواز البيع بغير كيل، إلّا إذا أخبره البائع فصدّقه.

ص: ٢١٢

١- (١) التحرير ١٧٧: ١.

٢- (٢) فى «ص» و الكافى: ممّا يكال أو.

٣- (٣) فى الوسائل زياده: هل يصلح شراؤه.

٤- (٤) كذا فى «ش» و «ص»، و فى باقى النسخ: «و».

٥- (٥) الوسائل ٢٥٧: ١٢، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٧.

٦- (٦) الوسائل ٢٥٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.

و فحوى مفهوم (١) روايه أبي العطار د، و فيها: «قلت: فأخرج الكرّ و الكرّين، فيقول الرجل: أعطنيه بكيلك، فقال: إذا ائتمنك فلا بأس به» (٢).

و مرسله ابن بكير

□
عن رجل: «سأل (٣) أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجصّ، فيكيل بعضه و يأخذ البقيه بغير كيل، فقال: إمّا أن يأخذ كلّه بتصديقه، و إمّا أن يكيّله كلّ» (٤).

فإنّ المنع من التبعض المستفاد منه إرشادىّ محمول على أنّه إن صدّقه فلا- حاجه إلى كلفه كيل البعض، و إلّا فلا يجزئ كيل البعض.

و يحتمل الروايه الحمل على استيفاء المبيع بعد الاشرء.

و كيف كان، ففي مجموع ما ذكر من الأخبار، و ما لم يذكر ممّا فيه إيحاء إلى المطلب من حيث ظهوره في كون الحكم مفروغاً عنه عند السائل، و تقرير الإمام عليه السلام، كما في روايه «كيل ما لا يستطاع عدّه» (٥) و غيرها مع ما ذكر من الشهره المحقّقه و الاتفاقات المنقولّه (٦) كفايه في المسأله.

ص: ٢١٣

١-١ (١) كلمه «مفهوم» من «ف» و «ش».

٢-٢ (٢) الوسائل ١٢: ٢٥٧، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٦.

٣-٣ (٣) في «ش»: «سأل»، و في الوسائل: عن رجل من أصحابنا قال: سألت.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٢: ٢٥٦، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٣.

٥-٥ (٥) راجع الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٧ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٦-٦ (٦) راجع الصفحه ٢١٠، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٢٢٤.

ثم إنَّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أنَّ الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصي و إن كان حكمته سدَّ باب المسامحة المفضيه إلى الوقوع في الغرر. كما أنَّ حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط في بعض المعاملات رفع المنازعه المتوقعه عند إهمال ذلك الشرط.

فحينئذٍ فيعتبر التقدير بالكيل و الوزن و إن لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المساوي (١) له في قيمه؛ فإنه لا يتصوّر هنا غرر أصلاً مع الجهل بمقدار كلِّ من العوضين؛ لأنه (٢) مساوٍ للآخر في المقدار (٣).

و يحتمل غير بعيد حمل الإطلاقات سيّما الأخبار على المورد الغالب، و هو ما كان رفع (٤) الغرر من حيث مقدار العوضين موقوفاً على التقدير، فلو فرض اندفاع الغرر بغير التقدير كفى، كما في الفرض المزبور، و كما إذا كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع، و كما إذا كان المبيع قليلاً لم يتعارف وضع (٥) الميزان لمثله، كما لو دفع فلساً و أراد به دهنًا لحاجه؛ فإنَّ الميزان لم يوضع لمثله، فيجوز بما تراضيا عليه من التخمين.

و لا منافاه بين كون الشيء من جنس المكيل و الموزون، و عدم

ص: ٢١٤

١- ١) كذا في «ص» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: المتساوي.

٢- ٢) كذا في «ن» و «ش»، و في غيرهما: و إلا أنه.

٣- ٣) عبارته «لأنه مساوٍ للآخر في المقدار» لم ترد في «ف»، و كتب عليها في «ش»: نسخته.

٤- ٤) في «ف» و «ن» و «خ»: دفع.

٥- ٥) في «م» و «ش»: وزن.

دخول الكيل و الوزن فيه، لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطه، أو لكثرتة كزبره الحديد، كما تبه عليه في القواعد (١) و شرحها (٢) و حاشيتها (٣).

و ممّا ذكرنا يتّجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكه؛ فإنّها و إن كانت من الموزون و لذا صرّح في التذكرة بوقوع الربا فيها (٤) إلّا أنّها عند وقوعها ثمناً حكمها كالمعدود في أنّ معرفه مقدار ماليتها لا تتوقّف على وزنها، فهي كالتليل و الكثير من الموزون الذي لا يدخله الوزن (٥). و كذا شبه الفلوس من المسكوكات المركّبه من النحاس و الفضة كأكثر نقود بغداد في هذا الزمان. و كذا الدرهم و الدينار الخالصان (٦)؛ فإنّها (٧) و إن كانت من الموزون و يدخل فيها الربا إجمالاً، إلّا أنّ ذلك

ص: ٢١٥

١-١ (١) القواعد ١:١٤١.

٢-٢ (٢) جامع المقاصد ٤:٢٧١.

٣-٣ (٣) لا يوجد لدينا، و حكاه عنه السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤:٥١٧.

٤-٤ (٤) التذكرة ١:٤٧٧.

٥-٥ (٥) في غير «ف» و «ش» زياده ما يلى: «بل يمكن إجراء ذلك وقت البيع في دخول و عدم اعتبار الوزن في بيعه»، و لكن شطب عليها في «ن»، و كتب عليها في «م»، «خ» و «ع»: نسخه.

٦-٦ (٦) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و العبارة في سائر النسخ: بخلاف الدرهم و الدينار الخالصين.

٧-٧ (٧) قد وردت الضمائر العائده إلى «الدرهم» و «الدينار» في هذه الفقره في أكثر النسخ بصيغه المفرد المؤنث، و لعلّ ذلك نظراً إلى قوله تعالى «الَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ وَ لَا يُنْفِقُونَهَا...» و قد بدلت أغلبها في «ش» و جميعها في «ن» إلى صيغه التثنيه، و قد أثبتنا ما في أكثر النسخ لظننا أنّ ذلك جرى على قلم المؤلف قدّس سرّه.

لا ينافى جواز (١) جعلها عوضاً من دون معرفه بوزنها؛ لعدم غرر في ذلك أصلاً. و يؤيد ذلك جريان سيره الناس على المعامله بها من دون معرفه الأغلّب (٢) بوزنها.

نعم، يعتبرون فيها عدم نقصها عن وزنها المقرّر في وضعها من حيث تفاوت قيمتها بذلك، فالنقص فيها عندهم بمنزله العيب؛ و من هنا لا يجوز إعطاء الناقص منها؛ لكونه غشاً و خيانه.

و بهذا يمتاز الدرهم و الدينار عن الفلوس السود و شبهها حيث إنّ نقصان الوزن لا يؤثّر في قيمتها، فلا بأس بإعطاء ما يعلم نقصه.

و إلى ما ذكرنا من الفرق أشير في صحيحه ابن عبد الرحمن (٣)، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الشيء بالدرهم فأعطي الناقص الحبه و الحبّين؟ قال: لا، حتّى تبينه. ثمّ قال: إلّا أن تكون نحو (٤) هذه الدراهم الأوضاحيه (٥) التي تكون عندنا عدداً» (٦).

ص: ٢١٦

١- ١) كلمه «جواز» من «ف» و «ش»، و استدركت في «ن».

٢- ٢) كذا في «ف» و مصحّحه «ص»، و في «ش» و مصحّحه «ن»: «أغلبهم»، و في سائر النسخ: أغلب.

٣- ٣) في الوسائل: عبد الرحمن بن الحجاج.

٤- ٤) كلمه «نحو» من المصادر الحديثيه و مصحّحه «ن».

٥- ٥) كذا في التهذيب و الوسائل أيضاً، لكن في الفقيه: «الوضاحيه». قال الطريحي: «الوضح من الدرهم: الصحيح.. و الوضاحيه: نسبه إلى ذلك»، انظر مجمع البحرين ٢: ٤٢٤.

٦- ٦) التهذيب ٧: ١١٠، الحديث: ٤٧٦، و الفقيه ٣: ٢٢٣، الحديث: ٣٨٣٠، و الوسائل ١٢: ٤٧٣، الباب ١٠ من أبواب الصرف، الحديث ٧.

و بالجمله، فإناطه الحكم بوجوب معرفه وزن المبيع و كيله مدار الغرر الشخصى قريب فى الغايه، إلما أن الظاهر كونه مخالفاً لكلمات الأصحاب فى موارد كثيره.

[وجوب معرفه العدد فى المعدود و الدليل عليه]

ثم إن الحكم فى المعدود و وجوب معرفه العدد فيه، حكم المكيل و الموزون، بلا خلاف ظاهر.

و يشير إليه، بل يدل عليه: تقرير الإمام عليه السلام فى الروايه الآتية (١) المصرّحه بتجويز (٢) الكيل فى المعدود المتعدّر عدّه.

و يظهر من المحكى عن المحقّق الأردبيلى المناقشه فى ذلك، بل الميل إلى منعه و جواز بيع المعدود مشاهدته (٣)، و يرده روايه الجوز الآتية (٤).

و المراد بالمعدودات: ما يعرف مقدار ماليتها بأعدادها، كالجوز و البيض، بخلاف مثل الشاه و الفرس و الثوب.

و عدّ العلّامه البطيخ و الباذنجان فى المعدودات، حيث قال فى شروط السلم من القواعد: و لا يكفى (٥) العدّ فى المعدودات، بل لا بدّ من الوزن فى البطيخ و الباذنجان و الرمان، و إنّما اكتفى بعدها فى البيع

ص: ٢١٧

١-١) ستأتى فى الصفحه ٢٢٤.

٢-٢) كذا فى «ف» و نسخه بدل «م» و «ص»، و فى سائر النسخ: المتضمّن لتجويز.

٣-٣) راجع مجمع الفائده ٨: ١٧٨.

٤-٤) ستأتى فى الصفحه ٢٢٤.

٥-٥) فى «ش» زياده «فى السلم و صحّته»، و فى هامش «ن» زياده: فى السلم صح.

للمعاينه، انتهى (١).

وقد صرح في التذكرة بعدم الربا في البطح و الرمان إذا كان رطباً؛ لعدم الوزن، وثبوته مع الجفاف (٢)، بل يظهر منه كون القثاء والخوخ و المشمش أيضاً غير موزونه.

و كل ذلك محل تأمل؛ لحصول الغرر أحياناً بعدم الوزن. فالظاهر أن تقدير المال عرفاً في المذكورات بالوزن لا بالعدد، كما في الجوز و البيض.

ص: ٢١٨

١-١) القواعد ١:١٣٦.

١-٢) التذكرة ١:٤٨٤.

أشاره

لو قلنا بأنَّ المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي، فلا إشكال في جواز تقدير كلِّ منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، بل في كفايه المشاهده فيها من غير تقدير أصلاً.

لكن تقدّم (١): أنّ ظاهر الأخبار الواردة في هذا الباب اعتبار التقدير من غير ملاحظه الغرر الشخصي؛ لحكمه سدّ باب الغرر المؤدّى إلى التنازع، المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصيّات في أكثر المعاملات زياده على التراضي الفعلى حال المعامله.

و حينئذٍ فيقع الكلام و الإشكال في تقدير بعض المقدّرات بغير ما تعارف فيه، فنقول:

[هل يجوز بيع المكيل وزناً و بالعكس]

أشاره

اختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً و بالعكس و عدمه (٢) على أقوال،

ص: ٢١٩

١- ١) تقدّم في الصفحه ٢١٤.

٢- ٢) في «ف» بدل «و عدمه»: أم لا.

ثالثها: جواز المكييل (١) وزناً (٢)، دون العكس؛ لأنّ الوزن أصل الكيل و أضبط، و إنّما عدل إليه في المكييلات تسهياً.

فالمحكى عن الدروس في السلم جوازه مطلقاً، حيث قال: لو أسلم في المكييل وزناً و بالعكس فالوجه الصحّح؛ لروايه وهب عن الصادق عليه السلام (٣)، و كأنّه أشار بها إلى روايه وهب، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ صلوات الله عليهم، قال: «لا بأس بسلف (٤) ما يوزن فيما يكال، و ما يكال فيما يوزن» (٥).

و لا يخفى قصور الروايه سنداً ب«وهب»، و دلالة بأنّ الظاهر منها جواز إسلاف الموزون في المكييل و بالعكس، لا جواز تقدير المشمّم فيه المكييل بالوزن و بالعكس، و يعضده ذكر الشيخ للروايه في باب إسلاف الزيت في السمن (٦).

[الكلام في مقامين]

فالذى ينبغى أن يقال: إنّ الكلام تارة في كفايه كلّ من التقديرين في المقدّر بالآخر من حيث جعله دليلاً على التقدير المعتمد فيه، بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس. و تارة في كفايته فيه أصلاً من غير ملاحظه تقديره المتعارف.

ص: ٢٢٠

١- ١) كذا في «ن»، و في سائر النسخ: «الكيل».

٢- ٢) ذهب إليه الحلّي في السرائر ٢:٢٦٠ و ٣:٢٢١، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٨.

٣- ٣) الدروس ٣:٢٥٣.

٤- ٤) في «ن»، «خ»، «م» و «ع»: بالسلف.

٥- ٥) الوسائل ١٣:٦٣، الباب ٧ من أبواب السلف، الحديث الأوّل.

٦- ٦) بل في باب إسلاف السمن بالزيت، انظر الاستبصار ٣:٧٩.

أما الأول، [التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقاً إلى ما تعارف فيه]

فقد يكون التفاوت المحتمل ممّا يتسامح فيه عادة، وقد يكون ممّا لا يتسامح فيه:

أما الأول، فالظاهر جوازه، خصوصاً مع تعسير تقديره بما يتعارف فيه؛ لأن ذلك غير خارج في الحقيقة عن تقديره ممّا (١) يتعارف فيه، غايه ما في الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقاً إليه.

و يؤيده روايه عبد الملك بن عمرو، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

أشترى مائه راويه من زيت، فأعترض (٢) راويه أو اثنتين فأزنيهما (٣)، ثم أخذ سائره على قدر ذلك. قال: لا بأس» (٤).

استدلّ بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعدّر وزنه بوزن واحد من المتعدّد و نسبه الباقي إليه، و أردفه بقوله: و لأنه يحصل المطلوب و هو العلم (٥).

و استدلاله الثاني يدلّ على عدم اختصاص الحكم بصوره التعدّر، و التقييد بالتعدّر لعلّه استنبطه من الغالب في مورد السؤال، و هو تعدّر

ص: ٢٢١

١-١) كذا في النسخ، و الظاهر: «بما» كما في مصحّحه «ن».

٢-٢) في غير «ف» و «ش»: «فأعرض»، و صحّحت في «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٣-٣) كذا في الكافي، و في النسخ: فأترنيهما.

٤-٤) الكافي ٥: ١٩٤، الحديث ٧، و الوسائل ١٢: ٢٥٥، الباب ٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٥-٥) التذكرة ١: ٤٦٩.

وزن مائه راويه من الزيت؛ ولا يخفى أنّ هذه العله (١) لو سلّمت على وجهٍ يقدح في عموم ترك الاستفصال إنّما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفاً لعمومات وجوب التقدير، وقد عرفت أنّ هذا في الحقيقه تقديرٌ وليس بجزاف.

نعم، ربما ينافى ذلك التقرير المستفاد من الصحيحه الآتيه في بيع الجوز، كما سيجيء (٢).

و أمّا لو كان (٣) التفاوت ممّا لا يتسامح فيه، فالظاهر أيضاً الجواز مع البناء على ذلك المقدار (٤) المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقدير أماره على ذلك المقدار، لأنّ ذلك أيضاً خارجٌ عن الجزاف، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل. و يتخير المشتري لو نقص.

و ما تقدّم من صحيحه الحلبي في أوّل الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك (٥).

هذا كلّه مع جعل التقدير الغير المتعارف أماره على المتعارف.

[التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلاً]

و أمّا كفايه أحد التقديرين عن الآخر أصاله من غير ملاحظه التقدير المتعارف (٦)، فالظاهر جواز بيع المكيل (٧) وزناً على المشهور، كما

ص: ٢٢٢

١-١) في مصححه (م) و هامش (ن): «الغلبه»، و استظهرها مصحح (ش) أيضاً.

٢-٢) سيجيء في الصفحه ٢٢٤.

٣-٣) في «ف»: إذا كان.

٤-٤) في «ع» و «ش»: المقدر.

٥-٥) راجع الصفحه ٢١٠ ٢١١.

٦-٦) هذه هي الصوره الثانيه، و تقدّمت أولاهما في الصفحه السابقه.

٧-٧) في «ص» و «ش»: الكيل.

عن الرياض (١)؛ لأنّ ذلك ليس من بيع المكييل مجازفةً، المنهَى عنه في الأخبار (٢) و معقد الإجماعات؛ لأنّ الوزن أضبط من الكيل، و مقدار مائته المكييلات معلومٌ به أصالةً من دون إرجاعٍ إلى الكيل.

و المحكى المؤيّد بالتتبع:- أنّ الوزن أصلٌ للكيل، و أنّ العدول إلى الكيل من باب الرخصة؛ و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل في الموزونات.

و يشهد لأصالة الوزن: أنّ المكييل المتعارفه في الأماكن المتفرقة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ إلّا الوزن؛ إذ ليس هنا كيلٌ واحدٌ يقاس المكييل عليه.

و أمّا كفايه الكيل في الموزون (٣) من دون ملاحظه كشفه عن الوزن، ففيه إشكالٌ، بل لا يبعد عدم الجواز، و قد عرفت عن السرائر:

أنّ ما يباع وزناً لا يباع كيلاً بلا خلاف (٤)، فإنّ هذه مجازفةٌ صرفه؛ إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه، و عاءً منضبطاً (٥)، فهو بعينه ما منعه من التقدير بقصعه حاضره أو ملء اليد (٦)؛ فإنّ الكيل من حيث هو لا

ص: ٢٢٣

١- (١) الرياض ٥١٥:١.

٢- (٢) الوسائل ١٢:٢٥٤، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٣- (٣) في «ف» زياده: أوّلاً.

٤- (٤) راجع الصفحة ٢١٠.

٥- (٥) في «ش»: منضبط.

٦- (٦) العبارة في «ف» هكذا: فهو بعينه من التعدّر كقصعه حاضره أو ملئ اليد قدره تخميناً، فإنّ..

يوجب في الموزونات معرفه زائده على ما يحصل بالمشاهده، فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفايه المشاهده.

ثم إنه قد علم ممّا ذكرنا: أنّه لو وقعت معامله الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقّه و الرطل و الوزنه باصطلاح أهل العراق، الذي لا يعرفه غيرهم، خصوصاً الأعاجم غير جائز؛ لأنّ مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه و جعله في الميزان، و وضع صخره مجهوله المقدار معلومه الاسم في مقابله، لا يوجب للجاهل معرفه زائده على ما يحصل بالمشاهده.

هذا كلّه في المكيال و الموزون.

و أمّا المعدود: فإنّ كإن الكيل أو الوزن طريقاً إليه، فالكلام فيه كما عرفت في أخويه. و ربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنّه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه؛ فيقال بمكيال (١) ثمّ يعدّ ما فيه، ثمّ يكال ما بقى على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به» (٢).

فإنّ ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضروره، و لم يردعه الإمام عليه السلام بالتنبيه على أنّ ذلك غير مختصّ بصوره الاضطرار.

ص: ٢٢٤

١- ١) كذا في «ص» و «ش» و الوسائل و مصحّحه «ن»، و العبارة في سائر النسخ هكذا: «لا يستطيع يكال بمكيال..» مع اختلافات اخرى لم تتعرّض لذكرها.

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٧ من أبواب عقد البيع و شروطه.

لكن التقرير غير واضح، فلا تنهض الروايه لتخصيص العمومات؛ ولذا قوّى فى الروضه الجواز مطلقاً (١).

و أما كفايه الكيل فيه أصالةً فهو مشكّل؛ لأنه لا يخرج عن المجازفه، و الكيل لا يزيد على المشاهده.

و أما الوزن: فالظاهر كفايته، بل ظاهر قولهم فى السلم: «إنّه لا يكفى العدّ فى المعدودات و إن جاز بيعها معجلاً بالعدّ، بل لا بدّ من الوزن» (٢): أنه لا خلاف فى أنه أضبط، و أنه يغنى عن العدّ (٣).

فقولهم فى شروط العوضين (٤): «إنّه لا بدّ من العدّ فى المعدودات» (٥) محمولٌ على أقلّ مراتب التقدير. لكنّه ربما ينافى ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم: «و يكفى الوزن عن العدّ» (٦)؛ فإنّه يوهم كونه الأصل فى الضبط، إلّا أن يريدوا هنا الأصاله و الفرعيه بحسب الضبط المتعارف، لا بحسب الحقيقه، فافهم.

بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشئ مكبلاً أو موزوناً.

ص: ٢٢٥

١ - ١) الروضه البهيّه ٣: ٢٦٦، و فيه: كان حسناً.

٢ - ٢) لم نعثر على العبارة بعينها، نعم فى الغنيه: ٢٢٧، و السرائر ٢: ٣١٨، و الشرائع ١: ٦٣ ما يدلّ عليه، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٤٥٣ أيضاً.

٣ - ٣) فى غير «ش»: «الوزن»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٤ - ٤) فى غير «ش» بدل «العوضين»: «المتعاقدين»، و فى هامش «ن»: «العوضين ظ».

٥ - ٥) راجع الشرائع ٢: ١٧، و القواعد ١: ١٢٦، و مفتاح الكرامه ٤: ٢٢٤.

٦ - ٦) لم نعثر عليه، نعم حكموا بالجواز مع التعذّر أو التعسير، راجع النهايه: ٤٠٠، و السرائر ٢: ٣٢١، و المسالك ٣: ١٧٦، و مفتاح الكرامه ٤: ٢٢٦.

فقد قيل (١): إنَّ الموجود في كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما في زمن الشارع، و حكم الباقي في البلدان ما هو المتعارف فيها، فما كان مكيلاً أو موزوناً في بلد يباع كذا، و إلا فلا (٢). و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبته إلى الأصحاب (٣).

و ربما منع ذلك بعض المعاصرين، قائلاً: إنَّ دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ على الوجه المذكور، غريبه! فإني لم أجد ذلك في كلام أحد من الأساطين، فضلاً عن أن يكون إجماعاً. نعم، قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا، لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة و الغرر الذي من المعلوم عدم المدخلية لزمانه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ في رفع شيءٍ من ذلك و إثباته (٤)، انتهى.

أقول: ما ذكره دام ظلّه -: من عدم تعرّض جُلِّ الفقهاء لذلك هنا يعني في شروط العوضين و أنّ ما ذكروه في باب الربا، حقٌّ، إلا أنّ المدار وجوداً و عدماً في الربا على اشتراط الكيل و الوزن في صحه بيع جنس ذلك الشيء، و أكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط و المعيار فيه هنا يعني في شروط العوضين إلا أنّ الأكثر ذكروا في باب الربا ما هو المعيار هنا و في ذلك الباب.

و أمّا اختصاص هذا المعيار بمسأله الربا و عدم جريانه في شروط

ص: ٢٢٤

١- ١) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٨.

٢- ٢) إلى هنا كلام السيّد العاملي قدّس سرّه.

٣- ٣) مجمع الفائدة ٨:١٧٧، و الحدائق ١٨:٤٧١، و حكى ذلك عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٢٨.

٤- ٤) الجواهر ٢٢:٤٢٧ ٢٢:٤٢٨.

العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع:

□
أما أولاً، فلشهادته تتبع كلمات الأصحاب بخلافه. قال في المبسوط في باب الربا: إذا كانت عادة الحجاز على عهده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في شيء الكيل، لم يجر إلاً كيلاً في سائر البلاد، وما كانت فيه وزناً لم يجر إلاً وزناً في سائر البلاد، والمكيال مكيال أهل المدينة، والميزان ميزان أهل مكة (١)، هذا كله بلا-خلاف. فإن كان ممّا لا يعرف عادته (٢) في عهده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء، فما عرف بالكيل لا يباع إلاً كيلاً، وما عرف فيه الوزن لا يباع إلاً وزناً (٣)، انتهى.

و لا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع، لا لخصوص مبيعه المتماثلين. ونحوه كلام العلامة في التذكرة (٤).

و أما ثانياً، فلأن ما يقطع به بعد التتبع في كلماتهم هنا، وفي باب الربا أنّ الموضوع في كلتا المسألتين شيء واحد أعنى المكيل و الموزون قد حمل عليه حكمان: أحدهما عدم صحّ بيعه جزافاً، و الآخر عدم صحّ بيع بعضه ببعض متفاضلاً، و يزيده وضوحاً ملاحظه أخبار المسألتين المعنونه بما يكال أو يوزن، فإذا ذكروا ضابطه لتحديد

ص: ٢٢٧

١-١) كذا في «ش» و مصحّحه «ن» وفاقاً لما في المصدر، و في سائر النسخ: أهل الحجاز.

٢-٢) كذا في مصحّحه «ن» وفاقاً لما في المصدر، و في «ف» و «ش»: «لا تعرف عادة»، و في سائر النسخ: لا تعرف عادة.

٣-٣) المبسوط ٩٠:٢.

٤-٤) التذكرة ٤٨٣:١.

الموضوع فهي مرعيه في كلتا المسألتين.

و أما ثالثاً، فلأنه يظهر من جماعه تصريحاً أو ظهوراً: أن من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطاً في صحته بيعه (١).

قال المحقق في الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل و الوزن في الربا تفرعاً على ذلك: -إنه لا ربا في الماء؛ إذ لا يشترط في بيعه الكيل أو الوزن (٢).

و قال في الدروس: و لا يجرى الربا في الماء [و إن وزن أو كيل (٣)]؛ لعدم اشتراطهما في صحته بيعه نقداً ثم قال: و كذا الحجاره و التراب و الحطب، و لا عبره ببيع الحطب وزناً في بعض البلدان؛ لأنّ الوزن غير شرط في صحته (٤)، انتهى.

و هذا المضمون سهل الإصابه لمن لاحظ كلماتهم، فلاحظ المسالك هنا (٥)، و شرح القواعد و حاشيتها للمحقق الثاني (٦) و الشهيد (٧) عند قول

ص: ٢٢٨

١-١) صرح به السيد الطباطبائي في الرياض ١:٥٤٢، و يظهر من المحقق في الشرائع و الشهيد في الدروس، كما سيأتي عنهما.

٢-٢) الشرائع ٢:٤٥.

٣-٣) عبارته «و إن وزن أو كيل» من المصدر، اقتضاها السياق.

٤-٤) الدروس ٣:٢٩٧.

٥-٥) راجع المسالك ٣:٣٢٣.

٦-٦) جامع المقاصد ٤:٢٧١.

٧-٧) لا- توجد لدينا حاشية الشهيد على القواعد، و نقل عبارته عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥١٧. هذا، و لم ترد «و الشهيد» في غير «ف» و «ش»، نعم استدركت في هامش «ن».

العلامة: «و المراد بالمكيل و الموزون هنا جنسه و إن لم يدخله لقلته كالحب و الحبتين من الحنطة، أو لكثرتة كالزبره (١)» (٢)، و لازم ذلك يعنى اشتراط دخول الربا فى جنسٍ باشتراط الكيل و الوزن فى صحه بيعه:-

أنه إذا ثبت الربا فى زماننا فى جنسٍ؛ لثبوت كونه مكيلاً- أو موزوناً على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، لزم أن لا يجوز بيعه جزافاً، و إلا لم يصدق ما ذكره: من اشتراط الربا باشتراط التقدير فى صحه بيعه.

و بالجمله، فتلازم الحكمين أعنى دخول الربا فى جنسٍ، و اشتراط بيعه بالكيل أو الوزن ممّا لا يخفى على المتتبع فى كتب الأصحاب.

و حينئذ فنقول: كل ما ثبت كونه مكيلاً- أو موزوناً فى عصره صلى الله عليه و آله و سلم فهو ربوئى فى زماننا و لا يجوز بيعه جزافاً، فلو فرض تعارف بيعه جزافاً عندنا كان باطلاً و إن لم يلزم غررٌ للإجماع، و لما عرفت: من أن اعتبار الكيل و الوزن لحكمه سد باب نوع الغرر لا شخسه (٣)، فهو حكمٌ لحكمه غير مطرده، نظير النهى عن بيع الثمار قبل الظهور لرفع التنازع، و اعتبار الانضباط فى المسلم فيه؛ لأن فى تركه مظنه التنازع و التغابن، و نحو ذلك (٤).

و الظاهر كما عرفت من غير واحد (٥) أن المسأله اتفقيه.

ص: ٢٢٩

١- ١) الزبره: القطعه من الحديد، و الجمع: زبر (الصحيح ٢: ٦٦٦).

٢- ٢) القواعد ١: ١٤١.

٣- ٣) تقدّم فى الصفحه ٢١٤.

٤- ٤) فى «ف»: و نحوه.

٥- ٥) راجع الصفحه ٢٢٦.

و أمّا ما علم أنّه كان يباع جزافاً في زمانه صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم، فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً، و الظاهر أنّه إجماعيٌّ، كما يشهد به دعوى بعضهم الإجماع على أنّ مثل هذا ليس برَبْوِيٌّ (١)، و الشهره محقّقه على ذلك.

نعم، ينافي ذلك بعض ما تقدّم من إطلاق النهي عن بيع المكيال و الموزون جزافاً، الظاهر فيما تعارف كيّله في زمان الإمام عليه السلام أو في عرف السائل أو في عرف المتبايعين أو أحدهما، و إنّ لم يتعارف في غيره. و كذلك قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فلا يصلح مجازفةً» (٢) الظاهر في وضع المكيال عليه عند المخاطب و في عرفه و إنّ لم يكن كذلك في عرف الشارع.

اللهمّ إلّما أن يقال: إنّّه لم يعلم أنّ (٣) ما تعارف كيّله أو وزنه في عرف الأئمه و أصحابهم، كان غير مقدّر في زمان الشارع حتّى يتحقّق المنافاه. و الأصل في ذلك: أنّ مفهوم المكيال و الموزون في الأخبار لا يراد بهما «كلّ ما فرض صيرورته كذلك» حتّى يعمّ ما علم كونه غير مقدّر في زمن الشارع، بل المراد بهما المصداق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلّم، و هذه الأفراد لا يعلم عدم كونها مكيلاً و لا موزوناً في زمن النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم.

ص: ٢٣٠

١- ١) ادّعاء الفاضل المقداد في التنقيح ٢:٩١.

٢- ٢) المتقدّم في صحيحه الحلبي، المتقدّمه في الصفحه ٢١٠.

٣- ٣) في غير «ش»: لم يعلم كون ما تعارف، و صحّحت في «ن» و «ص» بما في المتن.

لكن يرد على ذلك مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان «ما يكال و يوزن»: أنه لا دليل حينئذٍ على اعتبار الكيل فيما شكّ في كونه مقدراً في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر؛ إذ لا يكفي في الحكم حينئذٍ دخوله في مفهوم المكيل و الموزون، بل لا بدّ من كونه أحد المصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار، و لا دليل أيضاً على إلحاق كلّ بلد لحكم (١) نفسه مع اختلاف البلدان.

و الحاصل: أنّ الاستدلال (٢) بأخبار المسأله المعنونه بما يكال أو يوزن على ما هو المشهور من كون العبره في التقدير بزمان النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم، ثمّ بما اتفق عليه البلاد، ثمّ بما تعارف في كلّ بلده بالنسبه إلى نفسه في غايه الإشكال. فالأولى تنزيل الأخبار على ما تعارف تقديره عند المتبايعين و إثبات ما ينافى ذلك من الأحكام المشهوره بالإجماع المنقول المعتضد بالشهره المحقّقه.

و كذا الإشكال لو علم التقدير في زمن الشارع و لم يعلم كونه بالكيل أو بالوزن.

و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعه من التمسّك لكون الاعتبار في التقدير بعاده الشرع بوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع، و لكون المرجع فيما لم يعلم عاده الشرع هي العاده المتعارفه في البلدان بأنّ الحقيقه العرفيه هي المرجع عند انتفاء الشرعيّه، و لكون المرجع عاده كلّ بلد إذا اختلف البلدان، بأنّ العرف الخاصّ قائم مقام

ص: ٢٣١

١ - ١) في «ص»: بحكم.

٢ - ٢) في «ف»: الاستناد.

العام عند انتفائه (١)، انتهى.

و ذكر المحقق الثاني أيضاً: أنّ الحقيقه العرفيه يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها، فلو تغيّرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله فالمعتبر هو العرف السابق، ولا أثر للعرف (٢) الطارئ؛ للاستصحاب، ولظاهر قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَاسَلَّمَ: «حكمى على الواحد حكمى على الجماعه» (٣). وأمّا في الأقارير و الايمان و نحوها، فالظاهر الحواله على عرف ذلك العصر الواقع فيه شىء منها (٤)؛ حملاً له على ما يفهمه الموقع (٥)، انتهى.

أقول: ليس الكلام في مفهوم المكييل و الموزون، بل الكلام فيما هو المعتبر في تحقّق هذا المفهوم؛ فإنّ المراد بقولهم عليهم السلام (٦): «ما كان مكيلاً فلا يباع جزافاً» (٧)، أو «لا يُباع بعضه ببعض إلّا متساوياً» (٨)، إمّا أن

ص: ٢٣٢

١-١) راجع مفتاح الكرامه ٢٢٨:٤، ٢٢٩، و الجواهر ٤٢٦:٢٢، ٢٣ و ٣٦٣:٣٦٤.

٢-٢) كذا في «ف» و «ص»، و في «ش» و المصدر: «للتغيّر»، و في سائر النسخ: للغير.

٣-٣) عوالى اللآلى ٢:٩٨، الحديث ٢٧٠.

٤-٤) عبارته «الواقع فيه شىء منها» من «ش» و المصدر.

٥-٥) جامع المقاصد ٢٧٠:٤.

٦-٦) في «ف»: بقوله عليه السلام.

٧-٧) لم نعثر عليه بلفظه، نعم يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢:٢٥٤، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٨-٨) لم نعثر عليه بلفظه أيضاً، نعم يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢:٤٣٨، الباب ٨ من أبواب الربا.

يكون ما هو المكييل في عرف المتكلم، أو يراد به ما هو المكييل في العرف العام، أو ما هو المكييل في عرف كل مكلف، و على أى تقدير فلا- يفيد الكلام لحكم غير ما هو المراد، فلا- بد لبيان حكم غير المراد من دليل خارجي. وإرادته جميع هذه الثلاثه خصوصاً مع ترتيب خاص في ثبوت الحكم بها، و خصوصاً مع كون مرتبه كل لا-حق مع عدم العلم بسابقه لا- مع عدمه غير صحيحه، كما لا يخفى.

و لعلّ المقدس الأردبيلي أراد ما ذكرنا، حيث تأمّل فيما ذكره من الترتيب بين عرف الشارع، و العرف العام، و العرف الخاص؛ معللاً باحتمال إرادته الكيل و الوزن المتعارف عرفاً عاماً، أو في أكثر البلدان، أو في الجملة مطلقاً، أو بالنسبه إلى كل بلد بلد كما قيل في المأكول و الملبوس في السجده من الأمر الوارد بهما لو سلم (1)، و الظاهر هو الأخير (2)، انتهى.

و قد ردّه في الحقائق: بأن الواجب في معانى الألفاظ الوارده في الأخبار حملها على عرفهم صلوات الله عليهم، فكل ما كان مكيلاً أو موزوناً في عرفهم و جب إجراء الحكم عليه في الأزمنه المتأخره، و ما لم يعلم فهو بناءً على قواعدهم يرجع إلى العرف العام و إلى آخر ما ذكره من التفصيل. ثم قال: و يمكن أن يستدل للعرف العام بما تقدّم في صحيحه الحلبي من قوله عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً»، فإنّ الظاهر أنّ المرجع في كونه مكيلاً إلى تسميته عرفاً

ص: ٢٣٣

١- ١) لم ترد «لو سلم» في غير «ش» و المصدر.

٢- ٢) مجمع الفائده ١٧٧: ٨.

مكيلاً. و يمكن تقييده بما لم يعلم حاله في زمانهم عليهم السلام (١)، انتهى.

أقول: قد عرفت أنّ الكلام هنا ليس في معنى اللفظ؛ لأنّ مفهوم الكيل معلوم لغه، وإنّما الكلام في تعيين الاصطلاح الذي يتعارف فيه هذا المفهوم.

ثمّ لو فرض كون الكلام في معنى اللفظ، كان اللازم حمله على العرف العامّ إذا لم يكن عرفاً شرعياً، لا- إذا جهل عرفه الشرعياً؛ فإنّه لم يقل أحد بحمل اللفظ حينئذٍ على المعنى العرفي، بل لا بدّ من الاجتهاد في تعيين ذلك المعنى الشرعياً، و مع العجز يحكم بإجمال اللفظ، كما هو واضح (٢).

□
هذا كلّ مع أنّ الأخبار إنّما وصلت إلينا من الأئمة صلوات الله و سلامه عليهم، فاللازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع.

و أمّا ما استشهد به للرجوع إلى العرف العامّ من قوله عليه السلام:

«ما سميت فيه كيلاً.. إلخ» (٣) فيحتمل أن يراد عرف المخاطب، فيكون المعيار العرف الخاصّ بالمتبايعين.

نعم، مع العلم بالعرف العامّ لا عبره بالعرف الخاصّ؛ لمقطوعه ابن هاشم الآتيه (٤)، فتأمل.

ص: ٢٣٤

١- (١) الحدائق ١٨: ٤٧١، ٤٧٢.

٢- (٢) العبارة من قوله: «ثمّ لو فرض..» إلى هنا لم ترد في «ف»، و كتب عليها في غير «ش» و «ص»: «وجد في نسخه كذا».

٣- (٣) المتقدّم في صحيحه الحلبي المتقدّمه في الصفحة ٢١٠.

٤- (٤) الآتيه في الصفحة ٢٣٨.

و أبعد شيء في المقام: ما ذكره في جامع المقاصد، من أن الحقيقة العرفية يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها (١)، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله.. إلخ (٢).

و بالجمله، فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشكل، لكن الظاهر أن كلها متفق عليها.

نعم، اختلفوا فيما إذا كان البلاد مختلفه في أن لكل بلد حكم نفسه من حيث الربا، أو أنه يغلب جانب التحريم، كما عليه جماعه من أصحابنا (٣). لكن الظاهر اختصاص هذا الحكم بالربا، لا في جواز البيع جزافاً في بلد لا يتعارف فيه التقدير.

ثم إنه يشكل الأمر فيما لو (٤) علم كونه مقدراً في زمان الشارع لكن لم يعلم أن تقديره بالكيل أو بالوزن، ففيه وجوه: أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر.

و أشكل من ذلك: ما لو علم كون الشيء غير مكيل في زمن الشارع أو في العرف العام، مع لزوم الغرر فيه عند قوم خاص، و لا يمكن جعل ترخيص الشارع لبيعه جزافاً تخصيصاً لأدله نفي الغرر؛ لاحتمال كون ذلك الشيء من المبتدلات في زمن الشارع أو في العرف

ص: ٢٣٥

١- ١) في غير «ف» و «ص»: عليهما، و صححت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) تقدّمت عبارته جامع المقاصد في الصفحة ٢٣٢.

٣- ٣) منهم الشيخ في النهاية: ٣٧٨، و سلار في المراسم: ١٧٩، و قواه فخر المحققين في الإيضاح ١: ٤٧٦.

٤- ٤) لو «من» ف«».

بحيث يتحرّز عن الغرر بمشاهدته وقد بلغ عند قوم في العزّه إلى حيث لا- يتسامح فيها. فالأقوى وجوب الاعتبار في الفرض المذكور بما يندفع فيه الغرر من الكيل أو الوزن أو العدّ.

و بالجمله، فالأولى جعل المدار فيما لا إجماع فيه على وجوب التقدير بما (1) بنى الأمر في مقام استعمال مائته الشيء على ذلك التقدير، فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز، فيجاب بذكر العدد، بخلاف ما إذا سئل عن مقدار (2) ما عنده من الرمان و البطيخ، فإنّه لا- يجاب إلّا بالوزن، وإذا سئل عن مقدار الحنطه و الشعير فربما يجاب بالكيل و ربما يجاب بالوزن، لكن الجواب بالكيل مختصّ بمن يعرف مقدار الكيل من حيث الوزن؛ إذ الكيل بنفسه غير منضبط، بخلاف الوزن، وقد تقدّم أنّ الوزن أصل في (3) الكيل (4).

و ما ذكرنا هو المراد بالمكيل (5) و الموزون اللذين حمل عليهما الحكم بوجوب الاعتبار بالكيل و الوزن عند البيع، و بدخول الربا فيهما.

و أمّا ما لا يعتبر مقدار مائته بالتقدير بأحد الثلاثة كالماء و التبن و الخضرىات (6) فالظاهر كفايه المشاهده فيها من غير تقدير.

ص: ٢٣٦

١- ١) في غير «ش»: «فيما»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) في غير «ف» زياده: ماليه.

٣- ٣) لم ترد «في» في «ف»، «ن»، «خ» و «ص»، و شطب عليها في «ع».

٤- ٤) تقدّم في الصفحه ٢٢٣.

٥- ٥) في «ف»: من المكيل.

٦- ٦) كذا في النسخ، و في اللغه: خضروات.

فإن اختلف البلاد في التقدير و العدم، فلا إشكال في التقدير في بلد التقدير. و أما بلد عدم التقدير، فإن كان ذلك لا يتذال الشيء عندهم بحيث يتسامح في مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة كفت المشاهدة، و إن كان لعدم مبالاتهم بالغرر و إقدامهم عليه خرساً (١) مع الاعتداد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم، بل يجب مخالفتها، فإن النواهي الواردة في الشرع عن بيوع الغرر و المجازفات كبيع الملاقيح و المضامين (٢) و الملامسه و المنابذه و الحصاه (٣)، على بعض تفاسيرها (٤)، و ثمر الشجر قبل الوجود (٥)، و غير ذلك لم يرد إلّا ردّاً على من تعارف عندهم الإقدام على الغرر و البناء على المجازفات، الموجب لفتح أبواب المنازعات.

ص: ٢٣٧

١-١) كذا في «ن»، «م» و «ص»، و في سائر النسخ: حرصاً.

٢-٢) الملاقيح: ما في البطون و هي الأجنه، و المضامين: ما في أصلاب الفحول كما ورد في الخبر، راجع الوسائل ١٢:٢٦٢، الباب ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.

٣-٣) قد ورد معنى هذه الثلاث و حكمها في الحديث، راجع الوسائل ١٢:٢٦٦، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ١٣.

٤-٤) قال الشهيدى قدس سره: يعنى به جعل المبيع الوارد عليه البيع الشيء المقيّد بتعلق أحد هذه الأمور الثلاثة به بعد الإنشاء، بأن يقول: «ما ألامسه بعد ذلك أو أنبذه أو أطرحه إليك أو القى الحصاه عليه» فإن المبيع على هذا مجهول عند البيع. و أما التفسير الآخر فهو إنشاء البيع بنفس اللمس و النبذ و إلقاء الحصاه كإنشائه بالمعاطاه، و لا جهاله فيه على هذا التفسير. (هدايه الطالب: ٣٨٣) و راجع المكاسب ٣:٢٩.

٥-٥) راجع الوسائل ١٣:٢، الباب الأوّل من أبواب بيع الثمار.

و إلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن (١) على بن إبراهيم عن أبيه (٢) عن رجاله (٣) ذكره في حديث طويل، قال: «و لا ينظر فيما يكال أو يوزن إلّا إلى العامّة، و لا يؤخذ فيه بالخاصّه (٤) فإن كان قوم يكيلون اللحم و يكيلون الجوز فلا يعتبر بهم؛ لأنّ أصل اللحم أن يوزن و أصل الجوز أن يعدّ» (٥).

و على ما ذكرنا، فالعبره ببلد (٦) وجود المبيع، لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدين.

و في شرح القواعد لبعض الأساطين (٧): ثمّ الرجوع إلى العاده مع اتّفاقها اتّفاقي، و لو اختلف فلكلّ بلد حكمه كما هو المشهور. و هل يراد به بلد العقد أو المتعاقدين؟ الأقوى الأوّل. و لو تعاقدوا في الصحراء رجعا إلى حكم بلدهما. و لو اختلفا رجح الأقرب، أو الأعظم، أو ذو

ص: ٢٣٨

١-١ (١) عبارته «ما عن» من «ش» و مصحّحه «ن».

٢-٢ (٢) عبارته «عن أبيه» من «ش» فقط.

٣-٣ (٣) كذا في «ف» و «ش» و مصحّحه «ص»، و في سائر النسخ: «في رجاله»، قال المامقاني قدّس سرّه: الظاهر أنّ هذه العبارة قد وقع فيها التشويش من النساخ و أنّه: «ما عن على بن إبراهيم عن أبيه عن رجاله» (انظر غايه الآمال: ٤٦٦).

٤-٤ (٤) في غير «ص»: الخاصّه.

٥-٥ (٥) في غير «ش» زياده: الحديث، و ليس للحديث تتمّه، انظر الوسائل ١٢: ٤٣٥، الباب ٥ من أبواب الربا، الحديث ٦.

٦-٦ (٦) في غير «ف» زياده: «فيه»، لكن شطب عليها في «ن».

٧-٧ (٧) و هو كاشف الغطاء قدّس سرّه.

الاختبار (1) على ذى الجزاف، أو البائع فى مبيعه و المشتري فى ثمنه، أو يبنى على الإقراع مع الاختلاف و ما اتفقا عليه مع الاتفاق، أو (2) التخيير، و لعله الأقوى (3). و يجرى مثله فى معاملة الغرباء فى الصحراء مع اختلاف البلدان. و الأولى التخلص بإيقاع المعاملة على وجه لا يفسدها الجهالة، من صلح أو هبه بعوض أو معاطاه و نحوها. و لو حصل الاختلاف فى البلد الواحد على وجه التساوى فالأقوى التخيير. و مع الاختصاص بجمع قليل إشكال (4)، انتهى.

ص: ٢٣٩

١-١ فى «ش»: ذو الاعتبار.

٢-٢ فى «ع» بدل «أو»: و.

٣-٣ فى المصدر: الأقرب.

٤-٤ شرح القواعد (مخطوط): ٧٦.

اشاره

و عباره التذكره (١) مشعره بالاتفاق عليه، و يدلّ عليه غير واحد من الأخبار المتقدمه (٢).

و ما تقدّم من (٣) صحيحه الحلبي الظاهره في المنع عن ذلك (٤) محمول على صوره إيقاع المعامله غير مبنيّه على المقدار المخبر به و إن كان الإخبار داعياً إليها، فإنّها لا تخرج بمجرد ذلك عن الغرر، و قد تقدّم عن التحرير ما يوافق ذلك (٥).

[هل يعتبر كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار]

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار كما يشهد به الروايات المتقدمه، فلو لم يُفد ظناً فإشكال: من بقاء الجهاله الموجبه

ص: ٢٤٠

١- (١) التذكره ١:٤٧٠، و تقدّم في الصفحه ٢١١.

٢- (٢) تقدّمت في الصفحه ٢١٢ ٢١٣.

٣- (٣) في غير «ف»: في.

٤- (٤) تقدّم في الصفحه ٢١٠.

٥- (٥) تقدّم في الصفحه ٢١٢.

للغرر، و من عدم تقييدهم الإخبار بإفاده الظنّ و لا المخبر بالعدالة.

و الأقوى؛ بناءً على اعتبار التقدير و إن لم يلزم الغرر الفعلي: هو الاعتبار (١).

نعم، لو دار الحكم مدار الغرر كفى في صحّحه المعامله إيقاعها مبيتهً على المقدار المخبر به و إن كان مجهولاً. و يندفع الغرر ببناء المتعاملين على ذلك المقدار؛ فإنّ ذلك ليس بأدون من بيع العين الغائبه على أوصاف مذكوره في العقد، فيقول: بعثك هذه الصبره على أنّها كذا و كذا صاعاً، و على كلّ تقديرٍ حكمنا فيه بالصحّحه (٢).

فلو تبين الخلاف، فإنّما أن يكون بالنقيصه، و إمّا أن يكون بالزيادة.

[ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقيصه]

إشاره

فإن كان بالنقيصه تخير المشتري بين الفسخ و بين الإمضاء، بل في جامع المقاصد: احتمال البطلان، كما لو باعه ثوباً على أنّه كتان فبان قطعاً. ثمّ ردّه بكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنّما الفائت الوصف (٣).

لكن يمكن أن يقال: إنّ مغايره الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقه مغايره حقيقه لا- تشبه مغايره الفاقد للوصف لواجده؛

ص: ٢٤١

١- ١) في «ف»: «عدم الاعتبار»، و في هامش «م» زياده: عدم.

٢- ٢) كذا في أكثر النسخ، و في «ش»: «الحكم فيه بالصحّحه»، و في هامش «ن» عن بعض النسخ: الحكم فيه بالصحّحه.

٣- ٣) لا- يخفى أنّ ما نقله عن جامع المقاصد من الاحتمال و ردّه إنّما هو في مورد تبين الخلاف بالزيادة لا بالنقيصه، فراجع جامع المقاصد ٤٢٧: ٤.

لاشتراكهما في أصل الحقيقة، بخلاف الجزء و الكل، فتأمل؛ فإن المتعين الصحه و الخيار.

ثم إنه قد عبّر في القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشتري مع النقيصه بقوله: «تخيّر المغبون» (1)، فربما تخيّل بعض تبعاً لبعض (2) أنّ هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء؛ معللاً بأن خيار الوصف إنّما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف في العقد.

و يدفعه: تصريح العلامة في هذه المسأله من التذكرة:- بأنّه لو ظهر النقصان رجع المشتري بالنقص (3). و في باب الصرف من القواعد:

بأنّه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر البائع تخيّر المشتري بين الفسخ و الإمضاء بحصّه معيّنه (4) من الثمن (5). و تصريح جامع المقاصد في المسأله الأخيره بابتنائها على المسأله المعروفه، و هي «ما لو باع متساوي الأجزاء على أنّه مقدار معيّن فبان أقلّ» (6)، و من المعلوم أنّ الخيار في تلك المسأله إمّا لفوات الوصف، و إمّا لفوات الجزء، على الخلاف الآتي.

ص: ٢٤٢

١-١ (١) القواعد ١٤٣:١.

٢-٢ (٢) لم نعثر عليه.

٣-٣ (٣) التذكرة ٤٧٠:١.

٤-٤ (٤) كلمه «معيّنه» من «ش».

٥-٥ (٥) القواعد ١٣٣:١.

٦-٦ (٦) جامع المقاصد ١٩٨:٤.

و أما التعبير ب«المغبون» فيشمل البائع على تقدير الزيادة، و المشتري على تقدير النقصه، نظير تعبير الشهيد في اللمعه عن البائع و المشتري في بيع العين الغائبه برؤيتها السابقه مع تبين الخلاف، حيث قال: تخير المغبون منهما (١).

و أمّا ما ذكره: من أنّ الخيار إنّما يثبت في تخلف الوصف إذا اشترط في متن العقد، ففيه: أنّ ذلك في الأوصاف الخارجة التي لا يشترط اعتبارها في صحّة البيع (٢)، ككتابه العبد و خياطته. و أمّا الملحوظ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصحّ البيع كمقدارٍ معيّن من (٣) الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج إلى ذكره في متن العقد، فإنّ هذا أولى من وصف الصحّة الذي يغني بناءً العقد عليه عن ذكره في العقد، فإنّ معرفه وجود ملاحظه الصحّة ليست من مصحّحات العقد، بخلاف معرفه وجود المقدار المعين.

[عدم الإشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف]

و كيف كان، فلا إشكال في كون هذا الخيار خيار التخلف و إنّما الإشكال في أنّ المتخلف في الحقيقه هل هو جزء (٤) المبيع أو وصف من أوصافه؟ فلذلك اختلف في أنّ الإمضاء هل هو بجميع الثمن، أو بحصّه منه نسبتها إليه كنسبه الموجود من الأجزاء إلى المعدوم؟ و تمام الكلام في موضع تعرّض الأصحاب للمسألة.

ص: ٢٤٣

١- (١) اللمعه الدمشقيّه: ١١٣.

٢- (٢) في «ف»: العقد.

٣- (٣) في «ف»: زياده: حيث.

٤- (٤) في «ف»: زياده: من.

[كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار البيع فهو بحكم إخبار البائع]

ثم إن في حكم إخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف، كل ما يكون طريقاً عرفياً إلى مقدار المبيع و أوقع (١) العقد بناءً عليه، كما إذا جعلنا الكيل في المعدود و الموزون طريقاً إلى عدّه أو وزنه.

ص: ٢٤٤

١ - ١) في «ف»: فأوقع.

مسأله [هل يجوز بيع الثوب و الأراضى مع المشاهده]

قال فى الشرائع: يجوز بيع الثوب و الأراضى مع المشاهده و إن لم يُمسحاً، و لو مُسحاً كان أحوط؛ لثفاوت الغرض فى ذلك، و تعذر إدراكه بالمشاهده (١)، انتهى.

و فى التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهده صحّ كالثوب و الدار و الغنم إجماعاً (٢).

و صرح فى التحرير بجواز بيع قطع الغنم و إن لم يعلم عددها (٣).

أقول: يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد، لثبوت الغرر غالباً مع جهل أذرع الثوب و عدد قطع الغنم. و الاعتماد فى عددها على ما يحصل تخميناً بالمشاهده عين المجازفة.

و بالجملة، فإذا فرضنا أنّ مقدار مائته الغنم قلّه و كثره يعلم بالعدد فلا- فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار فى المكيل و الموزون

ص: ٢٤٥

١-١) الشرائع ١:١٨.

٢-٢) التذكرة ١:٤٧٠.

٣-٣) التحرير ١:١٧٧.

و المعدود. و كذا الحكم فى عدد الأذرع و الطاقات فى الكرايسس (1) و الجربان فى كثيرٍ من الأراضى المقدّره عادةً بالجريب.
نعم، ربما يتفق تعارف عددٍ خاصّ فى أذرع بعض طاقات الكرايسس، لكن الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع، نظير إخبار البائع، و ليس هذا معنى كفايه المشاهده.
و تظهر الثمره فى ثبوت الخيار؛ إذ على تقدير كفايه المشاهده لا يثبت خيارٌ مع تبين قلّه الأذرع بالنسبه إلى ما حصل التخمين به من المشاهده، إلّا إذا كان النقص عيباً أو اشترط عدداً خاصاً من حيث الذراع (2) طولاً و عرضاً.
و بالجملة، فالمعيار هنا دفع الغرر الشخصى، إذ لم يرد هنا نصٌ بالتقدير ليحتمل إناطه الحكم به و لو لم يكن غرر، كما استظهرناه فى المكيل و الموزون، فافهم.

ص: ٢٤٦

١- ١) فى «ف»: الكرباس.

٢- ٢) فى «خ»: الذرع.

كصاع من صبره مجتمعه الصيعان أو متفرقتها، أو ذراع من كرباس، أو عبد من عبيد، و شبه ذلك يتصوّر على وجوه:

الأول: أن يريد

الأول: أن يريد (١) بذلك البعض كسراً واقعياً من جمله مقدراً (٢) بذلك العنوان،

فيريد (٣) بالصاع مثلاً من صبره تكون عشره أصوع عشرها، و من عبد من العبيد نصفهما.

و لا إشكال في صحه ذلك، و لا في كون المبيع مشاعاً في جمله.

و لا فرق بين اختلاف العبيد في قيمه و عدمه، و لا بين العلم بعدد صيعان الصبره و عدمه، لأن الكسر مقدّر بالصاع فلا يعتبر العلم بنسبته إلى المجموع.

ص: ٢٤٧

١-١) في نسخه بدل «خ»، «م» و «ع»: يردد.

٢-٢) الكلمه لا تقرأ في «ف»، و في «ع» و «م»: مقدار.

٣-٣) في نسخه بدل «خ»، «م» و «ع»: فيردد.

هذا، ولكن قال في التذكرة: والأقرب أنه لو قصد الإشاعه في عبد من عبدين أو شاه من شاتين بطل، بخلاف الذراع من الأرض (١)، انتهى.

و لم يعلم وجه الفرق (٢)، إلا منع ظهور الكسر المشاع من لفظ «العبد» و«الشاه».

الثاني: أن يراد به بعض مردد بين ما يمكن صدقه عليه من الأفراد المتصوره في المجموع،

إشاره

نظير تردد الفرد المنتشر بين الأفراد، وهذا يتضح في صاع من الصيعان المتفرقه.

ولا إشكال في بطلان ذلك مع اختلاف المصاديق في القيمه كالعبدين المختلفين؛ لأنه غرر؛ لأن المشتري لا يعلم بما يحصل في يده منهما.

و أمّا مع اتفاقهما في القيمه كما في الصيعان المتفرقه، فالمشهور أيضاً كما في كلام بعض (٣) المنع، بل في الرياض نسبتة إلى الأصحاب (٤)، و عن المحقق الأردبيلي قدس سرّه أيضاً نسبة المنع عن بيع ذراع من كرباس مشاهد من غير تعيين أحد طرفيه إلى الأصحاب (٥).

و استدلل على المنع بعضهم (٦): بالجهاله التي يبطل معها البيع إجماعاً.

ص: ٢٤٨

١-١ (١) التذكرة ١:٤٧٠.

٢-٢ (٢) في «ف»: للفرق.

٣-٣ (٣) لم نقف عليه.

٤-٤ (٤) الرياض ٥١٥:١.

٥-٥ (٥) حكاة عنه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٤٢٠، و راجع مجمع الفائده ٨: ١٨١ ١٨٢، و فيه: و مثل المتن أكثر عباراتهم.

٦-٦ (٦) كما في جامع المقاصد ٤:١٥٠، و سيجيء في كلام الحلّي و الشيخ.

و آخر (١): بأن الإبهام في البيع مبطلٌ له، لا- من حيث الجهالة. و يؤيِّده أنه حكم في التذكرة مع منعه عن بيع أحد العبيدين المشاهدين المتساويين بأنه لو تلف أحدهما فباع الباقي و لم يدرِ أيهما هو، صحَّ، خلافاً لبعض العامه (٢). و ثالثاً (٣): يلزوم الغرر. و رابع (٤): بأن الملك صفهٌ وجوديهٌ محتاجهٌ إلى محلٍّ تقوم به كسائر الصفات الموجوده في الخارج و أحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامه به؛ لأنه أمرٌ انتزاعيٌّ من أمرين معيّنين.

و يضعف الأول بمنع المقدمتين؛ لأنَّ الواحد على سبيل البدل غير مجهول؛ إذ لا تعين له في الواقع حتّى يُجهل، و المنع عن بيع المجهول و لو لم يلزم غررٌ، غير مسلم.

نعم، وقع في معقد بعض الإجماعات ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين.

ففي السرائر بعد نقل الروايه التي رواها في الخلاف على جواز بيع عبدٍ من عبيدٍ قال: إنَّ ما اشتملت عليه الروايه مخالفتٌ لما عليه الأئمه بأسرها، منافٍ لأصول مذهب أصحابنا و فتاويهم و تصانيفهم؛ لأنَّ المبيع إذا كان مجهولاً- كان البيع باطلاً بغير خلاف (٥)، انتهى.

و عن الخلاف في باب السلم-: أنه لو قال: «أشترى منك أحد

ص: ٢٤٩

١- ١) لم نقف عليه.

٢- ٢) لم نعثر عليه في التذكرة.

٣- ٣) كما في كلام الشيخ الآتي في الصفحه التاليه.

٤- ٤) كما استدلل به المحقق النراقي في المستند ٢: ٣٧٥.

٥- ٥) السرائر ٢: ٣٥٠، و راجع الروايه في الوسائل ١٣: ٤٤، الباب ١٦ من أبواب خيار الحيوان.

هذين العبدین أو هؤلاء العبيد» لم یصحّ الشراء. دلیلنا: أنه یباع مجهول فیجب أن لا یصحّ، ولأنه یباع غرر لاختلاف قیمتی العبدین، ولأنه لا دلیل علی صحّ ذلك فی الشرع. وقد ذكرنا هذه المسأله فی البیوع وقلنا: إن أصحابنا رووا جواز ذلك فی العبدین، فإن قلنا بذلك تبعنا فی الروایه، ولم یقس (1) غیرها علیها (2)، انتهى.

و عبارته المحکیه فی باب البیوع هی: أنه روی أصحابنا أنه إذا اشتری عبداً من عبیدین علی أنّ للمشتری أن یختار أيهما شاء، أنه جائز، ولم یرووا فی الثوبین شیئاً. ثم قال: دلیلنا إجماع الفرقة، وقوله صلّی الله علیه و آله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم» (3)، انتهى.

و سیأتی أيضاً فی کلام فخر الدین أنّ عدم تشخیص المبیع، من الغرر الذی یوجب النهی عنه الفساد إجماعاً (4).

و ظاهر هذه الکلمات صدق الجهاله و کون مثلها قاده اتفاقاً مع فرض عدم نصّ، بل قد عرفت ردّ الحلّی للنصّ المجوّز بمخالفته لإجماع الأمة (5).

و ممّا ذكرنا من منع کبری الوجه الأول یظهر حال الوجه الثانی من وجوه المنع، أعنی کون الإبهام مبطلاً.

ص: ٢٥٠

١-١) کذا فی النسخ، و الصواب: «و لم نقس»، بصیغه المتکلم كما فی المصدر.

٢-٢) فی غیر «ف»: «غیرهما علیهما»، راجع الخلاف ٣:٢١٧، کتاب السلم، المسأله ٣٨.

٣-٣) الخلاف ٣:٣٨، المسأله: ٥٤ من کتاب البیوع.

٤-٤) الآتی فی الصفحه التالیه.

٥-٥) راجع الصفحه السابقه.

و أمّا الوجه الثالث، فيردّه منع لزوم الغرر مع فرض اتّفاق الأفراد في الصفات الموجبه لاختلاف قيمه؛ و لذا يجوز الإسلاف في الكلّي من هذه الأفراد، مع أنّ الانضباط في السلم أكد. و أيضاً فقد جوّزوا بيع الصاع الكلّي من الصبره، و لا فرق بينهما من حيث الغرر قطعاً؛ و لذا ردّ في الإيضاح حمل الصاع من الصبره على الكلّي برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعاً (١).

و أمّا الرابع، فبمنع احتياج صفه الملك إلى موجودٍ خارجيٍّ، فإنّ الكلّي المبيع سلماً أو حالاً مملوكٌ للمشتري، و لا وجود لفردٍ منه في الخارج بصفه كونه مملوكاً للمشتري، فالوجه أنّ الملكيه أمرٌ اعتباريٌّ يعتبره العرف و الشرع أو أحدهما في موارده، و ليست صفه وجوديه متأصّله كالحموضه و السواد؛ و لذا صرّحوا بصحّه الوصيه بأحد الشئيين، بل لأحد (٢) الشخصين و نحوهما (٣).

فالإنصاف كما اعترف به جماعه (٤) أو لهم المحقّق الأردبيلي عدم دليلٍ معتبرٍ على المنع.

قال في شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراعٍ من كرباسٍ من غير تقييد كونه من أيّ الطرفين، قال: و فيه تأملٌ، إذ لم يقدّم دليلٌ على اعتبار هذا المقدار من

ص: ٢٥١

١- ١) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

٢- ٢) في غير «ف»: أحد.

٣- ٣) ممّن صرّح بذلك العلّامه في القواعد ١:٢٩٥، و التذكرة ٢:٤٨٠، و الشهيد في الدروس ٢:٣٠١ و ٣:٣٠٨.

٤- ٤) منهم المحدّث البحراني في الحدائق ١٨:٤٨٠، و لم نعثر على غيره.

العلم، فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أى طرف أراد المشتري أو من أى جانب كان من الأرض، فما المانع بعد العلم بذلك؟ (١) انتهى.

فالدليل هو الإجماع لو ثبت، وقد عرفت من (٢) غير واحد نسبه إلى الأصحاب.

قال بعض الأساطين فى شرحه على القواعد بعد حكم المصنّف بصحّ بيع الذراع من الثوب و الأرض، الراجع إلى بيع الكسر المشاع قال: وإن قصدا معيّناً (٣) أو كلياً لا على وجه الإشاعه بطل؛ لحصول الغرر بالإبهام فى الأوّل، و كونه بيع المعدوم، و باختلاف الأغراض فى الثانى غالباً، فيلحق به النادر، و للإجماع المنقول فيه إلى أن قال:

و الظاهر بعد إمعان النظر و نهايه التتبع أن الغرر الشرعى لا يستلزم الغرر العرفى و بالعكس، و ارتفاع الجهاله فى الخصوصيه قد لا يثمر مع حصولها فى أصل الماهيه، و لعلّ الدائره فى الشرع أضيق، و إن كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين (٤)، و فهم الأصحاب مقدّم؛ لأنهم أدرى بمذاق الشارع و أعلم (٥)، انتهى.

و لقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

ص: ٢٥٢

١-١) مجمع الفائدة ١٨٢: ٨.

٢-٢) فى «ف»، «ن» و «خ»: عن.

٣-٣) فى «ش» زياده: «من عين» و هى تصحيف «من غير تعيين»، كما فى المصدر.

٤-٤) قال الشهيدى قدّس سرّه: «التثنيه بطريق التوزيع، يعنى عموم من وجه و خصوص من وجه» (هداياه الطالب: ٣٨٤).

٥-٥) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٩٠ ٩١، ذيل قول العلّامه: و إن قصدا معيّناً.

فرع:

على المشهور من المنع، لو اتَّفقا على أنَّهما أرادا غير شائعٍ لم يصحَّ البيع؛
لأتَّفاقهما على بطلانه.

و لو اختلفا فادَّعى المشتري الإشاعه فيصحَّ البيع، وقال البائع:

أردت معيّنًا، ففي التذكرة: الأقرب قبول قول المشتري؛ عملاً بأصالة الصحه و أصاله عدم التعيين (١)، انتهى.

و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغه ظاهره في أحد المعنيين، أمّا معه فالمتَّبِع (٢) هو الظاهر، و أصاله الصحه لا تصرف الظواهر
(٣). و أمّا أصاله عدم التعيين فلم أتحقَّقها.

و ذكر بعض من قارب عصرنا (٤): أنه لو فرض للكلام ظهور في عدم (٥) الإشاعه كان حمل الفعل على الصحه قرينه صارفه. و فيه
نظر.

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل: أن يكون المبيع طبيعه كليّه منحصره المصاديق

إشاره

في الأفراد المتصوِّره في تلك الجملة.

ص: ٢٥٣

١-١) التذكرة ٤٧٠:١.

٢-٢) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: «فالمنع»، و كذا أثبتته المامقاني قدّس سرّه في غايه الآمال: ٤٦٧.

٣-٣) في «ف»: لا تضرّ بالظواهر.

٤-٤) لم نقف عليه.

٥-٥) لم ترد «عدم» في «ف».

كما حَقَّقَه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فَرَّق الصيعان، و قال: بعثك أحدها-: أن المبيع هناك (١) واحد من الصيعان المتميزه المتشخصه غير معيّن (٢)، فيكون بيعه مشتقاً على الغرر. و في هذا الوجه أمر كليّ غير متشخص و لا- متميز بنفسه، و يتقوم بكل واحد من صيعان الصبره و يوجد به؛ و مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعاً منها من غير تعيين. و لو باع ربعاً قبل القسمة صحّ و تنزل على واحد منها مشاعاً؛ لأنه حينئذ أمر كليّ؛ فإن قلت:

المبيع في الأولى أيضاً أمر كليّ؛ قلنا: ليس كذلك، بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصه، مبهم بحسب صوره العباره، فيشبه الأمر الكليّ، و بحسب الواقع جزئيّ غير معيّن و لا- معلوم. و المقتضى لهذا المعنى هو تفريق الصيعان، و جعل كل واحد منها (٣) برأسه، فصار إطلاق أحدها منزلاً على شخصيّ غير معلوم، فصار كبيع أحد الشياه و أحد العبيد. و لو أنه قال: بعثك صاعاً من هذه شائعاً في جملتها، لحكمنا بالصحة (٤)، انتهى.

و حاصله: أن المبيع مع التردد جزئيّ حقيقيّ، فيمتاز عن المبيع الكليّ الصادق على الأفراد المتصوره في تلك الجملة.

ص: ٢٥٤

١- ١) في غير «ش»: «هنا»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) كذا في «ش»، و في «ف»: «غير متعيّن»، و في «ص»: «من غير تعيين»، و في سائر النسخ: «من غير متعيّن»، و شطب في «ن» على «من».

٣- ٣) كذا، و الظاهر سقوط كلمه هنا، مثل: «شخصاً»، كما أشار إليه مصحح «ص».

٤- ٤) جامع المقاصد ١٠٣: ٤.

و فى الإيضاح: أنّ الفرق بينهما هو الفرق بين الكلّيّ المقيد بالوحده و بين الفرد المنتشر (١).

ثمّ الظاهر صحّه بيع الكلّيّ بهذا المعنى، كما هو صريح جماعه، منهم الشيخ (٢) و الشهيدان (٣) و المحقّق الثانى (٤) و غيرهم (٥)، بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إن اختلفوا فى تنزيل الصاع من الصبره على الكلّيّ أو الإشاعه.

لكن يظهر ممّا عن الإيضاح وجود الخلاف فى صحّه بيع الكلّيّ و أنّ منشأ القول بالتنزيل على الإشاعه هو بطلان بيع الكلّيّ بهذا المعنى، و الكلّيّ الذى يجوز بيعه هو ما يكون فى الذمّه.

قال فى الإيضاح فى ترجيح التنزيل على الإشاعه: إنّّه لو لم يكن مشاعاً لكان غير معيّن، فلا يكون معلوم العين، و هو الغرر الذى يدلّ النهى عنه على الفساد إجماعاً، و لأنّ أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح (٦) من غير مرجّح، و لا بعينه هو المبهم، و إبهام المبيع مبطل (٧)، انتهى.

ص: ٢٥٥

١-١ (١) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

٢-٢ (٢) المبسوط ٢:١٥٢، و الخلاف ٣:١٦٢، كتاب البيوع، المسأله ٢٥٩ و ٢٦٠.

٣-٣ (٣) اللعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٣:٢٦٧، ٢٦٨.

٤-٤ (٤) جامع المقاصد ٤:١٠٣ و ١٠٥.

٥-٥ (٥) كالسيد الطباطبائى فى الرياض ١:٥١٥، و المحقّق النراقى فى المستند ٢:٣٧٦، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، ٢٧٥.

٦-٦ (٦) كذا فى «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: ترجيح.

٧-٧ (٧) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

و تبعه بعض المعاصرين (١) مستنداً تارةً إلى ما فى الإيضاح من لزوم الإبهام و الغرر، و أخرى إلى عدم معهوديته ملك الكلى فى غير الذمه لا على وجه الإشاعه، و ثالثه باتفاقهم على تنزيل الأبطال المستثناه من بيع الثمره على الإشاعه.

و يردّ الأول: ما عرفت من منع الغرر فى بيع الفرد المنتشر، فكيف نسلّم فى الكلى.

و الثانى: بأنّه معهود فى الوصيه و الإصداق؛ مع أنّه لم يفهم مراده من المعهوديه، فإنّ أنواع الملك بل كلّ جنس لا يعهد تحقّق أحدها فى مورد الآخر، إلّا أن يراد منه عدم وجود موردٍ يقينى (٢) حكم فيه الشارع بملكيه الكلى المشترك بين أفراد موجوده، فيكفى (٣) فى ردّه النقض بالوصيه و شبهها.

هذا كلّه مضافاً إلى صحيحه الأطنان الآتية (٤)، فإنّ موردها إمّا بيع الفرد المنتشر، و إمّا بيع الكلى فى الخارج.

□
و أمّا الثالث: فسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى (٥).

ص: ٢٥٦

١- ١) و هو صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢٢: ٢٣٠ ٢٢٣.

٢- ٢) فى «ف»: متيقن.

٣- ٣) فى «ف»: فيكفى فيه حينئذٍ.

٤- ٤) ستأتى فى الصفحه الآتية.

٥- ٥) فى الصفحه ٢٦١.

لو باع صاعاً من صبره، فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المتقدّمة أعني: الكسر المشاع أو على الوجه الثالث و هو الكلّي، بناءً على المشهور من صحّته؟ وجهان، بل قولان، حكى ثانيهما عن الشيخ (١) و الشهيدين (٢) و المحقّق الثاني (٣) و جماعه (٤).

و استدلّ له في جامع المقاصد: بأنّه السابق إلى الفهم، و بروايه بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل

ص: ٢٥٧

-
- ١- ١) حكاة فخر المحقّقين في الإيضاح ١:٤٣٠، و راجع المبسوط ٢:١٥٢، فصل في بيع الصبره و أحكامها.
- ٢- ٢) الدروس ٣:٢٠١، و الروضة البهيّة ٣:٢٦٨، و المسالك ٣:١٧٦، و حكاة عنهما و عمّن بعدهما السيّد العاملی في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٥.
- ٣- ٣) جامع المقاصد ٤:١٠٥.
- ٤- ٤) منهم: المحقّق السبزواری في الكفايه: ٩٠، و الشيخ الكبير كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٩١، و السيّد العاملی في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٥.

اشترى (١) عشرة آلاف طُنَّ من أنبار بعضه على بعض من أجمه واحده، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طُنَّ، فقال البائع: قد بعتك من هذا القصب عشرة آلاف طُنَّ. فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه المشتري من ثمنه ألف درهم، و وَّكَّل من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف طُنَّ و بقي عشرة آلاف طُنَّ، فقال عليه السلام: العشرة آلاف طُنَّ التي بقيت هي للمشتري، و العشرون التي احترقت من مال البائع (٢).

و يمكن دفع الأول: بأنَّ مقتضى الوضع في قوله: «صاعاً من صبره» هو الفرد المنتشر الذي عرفت سابقاً (٣) أنَّ المشهور بل الإجماع على بطلانه. و مقتضى المعنى العرفي هو المقدار المقدر بصاع، و ظاهره حينئذٍ الإشاعه، لأنَّ المقدار المذكور من مجموع الصبره مشاع فيه.

و أمَّا الروايه فهي أيضاً ظاهره في الفرد المنتشر، كما اعترف به في الرياض (٤).

لكنَّ الإنصاف: أنَّ العرف يعاملون في البيع المذكور معامله الكلِّي فيجعلون الخيار في التعيين إلى البائع، و هذه أماره فهمهم الكلِّي.

ص: ٢٥٨

١ - ١) أثبتنا متن الحديث طبقاً لما ورد في أكثر النسخ، و لم نتعرّض لبعض الاختلافات الموجوده في «ص» و «ش»، علماً بأنَّها تصحيحات أُجريت على أساس التطبيق مع المصدر.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٢٧٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

٣ - ٣) راجع الصفحه ٢٤٧ ٢٤٨.

٤ - ٤) الرياض ١: ٥١٥.

و أما الروايه، فلو فرضنا ظهورها فى الفرد المنتشر فلا بأس بحملها على الكلّى لأجل القرينه الخارجيه، و تدلّ على عدم الإشاعه من حيث الحكم ببقاء المقدار المبيع و كونه مآلاً للمشتري.

فالقول الثانى لا يخلو من قوه، بل لم نظفر بمن جزم بالأول و إن حكاه فى الإيضاح قولاً (١).

ثم إنه يتفرع على المختار من كون المبيع كلياً أمور:

أحدها: كون التخيير فى تعيينه بيد البائع؛

لأنّ المفروض أنّ المشتري لم يملك إلّا الطبيعه المعرّاه عن التشخص الخاصّ، فلا يستحقّ على البائع خصوصيه فإذا طالب بخصوصيه زائده على الطبيعه فقد طالب ما (٢) ليس حقّاً له. و هذا جارٍ فى كلّ من ملك كلياً فى الذمه أو فى الخارج، فليس لمالكة اقتراح الخصوصيه على من عليه الكلّى؛ و لذا كان اختيار التعيين بيد الوارث إذا أوصى الميت لرجل بواحد من متعدّد يملكه الميت، كعبدٍ من عبيده و نحو ذلك.

إلّا أنّه قد جزم المحقّق القمى قدس سرّه فى غير موضعٍ من أجوبه مسأله:- بأنّ الاختيار فى التعيين بيد المشتري (٣)، و لم يعلم له وجه مصحح، فيما ليته قاس ذلك على طلب الطبيعه! حيث إنّ الطالب لمّا ملك الطبيعه على المأمور و استحقتها منه لم يجز له بحكم العقل مطالبه خصوصيه دون اخرى، و كذلك مسأله التمليك كما لا يخفى.

ص: ٢٥٩

١- (١) إيضاح الفوائد ١:٤٣٠.

٢- (٢) فى غير «ف»: بما.

٣- (٣) منها ما قاله فى جامع الشتات ٢:٩٥، المسأله: ٧٢.

و أما على الإشاعه: فلا اختيار لأحدهما، لحصول الشركه، فيحتاج القسمة إلى التراضى.

و منها: أنه لو تلف بعض الجملة وبقى مصداق الطبيعه انحصر حق المشتري فيه،

لأن كل فرد من أفراد الطبيعه و إن كان قابلاً لتعلق ملكه به بخصوصه، إلا أنه يتوقف على تعيين مالِك المجموع و إقباضه، فكل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابليته ملكيته للمشتري (١) فعلاً (٢) فينحصر في الموجود. و هذا بخلاف المشاع، فإن ملك المشتري فعلاً (٣) ثابت في كل جزء من المال من دون حاجه إلى اختيار و إقباض، فكل ما يتلف من المال فقد تلف من المشتري جزء بنسبه حصته.

و منها: أنه

و منها: أنه (٤) لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعاً من الجملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر،

فالظاهر أنه إذا بقي صاع واحد كان للأول، لأن الكلي المبيع ثانياً إنما هو سارٍ في مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبره، فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلي فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض، و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعه.

[صور إقباض الكلى]

ثم اعلم: أن المبيع إنما يبقى كلياً ما لم يقبض. و أما إذا قبض، فإن قبض منفرداً عما عداه كان مختصاً بالمشتري، و إن قبض في ضمن الباقي بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاءً، و الباقي

ص: ٢٦٠

١- ١) في «ف»: «ملك المشتري».

٢- ٢) في «ف» و نسخه بدل «م» و «ع»: مثلاً.

٣- ٣) في «ف» و نسخه بدل «م» و «ع»: مثلاً.

٤- ٤) عبارته «منها أنه» من «ش» و هامش «ن».

أمانه حصلت الشركة، لحصول ماله في يده و عدم توقّفه على تعيين و إقباض حتى يخرج التالف عن قابليته تملك المشتري له فعلاً و ينحصر حقّه في الباقي، فحينئذٍ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجح، فيحسب عليهما.

و الحاصل: أنّ كلّ جزءٍ (١) معيّن قبل الإقباض قابلٌ لكونه كلاً أو بعضاً (٢) ملكاً فعلياً للمشتري، و الملك الفعلي له حينئذٍ هو الكلّي الساري، فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه (٣) محسوباً على المشتري، لأنّ تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و إقباضه، فيحسب على البائع. بخلاف التالف بعد الإقباض، فإنّ تملك المشتري لمقدارٍ منه حاصلٌ فعلاً؛ لتحقق الإقباض، فنسبه كلّ جزءٍ معيّن من الجملة إلى كلّ من البائع و المشتري على حدّ سواء.

نعم، لو لم يكن إقباض البائع للمجموع (٤) على وجه الإيفاء، بل على وجه التوكيل في التعيين، أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك، كان حكمه حكم ما قبل القبض.

[لو باع ثمره شجرات و استثنى منها أرتالاً معلومه]

هذا كلّه ممّا لا إشكال فيه، و إنّما الإشكال في أنّهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجراتٍ و استثنى منها أرتالاً معلومه: أنّه لو خاست الثمره

ص: ٢٦١

١- ١) لم ترد «جزء» في «ف».

٢- ٢) لم ترد «كلاً أو بعضاً» في «ف».

٣- ٣) في «خ» بدل «جزئه»: «ضرره»، و في نسخه بدل «م»، «ع» و «ص»: «ضرّه».

٤- ٤) في «ف»: «للجزء حينئذٍ»، و في نسخه بدل «م»، «ع» و «ص»: «للجزء».

سقط من المستثنى بحسابه (١). و ظاهر ذلك تنزيل الأبطال المستثناه على الإشاعه، و لذا قال في الدروس: إن في هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبره على الإشاعه (٢). و حينئذ يقع الإشكال في الفرق بين المسألتين، حيث إن مسأله الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعه.

و المشهور هنا التنزيل على الكلّي، بل لم يُعرف من جزم بالإشاعه.

و ربما يفرّق بين المسألتين (٣) بالنصّ فيما نحن فيه على التنزيل على الكلّي، و هو ما تقدّم من الصحيحه المتقدّمه (٤).

و فيه: أن النصّ إن استفيد منه حكم القاعده لزم التعدّي عن مورده إلى مسأله الاستثناء، أو بيان الفارق و خروجها عن القاعده.

و إن اقتصر على مورده لم يتعدّ إلى غير مورده حتّى في البيع إلّا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدّي و بين مسأله الاستثناء.

و بالجملة، فالنصّ بنفسه لا يصلح فارقاً مع البناء على التعدّي عن مورده الشخصى.

و أضعف من ذلك: الفرق بقيام الإجماع على الإشاعه فى مسأله

ص: ٢٦٢

-
- ١- ١) كما فى الشرائع ٥٣:٢، و القواعد ١٣١:١، و الدروس ٢٣٩:٣، و جامع المقاصد ١٦٨:٤، و راجع مفتاح الكرامه ٣٨١:٤:٣٨٢.
 - ٢- ٢) الدروس ٢٣٩:٣.
 - ٣- ٣) فرّق بينهما صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢٣:٢٣.
 - ٤- ٤) المتقدّمه فى الصفحه ٢٥٨.

الاستثناء؛ لأننا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص.

و أضعف من هذين، الفرق بين مسأله الاستثناء و مسأله الزكاه و غيرهما ممّا يحمل الكلّي فيها على الإشاعه، و بين البيع، باعتبار (١) القبض فى لزوم البيع و إيجابه على البائع، فمع وجود فرد يتحقّق فيه البيع (٢) يجب دفعه إلى المشتري، إذ هو شبه الكلّي فى الذمّه.

و فيه مع أنّ إيجاب القبض متحقّق فى مسألتى الزكاه و الاستثناء:- أنّ إيجاب القبض على البائع يتوقّف على بقائه؛ إذ مع عدم بقائه كلاًّ أو بعضاً يفسخ البيع فى التالف، و الحكم بالبقاء يتوقّف على نفي الإشاعه، فنفي الإشاعه بوجوب الإقباض لا يخلو عن مصادره، كما لا يخفى.

و أمّا مدخلية القبض فى اللزوم فلا دخل له أصلاً فى الفرق.

و مثله فى الضعف لو لم يكن عينه ما فى مفتاح الكرامه من الفرق: بأنّ التلف من الصبره قبل القبض، فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و (٣) إن بقي قدره، فلا ينقص المبيع لأجله. بخلاف الاستثناء، فإنّ التلف فيه بعد القبض، و المستثنى بيد المشتري أمانه على الإشاعه بينهما، فيوزّع الناقص عليهما، و لهذا لم يحكم بضمان المشتري هنا، بخلاف البائع هناك (٤)، انتهى.

ص: ٢٦٣

١- ١) الجار متعلّق ب«الفرق»، و«الإيجاب» عطف على «الاعتبار» كما قاله الشهيدى فى هدايه الطالب: ٣٨٧.

٢- ٢) كذا فى النسخ، و الظاهر: المبيع، كما فى مصحّحه «ن».

٣- ٣) لم ترد «و» فى «ف».

٤- ٤) مفتاح الكرامه ٣٨٢: ٤.

و فيه مع ما عرفت من أنّ التلف من الصبره قبل القبض إنّما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقي بعد ثبوت عدم الإشاعه، فكيف يثبت به؟ أنه:

إن أُريد من (١) كون التلف في مسأله الاستثناء بعد القبض: أنّه بعد قبض المشتري؟ ففيه: أنّه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشتري و لا- كلام فيه و لا- إشكال، و إنّما الإشكال في الفرق بين المشتري في مسأله الصاع و البائع في مسأله الاستثناء، حيث إنّ كلّاً منهما يستحقّ مقداراً من المجموع لم يقبضه مستحقّه، فكيف يحسب نقص التالف (٢) على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما في عدم قبض حقّه (٣) الكلّي.

و إن أُريد من كون التلف بعد القبض: أنّ الكلّي الذي يستحقّه البائع قد كان في يده بعد العقد فحصل الاشتراك، فإذا دفع الكلّ إلى المشتري فقد دفع مالاً مشتركاً، فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبره إلى المشتري، فالاشتراك كان قبل القبض.

ففيه: أنّ الإشكال بحاله؛ إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله: «بعتك صاعاً من هذه الصبره» و بين قوله: «بعتك هذه الصبره أو هذه

ص: ٢٦٤

١- ١) لم ترد «من» في غير «ش»، و استدركت في «ن».

٢- ٢) في «ش»: التلف.

٣- ٣) كذا في «ف» و نسخه بدل «خ»، و في «ش» و مصحّحه «ن»: «عدم قبض حقّهما»، و في سائر النسخ: عدم قبضه.

الثمره إلّا صاعاً منها»، و ما الموجب للاشتراك فى الثانى دون الأوّل؟ مع كون مقتضى الكلّى عدم تعيّن (١) فردٍ منه أو جزءٍ منه لمالكة (٢) إلّا بعد إقباض مالك الكلّ الذى هو المشتري فى مسأله الاستثناء، فإنّ كون الكلّ بيد البائع المالك للكلّى لا يوجب الاشتراك.

هذا، مع أنّه لم يعلم من الأصحاب فى مسأله الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرّف المشتري إلّا بإذن البائع، كما يشعر به فتوى جماعه، منهم الشهيدان (٣) و المحقّق الثانى (٤) بأنّه لو فرّط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقى.

و يمكن (٥) أن يقال: إنّ بناء المشهور فى مسأله استثناء الأبطال إن كان على عدم الإشاعه قبل التلف و اختصاص الاشتراك بالتالف دون الموجود كما ينبى عنه فتوى جماعه منهم: بأنّه لو كان تلف البعض بتفريط المشتري كان حصّه البائع فى الباقى، و يؤيّد استمرار السيره فى صوره استثناء أبطال معلومه من الثمره على استقلال المشتري فى التصرّف و عدم المعامله مع البائع معاملة الشركاء فالمسألتان مشتركتان فى التنزيل على الكلّى، و لا فرق بينهما إلّا فى بعض ثمرات التنزيل على

ص: ٢٦٥

١-١) فى غير «ش»: تعيّن.

٢-٢) كذا فى «ف»، «ش» و مصحّحه «ن»، و فى سائر النسخ: لمالك.

٣-٣) فى «ف»: «الشهيد الثانى»، راجع الدروس ٣: ٢٣٩، و الروضه البهيّه ٣: ٣٦٠.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ١٦٨: ٤.

٥-٥) فى «ف»: هذا، و يمكن.

الكلّي و هو حساب التالف عليهما. ولا يحضرني وجهٌ واضح لهذا الفرق، إلّا دعوى أنّ المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكلّي الشائع فيما يسلم للمشتري، لا مطلق الموجود وقت البيع.

و إن كان بناؤهم على الإشاعه من أول الأمر أمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنّ المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلّي، كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل إلى المشتري بالبيع كلياً، بمعنى أنّه ملحوظٌ بعنوانِ كلّي يقع عليه البيع، فمعنى «بعتك هذه الصبره إلّا صاعاً منها»: «بعتك الكلّي الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع» فهو كلّيٌ كنفس الصاع، فكلُّ منهما مالك لعنوان كلّي، فالموجود مشترك بينهما؛ لأنّ نسبة كل جزءٍ منه إلى كلِّ منهما على نهجٍ سواء، فتخصيص أحدهما به ترجيحٌ من غير مرجح؛ وكذا التالف نسبته إليهما على السواء، فيحسب عليهما.

و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً، فإنّ مال البائع ليس ملحوظاً بعنوان كلّي في قولنا: «بعتك صاعاً من هذه الصبره»؛ إذ لم يقع موضوع الحكم (1) في هذا الكلام حتّى يلحظ بعنوان كلّي كنفس الصاع.

فإن قلت: إنّ مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً فى الخارج فيكون كلياً كنفس الصاع.

قلت: نعم و لكن ملكيه البائع له ليس بعنوان كلّي حتّى يبقى ما بقى ذلك العنوان، ليكون الباقي بعد تلف البعض صادقاً على هذا العنوان

ص: ٢٦٦

(١ - ١) فى «ف» و مصحّحه «خ»: موضوعاً لحكم.

و على عنوان الصاع (١) على نهج سواء، ليلزم من تخصيصه بأحدهما الترجيح من غير مرجح فيجىء الاشتراك، فإذا لم يبقَ إلّا صاع كان الموجود مصداقاً لعنوان ملك المشتري فيحكم بكونه مالكاً له، ولا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع، فتأمل.

هذا ما خطر عاجلاً بالبال، وقد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر، عفى الله عن الزلل فى المعائر.

[أقسام بيع الصبره]

قال فى الروضه تبعاً للمحكى عن حواشى الشهيد (٢)-: إن أقسام بيع الصبره عشره؛ لأنها إمّا أن تكون معلومه المقدار أو مجهولته، فإن كانت معلومه صحّ بيعها أجمع، و بيع جزءٍ منها معلومٍ مشاعٍ، و بيع مقدارٍ كقفيزٍ تشتمل عليه، و بيعها كلّ قفيز بكذا، لا (٣) بيع كلّ قفيز منها بكذا.

و المجهوله كلّها باطله إلّا الثالث (٤)، و هو بيع مقدارٍ معلوم يشتمل الصبره عليه.

و لو لم يعلم باشمالها عليه، فظاهر القواعد (٥) و المحكى عن حواشى

ص: ٢٦٧

١-١) كذا فى النسخ، و العبارة فى «ش» هكذا: «مصداقاً لهذا العنوان و عنوان الصاع»، و جاء فى هامش «ص» ما يلى: الظاهر أنّه سهو من قلمه الشريف، و حقّ العبارة أن يقول: «مصداقاً لهذا العنوان و لعنوان الصاع»، كما لا يخفى.

٢-٢) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٢٧٥:٤.

٣-٣) كذا فى «ف» و «ص»، و فى غيرهما بدل «لا»: «إلّا»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٤-٤) انتهى كلام الشهيد الثانى قدّس سرّه، راجع الروضه البهيّه ٢٦٨:٣.

٥-٥) راجع القواعد ١٢٧:١.

الشهيد (١) وغيرها (٢) عدم الصحه، واستحسنه في الروضه، ثم قال: لو قيل بالاكْتفاء بالظنّ باشمالها عليه كان متّجهاً (٣).

و المحكى عن ظاهر الدروس و اللمعه الصحه (٤)، قال فيها: فإن نقصت تخيّر بين أخذ الموجود منها بحصّه ته (٥) من الثمن و بين الفسخ (٦)، لتبعض الصّفقه. و ربما يحكى عن المبسوط، و المحكى (٧) خلافه (٨)، و لا- يخلو عن قوّه و إن كان في تعيينه نظر، لا لتدارك الغرر (٩) بالخيار؛ لما عرفت غير مرّه: من أنّ الغرر إنّما يلاحظ في البيع مع قطع النظر

ص: ٢٦٨

-
- ١- ١) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، و لا توجد عندنا حواشى الشهيد.
 - ٢- ٢) مثل العلّامه في التذكره ١:٤٦٩، و حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، و فيه: إذا علما اشمالها على ذلك.
 - ٣- ٣) الروضه البهيه ٣:٢٦٧.
 - ٤- ٤) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، و راجع الدروس ٣:٢٠١ و ٢٣٩، و اللمعه: ١١٣، و العبارة منقوله من اللمعه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٢٦٧.
 - ٥- ٥) كذا في «ن» و «خ»، و في سائر النسخ: بحصّه.
 - ٦- ٦) إلى هنا كلام الشهيد، و التعليل من المؤلف قدّس سرّه.
 - ٧- ٧) في «ش»: عن المبسوط و الخلاف.
 - ٨- ٨) حكى خلافه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٧٤، كما حكى الصحه عن ظاهر الدروس و اللمعه في نفس ذلك الموضوع، فراجع، و انظر المبسوط ٢: ١٥٢، و إيضاح الفوائد ١: ٤٣٠.
 - ٩- ٩) كذا في «ف» و نسخه بدل «ش»، و في سائر النسخ: الضرر.

عن الخيار الذى هو من أحكام العقد، فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد، بل لمنع الغرر.

و إن قيل (١): عدم العلم بالوجود من أعظم أفراد الغرر.

قلنا: نعم، إذا بنى العقد على جعل الثمن فى مقابل الموجود.

و أمّا إذا بنى على توزيع الثمن على مجموع المبيع الغير المعلوم الوجود (٢) بتمامه فلا غرر عرفاً، وربما يحتمل الصحه مراعى بتبين اشتمالها عليه.

وفيه: أنّ الغرر إن ثبت حال البيع لم ينفع تبين الاشتمال.

هذا، و لكن الأوفق بكلماتهم فى موارد الغرر عدم الصحه، إلّا (٣) مع العلم بالاشتمال، أو الظنّ الذى يتعارف الاعتماد عليه و لو كان من جهه استصحاب الاشتمال.

و أمّا الرابع مع الجهاله و هو بيعها كلّ قفيز بكذا فالمحكى عن جماعه (٤) المنع.

و عن ظاهر إطلاق المحكى من عبارتى المبسوط و الخلاف أنّه لو

ص: ٢٦٩

١- ١) فى غير «ش»: «و قيل»، و فى مصّحه «ص»: «و لو قيل»، و القائل صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٢: ٤٢٣.

٢- ٢) كذا فى «ش» و مصّحه «ن» و «ص»، و فى سائر النسخ: الموجود.

٣- ٣) فى «ف» بدل «إلّا»: لا.

٤- ٤) كالمحقّق فى الشرائع ٢: ٣٤، و العلّامه فى التذكرة ١: ٤٦٩، و الشهيد فى الدروس ٣: ١٩٥، و نسبه المحقّق السبزوارى (فى الكفايه: ٩٠) إلى المشهور.

قال: «بعتك هذه الصبره كلّ قفيز بدرهم» صحّ البيع (١).

قال في الخلاف: «لأنّه لا مانع منه، والأصل جوازه». و ظاهر إطلاقه يعمّ صورته الجهل بالاشتمال.

و عن الكفايه: نفى التبعّد عنه (٢)؛ إذ المبيع معلوم بالمشاهده، و الثمن ممّا يمكن أن يعرف، بأن تكال الصبره و يوزّع الثمن على قفزاتها، قال (٣): و له نظائر ذكر جملة منها في التذكرة (٤).

و فيه نظر.

ص: ٢٧٠

١- ١) المبسوط ٢: ١٥٢، و الخلاف ٣: ١٦٢، كتاب البيع، المسأله ٢٥٩، و حكاه عنهما السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٧٦.

٢- ٢) كفايه الأحكام: ٩٠.

٣- ٣) ظاهر السياق رجوع ضمير «قال» إلى صاحب الكفايه، و ليس الأمر كذلك. بل العبارات من قوله «و أمّا الرابع إلى و فيه نظر» من مفتاح الكرامه (انظر مفتاح الكرامه ٤: ٢٧٦).

٤- ٤) التذكرة ١: ٤٦٩.

اشاره

فإن اقتضت العاده تغييرها عن صفاتها (١) السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين، فلا يصح البيع إلا بذكر صفات تصح بيع الغائب؛ لأنّ الرؤيه القديمه غير نافعه.

و إن اقتضت العاده بقاءها عليها فلا إشكال في الصحه، ولا خلاف أيضاً إلّا من بعض الشافعيه (٢).

و إن احتمل الأمران جاز الاعتماد على أصاله عدم التغيير (٣) و البناء عليها في العقد، فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و الوزن؛ لأنّ الأصل من الطرق التي يتعارف التعويل عليها.

ص: ٢٧١

١-١) الضمائر الراجعه إلى «العين» وردت في غير «ش» مذكّره، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢-٢) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٨٠، عن الأنماطي من الشافعيه.

٣-٣) في «ف»، «ن»، «خ»، «م» و «ع»: التغيير، و صحّح في «ن» بما في المتن.

و لو فرضناه فى مقام لا يمكن التعويل عليه (١) لحصول أماره على خلافه (٢)، فإن بلغت قوه الظن حدًا يلحقه بالقسم الأول و هو ما اقتضى العاده تغييره لم يجر البيع، و إلاّ جاز مع ذكر تلك الصفات، لا بدونه؛ لأنه لا ينقص عن الغائب الموصوف الذى يجوز بيعه بصفات لم يشاهد عليها، بل يمكن القول بالصحة فى القسم الأول إذا لم يفرض كون ذكر الصفات مع اقتضاء العاده عدمها لغواً. لكن هذا كله خارج عن البيع بالرؤية القديمه.

و كيف كان، فإذا باع أو اشترى برؤيه قديمه فانكشف التغيير تخير المغبون و هو البائع إن تغير (٣) إلى صفات زادت فى ماليتها، و المشتري إن نقصت عن تلك الصفات لقاعده «الضرر»، و لأن الصفات المبنيّ عليها فى حكم الصفات المشروطه، فهى من قبيل تخلف الشرط، كما أشار إليه فى نهايه الأحكام و المسالك بقولهما: الرؤيه بمثابة الشرط فى الصفات الكائنه فى المرئى، فكلّ ما فات منها فهو بمثابة التخلف فى الشرط (٤)، انتهى.

و توهم: أنّ الشروط إذا لم تُذكر فى متن العقد لا- عبره بها، فما (٥) نحن فيه من قبيل ما لم يذكر من الشروط فى متن العقد، مدفوع

ص: ٢٧٢

١- ١) فى غير «ش»: «عليها»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) فى غير «ش»: «خلافها»، و صححت فى «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) فى «ف» و مصححه «ن»: «تغيرت».

٤- ٤) نهايه الأحكام ١: ٥٠٢، المسالك ١٧٨: ٣.

٥- ٥) فى مصححه «ن»: «و ما».

بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد صيرورتها مأخوذةً فيه حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاءً بالعقد. و الصفات المرثية سابقاً حيث إن البيع لا يصح إلا مبتئاً عليها كانت (1) دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية؛ و لذا لو لم يبين البيع عليها و لم يلاحظ وجودها في البيع كان البيع باطلاً، فالذكر اللفظي إنما يحتاج إليه في شروط خارجه لا يجب ملاحظتها في العقد.

و احتمال في نهايه الإحكام البطلان (2). و لعله لأن المضي على البيع و عدم نقضه عند تبين الخلاف إن كان وفاءً بالعقد واجب، فلا خيار.

و إن لم يكن وفاءً لم يدل دليل على جوازه. و بعبارة أخرى: العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته، و إلا فلا وجه للخيار مع أصالة الزوم.

و يضعفه: أن الأوصاف الخارجة عن حقيقه المبيع إذا اعتبرت فيه عند البيع إما ببناء العقد عليها، و إما بذكرها في متن العقد لا تعد (3) مقومات للعقد كما أنها ليست (4) مقومات المبيع، ففواتها فوات حق للمشتري ثبت بسببه الخيار؛ دفعاً لضرر الالتزام بما لم يقدم عليه. و تمام الكلام في باب الخيارات إن شاء الله.

ص: ٢٧٣

١- ١) في مصححه «ن»: كان.

٢- ٢) نهايه الإحكام ٥٠١: ٢.

٣- ٣) في «ش» زياده: «من».

٤- ٤) في «ش» زياده: «من».

الأول لو اختلفا في التغيير

الأول لو اختلفا في التغيير (١) فادّعاه المشتري،

ففي المبسوط (٢) و التذكرة (٣) و الإيضاح (٤) و الدروس (٥) و جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧): تقديم قول المشتري؛ لأنّ يده على الثمن، كما في الدروس (٨)، و هو راجع إلى ما في المبسوط (٩) و السرائر (١٠): من أنّ المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن، و لا ينتزع منه إلّا بإقراره أو بينه (١١) تقوم عليه، انتهى.

و تبعهما (١٢) العلامة أيضاً في صورته الاختلاف في أوصاف المبيع

ص: ٢٧٤

١- ١) كذا في النسخ، و الظاهر: «التغيير» كما في مصحّحه «ن».

٢- ٢) المبسوط ٢:٧٧.

٣- ٣) التذكرة ١:٤٦٨.

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١:٤٣٢.

٥- ٥) الدروس ٣:١٩٩.

٦- ٦) جامع المقاصد ٤:١٠٩.

٧- ٧) المسالك ٣:١٧٨.

٨- ٨) الدروس ٣:١٩٩.

٩- ٩) و (٩) المبسوط ٢:٧٧.

١٠- ١٠) السرائر ٢:٢٤٣.

١١- ١١) في «م»، «ع»، «ص» و «ش»: بيّنه.

١٢- ١٢) في غير «ف»: «تبعه»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

الموصوف إذا لم يسبقه رؤيه (١)، حيث تمسك بأصالة براءة ذمته المشتري من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت (٢) بالبينه.

ولأنّ البائع يدعى علمه بالمبيع على هذا الوصف الموجود و الرضا به، والأصل عدمه كما في التذكرة (٣).

ولأنّ الأصل عدم وصول حقه إليه كما في جامع المقاصد (٤).

و يمكن أن يضعف الأول: بأنّ يد المشتري على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانه، غايه الأمر أنّه يدعى سلطنته على الفسخ فلا- ينفع تشبته باليد. إلّا أن يقال: إنّ وجود الناقل لا يكفي في سلطنه البائع على الثمن، بناءً على ما ذكره العلّامة في أحكام الخيار من التذكرة، و لم ينسب خلافه إلّا إلى بعض الشافعيه، من عدم وجوب تسليم الثمن و المثلن في مدّه الخيار و إن تسلّم الآخر (٥)، و حينئذٍ فالشكّ في ثبوت الخيار يوجب الشكّ في سلطنه البائع على أخذ الثمن، فلا مدفع لهذا الوجه إلّا أصالة عدم سبب الخيار لو تمّ، كما سيجيء.

و الثاني (٦) مع معارضته بأصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر حتّى يكون حقًا له يوجب الخيار-: بأنّ الشكّ في علم

ص: ٢٧٥

١- ١) في غير «ف»: «برؤيه»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) في غير «ش»: «ثبت»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٦٧، ٤٦٨.

٤- ٤) جامع المقاصد ١٠٩: ٤.

٥- ٥) التذكرة ٥٣٧: ١.

٦- ٦) عطف على قوله: و يضعف الأول.

المشترى بهذا الوصف و علمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقاً، فإذا انتفى غيره بالأصل الذي يرجع إليه أصاله عدم تغير المبيع لم يجر أصاله عدم علمه بهذا الوصف.

و الثالث: بأن حق المشتري من نفس العين قد وصل إليه قطعاً، ولذا يجوز له إمضاء العقد، و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت، فعليه الإثبات، و المرجع أصاله لزوم العقد. و لأجل ما ذكرنا قوى بعض (١) تقديم قول البائع.

هذا، و يمكن بناء المسألة على أن بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف الملحوظة حين المشاهده هل هو كاشتراطها في العقد، فهي كشروط مضمرة في نفس المتعاقدين كما عرفت (٢) عن النهايه و المسالك و لذا لا يحصل من فقدها إلّا خيار لمن اشترطت له و لا- يلزم بطلان العقد، أو أنّها مأخوذه في نفس المعقود عليه، بحيث يكون المعقود عليه هو الشيء المقتيد؛ و لذا لا يجوز إلغاؤها في المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط؟ فعلى الأول: يرجع النزاع في التغير و عدمه إلى النزاع في اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود على البائع و عدمه، و الأصل مع البائع.

و بعبارة اخرى: النزاع في أن العقد وقع على الشيء الملحوظ فيه الوصف المفقود، أم لا (٣)؟ لكن الإنصاف: أن هذا البناء في حكم

ص: ٢٧٦

١- (١) قوّاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٤٣١.

٢- (٢) راجع الصفحه ٢٧٢.

٣- (٣) في «ف» بدل «أم لا»: و عدمه.

الاشتراط من حيث ثبوت الخيار، لكنّه ليس شيئاً مستقلاً حتّى يدفع عند الشكّ بالأصل، بل المراد به إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متّصفاً (١) بهذا الوصف، و ليس هنا عقدٌ على العين و الترامٌ بكونه متّصفاً (٢) بذلك الوصف، فهو قيدٌ ملحوظٌ في المعقود عليه نظير الأجزاء، لا شرطٌ ملزمٌ (٣) في العقد؛ فحينئذٍ يرجع النزاع إلى وقوع العقد على ما ينطبق على الشيء الموجود حتّى يلزم الوفاء و عدمه، و الأصل عدمه.

و دعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على العين المقيّده بالوصف المفقود ليثبت الجواز، مدفوعه: بأنّ عدم وقوع العقد على العين المقيّده لا يثبت جواز العقد الواقع إلّا بعد إثبات وقوع العقد على العين الغير المقيّده بأصالة عدم وقوع العقد على المقيّده، و هو غير جائزٍ كما حقّق في الأصول (٤).

و على الثانى (٥): يرجع النزاع إلى وقوع العقد (٦) و التراضى على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه،

ص: ٢٧٧

١-١) كذا، و المناسب: كونها متّصفه.

٢-٢) كذا، و المناسب: بكونها متّصفه.

٣-٣) فى مصحّحه «ن»: ملتمزم.

٤-٤) حقّق ذلك فى مبحث الأصل المثبت، فى التنبيه السادس من تنبيهات الاستصحاب.

٥-٥) و هو أن تكون الأوصاف الملحوظه حين المشاهده مأخوذه فى نفس المعقود عليه.

٦-٦) قال المامقانى قدّس سرّه: قوله: «على ما ينطبق على الشيء الموجود إلى قوله: -إلى وقوع العقد» مضروب عليه [أى مشطوب عليه] فى نسخه المصنّف رحمه الله، (غايه الآمال: ٤٧١)، و لم ترد هذه فقره فى «ف».

و الأصل مع المشتري.

و دعوى: معارضته بأصالة عدم وقوع العقد على الشيء الموصوف بالصفة المفقودة، مدفوعه: بأنه لا يلزم من عدم تعلّقه بذاك تعلّقه بهذا حتّى يلزم على المشتري الوفاء به، فالزام المشتري بالوفاء بالعقد موقوف على ثبوت تعلّق العقد بهذا، وهو غير ثابت و الأصل عدمه؛ و قد تقرّر في الأصول: أنّ نفى أحد الضدين بالأصل (1) لا يثبت الضد الآخر (2) ليرتّب عليه حكمه.

و بما ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم؛ حيث إنّ المبيع ملك المشتري، و الثمن ملك البائع اتفاقاً، و إنّما اختلافهما في تسلط المشتري على الفسخ، فينفى بما تقدّم من قاعده اللزوم.

توضيح الفساد: أنّ الشكّ في اللزوم و عدمه من حيث الشكّ في متعلّق العقد، فإنّنا نقول: الأصل عدم تعلّق العقد بهذا الموجود حتّى يثبت اللزوم، وهو وارد على أصالة اللزوم (3).

و الحاصل: أنّ هنا أمرين:

أحدهما: عدم تقييد (4) متعلّق العقد بذلك الوصف المفقود و أخذه فيه. و هذا الأصل ينفع في عدم الخيار، لكنّه غير جارٍ؛ لعدم الحالة السابقة.

ص: ٢٧٨

١- ١) لم ترد «بالأصل» في «ف».

٢- ٢) تقرّر ذلك في مبحث الأصل المثبت.

٣- ٣) عبارته «و هو وارد على أصالة اللزوم» لم ترد في «ف».

٤- ٤) في «ف»: أحدهما: الشكّ في تقييد.

و الثاني: عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود.

و هذا جارٍ غير نافع، نظير الشك في كون الماء المخلوق (1) دفعه كراً من أصله، فإن أصاله عدم كزيتة نافع غير جاريه، و أصاله عدم وجود الكز جاريه غير نافع في ترتب آثار القله على الماء المذكور، فافهم و اغتنم.

و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضيه للزوم العقد الحاكمه على الأصول العمليه المتقدمه، مثل ما دل على حرمه أكل المال إلا- أن تكون تجارة عن تراض (2)، و عموم: «لا (3) يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (4)، و عموم: «الناس مسلطون على أموالهم» (5)، بناءً على أنها تدل على عدم تسلط المشتري على استرداد الثمن من البائع؛ لأن المفروض صيرورته ملكاً له (6)؛ إذ لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصصه قد خرج عنها بحكم أدله الخيار المال الذي لم يدفع عوضه الذي وقع المعاوضه عليه إلى المشتري، فإذا شك في ذلك فالأصل عدم دفع العوض. و هذا هو الذي تقدم: من أصاله عدم وصول حق المشتري إليه، فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع

ص: ٢٧٩

١- ١) في نسخه بدل «خ»، «م»، «ع»، «و» «ش»: الخاص.

٢- ٢) كآيه ٢٩ من سوره النساء.

٣- ٣) في غير «ف»: و لا.

٤- ٤) عوالي اللآلى ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٥- ٥) عوالي اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩.

٦- ٦) لم ترد «له» في «ف» و «ش».

خيار تخلف الوصف.

فإن قلت: لا- دليل على كون الخارج من العمومات المذكوره معنوناً بالعنوان المذكور، بل نقول: قد خرج من تلك العمومات المال الذى وقع معاوضه بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع، فإذا شكَّ فى ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضه المذكوره.

قلت: السبب فى الخيار و سلطنه المشتري على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجيه (١) منطبقه على ما وقع العقد عليه. و بعبارة اخرى: هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذى وقع العقد عليه إلى المشتري، لا وقوع العقد على ما لا (٢) يطابق العين الخارجيه.

كما أن السبب فى لزوم العقد تحقّق مقتضاه: من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها إلى ملك المشتري.

و الأصل موافق للأوّل، و مخالف للثانى. مثلاً إذا وقع العقد على العين على أنّها سمينه فبانت مهزوله، فالموجب للخيار هو: أنّه لم ينتقل إليه فى الخارج ما عُقد عليه و هو السمين، لا وقوع العقد على السمين، فإنّ ذلك لا يقتضى الجواز، و إنّما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجيه على متعلّق العقد، و من المعلوم أنّ عدم الانطباق هو المطابق

ص : ٢٨٠

١- ١) فى النسخ: الخارجيه.

٢- ٢) فى غير «ف»: على ما يطابق، و زيدت «لا» فى أكثر النسخ تصحيحاً، قال المامقانى قدّس سرّه: و الظاهر أنّ كلمه «لا» سقطت من قلم الناسخين، (غايه الآمال: ٤٧١).

فقد تحقق مما ذكرنا: صحه ما تقدم: من أصاله عدم وصول حق المشتري إليه، وكذا صحه ما فى التذكره: من أصاله عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما ألزم (١).

نعم ما فى المبسوط (٢) و السرائر (٣) و الدروس (٤): من أصاله بقاء يد المشتري على الثمن، كأنه لا- يناسب أصاله اللزوم بل يناسب أصاله الجواز عند الشك فى لزوم العقد، كما يظهر من المختلف فى باب السبق و الرمايه (٥). و سيأتى تحقيق الحال فى باب الخيار.

و أما دعوى ورود أصاله عدم تغير المبيع على الأصول المذكوره؛ لأن الشك فيها مسبب عن الشك فى تغير المبيع، فهى مدفوعه مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهده فاختلف فى زمان المشاهده، كما إذا علم بكونها سمينه و أنها صارت مهزوله، و لا يعلم أنها فى زمان المشاهده كانت باقيه على السمن أو لا، فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهده، فالأصل تأخر التغير، لا عدمه

ص: ٢٨١

١- ١) فى مصححه «ن»: بما التزم، هذا و لم نعر عليه فى التذكره، و لعله ينظر إلى ما تقدم عن التذكره فى الصفحه ٢٧٥.

٢- ٢) المبسوط ٧٧:٢.

٣- ٣) السرائر ٢٤٣:٢.

٤- ٤) الدروس ١٩٩:٣.

٥- ٥) راجع المختلف ٢٥٥:٦، و فيه بعد نقل القولين من الجواز و اللزوم:- و الوجه، الأول، لنا: الأصل عدم اللزوم.

الموجب للزوم العقد:- بأن (١) مرجع أصاله عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهده سمينه، و من المعلوم: أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد، نظير أصاله عدم وقوع العقد على السمين.

نعم، لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهده و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد، و لكنّ الأصول العدميه في مجاريها لا تثبت وجود أضدادها.

هذا كله مع دعوى المشتري النقص الموجب للخيار.

و لو ادعى البائع الزيادة الموجهه لخيار البائع، فمقتضى ما ذكرنا في طرف المشتري تقديم قول البائع، لأنّ الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به.

و ظاهر عباره اللغه تقديم قول المشتري هنا (٢). و لم يعلم وجهه.

ص: ٢٨٢

١- ١) كذا في «ص» و مصححه «ن»، و في سائر النسخ: أن.

٢- ٢) انظر اللغه دمشقيه: ١١٣، و فيها: «و لو اختلفا في التغير قدم قول المشتري مع يمينه». و نسبه في الروضه (٣: ٢٧١) إلى إطلاق العبارة.

الفرع (١) الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهده، و وقوع العقد على الوصف المشاهد، و اختلفا في تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار، و تأخره عنه

على وجه لا يوجب الخيار، تعارض كل من أصاله عدم تقدم البيع و التغير على صاحبه.

و حيث إن مرجع الأصلين إلى أصاله عدم وقوع البيع حال السمن مثلاً، و أصاله بقاء السمن، و عدم وجود الهزال حال البيع و الظاهر أنه لا يترتب على شيءٍ منهما الحكم بالجواز أو (٢) اللزوم؛ لأنّ اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشتري، و أصاله بقاء السمن لا يثبت وصول السمين؛ كما أنّ أصاله عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حقّ المشتري إليه كما في المسأله السابقه، إلّا أنّ الفرق بينهما هو: أنّ الشكّ في وصول الحقّ هناك ناشٍ عن الشكّ في نفس الحقّ، و هنا ناشٍ عن الشكّ في وصول الحقّ المعلوم.

و بعباره اخرى: الشكّ هنا في وصول الحقّ، و هناك في حقيّه (٣) الواصل، و مقتضى الأصل في المقامين عدم اللزوم.

ص: ٢٨٣

١-١) تقدم الأوّل في الصفحه ٢٧٤.

٢-٢) في «ف» و «ش» بدل «أو».

٣-٣) كذا في «ف» و «ن»، و في سائر النسخ: حقه.

و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع، بأن اتفقا على مشاهدته مهزولاً و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن، و اختلفا فى تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع، فافهم و تدبر؛ فإنّ المقام لا يخلو عن إشكال و اشتباه.

و لو وجد المبيع تالفاً بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليه، و اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره، فالأصل بقاء ملك المشتري على الثمن، لأصالة عدم تأثير البيع.

و قد يتوهم جريان أصاله صحه البيع هنا، للشكّ فى بعض شروطه، و هو وجود المبيع.

و فيه: أنّ صحه العقد عبارة عن كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعاً، فإذا فرضنا أنّه عقد على شىء معدوم فى الواقع فلا تأثير له عقلاً فى تملك العين؛ لأنّ تملك المعدوم لا على قصد تملكه عند الوجود، و لا على قصد تملكه بدلاً أو قيمته (١) غير معقول. و مجرد إنشائه باللفظ لغو عرفاً، يقبح مع العلم دون الجهل بالحال، فإذا شككنا فى وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعلٌ فاسدٌ من المسلم؛ لأنّ التملك الحقيقى غير متحقق، و الصورى و إن تحقق لكنّه ليس بفاسد؛ إذ اللغو فاسدٌ عرفاً أى قبيح إذا صدر عن علم (٢) بالحال.

و بالجملة، الفاسد شرعاً الذى تنزه (٣) عنه فعل المسلم هو التملك

ص: ٢٨٤

١- ١) كذا، و الظاهر: قيمه.

٢- ٢) كذا فى «ف» و «ش»، و فى «خ» و «ص» و مصحّحه سائر النسخ: عمّن علم.

٣- ٣) فى مصحّحه «ن»: ينزّه.

الحقيقى المقصود الذى لم يمضه الشارع.

فافهم هذا، فإنه قد غفل عنه بعض (١) فى مسأله الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع و تأخره (٢) عنه، حيث تمسكك بأصالة صحه الرجوع عن الإذن؛ لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسداً؛ لعدم مصادفته محلاً يؤثر فيه.

نعم، لو تحققت قابليته التأثير عقلاً و تحققت (٤) الإنشاء الحقيقى عرفاً و لو فيما إذا باع بلا ثمن، أو باع ما هو غير مملوك كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعاً كالغريق و المسروق، أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمره المعدومه، أو قصد تملكك بدله مثلاً أو قيمه، كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو، أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحققت مورد الصحه و الفساد، فإذا حكم بفساد شىء من ذلك ثم شكك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح، حمل على الصحيح.

ص: ٢٨٥

١-١) راجع الجواهر ٢٦٧:٢٥.

٢-٢) فى «ف»: تقديم.

٣-٣) كذا فى مصححه «ن»، و فى النسخ: تأخير.

٤-٤) فى غير «ف»: أو تحققت.

مسأله لا بدّ من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك،

كما فى كلّ وصفٍ يكون كذلك؛ إذ لا فرق فى توقّف رفع الغرر على العلم، بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل و الوزن و العدّ.

و يعنى الوصف عن الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف، دون ما لا ينضبط، كمقدار الطعم و الرائحة و اللون و كفيّاتها، فإنّ ذلك ممّا لا يمكن ضبطه إلّا باختبار شيءٍ من جنسه، ثمّ الشراء على ذلك النحو من الوصف، مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤةً، فبيع منه لؤلؤةٌ أخرى على ذلك الوصف. و كذا الكلام فى الطعم و الرائحة لمن كان مسلوب الذائقه و الشامه.

نعم، لو لم يُرد من اختبار الأوصاف إلّا استعمال صحّته و فساده، جاز شراؤها بوصف الصحّ، كما فى الدبس و الدهن مثلاً، فإنّ المقصود من طعمهما ملاحظه عدم فسادهما. بخلاف بعض أنواع الفواكه و الروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها، و لا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظه صحّتها و فساده.

و إطلاق كلمات الأصحاب (١) في جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف محمولٌ على ما إذا أريد الأوصاف التي لها مدخلٌ في الصحه، لا الزائده على الصحه التي يختلف بها القيمه (٢)، بقريته تعرّضهم بعد هذا لبيان جواز شرائها من دون اختبارٍ و لا وصفٍ، بناءً على أصاله الصحه.

و كيف كان، فقد قوى في السرائر عدم الجواز أخيراً بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف، وفاقاً للمشهور المدعى عليه الإجماع في الغنيه (٣). قال: يمكن أن يقال: إنّ بيع العين المشاهده المرثيه لا يجوز أن يكون بالوصف؛ لأنه غير غائبٍ فيباع مع خيار الرؤيه بالوصف، فإذا لا بدّ من شمّه و ذوقه؛ لأنه حاضر مشاهد غير غائبٍ يحتاج إلى الوصف، و هذا قوى (٤)، انتهى.

و يضعفه: أنّ المقصود من الاختبار رفع الغرر، فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكماً. بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصفٍ، بناءً على أصاله الصحه، وفاقاً للفاضلين (٥).

ص: ٢٨٨

١-١) منهم المحقق في الشرائع ٢:١٩، و العلّامه في القواعد ١:١٢٦، و الشهيد في الدروس ٣:١٩٨، و انظر مفتاح الكرامه ٤:٢٣١.
٢-٢) كذا في «خ» و «م» و «ع» و «ص» و «ش»، و في «ف» بدل «القيمه»: «مراتب الصحيح»، و في «ن» جمع بينهما و صححت العبارة هكذا: «يختلف بها قيمه مراتب الصحيح»، و في نسخه بدل «م» و «ع» و «ص»: «مراتب الصحيح.

٣-٣) الغنيه: ٢١١.

٤-٤) السرائر ٢:٣٣١.

٥-٥) الشرائع ٢:١٩، و القواعد ١:١٢٦.

و من تأخر عنهما (١)، لأنه إذا كان المفروض ملاحظه الوصف من جهة دوران الصّحه معه، فذكره في الحقيقه يرجع إلى ذكر وصف الصّحه، و من المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجماعاً، بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرّح البائع بالبراءه من العيوب.

و أما روايه محمّد بن العيص: «عن الرجل يشتري ما يذاق، أ يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، و لا يذوقنّ ما لا يشتري» (٢). فالسؤال فيها عن جواز الذوق، لا عن وجوبه.

ثمّ إنّه ربما نسب الخلاف في هذه المسأله إلى المفيد و القاضي و سلّار و أبي الصلاح و ابن حمزه.

قال في المقنعه: كلّ شيءٍ من المطعومات و المشمومات يمكن للإنسان اختباره من غير إفسادٍ له كالأدهان المختبره بالشّم و صنوف الطيب و الحلوات المذوقه فإنّه لا يصحّ بيعه بغير اختباره (٣)، فإنّ ابتيع بغير اختبارٍ كان البيع باطلاً، و المتبايعان فيه (٤) بالخيار (٥) فإن تراضيا

ص: ٢٨٩

١ - ١) منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٤٢٧: ١، و الشهيدان في الدروس ٣: ٩٩٨، و المسالك ٣: ١٧٩ و غيرهم، راجع مفتاح الكرامه ٢٣٢: ٤.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٢٧٩، الباب ٢٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٣ - ٣) في «ش»: بغير اختبارٍ.

٤ - ٤) في «ش»: فيها.

٥ - ٥) إلى هنا كلام المفيد قدّس سرّه، راجع المقنعه: ٦٠٩، و لم نعر على ما بعده فيها، نعم نقله العلّامه في المختلف (٥: ٥٦٠) بلفظ: «قال الشيخان»، و قال السيّد العاملی في مفتاح الكرامه بعد نقل ما في المقنعه: «و مثله عبارته النهايه حرفاً بحرف...»، و زاد بعد قوله: «و المتبايعان فيه بالخيار»: «فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس»، راجع مفتاح الكرامه ٢٣٢: ٤.

بذلك لم يكن به بأس، انتهى (١).

و عن القاضي: أنه لا يجوز بيعه إلا بعد أن يختبر، فإن بيع من غير اختبار كان المشتري مخيراً في ردّه له على البائع (٢).

و المحكّي عن سلّار و أبي الصلاح و ابن حمزه: إطلاق القول بعدم صحّه البيع من غير اختبار في ما لا يفسده الاختبار (٣) من غير تعرّض لخيار للمتبايعين (٤) كالمفيد، أو للمشتري كالقاضي.

ثمّ المحكّي عن المفيد و سلّار: أنّ ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحّه (٥).

و عن النهايه و الكافي: أنّ بيعه جائز على شرط الصحّه أو البراءة من العيوب (٦).

و عن القاضي: لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحّه أو البراءة من العيوب (٧).

قال في محكّي المختلف بعد ذكر عبارة القاضي: - إنّ هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدتين: أمّا الصحّه أو البراءة من العيوب، و ليس

ص: ٢٩٠

١- ١) لم ترد «انتهى» في «ف».

٢- ٢) حكاة عنه العلّامة في المختلف ٥:٢٦٠، و لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتب القاضي.

٣- ٣) حكاة العلّامة في المختلف ٥:٢٦٠، و انظر المراسم: ١٨٠، و الكافي في الفقه: ٣٥٤، و الوسيله: ٢٤٦.

٤- ٤) في «ش»: لخيار المتبايعين.

٥- ٥) حكاة العلّامة في المختلف ٥:٢٦٢، و انظر المقنعه: ٦٠٩-٦١٠، و المراسم: ١٨٠.

٦- ٦) حكاة العلّامة أيضاً في المختلف ٥:٢٦٣، و انظر النهايه: ٤٠٤، و الكافي في الفقه: ٣٥٤.

٧- ٧) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتب القاضي و حكاة العلّامة أيضاً في المختلف ٥:٢٦٣.

بجيد، بل الأولى انعقاد البيع، سواء شرط أحدهما أو خلى (١) عنهما أو شرط العيب. و الظاهر أنه إنما صار إلى الإيهام من عبارته الشيخين (٢)، حيث قال: إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة. و مقصودهما:

أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز، لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة (٣)، انتهى.

أقول: و لعلّه لنكتته بيان أن مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد (٤) عبّر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله: «جاز (٥) بشرط (٤) الصحة» (٧)، لكنّ الإنصاف أن الظاهر من عبارتي المقنعه و النهايه و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد، كما يظهر بالتدبر في عبارته المقنعه من أولها إلى آخرها (٨)، و عبارته النهايه هنا هي عبارته المقنعه بعينها، فلاحظ (٩).

و ظاهر الكلّ كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده،

ص: ٢٩١

١- ١) كذا، و في المصدر: أخلاه.

٢- ٢) العبارة في المصدر هكذا: و إنما صار إلى هذا الإيهام عبارته الشيخين.

٣- ٣) المختلف ٢٦٣: ٥.

٤- ٤) في غير «ف» زياده: «كما»، و قد محيت في «ن».

٥- ٥) في هامش «ن» زياده: بيعه.

٦- ٦) في غير «ف» و «ن»: شرط.

٧- ٧) القواعد ١٢٦: ١.

٨- ٨) انظر المقنعه: ٦٠٩-٦١٠.

٩- ٩) راجع النهايه: ٤٠٤.

كما تقدّم من الحلّى (١).

فلا- يكفى ذكر الأوصاف، فضلاً عن الاستغناء عنها بأصالة السلامه. و يدلّ عليه: أنّ هؤلاء اشترطوا فى ظاهر عبائرهم المتقدّمه اشتراط الوصف أو السلامه من العيوب فيما يفسده الاختبار، وإن فهم فى المختلف خلاف ذلك. لكن قدّمنا ما فيه.

فينبغى أن يكون كلامهم فى الأمور التى لا تنضبط خصوصيّة طعمها و ريحها بالوصف. و الظاهر أنّ ذلك فى غير الأوصاف التى يدور عليها السلامه من العيب، إلّا أنّ تخصيصهم (٢) الحكم بما لا يفسده الاختبار كالشاهد (٣) على أنّ المراد بالأوصاف التى لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامه، كما أنّ مقابله و هو ما يفسد الشىء باختباره كالبيض و البطيخ كذلك غالباً. و يؤيّد حكم القاضى بخيار المشتري (٤).

و كيف كان، فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا ينضبط بالأوصاف، فلا خلاف معهم ممّا و لا من الأصحاب.

و إن كان مذهبهم موافقاً للحلّى (٥) بناءً على إرادته الأوصاف التى بها قوام السلامه من العيب، فقد عرفت أنّه ضعيف فى الغايه (٦).

ص: ٢٩٢

١-١) تقدّم فى الصفحه ٢٨٨.

٢-٢) فى «ف»: إلّا أن يخصّص.

٣-٣) فى غير «ن» و «ص»: كالمشاهد.

٤-٤) راجع الصفحه ٢٨٩.

٥-٥) كذا فى أكثر النسخ، و فى «ف» و هامش «م»: «للمشهور»، و فى «خ» و «ع»: للمحكى.

٦-٦) راجع الصفحه ٢٨٨-٢٨٩.

و إن كان مذهبيهم عدم كفايه البناء على أصله السلامه عن الاختبار و الوصف و إن كان ذكر الوصف كافياً عن الاختبار، فقد عرفت: أنّ الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الرجعة إلى السلامه من العيوب في بيع الأعيان الشخصية.

و يمكن أن يقال بعد منع جريان أصله السلامه في الأعيان؛ لعدم الدليل عليها، لا من بناء العقلاء إلّا فيما إذا كان الشكّ في طرؤ المفسد، مع أنّ الكلام (١) في كفايه أصله السلامه عن ذكر الأوصاف أعمّ، و لا من الشرع؛ لعدم الدليل عليه: - إنّ السلامه من العيب الخاصّ متى ما كانت مقصوده على جهه الركتيه للمال كالحلاوه في الدبس، و الرائحه في الجلباب، و الحموضه في الخلّ، و غير ذلك ممّا يذهب بذهابه معظم المائيه فلا بدّ في دفع الغرر من إحراز السلامه من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات، و حيث فرض عدم اعتبار أصله السلامه، فلا بدّ من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد (٢) بوجودها لأماره عرفيه مغنيه عن الاختبار و الوصف. و متى ما كانت مقصوده لا على هذا الوجه لم يجب إحرازها.

نعم، لمّا كان الإطلاق منصرفاً إلى الصحيح جاء الخيار عند تبيّن العيب، فالخيار من جهه الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئه، و انصراف إطلاق الملك في المبيع إلى غير مسلوب المنفعه مدّه يعتدّ بها، لا من جهه الاعتماد في إحراز الصحه و البناء عليها على أصله السلامه.

ص: ٢٩٣

١- ١) في هامش «ن»: و الكلام خ.

٢- ٢) في «ف»: الاعتماد.

و بعبارة اخرى:الشكّ فى بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر، ككون الجاربه مّمن لا تحيض فى سنّ الحيض، و مثل هذا لا يعتبر إحراز السلامة عنه.و قد يستلزمه، ككون الجاربه خنثى و كون الدائبه لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليها، و هذه ممّا يعتبر إحراز السلامة عنها؛ و حيث فرض عدم إحرازها بالأصل، فلا بدّ من الاختبار أو الوصف.

هذا، و يؤيد ما ذكرنا من التفصيل: أنّ بعضهم كالمحقّق فى النافع (1) و العلامه فى القواعد (2) عنون المسأله بما كان المراد طعمه أو ريحه.

هذا، و لكنّ الإنصاف أنّ مطلق العيب إذا التفت إليه المشتري و شكّ فيه، فلا بدّ فى رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إمّا بالاختبار، و إمّا بالوصف، و إمّا بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إمّا لأجل الانصراف و إمّا لأصالة السلامة، من غير تفرقه بين العيوب أصلاً.

فلا بدّ إمّا من كفايه الإطلاق فى الكلّ؛ للأصل و الانصراف، و إمّا من عدم كفايته فى الكلّ؛ نظراً إلى أنّه لا يندفع به الغرر إلّا إذا حصل منه الوثوق، حتّى أنّه لو شكّ فى أنّ هذا العبد صحيح أو أنّه أجذم لم يجز البناء على أصالة السلامة إذا لم يفد الوثوق، بل لا بدّ من الاختبار أو وصف كونه غير أجذم.

و هذا و إن كان لا يخلو عن وجه، إلّا أنّه مخالف لما يستفاد من كلماتهم فى غير موضع:- من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

ص: ٢٩٤

١-١) المختصر النافع: ١١٩.

٢-٢) القواعد ١٢٦: ١.

مسأله يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار

إجماعاً على الظاهر، والأقوى عدم اعتبار اشتراط الصّحّه في العقد و كفايه الاعتماد على أصاله السلامه كما فيما لا يفسده الاختبار (١). خلافاً لظاهر جماعه تقدّم ذكرهم (٢) من اعتبار اشتراط الصّحّه أو البراءه من العيوب أو خصوص أحدهما.

وقد عرفت تأويل العلّامه في المختلف لعبارتى المقنعه و النهايه الظاهرتين في ذلك و إرجاعهما إلى ما أرادته من قوله في القواعد: «جاز بيعه بشرط الصّحّه»: من أنّه مع الصّحّه يمضى البيع، و لا معها يتخيّر المشتري (٣).

و عرفت أنّ هذا التأويل مخالف للظاهر، حتّى أنّ قوله في القواعد

ص: ٢٩٥

١- ١) في «ف» و هامش «خ» زياده ما يلي: وفقاً لكلّ من قال بعدم اعتبار الاختبار أو الوصف في ما لا يفسده الاختبار.

٢- ٢) تقدّم ذكرهم في الصفحات ٢٩٠-٢٩١.

٣- ٣) راجع الصفحه ٢٩٠.

ظاهرٌ في اعتبار شرط الصّحّه؛ و لذا قال في جامع المقاصد: و كما يجوز بيعه بشرط الصّحّه يجوز بيعه مطلقاً (١).

و كيف كان، فإذا تبين فساد المبيع، فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه، فإن كان لفساده قيمه كبيض النعامه و الجوز تخيير بين الردّ و الأرش. و لو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعدّ الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفاً كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلّا للإحراق فيحتمل قوياً بطلان البيع. و إن لم يكن لفساده قيمه تبين بطلان البيع؛ لوقوعه على ما ليس بتموّل.

و إن كان تبين الفساد بعد الكسر، ففي الأوّل يتعيّن (٢) الأرش خاصه؛ لمكان التصرف.

و يظهر من المبسوط قولاً بأنّه لو كان تصرفه على قدرٍ يستعلم به فساد المبيع لم يسقط الردّ، و (٣) المراد بالأرش: تفاوت ما بين صحيحه و فاسده الغير المكسور؛ لأنّ الكسر نقص حصل في يد المشتري (٤).

و منه يعلم ثبوت الأرش أيضاً و لو لم يكن لمكسوره قيمه؛ لأنّ العبره في التموّل بالفساد الغير المكسور، و لا- عبره بخروجه بالكسر عن التموّل.

و يبطل البيع في الثاني أعنى ما لم يكن لفساده قيمه وفاقاً

ص: ٢٩٦

١-١) جامع المقاصد ٤:٩٥.

٢-٢) في «ن» و «ص»: تعين.

٣-٣) في «ن» زياده: «أن»، تصحيحاً.

٤-٤) راجع المبسوط ٢:١٣٥.

للمبسوط (١) و السرائر (٢)، (٣) و ظاهر من تأخر عنهما (٤). و ظاهرهم بطلان البيع من رأس، كما صرح به الشيخ (٥) و الحلّي (٦) و العلّامة في التذكرة (٧)، مستدلّين بوقوعه على ما لا قيمة له، كالحشرات. و هو صريح جملة ممّن تأخر عنهم (٨) و ظاهر آخرين عدا الشهيد في الدروس؛ فإنّ ظاهره انفساخ البيع من حين (٩) تبين الفساد لا من أصله، و جعل الثاني احتمالاً و نسبة إلى ظاهر الجماعة (١٠). و لم يعلم وجه ما اختاره؛ و لذا نسب في الروضة خلافه إلى الوضوح (١١). و هو كذلك؛ فإنّ الفاسد الواقعي إن لم يكن من الأموال الواقعيّة كان العقد عليه فاسداً، لأنّ اشتراط تمّول

ص: ٢٩٧

-
- ١-١) المبسوط ١:١٣٥.
 - ٢-٢) السرائر ٢:٣٣٢.
 - ٣-٣) في «ن» زياده: «و التذكرة»، استدراكاً.
 - ٤-٤) في «ف» و مصحّحه «ن»: عنهم، و سيأتي نسبة المؤلف قدّس سرّه ذلك إلى من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن (انظر الصفحة ٣٠١).
 - ٥-٥) المبسوط ٢:١٣٥.
 - ٦-٦) السرائر ٢:٣٣٢.
 - ٧-٧) التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٣١.
 - ٨-٨) منهم الشهيد الثاني في الروضة ٣:٢٧٧، و السيّد الطباطبائي في الرياض ١: ٥١٦، و السيّد المجاهد في المناهل: ٢٩٤، و كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقة ٧٨.
 - ٩-٩) في غير «ف»: حيث، و في «ن» كتب عليها: حين خ.
 - ١٠-١٠) الدروس ٣:١٩٨.
 - ١١-١١) الروضة البهيّة ٣:٢٧٧.

العوضين واقعي لا علمي. و إن كان من الأموال الواقعيه، فإن لم يكن بينه و بين الصحيح تفاوتٌ في قيمه لم يكن هنا أرشٌ و لا ردُّ، بل كان البيع لازماً و قد تلف المبيع بعد قبضه. و إن كان بينه و بين الصحيح الواقعي تفاوتٌ، فاللزام هو استرجاع نسبه تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد من الثمن لا جميع الثمن.

اللهم إلما أن يقال: إنّه مألٌ واقعيٌ إلى حين تبين الفساد، فإذا سقط عن المائيه لأمرٍ سابقٍ على العقد و هو فسادُه واقعاً كان في ضمان البائع، فينسخ (١) البيع حينئذٍ.

بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ، فيجوز له الإمضاء فيكون المكسور ملكاً له و إن خرج عن المائيه بالكسر، و حيث إنّ خروجه عن المائيه لأمرٍ سابقٍ على العقد كان مضموناً على البائع، و تدارك هذا العيب أعنى فوات المائيه لا يكون إلّا بدفع تمام الثمن (٢). لكن سيجيء ما فيه من مخالفه القواعد و الفتاوى.

و فيه: وضح كون مائيته عرفاً و شرعاً من حيث الظاهر، و أمّا (٣) إذا انكشف الفساد حُكم بعدم المائيه الواقعيه من أوّل الأمر؛ مع أنّه لو كان مالاً- واقعاً فالعيب حادثٌ في ملك المشتري؛ فإنّ العلم مخرجٌ له عن المائيه، لا كاشفٌ، فليس هذا عيباً مجهولاً، و لو سلّم فهو كالأرمد يعمى بعد الاثراء و المريض يموت، مع أنّ فوات المائيه يُعدّ تلفاً، لا عيباً.

ص: ٢٩٨

١- ١) في «ف»: فيفسخ.

٢- ٢) في «ف» و هامش «خ» زياده: فيكون الأرش هنا تمام الثمن.

٣- ٣) في «ف» بدل «و أمّا»: و أنّه.

ثم إن فائده الخلاف تظهر في ترتب آثار ملكيته (١) المشتري الثمن (٢) إلى (٣) حين تبين الفساد.

و عن الدروس و اللمعه: أنها تظهر في مثونه نقله عن الموضع الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره (٤)، فعلى الأول على البائع، و على الثاني على المشتري؛ لوقوعه في ملكه.

و في جامع المقاصد: الذي يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها؛ لانتفاء المقتضى (٥). و تبعه الشهيد الثاني، قال: لأنه نقله بغير أمره، فلا يتجه الرجوع عليه بها، و كون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع (٦) بما غرم، إنما يتجه مع الغرور، و هو منفي هنا، لا اشتراكهما في الجهل (٧)، انتهى.

و اعترض عليه (٨): بأن الغرور لا يختص بصوره علم الغار.

و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الأساطين (٩)، و هو: كونه على البائع على التقديرين. و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد.

ص: ٢٩٩

١-١) كذا في نسخه بدل «ص» و مصححه «ن»، و في النسخ: ملكيه.

٢-٢) في «ص» و مصححه «ن»: للثمن.

٣-٣) لم ترد «إلى» في «خ».

٤-٤) الدروس ٣: ١٩٨، و اللمعه الدمشقيه: ١١٤.

٥-٥) جامع المقاصد ٤: ٩٦.

٦-٦) في النسخ: «رجع»، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٧-٧) الروضه البهيه ٣: ٢٧٨-٢٧٩.

٨-٨) اعترض عليه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٣٥.

٩-٩) هو كاشف الغطاء في شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٧٩.

هذا كله في مئونه النقل من موضع الاثراء إلى موضع الكسر.

و أما مئونه نقله من موضع الكسر لو وجب تفريره منه لمطالبه مالكة أو لكونه مسجداً أو مشهداً فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكاً نظير حبه الحنطة، فالظاهر أنه على البائع على التقديرين؛ لأنه بعد الفسخ ملكه، و أما لو لم يكن قابلاً للتملك، فلا يبعد مؤاخذه المشتري به. و في رجوعه على البائع ما تقدم في مئونه نقله إلى موضع الكسر.

ثم إن المحكي في الدروس عن الشيخ و أتباعه: أنه لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمه لمكسوره صح (١)، قال: ويشكل: أنه أكل مال بالباطل (٢). و تبعه الشهيد و المحقق الثانيان (٣).

و قد تصدى بعض لتوجيه صحه اشتراط البراءه بما حاصله: منع بطلان البيع و إن استحق المشتري مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب، فإن الأرش غرامه أوجبها الشارع بسبب العيب، لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من الثمن، و لذا يسقط بالإسقاط، و لا- يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن، و يسقط (٤) بالتبزي. و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع في عقد البيع؛ إذ الثمن متحقق (٥) على حسب معامله العقلاء، و لم يعلم اعتبار أزيد من ذلك في

ص: ٣٠٠

١-١) راجع النهايه: ٤٠٤، و الوسيله: ٢٤٧.

٢-٢) الدروس ٣: ١٩٨.

٣-٣) جامع المقاصد ٤: ٩٥-٩٦، و المسالك ٣: ١٧٩.

٤-٤) كذا في «ف»، و في مصححتي «ن» و «خ»: «فيسقط»، و في سائر النسخ: ليسقط.

٥-٥) كذا في «ن»، و في سائر النسخ و نسخه بدل «ن»: يتحقق.

صحة البيع، فمع فرض رضاه بذلك يكون قادماً على بذل ماله على هذا النحو. نعم، لو لم يشترط استحقاق الرجوع بالأمرش المستوعب. ولعله لذا لم يعبروا بالبطلان وإن ذكر المحقق وغيره الرجوع بالثمن وفهم منه جماعةً بطلان البيع. لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المائيه وإن لم يكن له قيمه، وهو أعم من بطلان البيع (١)، انتهى محضه (٢).

ولا يخفى فيه مواقع النظر (٣)؛ فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح بطلان البيع كالشيخ في المبسوط (٤)، والحلى في السرائر (٥)، والعلامة في التذكرة (٦)؛ معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمه له و بين من صرح برجوع المشتري بتمام الثمن، الظاهر في البطلان (٧)، فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان. و يكفي في ذلك ما تقدم (٨) من الدروس: من أنّ ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر، واختياره (٩) قدس سره

ص: ٣٠١

١-١ الجواهر ٤٣٩:٢٢-٤٤٠.

٢-٢ في «ف»: ملخصه.

٣-٣ كذا في أكثر النسخ، و في «ش»: وفيه مواقع للنظر.

٤-٤ المبسوط ١٣٥:٢.

٥-٥ السرائر ٣٣٢:٢.

٦-٦ التذكرة ٤٦٧:١ و ٥٣١.

٧-٧ مثل المحقق في الشرائع ١:١٩، والعلامة في القواعد ١:١٢٦، وانظر المناهل: ٢٩٤.

٨-٨ تقدم في الصفحة ٢٩٧.

٩-٩ كذا في «ف» و نسخه بدل «ن»، و في «ش» و مصححه «ن»: «و اختار»، و في سائر النسخ: و اختاره.

□

فعلم أن لا قول بالصحة مع الأرش، بل ظاهر العلامة رحمه الله في التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين، حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع، معللاً بوقوع العقد على ما لا قيمة له، وحكاية ذلك عن بعض الشافعية قال: وقال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة، بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامه، و كما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع، كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع.

و يظهر فائده الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها (٢)، انتهى.

هذا، مع أنه لا مجال للتأمل في البطلان؛ بناءً على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بماليه المبيع هنا شرعاً و عرفاً حكم ظاهرى، و تمول العوضين واقعاً شرط واقعى لا علمى؛ و لذا لم يتأمل ذو مسكه في بطلان بيع من بان حراً أو (٣) ما بان خمرأ، و غير ذلك؛ إذ انكشاف فقد العوض مشترك بينهما.

ثم إن الجمع بين عدم خروجه عن المائيه، و بين عدم قيمه لمكسوره مما لم يفهم؛ فلعله أراد الملكيه.

مضافاً إلى أن الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوّره عن إشكال، لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتى الصحيح

ص: ٣٠٢

١-١) الدروس ١٩٨:٣.

٢-٢) التذكرة ٥٣١:١.

٣-٣) في «ف» بدل «أو»:و.

و المعيب (١).

نعم، ذكر العلامة في التذكرة (٢) و التحرير (٣) و القواعد (٤): أنّ المشتري للعبد الجاني عمداً، يتخير مع الجهل بين الفسخ فيستردّ الثمن، أو (٥) طلب الأرش، فإن استوعب الجنايه القيمه كان الأرش جميع الثمن أيضاً (٦).

و قد تصدّى جامع المقاصد لتوجيه عباره القواعد في هذا المقام بما لا يخلو عن بُعد، فراجع (٧).

و كيف كان، فلا أجد وجهاً لما ذكره.

و أضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر (٨): من منع حكم الشيخ و أتباعه (٩) بصحّه البيع، و (١٠) اشتراط البائع على المشتري البراءه من

ص: ٣٠٣

١-١) صرّح بذلك الشيخان في المقنعه: ٥٩٧، و المبسوط ١٢٧: ٢، و النهايه: ٣٩٢، و راجع للتفصيل مفتاح الكرامه ٤: ٦٣١-٦٣٢.

٢-٢) التذكرة ١: ٥٤٠.

٣-٣) التحرير ١: ١٨٥.

٤-٤) القواعد ١: ١٤٦.

٥-٥) في «ص» بدل «أو»: و.

٦-٦) في «ن» شطب على «أيضاً».

٧-٧) جامع المقاصد ٤: ٣٤٤.

٨-٨) ذكره السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٢٣٦.

٩-٩) في «ف»: و الأتباع.

١٠-١٠) الواو في قوله: «و اشتراط» بمعنى «مع». قاله الشهيدى قدّس سرّه في هدايه الطالب: ٣٩٤.

العيوب (١)، و زعم: أنّ معنى اشتراط البراءة في كلامهم: اشتراط المشتري على البائع البراءة من العيوب، فيكون مرادفًا لاشتراط الصّحّة. و أنت خبير بفساد ذلك بعد ملاحظه عبارته الشيخ و الأتباع، فإنّ كلامهم ظاهر أو صريح في أنّ المراد براءة البائع من العيوب، لا المشتري.

نعم، لم أجد في كلام الشيخين و المحكّي عن غيرهما تعرّضٌ لذكر هذا الشرط في خصوص ما لا قيمه لمكسوره.

ثمّ إنّه ربما يستشكل في جواز اشتراط البراءة من العيوب الغير المخرجه عن المائيه أيضاً بلزوم الغرر، فإنّ بيع ما لا يعلم صحّته و فساده لا يجوز إلّا بناءً على أصاله الصّحّه، فإذا اشترط (٢) البراءة كان بمنزله البيع من غير اعتدادٍ بوجود العيوب و عدمها.

و قد صرّح العلّامه و جماعه بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرّويه في العين الغائبه (٣). و سيّجىء توضيحه في باب الخيارات إن شاء الله تعالى.

ص: ٣٠٤

١- ١) تقدّم عنهم في الصفحه ٢٩٠.

٢- ٢) في غير «ف»: و اشتراط.

٣- ٣) النهايه ٥١٠: ٢، و التذكره ٤٦٧: ١، و الشهيد في الدروس ٢٧٦: ١، و الصيمرى في غايه المرام (مخطوط) ٢٨٨: ١، و المحقّق الثانى في جامع المقاصد ٣٠٣: ٤، و انظر مفتاح الكرامه ٢٩٢: ٤.

مسأله المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فأره.

و الفأر بالهمزه قيل: جمع فأره، كتمر و تمره (١). و عن النهايه: أنه قد لا يهمز تخفيفاً (٢).

و مستند الحكم: العمومات الغير المزاحمه بما يصلح للتخصيص، عدا توهم النجاسه المنذفع فى باب النجاسات بالنص (٣) و الإجماع (٤)، أو توهم جهالته؛ بناءً على ما تقدم (٥) من احتمال عدم العبره بأصالة الصحه فى دفع (٦) الغرر.

و يندفع بما تقدم (٧): من بناء العرف على الأصل فى نفي الفساد، و بناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار فى الأوصاف التى تدور معها الصحه.

ص: ٣٠٥

١-١) قاله الطريحي فى مجمع البحرين ٤:٤٣٣، مادّه: «فأر».

٢-٢) النهايه؛ لابن الأثير ٣:٤٠٥، مادّه: «فأر».

٣-٣) راجع الوسائل ٣:٣١٤، الباب ٤١ من أبواب لباس المصلّى، الحديث ١ و ٢.

٤-٤) كما ادّعاه العلّامه فى التذكره ١:٥٨، و الشهيد فى الذكري: ١٤، و السيد العاملى فى المدارك ٢:٢٨٤، و انظر الجواهر ٢٢:٤٤٧.

٥-٥) تقدم فى الصفحه ٢٨٨ و الصفحه السابقه.

٦-٦) فى «م» و «ص»: رفع.

٧-٧) تقدم فى الصفحه ٢٩٣.

لكنك خير بأن هذا كله حسنٌ لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد. و أما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذي لا يعلم إلا بالاختبار، فلا رافع له.

نعم، قد روى في التذكرة مرسلًا عن الصادق عليه السلام جواز بيعه (١).

لكن لم يعلم (٢) إرادته ما في الفأره.

و كيف كان، فإذا فرض أنه ليس له أوصاف خارجيه يعرف بها الوصف الذي له دخلٌ في قيمه، فالأحوط ما ذكره من فتقه بإدخال خيطٍ فيها بإبره، ثم إخراجها و شمه (٣).

ثم لو شمه و لم يرضَ به (٤) فهل يضمن هذا النقص الداخلى عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه و لو بكونه جزءاً أخيراً لسبب (٥) النقص، بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الإبره مراراً؟ وجهٌ مبنيٌّ على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم، فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشتري الخيط.

ثم إن الظاهر من العلامه عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف (٦)، و هو كذلك.

و صرح بعدم جواز بيع البيض فى بطن الدجاج للجهاله (٧)، و هو حسنٌ إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرداً معتاداً من البيض من حيث الكبر و الصغر.

ص: ٣٠٦

١-١ (١) التذكرة ١:٤٧١.

٢-٢ (٢) فى «ف»: لا يعلم.

٣-٣ (٣) كما ذكره الشهيد الثانى فى المسالك ٣:١٨٢، و نسبه إلى جماعه.

٤-٤ (٤) لم ترد «به» فى «ف».

٥-٥ (٥) كذا فى «ش» و مصححه «ن»، و فى غيرهما: بسبب.

٦-٦ (٦ و ٧) راجع التذكرة ١:٤٧١.

مسأله لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه و عدمه؛

لأنّ ضمّ المعلوم إليه لا يخرج عن الجهالة فيكون المجموع مجهولاً؛ إذ لا- يُعنى (١) بالمجهول ما كان كلّ جزءٍ جزءٍ منه مجهولاً. و يتفرّع على ذلك:

أنّه لا- يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكاً؛ لجهالته و إن ضمّ إليه القصب أو غيره. و لا اللبن في الضرع و لو ضمّ إليه ما يحلب منه، أو غيره، على المشهور كما في الروضه (٢) و عن الحدائق (٣).

و خصّ المنع جماعه بما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضمّاً إلى المعلوم، و جوّزوا بيعه إذا كان تابعاً للمعلوم، و هو المحكّي (٤) عن المختلف (٥) و شرح الإرشاد لفخر الإسلام (٦) و المقتصر (٧)، و استحسّنه

ص: ٣٠٧

١- ١) في «ش»: لا نغنى.

٢- ٢) الروضه البهيه ٣: ٢٨٢.

٣- ٣) الحدائق ١٨: ٤٨٧.

٤- ٤) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٢٨٢.

٥- ٥) راجع المختلف ٥: ٢٤٨ و ٥: ٢٥٤.

٦- ٦) مخطوط، و لا يوجد لدينا.

٧- ٧) المقتصر: ١٦٧.

المحقق و الشهيد الثانيان (١).و لعلّ المانعين لا- يريدون إلّما ذلك؛نظراً إلى أنّ جهاله التابع لا- توجب الغرر و لا- صدق اسم«المجهول»على المبيع عرفاً حتّى يندرج في إطلاق ما دلّ من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول؛فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول.

خلافاً للشيخ في النهاية (٢)و ابن حمزه في الوسيله (٣).و المحكّي عن الإسكافي (٤)و القاضي (٥)،بل في مفتاح الكرامه: أنّ الحاصل من التتبع أنّ المشهور بين المتقدّمين هو الصّحّه (٦)،بل عن الخلاف (٧)و الغنيه (٨):الإجماع في مسأله السمك.و اختاره من المتأخّرين المحقّق الأردبيلي (٩)و صاحب الكفايه (١٠)و المحدّث العاملي (١١)و المحدّث الكاشاني (١٢)،و حكى عن ظاهر غايه المراد (١٣)،

ص: ٣٠٨

١- ١) جامع المقاصد ٤:١١٠،و الروضه البهيّه ٣:٢٨٢.

٢- ٢) النهايه: ٤٠٠-٤٠١.

٣- ٣) الوسيله: ٢٤٦.

٤- ٤) حكاه العلّامه في المختلف ٥:٢٤٨.

٥- ٥) حكاه العلّامه في المختلف ٥:٢٤٧،و لم نعث عليه فيما بأيدينا من كتبه.

٦- ٦) مفتاح الكرامه ٤:٢٨٢.

٧- ٧) الخلاف ٣:١٥٥،كتاب البيوع،المسأله ٢٤٥.

٨- ٨) الغنيه: ٢١٢.

٩- ٩) مجمع الفائده ٨:١٨٥-٨:١٨٦.

١٠- ١٠) كفايه الأحكام: ٩١.

١١- ١١) بدايه الهدايه ١:١٢٩.

١٢- ١٢) مفاتيح الشرائع ٣:٥٦.

١٣- ١٣) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٢٨٢،و أنظر غايه المراد ١:٨٤-١:٨٥.

و صريح حواشيه على القواعد (١). و حجّتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة في مسألتي السمك و اللبن و غيرهما.

□
ففي مرسله البنظي التي إرسالها، كوجود سهلٍ فيها، سهلٌ عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «إذا كانت أجمّة ليس فيها قصبٌ، أخرج شيئاً من سمكٍ فباع (٢) و ما في الأجمه» (٣).

□
و روايه (٤) معاويه بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام (٥): «لا بأس بأن يشتري الآجام إذا كان فيها قصب» (٦). و المراد شراء ما فيها بقريته الروايه السابقه و اللاحقه.

□
و روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في شراء الأجمه ليس فيها قصبٌ إنّما هي ماء، قال: «تصيد (٧) كفاً من سمكٍ تقول: أشتري منك هذا السمك و ما في هذه الأجمه بكذا و كذا» (٨).

□
و موثقه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه قال:

«سألته عن اللبن يشتري و هو في الضرع؟ قال: لا، إلّا أن يحلب (٩)

ص: ٣٠٩

-
- ١- ١) لا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٨٢: ٤.
 - ١- ٢) كذا في النسخ، و في التهذيب و الوسائل: «أخرج شيء من السمك فيباع...».
 - ٣- ٣) الوسائل ٢٦٣: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢.
 - ٤- ٤) في غير «ش»: «و بروايه»، و صححت في «ن» بما أثبتناه.
 - ٥- ٥) في «خ»، «ص» و «ع» زياده: قال.
 - ٦- ٦) الوسائل ٢٦٤: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٥.
 - ٧- ٧) في «ف»: «إنما تصيد»، و في «ص» و «ش»: يصيد.
 - ٨- ٨) الوسائل ٢٦٤: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٦.
 - ٩- ٩) كذا في النسخ، و في مصححه «ن» زياده: «إلى»، و في «ص» زياده: «لك»، و في «ش» زياده: «لك في»، و في الفقيه و الوسائل: لك منه.

سُكَّرُجِه (١) فيقول: اشتر مني (٢) هذا اللبن الذي في السكرجه (٣) وما في ضروعها بثمانٍ مسمًى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجه (٤) «(٥).

□
و عليها تحمل صحيحه العيص بن القاسم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ له نَعَمٌ يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم، حتى تنقطع (٦) أو شيء منها» (٧)، بناءً على أن المراد ببيع اللبن الذي في الضرع بتمامه، أو ببيع شيء منه محلوب في الخارج و (٨) ما بقي في الضرع بعد حلب شيء منه.

□
و في الصحيح إلى ابن محبوب، عن إبراهيم الكرخي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجلٍ اشترى من رجلٍ أصواف مائه نعجه و ما في بطونها من حملٍ بكذا و كذا درهمًا؟ قال: لا بأس، إن لم يكن في بطونها حملٌ كان رأس ماله في الصوف» (٩).

ص: ٣١٠

١ - ١) السكرجه بضم السين و الكاف و تشديد الراء-: إناء صغير يؤكل فيه الشيء القليل من الأدم، و هي فارسية، راجع النهايه ٢: ٣٨٤.

٢ - ٢) في «ف» بدل «اشتر مني»: اشترى.

٣ - ٣) في «ف» و «ش»: الاسكرجه.

٤ - ٤) في «ف»: الاسكرجه.

٥ - ٥) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٢، و الفقيه ٣: ٢٢٤، الحديث ٣٨٣١.

٦ - ٦) في «خ»، «م» و «ع»: ينقطع.

٧ - ٧) الوسائل ١٢: ٢٥٩، الباب ٨ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

٨ - ٨) في غير «ش» بدل «و»: أو.

٩ - ٩) الوسائل ١٢: ٢٦١، الباب ١٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.

و موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يتقبل بخراج الرجال و جزيه رؤوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير، و هو لا يدري لعله لا يكون شيء من هذا أبداً أو يكون، أ يشتريه (١)؟ و في أي زمان يشتريه و يتقبل به (٢)؟ قال عليه السلام: إذا علمت (٣) من ذلك شيئاً واحداً أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به» (٤).

و ظاهر الأخيرين كموثقه سماعه أن الضميمة المعلومه إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع، لا من حيث جهالته، فإن ما في السُّكْرَجِه (٥) غير معلوم بالوزن و الكيل، و كذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكوره في روايه الهاشمي.

مع أن المشهور كما عن الحدائق (٦) المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم، بل عن الخلاف عليه الإجماع (٧). و القائلون بجوازه (٨) استدلوا

ص: ٣١١

١- ١) في مصححه «ن»: «أ نشتره... نشتره و نتقبل...».

٢- ٢) في الفقيه و الوسائل بدل «به»: منه.

٣- ٣) في «ش»: علم.

٤- ٤) الوسائل ٢٦٤: ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.

٥- ٥) كذا في «ص» و نسخه بدل «ن»، و في غيرهما: الأسكرجه.

٦- ٦) الحدائق ٤٩٠: ١٨.

٧- ٧) الخلاف ١٦٩: ٣، كتاب البيوع، المسألة ٢٧٦.

٨- ٨) في «ف»: بالجواز.

بروايه الكرخى (١) مع منعهم عن مضمونها (٢) من حيث (٣) ضمّ ما فى البطون إلى الأ-صواف. ففتين أنّ الروايه لم يقل أحد بظاهاها.

و مثلها فى الخروج عن مسأله ضمّ المعلوم إلى المجهول روايتا أبى بصير و البنظى (٤)؛ فإنّ الكفّ من السمك لا- يجوز بيعه، لكونه من الموزون؛ و لذا جعلوه من الربويات (٥)، و لا ينافى ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدته، لاحتمال أن لا يعتبر الوزن فى بيع الكثير منه، كالذى لا يدخل فى الوزن لكثرتة كزُبْرَه الحديد، بخلاف القليل منه.

و أمّا روايه معاويه بن عمّار، فلا دلالة فيها على بيع السمك، إلّا بقريته روايتى أبى بصير و البنظى اللتين عرفت حالهما، فتأمل.

ثمّ على تقدير الدلاله:

إن أريد انتزاع قاعده منها و هى جواز ضمّ المجهول إلى المعلوم و إن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلّا حيله لجواز نقل المجهول فلا دلالة فيها (٦)

ص: ٣١٢

١-١) تقدّمت فى الصفحه ٣١٠.

٢-٢) منهم المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:١١١، و المحقّق الأردبيلى فى مجمع الفائده ٨:١٨٨، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٢٨٤.

٣-٣) فى «ف» بدل «من حيث»: مع.

٤-٤) تقدّمتا فى الصفحه ٣٠٩.

٥-٥) كما فى المبسوط ٢:٩٩، و المهذب ١:٣٧٢-٣٧٣، و القواعد ١:١٤٠، و الدروس ٣:٢٩٣-٢٩٤ و غيرها.

٦-٦) فى غير «ش»: «فيهما»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

على ذلك، و لم يظهر من العاملين بها (١) التزام هذه القاعده، بل المعلوم من بعضهم، بل كلهم خلافه؛ فإننا نعلم من فتاويهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضمّ شيء معلوم إليه، كما يشهد به تتبع كلماتهم.

و إن أُريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام، و لبن الضرع، و ما فى البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفه هذه النصوص للقاعده المجمع عليها بين الكلّ:

من عدم جواز بيع المجهول مطلقاً.

بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم، واصله من العلامه:

قال فى القواعد فى باب شرط العوضين: كل مجهول مقصود بالبيع لا يصحّ بيعه و إن انضمّ إلى معلوم، و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً (٢)، انتهى.

و ارتضى هذا التفصيل جماعه ممّن تأخّر عنه (٣)، إلّا أنّ مرادهم من «المقصود» و «التابع» غير واضح. و الذى يظهر من مواضع من القواعد و التذكرة: أنّ مراده بالتابع: ما يشترط دخوله فى البيع، و بالمقصود:

ما كان جزءاً.

قال فى القواعد فى باب الشرط فى ضمن البيع: لو شرط أنّ الأمه حامل أو الدابّه كذلك صحّ. أمّا لو باع الدابّه و حملها أو الجاربه

ص: ٣١٣

١- ١) فى غير «ش»: «بهما»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

٢- ٢) القواعد ١: ١٢٧.

٣- ٣) تقدّم عنهم فى الصفحه ٣٠٨.

و حملها بطل؛ لأن (١) كل ما لا يصح بيعه منفرداً لا يصح جزءاً من المقصود، و يصح تابعاً (٢)، انتهى.

و فى باب ما يندرج فى المبيع قال: السادس: العبد، و لا يتناول ماله الذى ملكه (٣) مولاه، إلا أن يستثنيه المشتري إن قلنا: إن العبد يملك، فينتقل إلى المشتري مع العبد، و كان جعله للمشتري إبقاءً له (٤) على العبد، فيجوز أن يكون مجهولاً أو غائباً. أما إذا أحلنا تملكه و ما معه صار جزءاً من المبيع، فيعتبر فيه شرائط البيع (٥)، انتهى.

و بمثل ذلك فى الفرق بين جعل المال شرطاً و بين جعله جزءً صريحاً فى التذكرة فى فروع مسأله تملك العبد و عدمه؛ معللاً بكونه مع الشرط كماء الآبار و أخشاب السقوف (٦).

و قال فى التذكرة أيضاً فى باب شروط العوضين: لو باع الحمل مع امه جاز إجماعاً (٧).

و فى موضعٍ من باب الشروط (٨) فى العقد: لو قال: بعتك هذه الدابة و حملها لم يصح عندنا، لما تقدم من أن الحمل لا يصح جعله

ص: ٣١٤

١-١) فى «ف»: «لأنه»، و فى المصدر: لأنه كما لا يصح.

٢-٢) القواعد ١٥٣: ١.

٣-٣) فى غير «ش» بدل «ماله الذى ملكه»: ما ملكه.

٤-٤) فى غير «ش» و مصححه «ن»: إبقاء ملكه.

٥-٥) القواعد ١٥٠: ١.

٦-٦) التذكرة ٤٩٩: ١.

٧-٧) التذكرة ٤٦٨: ١.

٨-٨) فى غير «ف»: الشرط.

مستقلاً بالشراء ولا جزءاً (١).

وقال أيضاً: ولو باع الحامل و شرط (٢) للمشتري (٣) الحمل صحّ؛ لأنه تابع، كأساس الحيطان وإن لم يصحّ ضمّه في البيع مع الأم؛ للفرق بين الجزء و التابع (٤).

و قال في موضعٍ آخر: لو قال: بعتك هذه الشياه و ما في ضرعها من اللبن، لم يجز عندنا (٥).

و قال في موضعٍ آخر (٦): لو باع دجاجة ذات بيضه و شرطها صحّ، وإن جعلها جزءاً من المبيع لم يصحّ (٧).

و هذه كلّها صريحه في عدم جواز ضمّ المجهول على وجه الجزئيه، من غير فرق بين تعلّق الغرض الداعي بالمعلوم أو المجهول. و قد ذكر هذا، المحقّق الثاني في جامع المقاصد (٨) في مسأله اشتراط دخول الزرع في بيع الأرض، قال: و ما قد يوجد في بعض الكلام، من أنّ المجهول إن جعل جزءاً من المبيع لا يصحّ، و إن اشترط صحّ و نحو ذلك فليس بشيء؛ لأنّ العبارة لا أثر لها، و المشروط (٩) محسوب من جمله

ص: ٣١٥

١-١ (١) التذكرة ٤٩٣:١.

٢-٢ (٢) كذا في مصحّحه «ن»، و في النسخ: يشترط.

٣-٣ (٣) في المصدر: المشتري.

٤-٤ (٤) التذكرة ٤٩٣:١.

٥-٥ (٥) التذكرة ٤٩٣:١.

٦-٦ (٦) بل قاله في الموضوع الذي عنوان الفرع السابق، تحت عنوان «فرع»، فراجع.

٧-٧ (٧) التذكرة ٤٩٣:١.

٨-٨ (٨) في «ف» زياده: «باب»، و استدركت في «ن» أيضاً.

٩-٩ (٩) في غير «ش»: الشرط.

المبيع، ولأنه لو باع الحمل و الأم صحّ البيع و لا يتوقّف على بيعها و اشتراطه (١)، انتهى.

و هو الظاهر من الشهيدين في اللّمعه و الروضه (٢) حيث اشترطا في مال العبد المشروط دخوله في بيعه استجماعه لشروط البيع.

و قد صرّح الشيخ في مسأله اشتراط مال العبد باعتبار (٣) العلم بمقدار المال (٤).

و عن الشهيد: لو اشتراه و ما له صحّ، و لم يشترط علمه و لا التفصّي من الربا إن قلنا: إنّه يملك، و إن أحلنا ملكه اشترط (٥).

قال في الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحّ، لأنّه بمنزله الاشتراط، و لا يضرّ الجهالة؛ لأنّه تابع (٦)، انتهى.

و اختاره جامع المقاصد (٧).

ثمّ «التابع» في كلام هؤلاء يحتمل أن يراد به (٨): ما يعدّ في العرف تابِعاً كالحمل مع الأمّ، و اللبن مع الشاه، و البيض مع الدجاج،

ص: ٣١٦

١-١ (١) جامع المقاصد ٤:٣٨٥.

٢-٢ (٢) اللّمعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٣:٣١٣.

٣-٣ (٣) في النسخ: «اعتبار»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه.

٤-٤ (٤) صرّح به في المبسوط ٢:١٣٧.

٥-٥ (٥) الدروس ٣:٢٢٦.

٦-٦ (٦) الدروس ٣:٢١٦-٢١٧.

٧-٧ (٧) جامع المقاصد ٤:٤٢٧.

٨-٨ (٨) كلمه «به» من «ش» و مصحّحه «ن».

و مال العبد معه، و الباغ (١) في الدار، و القصر في البستان، و نحو ذلك ممّا نسب البيع عرفاً إلى المتبوع لا إليهما معاً، و إن فرض تعلق الغرض الشخصي بكليهما في بعض الأحيان، بل بالتابع خاصّه، كما قد يتفق في حمل بعض أفراد الخيل.

و هذا هو الظاهر من كلماتهم في بعض المقامات كما تقدّم عن الدروس و جامع المقاصد من صحّ بيع الأمّ و حملها؛ لأنّ الحمل تابع.

قال في جامع المقاصد في شرح قوله المتقدّم في القواعد:

«و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إذا كان تابعاً: إنّ إطلاق العبارة يشمل ما إذا شرط حمل دابّه في بيع دابّه أخرى، إلّا أن يقال: التبعيّة إنّما تتحقّق مع الأمّ؛ لأنّه حينئذٍ بمنزله بعض أجزائها، و مثله زخرفه جدران البيت (٢)، انتهى.»

و في التمثيل نظر؛ لخروج زخرفه الجدران من محلّ الكلام في المقام، إلّا أن يريد مثال الأجزاء، لا مثال التابع، لكن هذا ينافي ما تقدّم من

ص: ٣١٧

١ - ١) في «ن»: «الباغ» بالمهملة، و أثبتتها المامقاني أيضاً كذلك، ثمّ قال ما لفظه: الظاهر أنّه أراد بالباغ ساحه الدار، و إن لم أجده مصرّحاً به في ما حضرني من كتب اللغة، و الذي وجدته في شرح القاموس هو: أنّ الباع قدر مدّ اليدين، و الباعه بالتاء ساحه الدار، فلعله رحمه الله أطلع على ما لم أطلع عليه، أو أنّه وقع التحريف من قلم الناسخ، و في بعض النسخ: «الباغ» بالغين المعجمه و هو أنسب بالغرض المسوق له الكلام، قال في المصباح: الباغ: الكرم، لفظه أعجميه استعملها الناس بالألف و اللام، انتهى (غايه الآمال: ٤٧٦).

٢ - ٢) جامع المقاصد ١١٢: ٤.

اعتبارهم العلم فى مال العبد (١) وفاقاً للشيخ قدس سره مع أنّ مال العبد تابع عرفي، كما صرح به فى المختلف فى مسأله بيع العبد و اشتراط ماله (٢).

و يحتمل أن يكون مرادهم: التابع بحسب قصد المتبايعين، و هو ما يكون المقصود بالبيع غيره و إن لم يكن تابعاً عرفياً كمن اشترى قصب الآجام و كان فيها قليل من السمك، أو اشترى سمك الآجام و كان فيها قليل من القصب، و هذا أيضاً قد يكون كذلك بحسب النوع، و قد يكون كذلك بحسب الشخص، كمن أراد السمك القليل لأجل حاجه، لكن لم يتهيأ له شراؤه إلّا فى ضمن قصب (٣) الأجمه.

و الأول هو الظاهر من مواضع من المختلف، منها: فى بيع اللبن فى الضرع مع المحلوب منه، حيث حمل روايه سماعه المتقدمه (٤) على ما إذا كان المحلوب يقارب الثمن و يصير أصلاً، و الذى فى الضرع تابعاً (٥).

و قال فى مسأله بيع ما فى بطون الأنعام مع الضميمه: و المعتمد أن نقول: إن كان الحمل تابعاً صحّ البيع، كما لو باعه الأمّ و حملها أو باعه ما يقصد مثله بمثل الثمن و ضمّ الحمل، فهذا لا بأس به، و إلّا كان باطلاً (٦).

ص: ٣١٨

١- ١) تقدّم فى الصفحه السابقه.

٢- ٢) المختلف ٥:٢١٨، و فيه: إلّا أن يقال: إنّ المال تابع.

٣- ٣) فى غير «ف»: قصبه.

٤- ٤) فى الصفحه ٣٠٩.

٥- ٥) المختلف ٥:٢٤٨.

٦- ٦) المختلف ٥:٢٥١.

و أمّا الاحتمال الثاني أعني مراعاة الغرض الشخصي للمتبايعين فلم نجد عليه شاهداً، إلا ثبوت الغرر على تقدير تعلّق الغرض الشخصي بالمجهول، وانتفاءه على تقدير تعلّقه بالمعلوم. ويمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه، كما لا يخفى.

و ربما احتمل بعض (١)، بل استظهر أنّ مرادهم بكون المعلوم مقصوداً و المجهول تابعاً: كون المقصود بالبيع ذلك المعلوم، بمعنى الإقدام منهما و لو لتصحيح البيع على أنّ المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذي هو و إن سُمّي ضميمه لكنّه المقصود في تصحيح البيع، قال: و لا - ينافيه كون المقصود بالنسبه إلى الغرض ما فيه الغرر، نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلّص من المخاصمه بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقد على شيءٍ معيّن معلوم لا نزاع فيه، و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقد عليه البيع، فلا يقدر حصوله و عدم حصوله كما أومى إليه في ضميمه الأبق، و ضميمه الثمر على الشجر، و ضميمه ما في الضروع و ما في الآجام (٢)، انتهى.

و لا - يخفى أنّه لم توجد عبارته من عبارتهم تقبل (٣) هذا الحمل، إلّا أن يريد ب«التابع» جعل المجهول شرطاً و المعلوم مشروطاً، فيريد ما تقدّم عن القواعد و التذكرة (٤)، و لا أظنّ إرادته ذلك من كلامه؛ بقريته استشهاده بأخبار الضميمه في الموارد المتفرّقه.

ص: ٣١٩

١- ١) و هو صاحب الجواهر.

٢- ٢) الجواهر ٢٢: ٤٤٥.

٣- ٣) في «ف»: تؤمى.

٤- ٤) راجع الصفحه ٣١٣-٣١٤.

و الأوفق بالقواعد أن يقال: أما الشرط و الجزء، فلا فرق بينهما من حيث لزوم الغرر بالجهالة (١).

و أمّا قصد المتبايعين بحسب الشخص، فالظاهر أنه غير مؤثر في الغرر وجوداً و عدماً؛ لأنّ الظاهر من حديث الغرر من كلماتهم: عدم مدخلية قصد المتبايعين في الموارد الشخصية، بل و كذلك قصدهما بحسب النوع على الوجه الذي ذكره في المختلف: من كون قيمه المعلوم تقارب الثمن المدفوع له و للمجهول (٢).

و أمّا التابع العرفي، فالمجهول منه و إن خرج عن الغرر عرفاً، إلّا أنّ المجهول منه جزءاً داخل ظاهراً في معقد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقّف على العلم بالمجموع. نعم، لو كان الشرط تابعاً عرفياً خرج عن بيع الغرر و عن معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوماً فيقتصر عليه.

هذا كلّه في التابع من حيث جعل المتبايعين.

و أمّا التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع و إن لم ينضمّ إليه حين العقد و لم يخطر ببال المتبايعين، فالظاهر عدم الخلاف و الإشكال في عدم اعتبار العلم به، إلّا إذا استلزم (٣) غرراً في نفس المبيع؛ إذ الكلام في مسأله الضميمة من حيث الغرر الحاصل في المجموع، لا السارى من المجهول إلى المعلوم، فافهم.

ص: ٣٢٠

١-١) في «ف»: و الجهالة.

٢-٢) راجع المختلف ٥: ٢٤٨.

٣-٣) في «ف»: إلّا أن يستلزم.

مسأله يجوز أن يُندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدارٌ يحتمل الزيادة و النقصه

على المشهور، بل لا خلاف فيه في الجملة، بل عن فخر الإسلام التصريح بدعوى الإجماع، قال فيما حكى عنه: نصّ الأصحاب على أنه يجوز الإندار للظروف بما يحتمل الزيادة و النقصه، فقد استثنى من المبيع أمرٌ مجهولٌ، و استثناء المجهول مبطل للبيع، إلا في هذه الصوره؛ فإنه لا يبطل إجماعاً (١)، انتهى.

و الظاهر أنّ إطلاق الاستثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من أوّل الأمر، بل الاستثناء الحقيقي من المبيع يرجع إلى هذا أيضاً.

ثم إنّ الأقوال في تفصيل المسأله ستّه:

الأوّل: جواز الإندار بشرطين: كون المندر متعارف الإندار عند التجار، و عدم العلم بزياده ما يندرّه. و هو للنهائيه (٢) و الوسيله (٣) و عن

ص: ٣٢١

١- ١) لم نعر عليه في الإيضاح، نعم حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٢٩٤: ٤.

٢- ٢) النهائيه: ٤٠١.

٣- ٣) الوسيله: ٢٤٤.

غيرهما (١).

الثاني: عطف النقيصه على الزيادة فى اعتبار عدم العلم بها. و هو للتحريم (٢).

الثالث: اعتبار العاده مطلقاً و لو علم الزيادة أو النقيصه، و مع عدم العاده فيما يحتملها. و هو لظاهر اللمعه و صريح الروضه (٣).

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل الزيادة و النقيصه فيجوز مطلقاً، و ما علم الزيادة (٤) فالجواز بشرط التراضى (٥).

الخامس: عطف العلم بالنقيصه على الزيادة، و هو للمحقق الثانى ناسباً له إلى كل من لم يذكر النقيصه.

السادس: إناطه الحكم بالغرر (٦).

ثم إن صورته (٧) المسأله: أن يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشره أرتال، فإذا أريد بيع المظروف فقط كما هو المفروض و قلنا

ص: ٣٢٢

١- ١) مثل نهايه الإحكام ٥٣٦:٣، و القواعد ١٢٩:١، و راجع مفتاح الكرامه ٢٩٤:٤.

٢- ٢) التحرير ١٧٩:١.

٣- ٣) راجع اللمعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٢٨٤:٣.

٤- ٤) فى «ن» و «خ»: زيادته.

٥- ٥) راجع القواعد ١٢٩:١، و الكفايه: ٩١، و نسبه فى مجمع الفائده (٨:١٩٠) إلى ظاهر الشرائع.

٦- ٦) يظهر ذلك من صاحب الجواهر، راجع الجواهر ٢٢:٤٤٩، و سيأتى نقله فى الصفحه الآتية عن كاشف الغطاء قدّس سرّه.

٧- ٧) فى «ف»: صور.

بكفايه العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً، على ما هو مفروض المسأله و معقد الإجماع المتقدم:

فتاره: يباع المظروف المذكور جملهً بكذا، و حينئذٍ فلا يحتاج إلى الإندار؛ لأنّ الثمن و المثلث معلومان بالفرض.

و أخرى: يباع على وجه التسعير بأن يقول: «بعثكّه كلّ رطلٍ بدرهم» فيجىء مسأله الإندار؛ للحاجه إلى تعيين ما يستحقّه البائع من الدراهم.

و يمكن أن تحرّر المسأله على وجه آخر، و هو: أنّه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف، و قلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً فإنّ إندار أى مقدار للظرف يجعل وزن المظروف فى حكم المعلوم، و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار، أو التراضى، أو بغير ذلك؟ فالكلام فى تعيين المقدار المندرّ لأجل إحراز شرط صحّه بيع المظروف، بعد قيام الإجماع على عدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع.

و إلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين (١)؛ حيث أناط المقدار المندرّ بما لا يحصل معه غرر، و اعترض على ما فى القواعد و مثلها: من اعتبار التراضى فى جواز إندار ما يعلم زيادته بأنّ التراضى لا يدفع غرراً و لا يصحّ عقداً. و تبعه فى ذلك بعض أتباعه (٢).

و يمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارته الفخر المتقدمه (٣) حيث

ص: ٣٢٣

١- ١) و هو كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد (مخطوط): الورقه ٩٧.

٢- ٢) الظاهر أنّ المراد صاحب الجواهر حيث جعل المناط الغرر، انظر الجواهر ٢٢: ٤٤٩.

٣- ٣) راجع الصفحه ٣٢١.

فرع استثناء المجهول من المبيع على جواز الإندار، إذ على الوجه الأول يكون استثناء (١) المجهول متفرعاً على جواز بيع المظروف بدون الظرف المجهول، لا على جواز إندار مقدار معين؛ إذ الإندار حينئذٍ لتعيين الثمن، فتأمل.

و كيف كان، فهذا الوجه مخالفٌ لظاهر كلمات الباقيين، فإنّ جماعةً منهم كما عرفت من الفاضلين (٢) وغيرهما خصّوا اعتبار التراضي بصوره العلم بالمخالفه، فلو كان الإندار لإحراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبراً مطلقاً؛ إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزنٍ مخصوصٍ بثمنٍ مخصوصٍ من دون تراضٍ.

و قد صرح المحقّق و الشهيد الثانيان في وجه اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة أو النقصه بأنّ في الإندار من دون التراضي تضييعاً لمال أحدهما (٣).

ولا يخفى أنّه لو كان اعتبار الإندار قبل العقد لتصحيحه لم يتحقّق تضييع المال؛ لأنّ الثمن وقع في العقد في مقابل المظروف، سواء فرض زائداً أو ناقصاً.

هذا، مع أنّه إذا فرض كون استقرار العاده على إندار مقدارٍ معيّنٍ

ص: ٣٢٤

١- ١) في «م»، «خ» و«ع»: الاستثناء.

٢- ٢) لم يتقدّم ذلك من المحقّق، بل من العلّامة وحده في الصفحة السابقة، و لعلّه يستفاد من قوله: «و مثلها» بعد عبارته: «على ما في القواعد»، راجع الشرائع ١٩: ٢.

٣- ٣) جامع المقاصد ١١٥: ٤، و المسالك ١٨٢: ٣.

يحتمل الزيادة و النقيصه،فالتراضى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقيناً لا- يوجب غرراً،بل يكون كاشتراط زياده مقدارٍ على المقدار المعلوم غير قاذح في صحه البيع.

مثلاً:لو كان المجموع عشره أرتال و كان المعتاد إسقاط رطل للظرف،فإذا تراضيا على أن يُندَر للظرف رطلان (1)فكأنه شرط للمشتري أن لا يحسب عليه رطلاً.و لو تراضيا على إندار نصف رطلٍ فقد اشترط المشتري جَعْلَ ثَمَنِ تسعه أرتالٍ و نصفِ ثَمناً للتسعه، فلا- معنى للاعتراض على من قال باعتبار التراضى فى إندار ما علم زيادته أو نقيصته:بأنّ التراضى لا يدفع غرراً و لا يصحّ عقداً.

و كيف كان،فالأظهر (2)هو الوجه الأول،فيكون دخول هذه المسأله فى فروع مسأله تعيين العوضين من حيث تجويز بيع المظروف بدون ظرفه المجهول كما عنون المسأله بذلك فى اللمعه (3)،بل نسبه فى الحدائق إليهم (4)لا من حيث إندار مقدارٍ معيّن للظرف المجهول وقت العقد،و التواطؤ على إيقاع العقد على الباقي بعد الإندار.

□
و ذكر المحقق الأردبيلي رحمه الله فى تفسير عنوان المسأله:أنّ المراد أنّه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً بحيث يحتمل كونه مقدار الظرف لا أزيد و لا أنقص،بل

ص: ٣٢٥

١- ١) كذا فى «ف» و مصححه «ن»،و فى سائر النسخ:رطلاً.

٢- ٢) فى «ش»:فالظاهر.

٣- ٣) اللمعه الدمشقيه:١١٤.

٤- ٤) راجع الحدائق ٤٩٣:١٨.

و إن تفاوت لا يكون إلا بشيء يسير يتساهل (١) به (٢) عادة، ثم دفع (٣) ثمن الباقي مع الظرف إلى البائع (٤)، انتهى.

فظاهره الوجه الأول الذى ذكرنا، حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف، و جعل الإندار لأجل تعيين الباقي الذى يجب عليه دفع ثمنه.

و فى الحدائق فى مقام الرد على من ألحق النقيصه بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها قال: إن الإندار حق للمشتري؛ لأنه قد اشترى مثلاً مائه من السمن فى هذه الظروف، فالواجب قيمه المائه المذكوره، و له إسقاط ما يقابل الظروف من هذا الوزن (٥)، انتهى.

و هذا الكلام و إن كان مؤيداً لما استقر بناه فى تحرير المسأله، إلا أن جعل الإندار حقاً للمشتري و التمثيل بما ذكره لا يخلو عن (٦) نظر؛ فإن المشتري لم يشتر مائه من السمن فى هذه الظروف؛ لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما فى هذه الظروف مائه من لغو، بل المبيع فى الحقيقة ما فى هذه الظروف التى هى مع المظروف مائه من، فإن باعه بثمن معين فلا حازه إلى الإندار، و لا حق للمشتري. و إن اشتراه على وجه التسعير بقوله: «كل من بكذا» فالإندار: إنما يحتاج إليه لتعيين

ص: ٣٢٦

١- ١) فى غير «ف»: «متساهل»، و صححت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٢- ٢) به «من» «ش» و مصححه «ن»، و فى المصدر و «ص»: بمثله.

٣- ٣) كذا فى النسخ، و فى المصدر: يدفع، و هو المناسب للسياق.

٤- ٤) مجمع الفوائد ١٩٠: ٨.

٥- ٥) الحدائق ١٨: ٤٩٤.

٦- ٦) فى «ف»: من.

ما يستحقّه البائع على المشتري من الثمن، فكيف يكون الواجب قيمه المائه كما ذكره المحدث؟! وقد علم ممّا ذكرنا: أنّ الإندار الذى هو عبارته عن تخمين الطرف الخارج عن المبيع بوزن إنّما هو لتعيين حقّ البائع، وليس حقّاً للمشتري.

و أمّا الأخبار: فمنها موثقه حنان قال: «سمعت معمر الزيات قال لأبى عبد الله عليه السلام: إنّنا نشترى الزيت فى زقاقه، فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق؟ فقال له: إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه» (١).

قيل (٢): و ظاهره عدم اعتبار التراضى (٣).

أقول: المفروض فى السؤال هو التراضى؛ لأنّ الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران، و المحسوب له هو المشتري.

و التحقيق: أنّ مورد السؤال صحّحه الإندار مع إبقاء الزقاق للمشتري بلا- ثمن أو بثمانٍ مغايرٍ للمظروف، أو مع ردّها إلى البائع من دون وزن لها، فإنّ السؤال عن صحّحه جميع (٤) ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه، فلا- إطلاق فيه يعمّ صورته عدم التراضى. و يؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزياده؛ فإنّ النهى (٥) عنه ليس عن (٦) ارتكابه

ص: ٣٢٧

١- (١) الوسائل ٢٧٣: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٤.

٢- (٢) لم ترد «قيل» فى «ف».

٣- (٣) قاله صاحب الجواهر فى الجواهر ٤٤٨: ٢٢.

٤- (٤) فى «ف»: بيع.

٥- (٥) فى «ن»: المنهى.

٦- (٦) كلمه «عن» من «ف» فقط، و الظاهر أنّ الصواب فى العبارة: ليس إلّا عن.

بغير تراضٍ، فافهم.

□
فحينئذٍ لا يعارضها ما دلّ على صحّته ذلك مع التراضى، مثل روايه عليّ بن أبي حمزه، قال: «سمعت معمر الزيّات يسأل أبا عبد الله عليه السلام، قال: جعلت فداك! انطرح ظروف السمن و الزيت كلّ ظرف كذا و كذا رطلاً فربما زاد و ربما نقص؟ قال: إذا كان ذلك عن تراضٍ منكم فلا بأس» (١).

فإنّ الشرط فيه مسوق لبيان كفايه التراضى فى ذلك و عدم المانع منه شرعاً، فيشبه التراضى العله التامه الغير المتوقّفه على شىء.

و نحوه اشتراط التراضى فى خبر عليّ بن جعفر المحكّي عن قرب الإسناد عن أخيه موسى عليه السلام: «عن الرجل يشتري المتاع وزناً فى الناسيه و الجوالق، فيقول: ادفع للناسيه رطلاً أو أكثر من ذلك، أو يحلّ ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسيه و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا» (٢).

ثم إنّ قوله: «إن كان يزيد و ينقص» فى الروايه الأولى، يحتمل أن يراد به: الزيادة و النقصه فى هذا المقدار المندر فى شخص المعامله، بمعنى زياده مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه. أو بمعنى: أنّه يزيد فى بعض الزقاق، و ينقص (٣) فى بعض آخر.

ص: ٣٢٨

١- (١) الوسائل ٢٧٢: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأوّل.

٢- (٢) قرب الإسناد: ٢٦١، الحديث ١٠٣٥، و الوسائل ٢٧٣: ١٢، الباب ٢٠ من أبواب عقد البيع، الحديث ٣.

٣- (٣) فى غير «ش»: النقيصه.

و أن يراد به: الزيادة و النقيصه في نوع المقدار المُندَر في نوع هذه المعامله بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة و في بعض أُخرى النقيصه. و هذا هو الذي فهمه في النهايه (١) حيث اعتبر أن يكون ما ينذر للظروف ممّا يزيد تاره و ينقص اخرى، و نحوه في الوسيله (٢).

و يشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير «يزيد» و «ينقص» إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق، و للثاني عطف النقيصه على الزيادة بالواو الظاهر في اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما، و للثالث ما ورد في بعض الروايات: «من أنه ربما يشتري الطعام من أهل السفينه ثم يكيه فيزيد؟ قال عليه السلام: و ربما نقص؟ قلت: و ربما نقص.

قال: فإذا نقص ردّوا عليكم؟ قلت: لا. قال: لا بأس» (٣).

فيكون معنى الروايه (٤): أنه إذا كان الذي يحسب لكم (٥) زائداً مرّه و ناقصاً اخرى، فلا بأس بما يحسب و إن بلغ ما بلغ، و إن زاد دائماً، فلا يجوز إلّا بهبه أو إبراء من الثمن أو مع التراضى، بناءً على عدم توقّف الشقّ الأول عليه، و وقوع المحاسبه من السمسار بمقتضى العاده من غير اطلاع صاحب الزيت.

و كيف كان، فالذي يقوى في النظر، هو المشهور بين المتأخرين

ص: ٣٢٩

١-١) النهايه: ٤٠١.

٢-٢) الوسيله: ٢٤٦.

٣-٣) الوسائل ٤٠٣: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٤-٤) يعنى بها موثقه حنان المتقدمه في الصفحه ٣٢٧.

٥-٥) في «ص»: عليكم.

من جواز إنذار ما يحتمل الزيادة و النقيصه؛ لأصله عدم زياده المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد ممّا يعطيه المشتري من الثمن. لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حقّ أحدهما عند انكشاف الحال.

و أمّا مع العلم بالزيادة أو النقيصه، فإن كان هنا عادةً تقتضيه، كان العقد واقعاً عليها مع علم المتبايعين بها. و لعله مراد من لم يقيد بالعلم.

و مع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلّا مع التراضي لسقوط حقّ من له الحقّ، سواء تواطئا على ذلك في متن العقد، بأن قال: «بعتك ما في هذه الظروف كلّ رطلٍ بدرهمٍ على أن يسقط لكلّ ظرفٍ كذا» فهو هبةٌ له (١)، أو تراضيا عليه بعده بإسقاطٍ من الذمّة أو هبةً للعين.

هذا كلّ مع قطع النظر عن النصوص، و أمّا مع ملاحظتها فالمعول عليه روايه حنّان المتقدمه (٢) الظاهره في اعتبار الاعتياد، من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاصّ متعارفاً، و اعتبار عدم العلم بزياده المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كلّ مظروفٍ بحسب حاله. و كأنّ الشيخ رحمه الله في النهايه فهم ذلك من الروايه فعبر بمضمونها كما هو دأبه في ذلك الكتاب (٣).

ص: ٣٣٠

١-١) العبارة في غير «ف» و «ش» هكذا: «فهو بمنزله قولك: على أن تزيدني على كلّ عشره رطلاً»، و صحّحت في «ن» بما أثبتناه، قال المامقاني قدس سرّه بعد إثبات ما أثبتناه: «هكذا صحّح المصنّف رحمه الله هذه العبارة بخطّه» غايه الآمال: ٤٧٧.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ٣٢٧.

٣-٣) راجع النهايه: ٤٠١.

و حيث إنّ ظاهر الروايه جواز الإندار واقعاً، بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة و النقيصه، عملنا (١) بها كذلك، فيكون مرجع النهى عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهى عن الشراء بالموازين الزائده عمّا يتسامح به، فإنّ ذلك يحتاج إلى هبه جديده، و لا يكفى إقباضها من حيث كونها حقاً للمشتري.

هذا كلّه مع تعارف إندار ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة. و أمّا مع عدم (٢) القيد، فمع الشكّ فى الزيادة و النقيصه و عدم العاده يجوز الإندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين. و معها (٣) يجوز بناءً على انصراف العقد إليها (٤). لكن فيه تأمّل لو لم يبلغ حدّاً يكون كالشرط فى ضمن العقد؛ لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق حتّى ينصرف بكون العاده صارفَةً له (٥).

ثمّ الظاهر: أنّ الحكم المذكور غير مختصّ بظروف السمن و الزيت، بل يعمّ كلّ ظرفٍ، كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدّم عن فخر الدين رحمه الله (٦) و عبارته النهايه و الوسيله (٧) و الفاضلين و الشهيدين و المحقّق

ص: ٣٣١

١-١) فى «ش»: علمنا.

٢-٢) كتب فى «ش» فوق «عدم»: أحد ظ.

٣-٣) كذا فى «ش» و «خ»، و فى غيرهما: معهما، و صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٤-٤) فى غير «ش»: إليهما، و صحّحت فى «ن» و «ص» بما أثبتناه.

٥-٥) كذا فى «ف» و «ش»، و فى سائر النسخ بدل «له»: إليه.

٦-٦) راجع الصفحه ٣٢١.

٧-٧) من هنا إلّى قوله: «و المحقّق الثانى رحمهم الله» لم ترد فى «ف».

الثانى رحمهم الله (١). و يؤيده الروايه المتقدمه عن قرب الإسناد (٢).

لكن لا يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشيء فيه و عدم تفريره منه كقوارير الجلاب و العطريات، لا مطلق اللغوى أعنى: الوعاء. و يحتمل العموم، و هو ضعيف.

نعم، يقوى تعديه الحكم إلى كلِّ مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع فى الحلّى المصوغه (٣) من الذهب و الفضة؛ و كذا للمظروف (٤) الذى يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعاً له كقليل من الدبس فى الزقاق (٥). و أمّا تعديه الحكم إلى كلِّ ما ضمّ إلى المبيع ممّا لا يراد بيعه معه فممّا لا ينبغى احتمالاه.

ص: ٣٣٢

-
- ١-١) راجع النهايه: ٤٠١، و الوسيله: ٢٤٦، و القواعد ١: ١٢٩، و التحرير ١: ١٧٩، و اللمعه و شرحها (الروضه البهيّه) ٣: ٢٨٤، و المسالك ٣: ١٨٢، و جامع المقاصد ٤: ١١٥.
- ٢-٢) تقدمت فى الصفحه ٣٢٨.
- ٣-٣) فى «م»، «ش» و «ص»: المصنوعه.
- ٤-٤) كذا فى «ش»، و فى «ن» و محتمل «ف»: «المظروف»، و فى سائر النسخ: الظروف.
- ٥-٥) فى «ف» و نسخه بدل «خ» زياده: للمحافظه.

مسأله يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وإن لم يعلم إلا بوزن المجموع،

على المشهور، بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصه إلا ما أرسله في الروضه (١)، ونسب في التذكرة إلى بعض العامة (٢)، استناداً إلى أن وزن ما يباع وزناً غير معلوم، والظرف لا يباع وزناً، بل لو كان موزوناً لم ينفع مع جهاله وزن كل واحد واختلاف قيمتهما، فالغرر الحاصل في بيع (٣) الجزاف حاصل هنا.

والذي يقتضيه النظر: أما فيما نحن فيه مما جُوز شرعاً بيعه منفرداً عن الظرف مع جهاله وزنه فالقطع بالجواز منضمّاً؛ إذ لم يحصل بالانضمام (٤) مانع، ولا ارتفع شرط.

و أما في غيره من أحد المنضمين اللذين (٥) لا يكفي في بيعه منفرداً

ص: ٣٣٣

١- (١) الروضه البهيه ٢٨٤:٣.

٢- (٢) التذكرة ٤٧١:١.

٣- (٣) في «ع»: البيع.

٤- (٤) في غير «ف»: من الانضمام.

٥- (٥) كذا في النسخ، وفي مصححه «ن» ونسخه بدل «خ» و«ع»: الذي.

معرفة وزن المجموع، فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصي، كما لو باع سبيكة من ذهبٍ مردّدٍ بين مائه مثقالٍ و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنهما (١) ألفي مثقال، فإن الإقدام على هذا البيع (٢) إقدامٌ على ما فيه خطرٌ يستحقّ لأجله اللوم من العقلاء.

وأما مع انتفاء الغرر الشخصي و انحصار المانع في النصّ الدالّ على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن (٣) و الإجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع مجهول (٤) المقدار في المكيل و الموزون، فالقطع بالجواز؛ لأنّ النصّ و الإجماع إنّما دلّ (٥) على لزوم اعتبار المبيع، لا كلّ جزءٍ منه.

و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفرداً مع معرفه وزن المجموع دون الآخر، كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشّى بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك، فإن فرضنا الشمع تابعاً لا يضرّ جهالته، و إلّا فلا.

ثم إنّ بيع المظروف مع الظرف يتصوّر على صور:

إحداها: أن يبيعه مع ظرفه (٦) بعشره مثلاً، فيقسط الثمن على

ص: ٣٣٤

١- ١) كذا في «ف» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: وزنها.

٢- ٢) في غير «ف»، «ن» و «ش»: المبيع.

٣- ٣) راجع الوسائل ٢٥٤: ١٢، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و غيره من الأبواب.

٤- ٤) في «ص»: المجهول.

٥- ٥) في غير «ص»: دلّ.

٦- ٦) كذا في «خ» و «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: أن يبيعه و ما في ظرفه.

قيمتى كل من المظروف و الظرف لو احتيج إلى التقسيط، فإذا قيل:

قيمه الظرف درهم و قيمه المظروف تسعة، كان للظرف عشر الثمن.

الثانية: أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا، فيحتاج إلى إندار مقدار للظرف، و يكون قيمه الظرف ما بقى بعد ذلك. و هذا في معنى بيع كل منهما منفرداً.

الثالثة: أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف و المظروف. و طريقه التقسيط لو احتيج إليه كما في المسالك-: أن يوزن الظرف منفرداً و ينسب إلى الجملة و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة (١)، و تبعه على هذا غير واحد (٢). و مقتضاه: أنه لو كان الظرف رطلين و المجموع عشرة أخذ له خمس الثمن.

و الوجه في ذلك: ملا-حظه الظرف و المظروف شيئاً واحداً، حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسراً مشاعاً من المجموع لساوى ثمنه ثمن (٣) المظروف. فالمبيع كل رطل من هذا المجموع، لا من المركب من الظرف و المظروف، لأنه إذا باع كل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلاً وزع الدرهم على الرطل و المظروف (٤) بحسب قيمه مثلهما. فإذا كان

ص: ٣٣٥

١-١) المسالك ٢٨١:٣.

٢-٢) مثل السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٧٥٤:٤، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣٤:٢٣-٢٣٥.

٣-٣) فى غير «ف» بدل «ثمن»: من.

٤-٤) كذا فى «ف» و «ش»، و فى غيرهما: «الرطل المظروف»، و صححت فى «ن» ب: الظرف و المظروف.

قيمه خمس الرطل المذكور الذى هو وزن الظرف الموجود فيه مساوياً لقيمه أربعة الأخماس التى هى مقدار المظروف الموجود، فكيف يقسّم الثمن عليه أخماساً؟

ص: ٣٣٦

مسألة المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ «ينبغي»

مسألة المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ «ينبغي» (١):-

استحباب التفقه في مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات،

ليعرف صحيح العقد من (٢) فاسده و يسلم من الربا.

و عن إيضاح النافع: أنه قد يجب (٣). و هو ظاهر عبارته الحدائق أيضاً (٤). و كلام المفيد رحمه الله في المقنعه أيضاً لا- يأبى
الوجوب؛ لأنه بعد ذكر قوله تعالى: لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٥)، و قوله تعالى: أَنْفِقُوا مِنْ
طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ (٦) قال: فندب إلى الإنفاق

ص: ٣٣٧

١-١) انظر النهاية: ٣٧١.

٢-٢) في «ف»: عن.

٣-٣) لا يوجد لدينا إيضاح النافع، نعم حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٣٢: ٤.

٤-٤) راجع الحدائق ١٨: ١٩ و ٢٣.

٥-٥) النساء: ٢٩.

٦-٦) البقره: ٢٦٧.

من طيب الاكتساب، ونهى عن طلب الخبيث للمعيشة والإنفاق، فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب والحرام لم يكن محتنباً للخبيث من الأعمال، ولا كان على ثقة في تفقهه (١) من طيب الاكتساب، وقال تعالى أيضاً ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا (٢)، فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله وحرم من المتاجر والاكتساب. وجاءت الرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم» (٣).

ثم قال: قال الصادق عليه السلام: «من أراد التجاره فليتفقه في دينه؛ ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه، ومن لم يتفقه في دينه ثم أتجر تورط في الشبهات» (٤)، انتهى (٥).

أقول: ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب، إلا أن تعبيره بلفظ «ينبغي» ربما يدعى ظهوره في الاستحباب، إلا أن الإنصاف (٦) أن ظهوره ليس بحيث يعارض (٧) ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمه، فإن معرفه الحلال والحرام واجبه على كل أحد بالنظر إلى ما يتلى به (٨) من

ص: ٣٣٨

١- ١) في «ن» و«ص»: «نفقه»، و«الصواب»: «نفقته»، كما في نسخه من المصدر.

٢- ٢) البقره: ٢٧٥.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٢٨٣، الباب الأول من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٢٨٣، الباب الأول من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.

٥- ٥) المقنعه: ٥٩٠-٥٩١.

٦- ٦) لم ترد «أن الإنصاف» في «ف».

٧- ٧) في غير «ف» و«ش»: «يتعارض»، و«صحت في «ن» بما أثبتناه.

٨- ٨) في «ف»: «يبتنى عليه»، و«م» و«ع»: «يبتنى به».

الأمر. و ليس معرفه جميعها ممّا يتعلّق بالإنسان وجوبها فوراً دفعه، بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعلٍ يريد أن يفعله، أو عند إرادته الإقدام على أفعالٍ يعلم بوجود الحرام بينها، فإنّه معاقبٌ على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلّم و إن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه، فإنّ التفاته السابق و علمه بعدم خلوّ ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كافٍ في حسن العقاب، وإلّا لم يعاقب أكثر الجهّال على أكثر المحرّمات؛ لأنّهم يفعلونها و هم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب.

و لذا أجمعنا على أنّ الكفّار يعاقبون على الفروع. و قد ورد ذمّ الغافل المقصّر في معصيته، في غير واحدٍ من الأخبار (١).

□
ثمّ لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرّم الواقعي الذي يفعله من غير شعورٍ (٢) كما هو ظاهر جماعه تبعاً للأردبيلي رحمه الله - من عدم العقاب على الحرام المجهول حرّمته عن تقصيرٍ؛ لقبح خطاب الغافل، فيقبح عقابه. لكن (٣) تحصيل العلم و إزاله الجهل واجبٌ على هذا القول، كما اعترفوا به.

و الحاصل: أنّ التزام عدم عقاب الجاهل المقصّر لا (٤) على فعل الحرام، و لا - على ترك التعلّم إلّا إذا كان حين الفعل ملتفتاً إلى احتمال

ص: ٣٣٩

١- ١) راجع الكافي ١: ٤٠، باب سؤال العالم، الحديث ١ و ٢، والبحار ١: ١٧٧-١٧٨، الحديث ٥٨.

٢- ٢) في غير «ش»: «من شعور»، إلّا أنّها صحّحت في بعض النسخ بما في المتن.

٣- ٣) في النسخ زياده: «وجوب»، لكن شطب عليها في «ن».

٤- ٤) كلمه «لا» من «ش» و نسخه بدل «خ».

تحريمه لا يوجد له وجه، بعد ثبوت أدلته التحريم، ووجوب طلب العلم على كل مسلم، و عدم تقبيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام في أفراد البيع التي يزاولها تدريجاً على ارتكاب الحرام في هذا (١) الأثناء و إن لم يلتفت حين إرادته ذلك الحرام.

ثم إنَّ المقام يزيد على غيره بأنَّ الأصل في المعاملات الفساد، فالمكلف إذا أراد التجاره و بنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس (٢) على وجه العوضيه يحرم عليه ظاهراً الإقدام على كل تصرفٍ منها بمقتضى أصاله عدم انتقاله إليه إلّا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعامله، و يمكن أن يكون في قوله عليه السلام: «التاجر فاجر، و الفاجر في النار إلّا من أخذ الحقّ و أعطى الحقّ» (٣) إشارة إلى هذا المعنى، بناءً على أنّ الخارج من العموم ليس إلّا من علم بإعطاء الحقّ و أخذ الحقّ.

فوجوب معرفه المعامله الصحيحه في هذا المقام (٤) شرعيّ، لنهى الشارع عن التصرف في مالٍ لم يعلم انتقاله إليه، بناءً على أصاله عدم انتقاله إليه. و في غير هذا المقام عقليّ مقدّمٌ لثلاً يقع في الحرام.

و كيف كان، فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محلّ نظر، بل الأولى وجوبه عليه عقلاً و شرعاً، و إن كان وجوب معرفه باقى المحرّمات من باب العقل فقط.

ص: ٣٤٠

١- ١) في «ص»: هذه.

٢- ٢) لم يرد «الناس» في غير «ف» و «ش» و نسخه بدل «خ».

٣- ٣) الوسائل ٢٨٢: ١٢، الباب الأوّل من أبواب آداب التجاره، الحديث الأوّل، و الصفحه ٢٨٥، الباب ٢ من الأبواب، الحديث ٥.

٤- ٤) أى: مقام إرادته التصرف في مالٍ كان سابقاً للغير.

و يمكن توجيه كلامهم بإرادته التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة و المعاملات الفاسده كذلك، و يطلع على موارد الشبهه و المعاملات الغير الواضحه الصحه فيجتنب عنها في العمل، فإنّ القدر الواجب هو معرفه المسائل العامه البلوى، لا الفروع الفقهيّه المذكوره في المعاملات.

و يشهد للغايه الأولى قوله عليه السلام في مقام تعليل وجوب التفقه:

«إنّ الربا أخفى من ديب النمله على الصفا» (١)، و للغايه الثانيه قول الصادق عليه السلام في الروايه المتقدمه: «من لم يتفقه ثمّ اتّجر تورّط في الشبهات» (٢)، لكن ظاهر صدره الوجوب، فلاحظ.

و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد (٣). و لا يخلو عن وجه في مقام التوجيه.

ثمّ إنّ التفقه في مسائل التجاره لما كان مطلوباً للتخلص عن المعاملات الفاسده التي أهمّها الربا الجامعه بين أكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقه الكذائيه لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد، بل يكفي فيه التقليد الصحيح، فلا- تعارض بين أدلّه التفقه هنا، و أدلّه تحصيل المعاش.

نعم، ربما أورد (٤) في هذا المقام و إن كان خارجاً عنه التعارض

ص: ٣٤١

١-١) الوسائل ١٢:٢٨٢، الباب الأوّل من أبواب آداب التجاره، الحديث الأوّل.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ٣٣٨.

٣-٣) لم نعر على حكايه هذا التوجيه بعينه في كلام الفقهاء، نعم يظهر ممّا قاله المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:١١٦ و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٢:٤٥١، و راجع مفتاح الكرامه ٤:١٣٢، و فيه: بل قد يجب كما في إيضاح النافع.

٤-٤) أورده صاحب الحدائق في الحدائق ٩:١٨ و ١٥ و غيره.

بين أدله طلب مطلق العلم، الشامل لمعرفة مسائل العبادات و أنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد، و بين أدله طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه، و ترك إلقاء كفه على الناس الموجب لاستحقاق اللعن، فإن الأخبار من الطرفين كثيره.

□

يكفى في طلب الاكتساب ما ورد: من أنه «أوحى الله تعالى إلى داود على نبينا و آله و عليه السلام: يا داود إنك نعم العبد لولا أنك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئاً. فبكى عليه السلام أربعين صباحاً ثم ألان الله تعالى له الحديد، و كان يعمل كل يوم درعاً و يبيعه بألف درهم، فعمل ثلاثمائة و ستين درعاً فباعها و استغنى عن بيت المال... الحديث» (١).

و ما أرسله في الفقيه عن الصادق عليه السلام: «ليس منّا من ترك دنياه لآخرته، أو آخرته لدنياه» (٢)، و أن «العبادة سبعون جزءاً أفضلها طلب الحلال» (٣).

و أما الأخبار في طلب العلم و فضله فهي أكثر من أن تذكر، و أوضح من أن تحتاج إلى الذكر.

و ذكر في الحدائق: أن الجمع بينهما بأحد وجهين:

أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا-: تخصيص أخبار و جوب طلب الرزق بأخبار و جوب طلب العلم، و يقال بوجوب ذلك على

ص: ٣٤٢

١- (١) الوسائل ١٢: ٢٢، الباب ٩ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٣.

٢- (٢) الفقيه ٣: ١٥٦، الحديث ٣٥٦٨، و الوسائل ١٢: ٤٩، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث الأول.

٣- (٣) الوسائل ١٢: ١١، الباب ٤ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٦.

غير طالب العلم المشتغل بتحصيله (١) واستفادته و تعليمه و إفادته. قال:

□
و بهذا الوجه صرّح الشهيد الثاني رحمه الله في رسالته المسّماه ب«منيه المرید في آداب المفید و المستفید» حيث قال في جملة شرائط العلم:

□
و أن يتوكّل على الله و يفوض أمره إليه، و لا يعتمد على الأسباب فيوكل إليها (٢) و تكون (٣) وبالاً عليه، و لا على أحدٍ من خلق الله تعالى، بل يلقى مقاليد أمره إلى الله تعالى، يظهر له من نفحات قدسه و لحظات أنسه ما به يحصل مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد في الحديث عن النبي صلّى الله عليه و آله أن الله تعالى قد تكفّل لطالب العلم برزقه عمّا ضمنه لغيره «بمعنى: أن غيره يحتاج إلى السعى على الرزق حتّى يحصل له، و طالب العلم لا يكفّف بذلك بل بالطلب، و كفاه مؤثونه الرزق إن أحسن التّيه، و أخلص القربه. و عندي في ذلك من الوقائع ما لو جمعته [بلغ (٤)] ما لا يعلمه إلّا الله من حسن صنع الله تعالى [و جميل معونته منذ (٥)] ما اشتغلت بالعلم، و هو مبادئ عشر الثلاثين و تسعمائه إلى يومنا هذا، و هو منتصف شهر رمضان سنه ثلاث و خمسين و تسعمائه.

و بالجملة، ليس الخبر كالعيان. و روى شيخنا المقدّم محمّد بن يعقوب الكليني قدّس سرّه بإسناده إلى الحسين بن علوان، قال: كنّا في مجلسٍ نطلب

ص: ٣٤٣

١- ١) في «ف»: «المستقلّ بتحصيله»، و في سائر النسخ: «المستقلّ تحصيله»، و ما أثبتناه من المصدر و مصحّحه «ن».

٢- ٢) في النسخ: فيتوكّل عليها، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٣- ٣) كذا في «ن» و المصدر، و في سائر النسخ: «و يكون»، و في بعضها: فيكون.

٤- ٤) من المصدر.

٥- ٥) من المصدر.

فيه العلم، وقد نفذت نفقتي في بعض الأسفار، فقال لي بعض أصحابي:

□

من تؤمِّل لِمَا قد نزل بك؟ فقلت: فلاناً، فقال: إذاً والله لا تسعف بحاجتك ولا تبلغ أملاك ولا تنجح طلبتك! قلت: وما علمك رحمك الله؟ قال: إنَّ أبا عبد الله عليه السلام حدَّثني: أنَّه قرأ في بعض كتبه: «إنَّ الله تبارك وتعالى يقول: وعزَّتِي وجلالِي ومجدي وارتفاعي (١) على عرشِي لأقطعنَّ أمل كلِّ مؤمِّل غيري باليأس، ولأكسوَنَّهُ ثوب المذلَّة عند الناس، ولأنحيتَّهُ من قربي، ولأبعِدَنَّهُ من وصالِي، أئؤمِّل غيري في الشدائد والشدائد بيدي؟ أو يرجو غيري ويقرع باب غيري وبيدي مفاتيح الأبواب وهي مغلقه، وبابى مفتوح لمن دعاني، فمن ذا الذي أملني لنوائبه فقطعته دونها؟ ومن ذا الذي رجاني لعظيمه فقطعت رجاءه مني؟ جعلت آمال عبادي عندى محفوظة، فلم يرضوا بحفظي، وملاَّت سماواتي ممَّن لا يملُّ من تسيحي، وأمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بيني وبين عبادي، فلم يثقوا بقولي. أ لم يعلم من طرقتَه نائبه من نوائبي أنَّه لا يملك كشفها أحد غيري إلَّا من بعد إذني، فما لي أراه لاهياً عنِّي؟ أعطيته بجدوى ما لم يسألني، ثم انتزعتَه عنه (٢) فلم يسألني ردهً وسأل غيري، أ فتراني أبدأ بالعطايا قبل المسأله ثم أسأل فلا أجيب سائلِي؟ أ بخيل أنا فيبخلني عبدِي؟ أ وليس الجود والكرم لي؟ أ وليس العفو والرحمه بيدي؟ أ و ليس أنا محلَّ الآمال، فمن يقطعها دوني؟

ص: ٣٤٤

١- ١) كذا في «ص» والحدايق و منه المريد والكافي، وفي النسخ: «و ارتفاع مكاني».

٢- ٢) في غير «ف»: منه.

أ فلا يخشى (١) المؤمنون أن يؤمّلوا غيري؟ فلو أنّ أهل سماواتي و أهل أرضي أمّلوا جميعاً ثمّ أعطيت كلّ واحد منهم مثل ما أميل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرّه، و كيف ينقص مُلككُ أنا قيمه؟ فيا بؤساً للقانطين من رحمتي! و يا بؤساً لمن عصاني و لم يراقبني! انتهى الحديث الشريف، و انتهى كلام شيخنا الشهيد رحمه الله (٢).

قال في الحقائق: و يدلّ على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عمّن حدّثه، قال: سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «أيّها الناس، إنّ كمال الدين طلب العلم و العمل به، ألا- و إنّ طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال، إنّ المال مقسوم مضمون لكم قد قسّمه عادل بينكم و ضمنه لكم، و سيّفى لكم، و العلم مخزون عند أهله، و قد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه... الخبر» (٣).

قال: و يؤكّده ما رواه في الكافي بسنده عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: «يقول الله عزّ و جلّ: و عزّتي و جلالتي و كبريائي و نوري، و عظمتي و علوّي و ارتفاع مكاني (٤) لا يؤثر عبد هواي على هواه إلّا استحفظته ملائكتي، و كفلت السماوات و الأرضين

ص: ٣٤٥

١- ١) كذا في «ف» و «خ» و نسخه بدل بعض النسخ، و في سائر النسخ: أ فلا يستحي.

٢- ٢) منيه المرید: ٦٢-٦٣، و راجع الكافي ٢: ٦٦، الحديث ٧.

٣- ٣) الكافي ١: ٣٠، الحديث ٤.

٤- ٤) في الحقائق و الكافي بعد القسم: لا يؤثر عبد هواه على هواي إلّا شتّت عليه أمره، و لبست عليه دنياه و شغلت قلبه بها، و لم اوتّه منها إلّا ما قدرّت له، و عزّتي و جلالتي و عظمتي و نوري و علوّي و ارتفاع مكاني... إلخ.

رزقه، و كنت له من وراء تجاره كلّ تاجر، فتأتيه الدنيا و هي راغمه (١)(٢).

انتهى كلامه (٣).

و أنت خبير بأنّ ما ذكره من كلام الشهيد رحمه الله و ما ذكره من الحديث القدسي لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافي بين أدلّه الطرفين؛ لأنّ ما ذكر (٤) من التوكّل على الله و عدم ربط القلب بغيره (٥) لا ينافي الاشتغال بالاكْتِسَاب؛ و لذا كان أمير المؤمنين صلوات الله عليه و على أخيه و زوجته و ولديه و ذريته جامعاً بين أعلى مراتب التوكّل و أشدّ مشاقّ الاكْتِسَاب، و هو الاستقاء لحائط اليهودي (٦)، و ليس الشهيد أيضاً في مقام أنّ طلب العلم أفضل من التكتّسب و إن كان أفضل، بل في مقام أنّ طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعاً عن الأسباب الظاهره الموجوده غالباً لطلّاب العلوم من الوظائف المستمرّه

ص: ٣٤٦

١-١) كذا في المصدر، و لكن في النسخ: «زاعمه»، و قال المامقاني بعد أن أثبتها بالزاي و العين المهمله: -في نسخه من الحدائق و في الوسائل المصحّحه على خطّ المؤلف «راغمه» بالراء المهمله و العين المعجمه، و معنى الكلمه حينئذٍ: «ذليله منقاده» (غايه الآمال: ٤٧٨).

٢-٢) في النسخ زياده: «الحديث»، و الظاهر أنّه لا وجه لها، لأنّ الحديث مذکور بتمامه، راجع الكافي ٣٣٥: ٢، الحديث ٢.

٣-٣) الحدائق ٩: ١٨-١٢.

٤-٤) في «ص»: ما ذكره.

٥-٥) في غير «ص» و مصحّحه «ن»: لغيره.

٦-٦) كما نقله ابن أبي الحديد في مقدّمه شرحه لنهج البلاغه ٢٢: ١، و عنه البحار ١٤٤: ٤١.

من السلاطين، و الحاصله من الموقوفات للمدارس و أهل العلم، و الموجوده الحاصله غالباً للعلماء و المشتغلين من معاشره السلطان و أتباعه و المروده مع التجار و الأغنياء و العلماء الذين لا ينتفع منهم إلّا بما فى أيديهم من وجوه الزكوات و ردّ المظالم و الأخماس و شبه ذلك، كما كان ذلك (١) متعارفاً فى ذلك الزمان، بل فى كلّ زمان، فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سبباً للمعيشه من الجهات التى ذكرناها.

و بالجمله، فلا- شهاده فيما ذكر من كلام الشهيد رحمه الله من أوله إلى آخره و ما أضاف إليه من الروايات فى الجمع المذكور، أعنى: تخصيص أدلّه طلب الحلال بغير طالب العلم.

ثمّ إنّه لا إشكال فى أنّ كلّاً من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم إلى الأحكام الأربعة أو الخمسه.

و لا- ريب أنّ المستحبّ من أحدهما لا يزاحم الواجب، و لا الواجب الكفائى الواجب العينى. و لا إشكال أيضاً فى أنّ الأهمّ من الواجبين العينيين (٢) مقدّم على غيره؛ و كذا الحكم فى الواجبين الكفائيين مع ظنّ قيام الغير به. و قد يكون كسب الكاسب مقدّمه لاشتغال غيره بالعلم، فيجب أو يستحبّ مقدّمه.

بقى الكلام فى المستحبّ من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما، و لا- ريب فى تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المرتبه على الأمرين.

ص: ٣٤٧

١- ١) لم ترد «ذلك» فى غير «ف».

٢- ٢) فى غير «ف»: المعينين.

فربّ من لا يحصل له باشتغاله بالعلم إلّا شيء قليل لا يترتّب عليه كثير فائده، و يترتّب على اشتغاله بالتجاره فوائد كثيره، منها:

تكفّل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصله أو الصدقه الواجبه و المستحبّه، فيحصل بذلك ثواب الصدقه و ثواب الإعانه الواجبه أو المستحبّه على تحصيل العلم.

و ربّ من يحصّل بالاشتغال مرتبهً عاليهً من العلم يُحیی بها فنون علم الدين، فلا يحصل له من كسبه إلّا قليل من الرزق؛ فإنّه لا إشكال فى أنّ اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح. و ما ذكر من حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام (١) فإنّما هو لعدم مزاحمه اشتغاله بالكسب لشيء من وظائف النبوه و الرياسه العلميه.

و بالجملة، فطلب كلّ من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحبّ منهما من حيث النفع العائد إلى نفس الطالب كان طلب العلم أرجح، و إذا لوحظ من جهه النفع الواصل إلى الغير كان اللازم ملاحظه مقدار النفع الواصل.

فثبت من ذلك كلّ: أنّ تراحم هذين المستحبين كتراحم سائر المستحبات المتنافيه، كالاشتغال بالاكْتساب أو طلب العلم الغير الواجبين مع المسير إلى الحجّ (٢) أو إلى مشاهد الأئمه عليهم السلام، أو مع السعى فى قضاء حوائج الإخوان الذى لا يجمع طلب العلم أو المال الحلال، إلى غير ذلك، ممّا لا يحصى.

ص: ٣٤٨

١-١) ذكره فى الصفحه ٣٤٢.

٢-٢) فى «ش» كتب فوق «الحجّ»: المستحبّ.

لا- خلاف في مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية، و اختلفوا في حرمة و كراهته، فعن التقى (1) و القاضي (2) و الحلبي (3) و العلامة في المنتهى (4): الحرمة، و هو المحكى عن ظاهر الدروس (5) و حواشى المحقق الثانى (6).

ص: ٣٤٩

١- ١) حكاة عنه في المختلف ٥:٤٢ و لكن لم نعثر في الكافي إلا على هذه العبارة: «و يكره تلقى الركبان»، انظر الكافي في الفقه: ٣٦٠.

٢- ٢) حكاة عنه أيضاً العلامة في المختلف، و لكن لم نعثر عليه في ما بأيدينا من كتبه قدس سره.
٣- ٣) السرائر ٢:٢٣٧.

٤- ٤) المنتهى ٢:١٠٥.

٥- ٥) حكاة السيد الطباطبائي في الرياض (الطبعة الحجرية) ٥:٢١١، و انظر الدروس ٣:١٧٩، و لكن كلامه صريح في الحرمة كما قاله السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤:١٠٢.

٦- ٦) حكاة السيد العاملى في مفتاح الكرامه ٤:١٠٢ عن حواشيه الثلاثة.

و عن الشيخ و ابن زهره: لا يجوز (١). و أوَّلَ في المختلف عبارته الشيخ بالكراهه (٢).

و هي أى الكراهه (٣) مذهب الأكثر، بل عن إيضاح النافع:

أنَّ الشيخ ادَّعى الإجماع على عدم التحريم (٤). و عن نهايه الإحكام:

تلقى الركبان مكروه عند أكثر علمائنا، و ليس حراماً إجماعاً (٥).

و مستند التحريم ظواهر الأخبار:

منها: ما عن منهال القصاب، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام:

لا تلق (٦)، فإنَّ رسول الله صَلَّى الله عليه و آله نهى عن التلقى. قلت: و ما حدَّ 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» (٧).

ص: ٣٥٠

١ - ١) حكاها عن الشيخ العلامه فى المختلف ٤٣:٥، و السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٠٢:٤، و أمياً عن ابن زهره فلم نعثر على الحكايه عنه بلفظ «لا يجوز»، بل حكى السيد العاملى عنه فى مفتاح الكرامه ١٠١:٤ بلفظ «نهى». راجع المبسوط ١٦٠:٢، و الخلاف ١٧٢:٣، كتاب البيوع، المسأله ٢٨٢، و الغنيه: ٢١٦، و فيه: «و نهى عن تلقى الركبان» كما حكاها السيد العاملى عنه.

٢ - ٢) المختلف ٤٣:٥.

٣ - ٣) لم ترد «أى الكراهه» فى «ف».

٤ - ٤) لا يوجد الإيضاح عندنا، و حكاها عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٠١:٤.

٥ - ٥) نهايه الإحكام ٥١٧:٢.

٦ - ٦) لم ترد «لا تلق» فى النسخ، و استدركت فى «ش» و «ص» من المصدر.

٧ - ٧) الوسائل ٣٢٦:١٢، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأوّل.

و فى خبر عروه: «لا يتلقى (١) أحدكم تجارةً خارجاً من المصر، و لا يبيع (٢) حاضرٌ لبادٍ، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» (٣).

و فى روايه أُخرى: «لا تلقُ و لا تشتري ما يتلقى و لا تأكل منه» (٤).

و ظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعامله، فيكون أكلاً بالباطل، و لم يقل به إلّا الإسكافى (٥).

و عن ظاهر المنتهى: الاتفاق على خلافه (٦)، فتكون الروايه مع ضعفها مخالفه لعمل الأصحاب، فتقصر عن إفاده الحرمة و الفساد.

نعم لا بأس بحملها على الكراهه لو وجد القول بكراهه الأكل ممّا يُشترى من المتلقى، و لا بأس به حسماً لمادّه التلقى.

و ممّا ذكرنا يعلم: أنّ النهى فى سائر الأخبار أيضاً محمولٌ على الكراهه، الموافق (٧) للأصل مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور.

ص: ٣٥١

١-١) فى «ن» و نسخه بدل «خ»: لا يتلقى.

٢-٢) كذا فى «ش» و فى «ن» و «ص»: «و لا يبيع»، و فى سائر النسخ: و لا يبيع.

٣-٣) أورد صدره فى الوسائل ١٢:٣٢٦، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٥، و ذيله فى الصفحه ٣٢٧، الباب ٣٧ من الأبواب، الحديث الأوّل.

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٢٦، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

٥-٥) لا يوجد لدينا كتابه، نعم حكاه عنه العلامة فى المختلف ٥:٤٤، و الشهيد فى الدروس ٣:١٧٩، و غيرهما.

٦-٦) حكاه المحدث البحرانى فى الحقائق ١٨:٥٨، و راجع المنتهى ٢:١٠٠٥، و فيه: فالبيع صحيح فى قول عامه العلماء.

٧-٧) فى «ش»: لموافقته.

ثم إن حدّ التلقّي أربعه فراسخ، كما في كلام بعض (١). والظاهر أنّ مرادهم خروج الحدّ عن المحدود؛ لأنّ الظاهر زوال المرجوحته إذا كان أربعه فراسخ. وقد تبعوا بذلك مرسله الفقيه.

و روى: «أنّ حدّ التلقّي روحه، فإذا بلغ إلى أربعه فراسخ فهو جلب» (٢)، فإنّ الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون إلّا بإرادته خروج الحدّ عن المحدود. كما أنّ ما في الروايه السابقه: أنّ حدّه «ما دون غدوه أو روحه» (٣) محمولٌ على دخول الحدّ في المحدود.

لكن قال في المنتهى: حدّ علماؤنا التلقّي بأربعه فراسخ، فكرهوا التلقّي إلى ذلك الحدّ، فإن زاد على ذلك كان تجارَةً و جلباً، و هو ظاهرٌ، لأنّ بمضيه و رجوعه يكون مسافراً، و يجب عليه القصر فيكون سفرًا حقيقياً إلى أن قال: و لا نعرف بين علمائنا خلافاً فيه (٤)، انتهى.

و التعليل بحصول السفر الحقيقي يدلّ على مسامحه في التعبير، و لعلّ الوجه في التحديد بالأربعه: أنّ الحصول (٥) على الأربعه بلا زياده و نقيصه نادر، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهه؛ إذ لا يقال: إنّه وصل إلى الأربعه إلّا إذا تجاوز عنها و لو يسيراً.

ص: ٣٥٢

١- ١) نسبه في المنتهى (٢:١٠٠٦) إلى علمائنا كما سيأتى عنه، و قال في الحقائق: «الظاهر أنّه لا خلاف بين أصحابنا»، و راجع لسائر التعابير مفتاح الكرامه ٤:١٠٥.

٢- ٢) الفقيه ٣:٢٧٤، الحديث ٣٩٩٠، و الوسائل ١٢:٣٢٧، الباب ٣٦ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.

٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٥٠، و هي روايه منهال القصاب.

٤- ٤) المنتهى ٢:١٠٠٦.

٥- ٥) في «ش»: الوصول.

فالظاهر أنه لا إشكال في أصل الحكم وإن وقع اختلاف في التعبير في النصوص و الفتاوى.

ثم إنه لا إشكال في اعتبار القصد؛ إذ بدونَه لا يصدق عنوان التلقّي، فلو تلقّى الركب في طريقه ذاهباً أو جائياً لم يكره معامله معهم.

و كذا في اعتبار قصد معامله من المتلقّي، فلا يكره لغرضٍ آخر و لو اتّفقت معامله.

قيل: ظاهر التعليل في روايه عروه المتقدمه (١) اعتبار جهل الركب بسعر البلد (٢).

و فيه: أنه مبنيّ على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير، فيحتمل أن تكون العلة في كراهه التلقّي مسامحة الركب في الميزان بما لا يتسامح به المتلقّي، أو مظنه حبس المتلقّين ما اشتروه، أو ادخاره عن أعين الناس و بيعه تدريجاً بخلاف ما إذا أتى الركب و طرحوا أمتعتهم في الخانات و الأسواق، فإنّ له أثراً بيناً في امتلاء أعين الناس خصوصاً الفقراء وقت الغلاء إذا أتى بالطعام.

و كيف كان، فاشترط الكراهه بجهلهم بسعر البلد محلّ مناقشه.

ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقّي بصيغه البيع أو الصلح أو غيرهما.

نعم، لا بأس باستيهاهم و لو ياهداء شيءٍ إليهم.

ص: ٣٥٣

١- ١) تقدّمت في الصفحة ٣٥١.

٢- ٢) لم نعر على هذا التعبير بعينه، نعم قال في المسالك بعد أن ذكر قيد جهل الركب-: «كما يشعر به التعليل»، و قال مثله في الجواهر، و قال في الحدائق بعد أن ذكر القيد-: «أقول: و إليه يشير التعليل في روايه عروه...»، انظر المسالك ٣: ١٨٩، و الجواهر ٢٢: ٤٧٣، و الحدائق ١٨: ٥٧.

و لو تلقّاهم لمعاملات آخر غير شراء متاعهم، فظاهر الروايات عدم المرجوحية.

□

نعم، لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله عليه السلام: «المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض» (١) قوى سرايه الحكم إلى بيع شيءٍ منهم و إيجارهم المساكن و الخانات.

كما أنّه إذا جعلنا المناط في الكراهه كراهه غبن الجاهل، كما يدلّ عليه النبويّ العامي: «لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار» (٢) قوى سرايه الحكم إلى كلّ معاملة توجب غبنهم، كالبيع و الشراء منهم متلقياً (٣)، و شبه ذلك. لكن الأظهر هو الأوّل.

و كيف كان، فإذا فرض جهلهم بالسعر فثبت (٤) لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. و قد يحكى عن الحلّي ثبوت الخيار و إن لم يكن غبن (٥)، و لعلّه لإطلاق (٦) النبويّ المتقدّم المحمول على صورته تبيّن الغبن بدخول السوق و الاطلاع على قيمه.

□

و اختلفوا في كون هذا الخيار على الفور أو التراخي على قولين، سيجيء ذكر الأقوى منهما في مسأله خيار الغبن إن شاء الله.

ص: ٣٥٤

- ١- ١) في حديث عروه المتقدّم في الصفحة ٣٥١.
- ٢- ٢) السنن الكبرى ٣٤٨: ٥، باب النهي عن تلقى السلع.
- ٣- ٣) كذا في «ش» و مصحّحه «ن»، و في سائر النسخ: متلقى.
- ٤- ٤) في غير «ش»: «فيثبت»، لكن صحّحت في «ن» بما أثبتناه.
- ٥- ٥) حكاة في الجواهر ٢٢: ٤٧٤، عن ظاهر المحكى عنه، و راجع السرائر ٢: ٢٣٨.
- ٦- ٦) العبارة في غير «ف» و «ش» هكذا: و إن لم يكن غبن كإطلاق... إلخ.

على المشهور، كما في الحدائق (١)، بل عن المنتهى و جامع المقاصد: أنه محرّم (٢) إجماعاً (٣).

لروايه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الواشمه و المؤتشمه و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمّد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ» (٤).

و في النبوى المحكى عن معانى الأخبار: «لا- تناجشوا و لا- تدابروا»، قال: و معناه: أن يزيد الرجل في ثمن السلعه و هو لا يريد شراءها؛ لسمع غيره فيزيد بزيادته، و الناجش خائن، و التدابر: الهجران (٥)، انتهى كلام الصدوق.

ص: ٣٥٥

١-١ الحدائق ١٨:٤٤.

٢-٢ في «ف»: يحرم.

٣-٣ المنتهى ٢:١٠٠٤، و جامع المقاصد ٤:٣٩.

٤-٤ الوسائل ١٢:٣٣٧، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

٥-٥ معانى الأخبار: ٢٨٤، و الوسائل ١٢:٣٣٨، الباب ٤٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.

١-١) قال الفيروزآبادى فى القاموس المحيط: النجشُ أن تُواطىَ رجلاً إذا أراد بيعاً أن تمدحه، أو أن يُريد الإنسان أن يبيع بياعه فتساومه فيها بثمانٍ كثيرٍ لينظر إليك ناظرٌ فيقع فيها... القاموس المحيط ٢: ٢٨٩، مادّه «نجش». و قال الجوهري فى الصحاح: النّجش: أن تزايد فى المبيع ليقع غيرك و ليس من حاجتك. الصحاح ٣: ١٠٢١، مادّه «نجش». و قال الفيتومى فى المصباح المنير: نجش الرجل نجشاً من باب قتل إذا زاد فى سِلمعه أكثر من ثمنها و ليس قصده أن يشتريها، بل ليُغرّ غيره فيوقعه فيه، و كذلك فى النكاح و غيره، و الإسم النّجشُ. المصباح المنير: ٥٩٤، مادّه «نجش».

مسأله إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم،

و لم يحصل للمدفع إليه ولايه على ذلك المال من دون الدافع ك: مال الإمام، أو ردّ المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور:
إحداها: أن تظهر (١) قرينه على عدم جواز (٢) رضاه بالأخذ منه، كما إذا عتِن له منه مقداراً قبل الدفع أو بعده. ولا إشكال في عدم الجواز؛ لحرمة التصرف في مال الناس على غير الوجه المأذون فيه.
الثانية: أن تظهر (٣) قرينه حاله أو مقالته على جواز أخذه منه مقداراً مساوياً لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد. ولا إشكال في الجواز حينئذٍ.

ص: ٣٥٧

-
- ١- ١) في غير «ف»: «يظهر»، وهذا أيضاً صحيح من باب الإفعال، والضمير المستتر يرجع إلى الدافع.
 - ٢- ٢) الظاهر زياده كلمه «جواز»، ولذا شطب عليها في «ن».
 - ٣- ٣) في غير «ف»: «يظهر»، وهذا أيضاً صحيح كما تقدّم في الهامش السابق.

إلا أنه قد يشكّل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة، كأن عيّن للمجتهدين مقداراً، و للمشتغلين مقداراً، و اعتقده (١) الدافع بعنوان يخالف مُعْتَقَد المدفوع إليه.

و التحقيق هنا: مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية، كأن يقول: ادفع إلى كلّ مشتغل كذا و إلى كلّ مجتهد كذا، و خذ أنت ما يخصّك. و إن كان على وجه الداعي بأن كان عنوان الصنف داعياً إلى تعيين ذلك المقدار، كان المتّبع اعتقاد الدافع؛ لأنّ الداعي إنّما يتفرّع على الاعتقاد لا الواقع.

الثالث: أن لا تقوم قرينه على أحد الأمرين، و يطلق المتكلم.

و قد اختلف فيه كلماتهم بل كلمات واحد منهم، فالمحكى عن وكاله المبسوط (٢) و زكاه السرائر (٣) و مكاسب النافع (٤) و كشف الرموز (٥) و المختلف (٦) و التذكرة (٧) و جامع المقاصد (٨): تحريم الأخذ مطلقاً.

ص: ٣٥٨

١ - ١) في «ص»: «و اعتقد»، و على فرض صحّحه ما أثبتناه من سائر النسخ، فالضمير راجع إلى «مقدار المدفوع» أو راجع إلى «غيره» المتقدم في أول المسألة.

٢ - ٢) المبسوط ٢:٤٠٣.

٣ - ٣) السرائر ١:٤٦٣.

٤ - ٤) المختصر النافع: ١١٨.

٥ - ٥) كشف الرموز ١:٤٤٣-٤٤٤.

٦ - ٦) المختلف ٥:٢٤.

٧ - ٧) التذكرة ١:٥٨٣.

٨ - ٨) جامع المقاصد ٤:٤٣.

و عن النهايه (١) و مكاسب السرائر (٢) و الشرائع (٣) و التحرير (٤) و الإرشاد (٥) و المسالك (٦) و الكفايه (٧): أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زياده على غيره. و نسبه في الدروس إلى الأكثر (٨)، و في الحدائق إلى المشهور (٩)، و في المسالك: هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ (١٠).

و عن نهايه الإحكام (١١) و التنقيح (١٢) و المهذب البارع (١٣) و المقتصر (١٤):

الاقتصار على نقل القولين.

و عن المهذب البارع: حكايه التفصيل بالجواز (١٥) إن كانت الصيغه

ص: ٣٥٩

-
- ١-١) النهايه: ٣٦٦.
 - ٢-٢) السرائر ٢: ٢٢٣.
 - ٣-٣) الشرائع ٢: ١٢.
 - ٤-٤) التحرير ١: ١٦٢.
 - ٥-٥) إرشاد الأذهان ١: ٣٥٨.
 - ٦-٦) المسالك ٣: ١٣٨.
 - ٧-٧) الكفايه: ٨٨.
 - ٨-٨) الدروس ٣: ١٧١.
 - ٩-٩) الحدائق ١٨: ٢٣٧.
 - ١٠-١٠) المسالك ٣: ١٣٨.
 - ١١-١١) نهايه الإحكام ٢: ٥٢٦.
 - ١٢-١٢) التنقيح الرائع ٢: ٢٠.
 - ١٣-١٣) المهذب البارع ٢: ٣٥٣-٣٥٤.
 - ١٤-١٤) في غير «ف»: المقنعه، و الصواب ظاهراً ما أثبتناه، راجع المقتصر: ١٦٥.
 - ١٥-١٥) في غير «ف» و «ش»: «الجواز»، و صححت في «ن» بما أثبتناه.

بلفظ «ضعه فيهم» أو ما أدى معناه، و المنع إن كانت بلفظ «ادفعه» (١).

و عن التنقيح عن بعض الفضلاء: أنه إن قال: «هو للفقراء» جاز، و إن قال: «أعطه للفقراء»، فإن علم فقره لم يجز؛ إذ لو أراد له لخصه، و إن لم يعلم جاز (٢).

احتج القائل بالتحريم مضافاً إلى ظهور اللفظ في مغايره المأمور بالدفع (٣) للمدفع إليهم، المؤيد بما قالوه فيمن وكتته امرأه أن يزوجه من شخص فزوجها من نفسه، أو و كله في شراء شيء فأعطاه من عنده بصحيحه (٤) ابن الحجاج المسنده في التحرير إلى مولانا الصادق عليه السلام و إن أضمرت في غيره، قال: «سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليصرفه في محاويج أو في مساكين، و هو يحتاج، أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه هو؟ قال: لا يأخذ شيئاً حتى يأذن له صاحبه» (٥).

و احتج المجوزون (٦): بأن العنوان المدفوع إليه شامل له، و الغرض (٧) الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظه لخصوصيته الغير، و اللفظ و إن

ص: ٣٦٠

- ١- ١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١١٠، و راجع المهذب البارع ٢: ٣٥٣-٣٥٤.
- ٢- ٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١١٠، و راجع التنقيح ٣: ٢١.
- ٣- ٣) فى غير «ش»: «المأمور الدافع»، و صححت فى «خ» بما أثبتناه.
- ٤- ٤) كذا فى «ف» و مصححه «ن»، و فى سائر النسخ: مصححه.
- ٥- ٥) الوسائل ١٢: ٢٠٦، الباب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
- ٦- ٦) راجع الكتب المنقوله عنها أقوال الفقهاء فى الصفحه السابقه.
- ٧- ٧) فى غير «ف»: الفرض.

سُلم عدم شموله له لغه، إلمأ أن المنساق عرفاً صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان، فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز.

نعم، لو كان المدفوع إليهم أشخاصاً خاصه، و كان الداعى على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور. و الروايه معارضه بروايات أخر، مثل:

□
ما عن الكافى فى الصحيح عن سعيد بن يسار، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يعطى الزكاه يقسّمها فى أصحابه، أ يأخذ منها شيئاً؟ قال: نعم» (١).

و عن الحسين بن عثمان فى الصحيح أو الحسن بن هاشم: «فى رجل اعطى مالاً يفترقه فى من يحلّ له، أ يأخذ منه شيئاً لنفسه و إن لم يسمّ له؟ قال: يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره» (٢).

و صحيحه ابن الحجّاج، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسّمها و يضعها فى مواضعها و هو ممّن تحلّ له الصدقه؟ قال: لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره، و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعها فى مواضع مسّماه إلّا بإذنه» (٣).

و الذى ينبغى أن يقال: أمّا من حيث دلاله اللفظ الدالّ على الإذن فى الدفع و الصرف، فإنّ المتّبع الظهور العرفى و إن كان ظاهراً

ص: ٣٤١

١- ١) الكافى ٥٥٥:٣، الحديث الأوّل، و الوسائل ٢٠٦:١٢، الباب ٨٤ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأوّل.

٢- ٢) الوسائل ٢٠٠:٦، الباب ٤٠ من أبواب المستحقّين للزكاه، الحديث ٢.

٣- ٣) الوسائل ٢٠٠:٦، الباب ٤٠ من أبواب المستحقّين للزكاه، الحديث ٣.

بحسب الوضع اللغوى فى غيره، كما أنّ الظهور الخارجى الذى يستفاد من القرائن الخارجيه مقدم على الظهور العرفى الثابت للفظ المجرد عن تلك القرائن.

ثمّ إنّ التعيد فى حكم هذه المسأله لا يخلو عن بُعد، فالأولى حمل الأخبار المجوزه على ما إذا كان غرض المتكلم صيرف المدفوع فى العنوان المرسوم له من غير تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر، و حمل الصحيحه المانع (١) على ما إذا لم يعلم الأمر بفقر المأمور فأمره (٢) بالدفع إلى مساكين على وجه تكون المسكنه داعياً (٣) إلى الدفع لا موضوعاً، و لما لم يعلم المسكنه فى المأمور لم يحصل داعٍ على الرضا بوصول شىء من المال إليه.

ثمّ على تقدير المعارضه، فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ؛ لأنّ الشكّ بعد تكافؤ الأخبار فى الصارف الشرعى عن الظهور العرفى.

و لو لم يكن للفظ ظهور فالواجب بعد التكافؤ الرجوع إلى المنع؛ إذ لا يجوز التصرف فى مال الغير إلماً بإذن من المالك أو الشارع.

ص: ٣٦٢

١- ١) فى «ف» و«خ» و نسخه بدل «ن»، «ع» و«ش»: «السابقه»، و هى صحيحه ابن الحجاج المتقدمه فى الصفحه السابقه.

٢- ٢) فى النسخ: «فأمرها»، و فى نسخه بدل «خ» و مصححه «ن» ما أثبتناه.

٣- ٣) كذا، و المناسب: داعيه.

و هو كما فى الصحاح (١) و عن المصباح (٢): جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف فى مرجوحته.
و قد اختلف فى حرمة، فعن المبسوط (٣) و المقنعه (٤) و الحلبي فى كتاب المكاسب (٥) و الشرائع (٦) و المختلف (٧): الكراهه.
و عن كتب الصدوق (٨) و الاستبصار (٩) و السرائر (١٠) و القاضى (١١)

ص: ٣٦٣

-
- ١- ١) صحاح اللغة ٢:٦٣٥، مادّه: «حكر». و فى «ف» زياده: و النهايه، و انظر النهايه لابن الأثير ١:٤١٧، مادّه: «حكر».
 - ٢- ٢) المصباح المنير: ١٤٥، مادّه «حكر».
 - ٣- ٣) المبسوط ٢:١٩٥.
 - ٤- ٤) المقنعه: ٦١٦.
 - ٥- ٥) الكافى فى الفقه: ٢٨٣.
 - ٦- ٦) الشرائع ٢:٢١.
 - ٧- ٧) المختلف ٥:٣٨.
 - ٨- ٨) حكى ذلك عنها السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٠٧، راجع المقنع: ٣٧٢، و الفقيه ٣:٢٦٥.
 - ٩- ٩) الاستبصار ٣:١١٥، ذيل الحديث ٤٠٨.
 - ١٠- ١٠) السرائر ٢:٢١٨.
 - ١١- ١١) المهذب ١:٣٤٦.

و التذكرة (١) و التحرير (٢) و الإيضاح (٣) و الدروس (٤) و جامع المقاصد (٥) و الروضة (٦): التحريم.

□

و عن التنقيح (٧) و الميسية (٨): تقويته. و هو الأقوى بشرط عدم باذل الكفايه (٩)؛ لصحيحه سالم الحنّاط، قال: «قال لي أبو عبد الله عليه السلام:

ما عملك؟ قلت: حنّاط، و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحسبت. قال: فما يقول مَن قبلك فيه؟ قلت: يقولون: محتكرٌ.

قال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزءٍ جزءاً (١٠).

قال: لا بأس، إنّما كان ذلك رجل من قريش يقال له: حكيم بن حزام، و كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله، فمرّ عليه النبي صلى الله عليه و آله فقال له: يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر» (١١)، فإنّ الظاهر منه أنّ عله عدم البأس وجود البازل، فلولا ه حرم.

ص: ٣٦٤

-
- ١-١) التذكرة ٥٨٥:١.
 - ١-٢) التحرير ١٦٠:١.
 - ١-٣) إيضاح الفوائد ٤٠٩:١.
 - ١-٤) الدروس ١٨٠:٣.
 - ١-٥) جامع المقاصد ٤٠:٤.
 - ١-٦) الروضة البهية ٢١٨:٣ و ٢٩٨.
 - ١-٧) التنقيح الرائع ٤٢:٢.
 - ١-٨) لا يوجد لدينا، و نقله عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ١٠٧:٤.
 - ١-٩) في «ف»: للكفايه.
 - ١-١٠) كذا في المصادر الحديثيه، و في النسخ: جزء.
 - ١١-١١) الوسائل ٣١٦:١٢، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣.

و صحیحہ الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الحكره، فقال: إنما الحكره أن تشتري طعاماً و ليس في المصر غيره فتحتكره، فإن كان في المصر طعام غيره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل» (١).

و زاد في الصحيحه المحكيه عن الكافي و التهذيب: قال: «و سألته عن الزيت، قال: إن كان (٢) عند غيرك فلا بأس بإمساكه» (٣).
و عن أمير المؤمنين عليه السلام في نهج البلاغه في كتابه إلى مالك الأشر: «فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله منع منه.

و ليكن البيع بيعاً سمحاً في موازين (٤) عدل (٥) لا يجحف بالفريقين: البائع و المبتاع. فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكّل به و عاقب في غير إسراف» (٦).

و صحیحہ الحلبي، قال: «سألته عليه السلام عمّن يحتكر الطعام

ص: ٣٦٥

١- ١) الوسائل ٣١٥: ١٢، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.

٢- ٢) في «ص»: إذا كان.

٣- ٣) الكافي ١٦٥: ٥، الحديث ٣، و التهذيب ١٦٠: ٧، الحديث ٧٠٦، و عنهما في الوسائل ٣١٥: ١٢، الباب ٢٨ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢ و ذيله.

٤- ٤) في المصدر: بموازين.

٥- ٥) في نهج البلاغه زياده: «و أسعار»، و في الوسائل: واسعاً.

٦- ٦) نهج البلاغه: ٤٣٨، الكتاب ٥٣، و عنه في الوسائل ٣١٥: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٣.

و يتربص به، هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس ليس لهم طعام» (١).

فإن الكراهه في كلامهم عليهم السلام و إن كان يستعمل في المكروه و الحرام، إلا أن في تقييدها بصورة عدم باذلٍ غيره مع ما دلّ على كراهه الاحتكار مطلقاً، قرينه على إرادته التحريم. و حمله على تأكد الكراهه أيضاً مخالفاً لظاهر «يكره» كما لا يخفى.

و إن شئت قلت: إن المراد ب«البأس» في الشرطيه الأولى التحريم؛ لأن الكراهه ثابتة في هذه الصورة أيضاً، فالشرطيه الثانيه كالمفهوم لها.

و يؤيد التحريم: ما عن المجالس بسنده عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: أيما رجل اشترى طعاماً فحبسه أربعين صباحاً يريد به الغلاء للمسلمين، ثم باعه و تصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع» (٢).

و في السند بعض بنى فضال، و الظاهر أن الروايه مأخوذه من كتبهم التي قال العسكري عليه السلام عند سؤاله عنها: «خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا» (٣)، ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم، فيستغنى بذلك

ص: ٣٦٦

١- (١) الوسائل ٣١٣: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٢.

٢- (٢) الأموال للطوسي: ٦٧٦، الحديث ١٤٢٧، و عنه في الوسائل ٣١٤: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٦.

٣- (٣) الوسائل ١٠٣: ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١٣.

عن ملاحظه من قبلهم في السند، وقد ذكرنا (١): أن هذا الحديث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عمّا قبل هؤلاء من الإجماع الذي ادّعاه الكشّي على تصحيح ما يصحّ عن جماعه (٢).

و يؤيّده أيضاً: ما عن الشيخ الجليل الشيخ ورّام: من أنّه أرسل عن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ جَبْرِئِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ: «أَطَّلَعْتُ عَلَى النَّارِ فَرَأَيْتُ فِي جَهَنَّمَ وادياً فقالت: يا مالك لمن هذا؟ قال: ثلاثه:

المحتكرين، و المدمنين للخمر، و القوادين» (٣).

و ممّا يؤيّد التحريم: ما دلّ على وجوب البيع عليه، فإنّ إزماءه بذلك ظاهر في كون الحبس محرّماً؛ إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر و خلاف قاعده «سلطنه الناس على أموالهم».

ثمّ إنّ كشف الإبهام عن أطراف المسأله يتمّ ببيان أمور:

الأول: في مورد الاحتكار،

فإنّ ظاهر التفسير المتقدّم عن أهل اللغة و بعض الأخبار المتقدّمه: اختصاصه بالطعام.

و في روايه غياث بن إبراهيم: «ليس الحكره إلّا في الحنطه،

ص: ٣٦٧

١- ١) لم نقف على موضع ذكر هذا المطلب بالخصوص، لكن قال قدّس سرّه في أوّل كتاب الصلاه عند ما تعرّض لروايه داود بن فرقد: «و هذه الروايه و إن كانت مرسله إلّا أنّ سندها إلى الحسن بن فضال صحيح، و بنو فضال ممّن أمرنا بالأخذ بكتبهم و رواياتهم»، انظر كتاب الصلاه ٣٦: ١.

٢- ٢) ادّعاه الكشّي في موارد عديده من رجاله، انظر اختيار معرفه الرجال ٢: ٦٧٣، الرقم ٧٠٥، و الصفحه ٨٣٠، الرقم ١٠٥٠.

٣- ٣) الوسائل ٣١٤: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١١.

و الشعير، و التمر، و الزبيب» (١).

و عن الفقيه زياده: «الزيت» (٢)، و قد تقدّم في بعض الأخبار المتقدمه دخول الزيت أيضاً (٣).

و في المحكي عن قرب الإسناد بروايه أبي البختری عن علي عليه السلام:

«قال: ليس الحكره إلّا في الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب (٤) و السمن» (٥).

و عن الخصال في روايه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام: «قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: الحكره في ستّه أقسام (٦) الحنطه، و الشعير، و التمر، و الزيت، و الزبيب، و السمن» (٧).

ثمّ إنّ ثبوته في الغلات الأربع بزياده «السمن» لا خلاف فيه ظاهراً، و عن كشف الرموز (٨) و ظاهر السرائر (٩): دعوى الاتفاق عليه،

ص: ٣٦٨

١- ١) الوسائل ١٢: ٣١٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٤.

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢٦٥، الحديث ٣٩٥٤، و عنه في الوسائل ١٢: ٣١٣، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، ذيل الحديث ٤.

٣- ٣) راجع الصفحه ٣٦٥، الصحيحه المحكيه عن الكافي و التهذيب.

٤- ٤) في غير «ف» و «ص»: الزيت.

٥- ٥) قرب الإسناد: ١٣٥، الحديث ٤٧٢، الوسائل ١٢: ٣١٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٧.

٦- ٦) كذا في النسخ، و في المصدر: ستّه أشياء.

٧- ٧) الخصال: ٣٢٩، الحديث ٢٣، و الوسائل ١٢: ٣١٤، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث ١٠.

٨- ٨) راجع كشف الرموز ١: ٤٥٥.

٩- ٩) السرائر ٢: ٢٣٨.

و عن مجمع الفائده:نفى الخلاف فيه (١).

و أما الزيت:فقد تقدّم في غير واحدٍ من الأخبار؛و لذا اختاره الصدوق (٢)و العلّامة في التحرير-حيث ذكر أنّ به روايةً حسنَةً (٣)- و الشهيدان (٤)و المحقق الثاني (٥)،و عن إيضاح النافع:أنّ عليه الفتوى (٦).

و أمّا الملح:فقد ألحقه بها في المبسوط (٧)و الوسيله (٨)و التذكرة (٩)و نهايه الإحكام (١٠)و الدروس (١١)و المسالك (١٢)،و لعلّه لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار:من حاجه الناس (١٣).

ص: ٣٦٩

١-١) مجمع الفائده ٨:٢٦.

٢-٢) راجع المقنع:٣٧٢،و الفقيه ٣:٢٦٥،الحديث ٣٩٥٤.

٣-٣) التحرير ١:١٦٠.

٤-٤) الدروس ٣:١٨٠،و الروضه البهيّه ٣:٢٩٩،و المسالك ٣:١٩٢.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٤٠.

٦-٦) إيضاح النافع(مخطوط)و لا يوجد لدينا،نعم حكاه عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٠٧.

٧-٧) المبسوط ٢:١٩٥.

٨-٨) الوسيله:٢٦٠.

٩-٩) التذكرة ١:٥٨٥.

١٠-١٠) نهايه الإحكام ٢:٥١٤.

١١-١١) الدروس ٣:١٨٠.

١٢-١٢) المسالك ٣:١٩٢.

١٣-١٣) ورد التعليل في صحيحه الحلبي المتقدّمه في الصفحه ٣٦٥.

□
روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «إنَّ الحكره في الخصب أربعون يوماً، وفي الغلاء و الشدّه ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوماً في الخصب، فصاحبه ملعونٌ، وما زاد في العسره على ثلاثه أيام فصاحبه ملعون (١)» (٢).

و يؤيّدُها ظاهر روايه المجالس المتقدّمه (٣) و حكى عن الشيخ (٤) و محكّي القاضى (٥) و الوسيله (٦) العمل بها، و عن الدروس: أن الأظهر تحريمه مع حاجه الناس. و مظنتها الزيادة على ثلاثه أيام في الغلاء و أربعين في الرخص؛ للروايه (٧)، انتهى.

أمّا تحديده ب«حاجه الناس» فهو حسنٌ، كما عن المقنعه (٨) و غيرها (٩)، و يظهر من الأخبار المتقدّمه.

ص: ٣٧٠

-
- ١- ١) كذا في «ص» و المصادر الحديثيه، و في سائر النسخ: فملعون.
 - ٢- ٢) الوسائل ٣١٢: ١٢، الباب ٢٧ من أبواب آداب التجاره، الحديث الأول.
 - ٣- ٣) تقدّمت في الصفحه ٣٦٦.
 - ٤- ٤) راجع النهايه: ٣٧٤ و ٣٧٥.
 - ٥- ٥) لم نعثر عليه في كتب القاضى، نعم حكاه عنه العلّامه في المختلف ٤٠: ٥، و السيد العاملى في مفتاح الكرامه ١٠٩: ٤.
 - ٦- ٦) راجع الوسيله: ٢٦٠.
 - ٧- ٧) الدروس ١٨٠: ٣.
 - ٨- ٨) المقنعه: ٦١٦، و حكاه السيد العاملى عنها و عن غيرها في مفتاح الكرامه ٤: ١٠٩.
 - ٩- ٩) راجع المهذب ٣٤٦: ١، و مجمع الفائده ٢٥: ٨.

و أما ما ذكره من حمل روايه السكوني على بيان مظنه الحاجه، فهو جيد. و منه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددین تعبدًا.

الثالث: [عدم حصر الاحتكار في شراء الطعام بل مطلق جمعه و حبسه]

مقتضى ظاهر صحيحه الحلبي المتقدمه (١) في بادي النظر (٢) حصر الاحتكار في شراء الطعام [لكن الأقوى التعميم (٣)] بقربيه تفریع قوله: «فإن كان في المصر طعام».

و يؤيد ذلك: ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه (٤)، سواء كان بالاشتراء أو بالزرع و الحصاد و الإحراز، إلا أن يراد جمعه في ملكه (٥).

و يؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بـ «أن يترك الناس ليس لهم طعام» (٦)، و عليه فلا- فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراثٍ أو يكون موهوباً له، أو كان قد اشتراه لحاجه فانقضت الحاجه و بقي الطعام لا يحتاج إليه المالك، فحبسه مترتباً للغلاء.

الرابع: أقسام حبس الطعام

كثيره؛ لأنَّ الشخص إما أن يكون

ص: ٣٧١

١- ١) تقدمت في الصفحه ٣٦٥.

٢- ٢) في «ن» زياده: «عدم» تصحيحاً، و وردت هذه الكلمه في متن غايه الآمال: ٤٨٦، فراجع.

٣- ٣) من «ش» و هامش «خ».

٤- ٤) تقدم في الصفحه ٣٦٣.

٥- ٥) في «ف» زياده: بعضاً منه.

٦- ٦) كما تقدم في صحيحه الحلبي المتقدمه في الصفحه ٣٦٥.

قد حصّل الطعام لحبسه أو لغرضٍ آخر، أو حصل له من دون تحصيل له.

و«الحبس»، إمّا أن يراد منه (١) نفس تقليل الطعام إضراراً بالناس في أنفسهم، أو يريد به الغلاء و هو إضرارهم من حيث المال، أو يريد به عدم الخساره من رأس ماله و إن حصل ذلك لغلاءٍ عارضٍ لا يتضرّر به أهل البلد، كما قد يتفق ورود عسكرٍ أو زوّارٍ (٢) في البلاد و توقّفهم يومين أو ثلاثه، فيحدث للطعام عزّة لا يضرّ بأكثر أهل البلد، و قد يريد ب«الحبس» لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضاً آخر.

هذا كلّه مع حصول الغلاء بحبسه، و قد يحبس انتظاراً لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه، بل لقلّة الطعام آخر السنه، أو لورود عسكرٍ أو زوّارٍ ينفد الطعام.

ثمّ حبسه لانتظار أيام الغلاء، قد يكون للبيع بأزيد من قيمه الحال، و قد يكون لحبّ إعانه المضطّرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم.

ثمّ حاجه الناس قد يكون لأكلهم، و قد يكون للبذر أو علف الدوابّ، أو الاسترباح بالثمن.

و عليك باستخراج (٣) أحكام هذه الأقسام و تمييز المباح و المكروه

ص: ٣٧٢

١-١) لم ترد «منه» في «ف».

٢-٢) لم ترد «أو زوّار» في «ف».

٣-٣) في غير «ف»: «في استخراج»، و صحّحت في «ن» و «خ» بما أثبتناه.

و المستحب من الحرام.

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل

الخامس: الظاهر عدم الخلاف كما قيل (١) في إجبار المحتكر على البيع،

حتى على القول بالكراهه، بل عن المهذب البارع: الإجماع (٢)، و عن التنقيح (٣) كما عن الحدائق (٤) -: عدم الخلاف فيه، و هو الدليل المخرج عن قاعده عدم الإجبار لغير الواجب؛ و لذا ذكرنا: أن ظاهر أدله الإجبار تدلّ على التحريم (٥)؛ لأنّ إلزام غير اللازم خلاف القاعده.

نعم لا يسعّر عليه إجماعاً، كما عن السرائر، و زاد وجود الأخبار المتواتره (٦)، و عن المبسوط: عدم الخلاف فيه (٧).

لكن عن المقنعه: أنّه يسعّر عليه بما يراه الحاكم (٨).

و عن جماعه (٩) منهم العلامه (١٠) و ولده (١١) و الشهيد (١٢) -: أنّه يسعّر

ص: ٣٧٣

١-١) راجع التنقيح الرائع ٢:٤٢، و مفتاح الكرامه ٤:١٠٩.

٢-٢) المهذب البارع ٢:٣٧٠.

٣-٣) التنقيح الرائع ٢:٤٢.

٤-٤) الحدائق ١٨:٦٤.

٥-٥) ذكره في الصفحه ٣٦٧.

٦-٦) السرائر ٢:٢٣٩.

٧-٧) المبسوط ٢:١٩٥.

٨-٨) المقنعه: ٦١٦.

٩-٩) حكاه عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٠٩.

١٠-١٠) راجع المختلف ٥:٤٢.

١١-١١) إيضاح الفوائد ١:٤٠٩.

١٢-١٢) الدروس ٣:١٨٠.

عليه إن أجحف بالثمن؛ لنفى الضرر، و عن الميسى (١) و الشهيد الثانى (٢):

أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير؛ جمعاً بين النهى عن التسعير، و الجبر (٣) بنفى الإضرار.

ص: ٣٧٤

١- ١) الميسيه، لا توجد لدينا، و لكن نقله عنه و عن الشهيد الثانى، السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ١٠٩:٤.

٢- ٢) الروضه البهيه ٢٩٩:٣.

٣- ٣) فى «م»، «خ»، «ع» و «ص» بدل «و الجبر»: «فى الخبر»، و على فرض صحه هذه النسخه فالصواب فى الكلمه التى بعدها: «و

نفي»، كما فى نسخه بدل «خ».

خاتمه و من أهم آداب التجاره الإجمال فى الطلب و الاقتصاد فيه،

□
ففى مرسله ابن فضال عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام: «ليكن طلبك للمعيشه فوق كسب المضىع و دون طلب الحريص
الراضى بدينه المطمئن إليها، و لكن أنزل نفسك من ذلك منزله المنصف المتعفف، ترفع نفسك عن منزله الواهن الضعيف و
تكسب ما لا بد للمؤمن منه؛ إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا، لا مال لهم» (١).

□ □
و فى صحيحه الشمالى عن أبى جعفر عليه السلام «قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله فى حجّه الوداع: ألا إن الروح الأمين
نفث فى روعى:

□
أنه لن تموت نفس حتى تستكمل رزقها، فاتقوا الله و أجملوا فى الطلب، و لا يحملنكم استبطاء شىء من الرزق أن تطلبوه بشىءٍ
من معصيه الله؛ فإن الله تبارك و تعالى قسّم الأرزاق فى خلقه حلالاً و لم يقسمها حراماً، فمن اتقى الله و صبر آتاه الله برزقه من
حلّه، و من هتك حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حلّه قصّ (٢) به من رزقه الحلال و حوسب عليه

ص: ٣٧٥

١- (١) الوسائل ١٢:٣٠، الباب ١٣ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٣.

٢- (٢) كذا فى «ف» و مصححتى «ن» و «ص» و المصدر، و فى سائر النسخ: قصّر.

□ □
و عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه كان أمير المؤمنين عليه السلام كثيراً ما يقول: اعلموا علماً يقيناً أن الله عزّ وجلّ لم يجعل للعبد وإن اشتدّ جهده و عظمت حيلته و كثرت مكائده (٢) أن يسبق ما سمى له في الذكر الحكيم، و لم يحل بين (٣) العبد في ضعفه و قلبه حيلته أن يبلغ ما سمى له في الذكر الحكيم.

أيها الناس، إنّه لن يزداد امرؤ نقيراً لحذقه (٤)، و لم ينقص امرؤ نقيراً لحمقه (٥)، فالعالم بهذا العامل به أعظم الناس راحةً في منفعتة، و العالم بهذا التارك له أعظم الناس شغلاً في مضرتة، و ربّ منعمٍ عليه مُستدّرجٌ بالإحسان إليه، و ربّ مغرورٍ في الناس مصنوع له، فأبق (٦) أيها الساعي من سعيك، و أقصر من عجلتك، و انتبه من سنّه غفلتك، و تفكّر فيما جاء عن الله عزّ وجلّ على لسان نبيّه صلّى الله عليه و آله» (٧).

ص: ٣٧٦

١- (١) الوسائل ٢٧:١٢، الباب ١٢ من أبواب مقدّمات التجاره، الحديث الأوّل.

٢- (٢) كذا في النسخ، و في الكافي و التهذيب: «مكابده»، و في الوسائل: مكائده.

٣- (٣) كذا في النسخ وفاقاً للتهذيب، و في الكافي: «و لم يحل من العبد»، و في مصحّحه «ن» و الوسائل: «و لم يخل من العبد».

٤- (٤) في المصادر الحديثية: بحذقه.

٥- (٥) في التهذيب: بحمقه

٦- (٦) كذا في «ش»، و في «ص»: «فاتق»، و في مصحّحه «ن»: «فأقول»، و في غيرها: «فاتق»، و الظاهر أنّها مصحّفه «فاتق»، و في الكافي و التهذيب: «فافق»، و في الوسائل: فأبق (فاتق الله، خ ل).

٧- (٧) التهذيب ٣٢٢:٦، الحديث ٨٨٣، و الكافي ٨١:٥، الحديث ٩، و الوسائل ٣٠:١٢، الباب ١٣ من أبواب مقدّمات التجاره، الحديث ٤.

و في روايه عبد الله بن سليمان، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إنَّ الله عزَّ وجلَّ وسَّع في أرزاق الحمقى ليعتبر العقلاء، و يعلموا أنَّ الدنيا ليس يُنال ما فيها بعمل ولا حيله» (١).

و في مرفوعه سهل بن زياد أنَّه قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: كم من متعب نفسه مقترَّ عليه (٢)، و كم من مقتصد في الطلب قد ساعدته المقادير» (٣).

□
و في روايه علي بن عبد العزيز قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام:

ما فعل عمر بن مسلم؟ قلت: جعلت فداك! أقبل عليَّ العباده و ترك التجاره، فقال: ويحه! أما علم أنَّ تارك الطلب لا تستجاب له دعوته (٤)؟ إنَّ قوماً من أصحاب رسول الله صلَّى الله عليه و آله لما نزل قوله تعالى: وَ مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَ يَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ (٥) أغلقوا الأبواب و أقبلوا عليَّ العباده و قالوا: قد كُفينا! فبلغ ذلك النبي صلَّى الله عليه و آله فأرسل إليهم، فقال لهم: ما دعاكم إلى ما صنعتم؟ فقالوا: يا رسول الله تكفل الله تعالى (٦) لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العباده. فقال صلَّى الله عليه و آله (٧):

إنَّه من فعل ذلك لم يستجب له، عليكم بالطلب» (٨).

ص: ٣٧٧

١- (١) الوسائل ١٢:٣٠، الباب ١٣ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث الأوَّل.

٢- (٢) في «ن» و «ش» زياده: «رزقه» استدراكاً.

٣- (٣) الوسائل ١٢:٣٠، الباب ٣٠ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٢.

٤- (٤) في «ص»: دعوه.

٥- (٥) الطلاق: ٢ و ٣.

٦- (٦) لم ترد «تعالى» في «ف» و «خ».

٧- (٧) لم ترد «صلَّى الله عليه و آله» في «ف»، «ن» و «خ».

٨- (٨) الوسائل ١٢:١٥، الباب ٥ من أبواب مقدمات التجاره، الحديث ٧.

و قد تقدّم روايه أنّه: «ليس منّا من ترك آخرته لدنياه، ولا من ترك دنياه لآخرته» (١).

و تقدّم أيضاً (٢) حديث داود (٣) على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع أنبيائه الصلاه و السلام، بعد الحمد لله الملك العلام، على ما أنعم علينا بالنعم الجسم التي من أعظمها الاشتغال بمطالعه و كتابه كلمات أوليائه الكرام التي هي مصابيح الظلام للخاصّ و العامّ.

ص: ٣٧٨

١-١) تقدّم في الصفحة ٣٤٢.

٢-٢) تقدّم في الصفحة ٣٤٢ أيضاً.

٣-٣) من هنا إلى آخر العبارة لم ترد في «ف»، و ورد بدلها ما يلي: «قد تمّ بفضلته و عونه المجلّد الأوّل من هذه النسخة الشريفه، و يتلوه إن شاء الله - الثاني في الخيارات، و هو مع أنّه قد جمع الأهمّ من القواعد و شمل الأنفع و الأصحّ من المسائل و الأصول و الشوارد، و أودع فيه من الثمره كلّ لباب، و من النكت ما لا يوجد منتظماً في كتاب، قد تضمّن من التحقيق كلّ شارد، و من التدقيق كلّ وارد، و اندرج فيه من النوادر ما حلّى وضعها، و حسن طرزها، يشهد به من مارس الصناعه، و يشاهده من تتبّع أقاويل الجماعه و كتب العلماء الأجلّه، بل هو مع أنّه كثيراً مقتصر على مخزون الخاطر و مقترح القريحه، مشتمل على تفصيل مجمل، و بسط موجز، و تقرير أسئلته، و تحرير أجوبه، و منع اعتراضات، و دفع معارضات، و كشف شبهات، و تحقيق حقّ، و إبطال باطل - ففيه فوائد باهره و شواهد على صدق المدّعى ظاهره، يكاد من قوّه الحدس يستشفق الواقع من وراء حجابيه و يستشهد المستور من وراء ستره و نقابه، فهو حينئذٍ قد بلغ الغايه القصوى و الدرجه العليا، فلله درّه دام ظلّه حيث أحسن و أجاد، نفعنا الله بوجوده و إفادته، و سائر المحصّلين، بمحمدٍ و آله الأمجاد، و الحمد لله على فضل الإتمام، و الصلاه و السلام على النبيّ و آله أئمّه الأنام...».

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 قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

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
الغمامة اصحمان



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



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه و آله

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الكافي

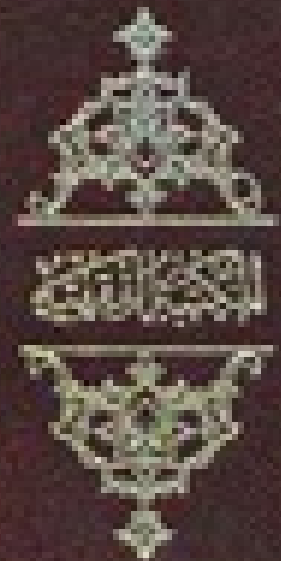
في شرح الأئمة من آل البيت والشيعة
الشيخ محمد بن الأصبغين

١٢٩٤ - ١٣٥١ هـ



اصحاب

لجنة تحقيق كتاب الشيخ الأصبغين



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدید آور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴.

۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ص: ٥

[مقدمه التحقيق]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى نَبِيِّهِ الْمُصْطَفَى وَأَهْلِ بَيْتِهِ الطَّاهِرِينَ.

أَمَّا بَعْدُ:

فَقَدْ تَمَّ بَعُونَ اللَّهُ وَفَضْلُهُ تَحْقِيقَ الْقِسْمِ الثَّلَاثِ مِنْ كِتَابِ الْمَكَّاسِبِ لِلشَّيْخِ الْأَعْظَمِ الْأَنْصَارِيِّ قَدَّسَ سِرَّهُ الَّذِي تَضَمَّنَ مَبَاحِثَ الْخِيَارَاتِ وَالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ وَالْقَبْضِ، بَعْدَ أَنْ أَكْمَلْنَا الْقَسْمَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ مِنْهُ، وَهُمَا: الْمَكَّاسِبُ الْمَحْرَمَةُ وَالْبَيْعُ.

وَقَدْ أَشْرْنَا فِي مَقْدَمِهِ الْجُزْءِ الْأَوَّلِ إِلَى حُصُولِنَا عَلَى مَصُورِهِ النَّسْخَةِ الْأَصْلِيَّةِ لِقِسْمِ الْخِيَارَاتِ مِنْ مَكْتَبَةِ الْإِمَامِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ بِمَشْهَدِ الْمُقَدَّسَةِ. وَذَكَرْنَا خُصُوصِيَّاتِهَا وَأَنَا رَمَزْنَا لَهَا بِ«ق».

وَبِنَاءٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ كَانَ عَمَلْنَا فِي هَذَا الْقِسْمِ وَفَقًّا لِلآتِي:

أَوَّلًا: اِكْتَفَيْنَا فِي تَحْقِيقِ هَذَا الْقِسْمِ وَهُوَ قِسْمُ الْخِيَارَاتِ وَمَبَاحِثِ النَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ وَالْقَبْضِ بِالنَّسْخَةِ الْأَصْلِيَّةِ «ق» وَنَسْخَةِ «ش»، أَمَّا سَائِرُ النَّسْخِ فَلَمْ نُشْرِ إِلَيْهَا إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ.

ثَانِيًا: رَجَّحْنَا نَسْخَةَ الْأَصْلِ عَلَى غَيْرِهَا عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ إِلَّا إِذَا

ثبت خطأها فرجحنا غيرها مع الإشاره إلى ذلك فى الهامش.

ثالثاً: أثبتنا الزيادات الضرورية من نسخة «ش» أو غيرها فى المتن بين معقوفتين، و جعلنا غيرها فى الهامش.

رابعاً: لم نذكر الزيادات أو الاختلافات التى ثبت كونها مغلوطة أو كانت خالية من الفائدة.

خامساً: افتقدت نسخة الأصل بعض الصفحات فأبدلناها بنسخه «ف»؛ لأنها كانت أقرب النسخ إلى الأصل.

و بذلك جاء هذا القسم من كتاب المكاسب بحمد الله أقرب إلى الأصل، بل مطابقاً معه.

و أخيراً نوذ أن نوجه شكرنا لجميع الإخوه الذين بذلوا جهودهم فى إصدار الكتاب ضمن مجموعه تراث الشيخ الأعظم قدس سره جامعاً بين الدقه فى التحقيق و الجوده فى الإخراج، سواء الذين ذكرناهم فى مقدمه الجزء الأول و من اشتركوا معهم بعد ذلك، سيما حجه الإسلام و المسلمين الشيخ محمد حسين الأحمدي الشاهرودى.

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

مسؤول لجنة التحقيق محمد على الأنصارى

القول في الخيار و أقسامه و أحكامه

إشاره

ص: ٩

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنه الله على أعدائهم أجمعين.

ص: ١٠

مقدمتان:

الأولى [فى معنى الخيار]

الخيار لغةً: اسم مصدرٍ من «الاختيار»، غلب فى كلمات جماعه من المتأخرين فى «ملك فسخ العقد» (١) على ما فسره به فى موضع من الإيضاح (٢)، فدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزه و فى عقد الفضولى، و ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، و ملك العمه و الخاله لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت، و ملك الأمه المزوجه من عبد فسخ العقد إذا أعتقت، و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب.

و لعلّ التعبير ب«الملك» للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من

ص: ١١

١-١) لم نعثر عليه إلّا فى كلام فخر المحققين قدّس سرّه فى الإيضاح، الذى ذكره المؤلّف رحمه الله. □
٢-٢) إيضاح الفوائد ١:٤٨٢.

الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و التسلّط على فسخ العقود الجائزه، فإنّ ذلك من الأحكام الشرعيه لا من الحقوق؛ و لذا لا تورّث و لا تسقط بالإسقاط.

و قد يعرف بأنّه: ملك إقرار العقد و إزالته (١).

و يمكن الخدشه فيه بأنّه:

إن أُريد من «إقرار العقد» إبقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرّك؛ لأنّ القدره على الفسخ عين القدره على تركه؛ إذ القدره لا تتعلّق بأحد الطرفين.

و إن أُريد منه إلزام العقد و جعله غير قابلٍ لأمن يفسخ، ففيه: أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار، مع أنّ ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك، فإنّ لكلّ منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً.

ثمّ إنّ ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه (٢) عند الإطلاق في كلمات المتأخرين، و إلّا فإطلاقه في الأخبار (٣) و كلمات الأصحاب على سلطنه الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و سلطنه الرجوع في الهبه و غيرهما من أفراد السلطنه شائع.

ص: ١٢

١ - ١) عرّفه بذلك الفاضل المقداد في التنقيح ٢:٤٣، و السيّد الطباطبائي في الرياض ٨:١٧٧، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣:٢٣.

٢ - ٢) في «ش» زياده: «عرفاً».

٣ - ٣) راجع الوسائل ١٧:٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١ و ٢، و ١٣:٣٣٦، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٦.

إشاره

ذكر غير واحدٍ (١) تبعاً للعلامة في كتبه (٢): أن الأصل في البيع اللزوم. قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم؛ لأن الشارع وضعه [مفيداً (٣)] لنقل الملك، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه (٤)، انتهى.

[معاني الأصل]

إشاره

أقول: المستفاد من كلمات جماعه أن الأصل هنا قابل لإرادته معانٍ

الأول: الراجح،

احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه إلى الغلبه (٥).

ص: ١٣

-
- ١ - ١) منهم: الشهيد قدس سرّه في القواعد و الفوائد ٢: ٢٤٢، القاعدة ٢٤٣، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٤٤، و المحقق السبزواري في كفايه الأحكام: ٩٢ بلفظ: «الأصل في العقود اللزوم» و صاحب الجواهر في الجواهر ٣: ٢٣.
 - ٢ - ٢) لم نقف عليه في كتبه، عدا القواعد ٢: ٦٤، و التذكرة التي ذكرها المؤلف قدس سرّه.
 - ٣ - ٣) من «ش» و المصدر.
 - ٤ - ٤) التذكرة ١: ٥١٥.
 - ٥ - ٥) جامع المقاصد ٤: ٢٨٢.

و فيه: أنه إن أراد غلبه الأفراد، فغالبها ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبه الأزمان، فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكه؛ مع أنه لا يناسب ما في القواعد من قوله: وإنما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب (١).

الثاني: القاعده المستفاده من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال

(٢)

و هذا حسنٌ، لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل.

الثالث: الاستصحاب

(٣)

، و مرجعه إلى أصله عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما.

و هذا حسنٌ.

الرابع: المعنى اللغوي،

بمعنى أن وضع البيع و بناءه عرفاً و شرعاً على اللزوم و صيروره المالك الأول كالأجنبي، و إنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما، يسقط بالإسقاط و بغيره. و ليس البيع كالهبة التي حَكَمَ الشارع فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً و بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط (٤).

ص: ١٤

١-١) القواعد ٢:٦٤.

٢-٢) أشار إليه الشهيد الثاني في تمهيد القواعد: ٣٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ٣: ٢٣ بلفظ: «و يمكن كونه بمعنى القاعده».

٣-٣) صرّح بذلك العلامة قدّس سرّه في عبارته المتقدّمة عن التذكرة.

٤-٤) قال الشهيدى قدّس سرّه: «قد حكى هذا الوجه عن السيّد الصدر في مقام توجيه مراد الشهيد قدّس سرّه من قوله: "الأصل في البيع اللزوم" كى يندفع عنه إيراد الفاضل التونى عليه بإنكاره الأصل، لأجل خيار المجلس»، (هداياه الطالب: ٤٠٦)، و راجع شرح الوافيه (مخطوط): ٣٢٣.

و من هنا ظهر: أنّ ثبوت خيار المجلس في أوّل أزمنه انعقاد البيع لا- ينافي كونه في حدّ ذاته مبتتياً على اللزوم؛ لأنّ الخيار حقّ خارجيّ قابلٌ للانفكاك. نعم، لو كان في أوّل انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه، لا حقّاً مجعولاً قابلاً للسقوط، كان منافياً لبنائه على اللزوم. فالأصل هنا كما قيل (١) نظير قولهم: إنّ الأصل في الجسم الاستداره، فإنّه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستداره لأجل القاسر الخارجى.

و ممّا ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافيه، حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس (٢). إلّا أن يريد أنّ الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم، و سيأتى ما فيه.

بقي الكلام فى معنى قول العلامه فى القواعد و التذكرة:

«إنّه لا- يخرج من هذا الأصل إلّا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب». فإنّ ظاهره أنّ ظهور العيب سببٌ لتزلزل البيع فى مقابل الخيار، مع أنّه من أسباب الخيار.

و توجيهه بعطف الخاصّ على العامّ كما فى جامع المقاصد (٣)- غير ظاهر؛ إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل عطف على نفسه، و هو مبينٌ له لا أعمّ.

نعم، قد يساعد عليه ما فى التذكرة من قوله: و إنّما يخرج عن

ص: ١٥:

١- ١) نسبة الشهيدى إلى شارح الوافيه، انظر شرح الوافيه (مخطوط): ٣٢٣.

٢- ٢) الوافيه: ١٩٨.

٣- ٣) لم يصرّح بذلك، نعم يستفاد من عبارته، انظر جامع المقاصد ٢٨٢: ٤.

الأصل بأمرين: أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقصٍ في أحد العوضين، بل للترؤى خاصه. والثاني: ظهور عيبٍ في أحد العوضين (١)، انتهى.

و حاصل التوجيه-على هذا-: أنّ الخروج عن الزوم لا يكون إلّا بتزلزل العقد لأجل الخيار، والمراد بالخيار في المعطوف عليه ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين، لا- لاقتضاء نقصٍ في أحد العوضين، و بظهور العيب ما كان الخيار لنقص أحد العوضين.

لكنه مع عدم تمامه تكلف في عباره القواعد؛ مع أنه في التذكرة ذكر في الأمر الأول الذي هو الخيار فصلاً سبعة بعدد أسباب الخيار، و جعل السابع منها خيار العيب، و تكلم فيه كثيراً (٢). و مقتضى التوجيه:

أن يتكلم في الأمر الأول فيما عدا خيار العيب.

و يمكن توجيه ذلك: بأن العيب سببٌ مستقلٌ لتزلزل العقد في مقابل الخيار، فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العيب و إن لم يثبت خيار الفسخ، موجبٌ لاسترداد جزءٍ من الثمن، فالعقد بالنسبه إلى جزءٍ من الثمن متزلزلٌ قابلٌ لإبقائه في ملك البائع و إخراجة عنه، و يكفي في تزلزل العقد ملكٌ إخراج جزءٍ مما ملكه البائع بالعقد عن ملكه. و إن شئت قلت: إن مرجع ذلك إلى ملك فسخ العقد الواقع على مجموع العوضين من حيث المجموع، و نقض مقتضاه من تملك كلٍّ من مجموع العوضين في مقابل الآخر.

ص: ١٦

١-١) التذكرة ٥١٥: ١.

٢-٢) انظر التذكرة ٥١٥: ١ و ٥٢٤.

لكنه مبني على كون الأرش جزءاً حقيقياً من الثمن - كما عن بعض العامه (١) ليتحقق انفساخ العقد بالنسبه إليه عند استرداده.

وقد صرح العلامة في كتبه: بأنه لا يعتبر في الأرش كونه جزءاً من الثمن، بل له إبداله؛ لأن الأرش غرامه (٢). وحينئذ فثبوت الأرش لا يوجب تزلزلاً في العقد.

ثم إنَّ «الأصل» بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع؛ لأنَّ الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل.

أمّا لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا- يقتضى ذلك الأصل لزومه؛ لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي.

و أما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تمامه.

و أما بمعنى الاستصحاب فيجوز في البيع وغيره إذا شك في لزومه و جوازه.

[الأدله على أصاله اللزوم]

إشاره

و أمّا بمعنى القاعده فيجوز في البيع وغيره؛ لأنَّ أكثر العمومات الداله على هذا المطلب يعم غير البيع، و قد أشرنا في مسأله المعاطاه إليها، و نذكرها هنا تسهيلاً على الطالب:

[الاستدلال بآيه أوفوا بالعقود]

فمنها: قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) دل على وجوب الوفاء بكل عقد. و المراد بالعقد: مطلق العهد كما فسّر به في صحيحه ابن سنان المرويّه في تفسير علي بن إبراهيم (٤) أو ما يسمّى عقداً لغه

ص: ١٧:

١-١) حكاه العلامة في التذكره ٥٢٨: ١.

٢-٢) لم نقف عليه في غير التذكره ٥٢٨: ١.

٣-٣) المائده: ١.

٤-٤) تفسير القمي ١٦٠: ١.

و عرفاً. و المراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالة اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلَّ العقد مثلاً على تملك العاقد ماله من غيره و جب العمل بما يقتضيه التملك (١) من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام.

فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد - و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه - كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فيستدل بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، و هو معنى اللزوم (٢).

و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما قيل: من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد:

العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز (٣)، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم.

توضيح الضعف: أنّ اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد، و ليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع.

نعم، هذا المعنى - أعني: وجوب الوفاء بما يقتضيه العقد في نفسه - يصير بدلاله الآية حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم.

و أضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على

ص: ١٨

١ - ١) في «ق» كتب على «التمليك»: «العقد».

٢ - ٢) في «ش» و هامش «ف» زياده: «بل قد حُقق في الأصول: أن لا معنى للحكم الوضعي إلّا ما انتزع من الحكم التكليفي».

٣ - ٣) قاله العلامة قدس سرّه في المختلف ٢٥٥: ٦.

اللزوم-مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعه المشهور-و هو (١): أن المفهوم من الآية عرفاً حكمان: تكليفي و وضعي (٢).

و قد عرفت أن ليس المستفاد منها إلّا حكمٌ واحدٌ تكليفيٌ يستلزم حكماً وضعياً (٣).

[الاستدلال بآيه أحل الله البيع]

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلاله قوله تعالى: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** (٤) على اللزوم، فإنّ حلّيه البيع التي لا- يراد منها إلّا حلّيه جميع التصرفات المترتبة عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر مستلزماً لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغواً غير مؤثّر.

[الاستدلال بآيه تجاره عن تراض]

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حلّيه أكل المال بالتجاره عن تراض (٥)، فإنّه يدلّ على أنّ التجاره سببٌ لحلّيه التصرف بقولٍ مطلق حتّى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر.

فدلاله الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد، لكن الإنصاف أنّ في دلاله الآيتين بأنفسهما على اللزوم نظراً (٦).

ص: ١٩

١-١ (١) يعني: ما نشأ من عدم التفطن.

٢-٢ (٢) لم نقف على قائله.

٣-٣ (٣) راجع الصفحه المتقدمه.

٤-٤ (٤) البقره: ٢٧٥.

٥-٥ (٥) المستفاد من قوله تعالى: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** النساء: ٢٩.

٦-٦ (٦) في «ش» بدل قوله «لكنّ الإنصاف... إلخ» عبارته: «لكن يمكن أن يقال: إنّه إذا كان المفروض الشكّ في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابته بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلّا بالاستصحاب، و لا ينفع الإطلاق». و قد وردت هذه العبارة في «ف» في الهامش.

و منها: قوله تعالى: **وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (١)** دلّ على حرمة الأكل بكلّ وجهٍ يسمّى باطلاً عرفاً، و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فإنّ أكل المازّه من ثمر (٢) الأشجار التي يمرّ بها باطلٌ لو لا إذن الشارع الكاشف عن عدم بطلانه، و كذلك الأخذ بالشفعه و الخيار؛ فإنّ رخصه الشارع في الأخذ بهما (٣) يكشف عن ثبوت حقّ لذوى الخيار و الشفعه؛ و ما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ أخذ مال الغير و تملكه من دون إذن صاحبه باطلٌ عرفاً.

نعم، لو دلّ الشارع على جوازه كما في العقود الجائزه بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حقّ للفاسخ متعلّق بالعين.

و ممّا ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلّى الله عليه و آله و سلم: **«لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه» (٤)**.

و منها: قوله صلّى الله عليه و آله و سلم: **«الناس مسلطون على أموالهم» (٥)** فإنّ مقتضى السلطنه التي أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه؛ و لذا استدلّ المحقّق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه: بأنّ فائده الملك التسلّط (٦). و نحوه العلامة

١- (١) البقره: ١٨٨.

٢- (٢) في «ش»: «ثمره».

٣- (٣) في ظاهر «ق»: «بها»، و لعله من سهو القلم.

٤- (٤) عوالي اللآلى ١١٣: ٢، الحديث ٣٠٩.

٥- (٥) عوالي اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩، و ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

٦- (٦) الشرائع ٦٨: ٢.

في بعض كتبه (١).

و الحاصل: أنّ جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالاً لغيره و أخذه منه بغير رضاه منافٍ لهذا العموم.

[الاستدلال بروايه المؤمنون عند شروطهم]

□
و منها: قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢). و قد استدلّ به على اللزوم غير واحدٍ منهم المحقّق الأردبيلي قدس سرّه (٣) بناءً على أنّ الشرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتداءً من غير ربطٍ بعقدٍ آخر، فإنّ العقد على هذا شرطٌ، فيجب الوقوف عنده و يحرم التعديّ عنه، فيدلّ على اللزوم بالتقريب المتقدم في أوّفاً بالعقود .

لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتّى في مثل قوله عليه السلام في دعاء التوبه: «و لك يا ربّ شرطي أن لا- أعود في مكروهك، و عهدي أن أهجر جميع معاصيك» (٤)، و قوله عليه السلام في أوّل دعاء الندبه: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا» (٥) كما لا يخفى على من تأملها.

مع أنّ كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ادّعينا من الاختصاص،

ص: ٢١

-
- ١- ١) راجع التذكرة ٢: ٦، و فيه بعد الحكم بعدم جواز رجوع المقرض بعد قبض المستقرض هكذا: «صيانته لملكه».
 - ٢- ٢) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.
 - ٣- ٣) مجمع الفائدة ٨: ٣٨٣، و منهم المحدث البحراني في الحقائق ٤: ١٩.
 - ٤- ٤) الصحيحه السجّاديه: ١٦٦، من دعائه عليه السلام في ذكر التوبه و طلبها.
 - ٥- ٥) مصباح الزائر: ٤٤٦، و عنه في البحار ١٠٤: ١٠٢.

ففى القاموس: الشرط إلزام الشىء و التزامه فى البيع و نحوه (١).

و منها: الأخبار المستفيضة

فى أن «البيعان (٢) بالخيار ما لم يفترقا» (٣)، و أنه «إذا افترقا وجب البيع» (٤)، و أنه «لا خيار لهما بعد الرضا» (٥).

فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً.

و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً (٦).

[مقتضى الاستصحاب أيضا للزوم]

و ربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك (٧)، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التى له فيها الرجوع، و هذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم مقتضى للزوم. و رد بأنه:

إن أريد بقاء علاقة المالك أو علاقته تتفرع على الملك، فلا ريب

ص: ٢٢

١-١) القاموس ٢:٣٦٨، مادّه (الشرط).

٢-٢) كذا فى «ق»، و الوجه فيه الحكاية، و فى «ش» و مصحّحه بعض النسخ «ن»: «البيعين».

٣-٣) الوسائل ١٢:٣٤٥-٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢، و ٣، و ٣٥٠، الباب ٣ من الأبواب، الحديث ٦، و المستدرک ١٣:٢٩٧-٢٩٨، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤، ٦، و ٨، و ٢٩٩، الباب ٢ من الأبواب، الحديث ٣.

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤، و ٣٤٨، الباب ٢ من الأبواب، الحديث ٥.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٦-٦) تقدّم فى الصفحة ١٤ (المعنى الثالث من معانى الأصل).

٧-٧) فى «ش» زياده: «عن العين».

فى زوالها بزوال الملك.

وإن أريد بها سلطته إعادته العين فى ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك، وإنما تحدث بعد زوال الملك لدلاله دليل؛ فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها.

وإن أريد بها العلاقة التى كانت فى مجلس البيع، فإنها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل فى البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل فى الهبة بقاء جوازها بعد التصرف، فى مقابل من جعلها لازمة بالتصرف، ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه فى المجلس، بل مطلقاً بناءً على أن الواجب هنا الرجوع فى زمان الشك إلى عموم أو فوا (١) لا الاستصحاب:-

أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم (٢).

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشه فيه]

ثم إنه يظهر من المختلف فى مسأله أن المسابقه لازمه أو جائزه:- أن الأصل عدم اللزوم (٣)، و لم يردّه من تأخر عنه (٤) إلا بعموم قوله تعالى: أو فوا بالعقود (٥)، و لم يعلم (٦) وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم، هو حسن فى خصوص عقد المسابقه و شبهه ممّا لا يتضمن

ص: ٢٣

١- ١) فى «ش»: «أو فوا بالعقود» .

٢- ٢) فى «ش» و هامش «ف» زياده: «فتأمل» .

٣- ٣) المختلف ٢٥٥: ٦.

٤- ٤) راجع جامع المقاصد ٣٢٦: ٨، و الجواهر ٢٢٣: ٢٨.

٥- ٥) المائده: ١.

٦- ٦) فى «ش»: «و لم يكن» .

تملياً أو تسليطاً؛ ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.

[إذا شك في عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصله اللزوم إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، و يجرى أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز (1)، بناءً على أن المرجع في الفرد المراد بين عنواني العام و المخصص إلى العموم. و أمّا بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة، فإن الأصل عدم قصد القربة، فيحكم بالهبة الجائزه.

لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم، و أمّا تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة، و إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان؛ لعموم «على اليد» إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسده، و إن كان المستند دخوله في «ضمان العين» أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مائع عن الرجوع إليه فيما احتمال كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءة أيضاً.

ص: ٢٤

(١ - ١) «أو الجائز» مشطوب عليها في «ق».

و هي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة، و المجتمع منها في كل كتاب سبعة، و قد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعه مجتمعاً أربعة عشر (١)، مع عدم ذكره لبعضها، و نحن نفتنى أثر المقتصر على السبعه كالمحقق (٢) و العلامة (٣) قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار، فنقول و بالله التوفيق

ص: ٢٥

١- ١) اللمعه الدمشقيه: ١٢٧.

٢- ٢) قال في الشرائع (٢:٢١): «أمياً أقسامه فخمسه»، و قال في المختصر النافع (١٢١): «و أقسامه ستته». و لم نقف على قول له بالسبعه.

٣- ٣) القواعد ٦٤:٢، التذكرة ٥١٥:١، و الإرشاد ٣٧٤:١.

إشاره

و المراد ب«المجلس» مطلق مكان المتبايعين حين البيع، و إنما عٌبر بفرد الغالب، و إضافة الخيار إليه لاختصاصه به و ارتفاعه بانقضائه الذي هو الافتراق.

و لا خلاف بين الإماميّه في ثبوت هذا الخيار، و النصوص به مستفيضه (١).

و الموثق الحاكي لقول عليّ عليه السلام: «إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب» (٢) مطروح أو مؤول.

و لا فرق بين أقسام البيع و أنواع المبيع. نعم، سيجيء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعق على المشتري.

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل:

إشاره

ص: ٢٧

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٤٥، الباب الأول من أبواب الخيار.

٢-٢) الوسائل ١٢:٣٤٧، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٧.

مسألة لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين،

و لا في ثبوته للوكيلين في الجملة. و هل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف.

قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما في المجلس، و إلا فبالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه؛ لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. و للشافعية قولان: أحدهما: أنه يتعلق بالموكل، و الآخر: أنه يتعلق بالوكيل (١)، انتهى.

[أقسام الوكيل]

[١- أن يكون وكيلًا في مجرد إجراء العقد]

أقول: و الأولى أن يقال: إن الوكيل إن كان وكيلًا في مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقاً لجماعهم المحقق و الشهيد الثانيان (٢) لأن المتبادر من النص غيرهما و إن عمّمناه لبعض أفراد الوكيل (٣) و لم نقل بما قيل (٤) تبعاً لجامع المقاصد (٥) بانصرافه

ص: ٢٨

١- (١) التذكرة ٥١٨: ١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٢٨٥: ٤، و المسالك ١٩٤: ٣-١٩٥.

٣- (٣) المراد بهذا «البعض» هو الوكيل في التصرف المالي، غايه الآمال: ٤٨٨.

٤- (٤) قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ٢٤١.

٥- (٥) جامع المقاصد ٢٨٦: ٤.

بحكم الغلبه إلى خصوص العاقد المالك؛ مضافاً إلى أنّ مفاد أدلّه الخيار إثبات حقّ و سلطنه لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج.

ألا ترى: أنّه لو شكّ المشتري في كون المبيع ممّن ينعق عليه لقرابه أو يجب صرفه لنفقته أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلّه الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع و عدم وجوب عتقه.

هذا مضافاً إلى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان (١)، الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه، فإنّ المقام و إن لم يكن من تعارض المطلق و المقيّد إلّا أنّ سياق الجميع يشهد باتّحاد المراد من لفظ «المتبايعين»، مع أنّ ملاحظه حكمه الخيار تبعّد ثبوته للوكيل المذكور؛ مضافاً إلى أدلّه سائر الخيارات، فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه.

و الظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدّمه عن التذكرة (٢)، فإنّ الظاهر من قوله: «اشترى الوكيل أو باع» تصرّف الوكيل بالبيع و الشراء، لا مجرد إيقاع الصيغه.

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين، كما

ص: ٢٩

١- ١) الوسائل ٣٤٥: ١٢، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الأحاديث ٥، ١ و ٣٥٠، الباب ٣ من الأبواب نفسها، الحديث ٦.

٢- ٢) تقدّمت في الصفحه ٢٨.

هو ظاهر الحقائق (١).

و أضعف منه تعميم الحكم لصوره منع الموكل من الفسخ بزعم:

أن الخيار حقٌ ثبت للعاقِد بمجرد إجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

و على المختار، فهل يثبت للموكلين؟ فيه إشكال:

من أن الظاهر من «البيعين» في النص المتعاقدان، فلا يعمّ الموكلين؛ و ذكروا: أنه لو حلف على عدم البيع لم يحث بيع وكيه.

و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالآله للمالكين، و نسبة الفعل إليهما شائعه، و لذا لا يتبادر من قوله: «باع فلان ملكه الكذائي» كونه مباشراً للصيغه. و عدم الحث بمجرد التوكيل في إجراء الصيغه ممنوع.

فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد، و المراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان ك: لسانى الموكلين، و العبره بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.

هذا كله إن كان وكيلاً في مجرد إيقاع العقد.

[٢- أن يكون وكيلاً مستقلاً في التصرف المالى]

و إن كان وكيلاً في التصرف المالى كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلاً في التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحققها نظير العامل فى القراض و أولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له،

ص: ٣٠

و دعوى تبادل المالين ممنوعه، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبه، فإنّ معامله الوكلاء و الأولياء لا تحصى.

و هل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدّم عن التذكرة (1)؟ إشكالاً:

من تبادل المتعاقدين من النصّ، و قد تقدّم عدم حنث الحالف على ترك البيع بيع و كيله.

و من أنّ الاستفادة من أدلّه سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص (2): كون الخيار حقاً لصاحب المال، شرّع (3) إرفاقاً له، و أنّ ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلّا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوّه.

و حينئذٍ فقد يتحقّق في عقدٍ واحدٍ الخيار لأشخاصٍ كثيره من طرفٍ واحدٍ أو من الطرفين، فكلّ من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه، و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز (4).

ص: ٣١

١- ١) تقدّم في الصفحة ٢٨.

٢- ٢) راجع الصفحة ٢٩، الهامش الأول.

٣- ٣) في «ش»: «شرعاً».

٤- ٤) في «ش» زياده: «فإنّ تلك المسأله فيما إذا ثبت للجانبين، و هذا فرض من جانب واحد».

ثمّ على المختار من ثبوته للموكّلين، فهل العبره فيه بتفرّقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بتفرّق المتعاقدين، أو بتفرّق الكلّ، فيكفى بقاء أصيل مع وكيل الآخر (1) في مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الأخير.

[٣- أن لا يكون مستقلاً في التصرف]

وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد وبعده، بل كان وكياً في التصرف على وجه المعاوضه كما إذا قال له: اشتر لي عبداً فالظاهر حينئذٍ عدم الخيار للوكيل، لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول (2): من أن إطلاق أدلّه الخيار مسوقاً لإفاده سلطنه كلّ من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكّنه من ردّ ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا التمكّن عند الشكّ فيه، ولا لتخصيص ما دلّ على سلطنه الموكل على ما انتقل إليه المستلزمه لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصلي.

و في ثبوته للموكّلين ما تقدّم (3).

و الأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه (4).

[هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل؟]

ثمّ هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خيارى؟ الأقوى العدم؛ لأنّ المتيقّن من

ص: ٣٢

١- ١) في «ش»: «آخر».

٢- ٢) و هو الوكيل في إجراء لفظ العقد فقط، راجع الصفحه ٢٨-٢٩.

٣- ٣) راجع الصفحه المتقدمه.

٤- ٤) آنفاً.

الدليل ثبوت الخيار للعاقده فى صورته القول به عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله فى الفسخ أو فى مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً.

[عدم ثبوت الخيار للفضولى]

و ممّا ذكرنا أنّصح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و إن جعلنا الإجازة كاشفه، لا لعدم صدق «المتبايعين»؛ لأنّ البيع النقل و لا نقل هنا- كما قيل (١)- لاندفاعه بأنّ البيع النقل العرفى، و هو موجودٌ هنا.

نعم، ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، و هذا المعنى منتفٍ فى الفضولى قبل الإجازة.

و يندفع أيضاً: بأنّ مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض، مع أنّ هذا المعنى لا يصحّ على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار (٢).

فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدّم: من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين (٣). نعم، فى ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما فى مجلس العقد وجهٌ. و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل، له وجهٌ. خصوصاً على القول بأنّ الإجازة عقدٌ مستأنف، على ما تقدّم توضيحه فى مسأله عقد الفضولى (٤). و يكفى حينئذٍ الإنشاء أصالةً من أحدهما، و الإجازة من الآخر إذا جمعتهما مجلسٌ

ص: ٣٣

١- (١) قاله صاحب الجواهر ٩: ٢٣.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٢٢، المسأله ٢٩ من كتاب البيوع.

٣- (٣) راجع الصفحه المتقدمه.

٤- (٤) راجع الجزء الثالث: ٣٩٩.

عرفاً. نعم، يحتمل في أصل [المسألة (١)] أن تكون الإجازة من المجيز التزاماً بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ «التزمت»، فتأمل.

ولا فرق في الفضوليين بين الغاصب و غيره، فلو تباع غاصبان ثم تفسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الإجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورته المعاقده، والله العالم.

ص: ٣٤

(١ - ١) لم ترد في «ق».

مسأله [هل يثبت الخيار إذا كان العاقد واحداً؟]

لو كان العاقد واحداً لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولا يه أو كاله على وجه يثبت له الخيار مع التعدد بأن كان ولياً أو كياً مستقلاً فى التصرف فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق (1) و العلامة (2) و الشهيدين (3) و المحقق الثانى (4) و المحقق الميسى (5) و الصيمرى (6) و غيرهم، ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين؛ لأنه بائع و مشتري، فله ما لكل منهما كسائر أحكامهما الثابته لهما من حيث كونهما متبايعين.

ص: ٣٥

١-١) حكاة عن ظاهرهم المحقق التستري فى المقابيس: ٢٤٠.

٢-٢) التذكرة ٥١٥:١-٥١٦.

٣-٣) الدروس ٣:٢٦٥، و المسالك ١٩٧:٣-١٩٨.

٤-٤) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٤٥، و المحقق التستري فى المقابيس: ٢٤١، و راجع تعليقه المحقق على الإرشاد (مخطوط): ٢٥٣-٢٥٤.

٥-٥) لا يوجد لدينا كتابه، نعم حكاة عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٤٥، و المحقق التستري فى المقابيس: ٢٤١.

٦-٦) حكى عنه ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٥٤٥، و المقابيس: ٢٤١. و راجع غايه المرام (مخطوط): ٢٨٨.

و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد، مندفعً باستقرار سائر أحكام المتبايعين، و جعل الغايه التفرّق المستلزم للتعدّد مبنئى على الغالب.

□

خلافاً للمحكى فى التحرير من القول بالعدم (1)، و استقره فخر الدين قدس الله سرّه (2)، و مال إليه المحقق الأردبيلي (3) و الفاضل الخراسانى (4) و المحدث البحرانى (5)، و استظهره بعض الأفاضل ممن عاصروناهم (6).

و لا- يخلو عن قوه بالنظر إلى ظاهر النص؛ لأنّ الموضوع فيه صورته التعدّد، و الغايه فيه الافتراق المستلزم للتعدّد، و لولاها لأمكن استظهار كون التعدّد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشتري كسائر أحكامهما؛ إذ لا يفرّق العرف بين قوله: «المتبايعان كذا» و قوله:

«لكل من البائع و المشتري»، إلّا أنّ التقييد بقوله: «حتى يفترقا» ظاهرٌ فى اختصاص الحكم بصوره إمكان فرض الغايه، و لا يمكن فرض التفرّق فى غير التعدّد.

و منه يظهر سقوط القول بأنّ كلمه «حتى» تدخل على الممكن و المستحيل، إلّا أن يدعى أنّ التفرّق غايه مختصّه بصوره التعدّد،

ص: ٣٦

١-١) التحرير ١٦٥:١.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١:٤٨١، و فيه: «و الأولى عدم الخيار هنا».

٣-٣) مجمع الفائدة ٨:٣٨٩.

٤-٤) كفايه الأحكام: ٩١، و فيه: «لا يخلو عن قوه».

٥-٥) الحدائق ١٩:١٣ و ١٦.

٦-٦) و هو المحقق التستري فى المقابس: ٢٤١، و فيه: «و لعلّ القول الثانى أقوى».

لا مخصّصة للحكم بها.

و بالجمله، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكّلٌ. نعم، لا يبعد بعد تنقيح المناط، لكن الإشكال فيه. و الأولى التوقّف، تبعاً للتحريير و جامع المقاصد (١).

ثمّ لو قلنا بالخيار، فالظاهر بقاؤه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرّق.

ص: ٣٧

١-١) التحريير ١:١٦٥، و جامع المقاصد ٤:٢٨٧.

مسأله قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار:

منها: من ينعق على أحد المتبايعين،

و المشهور كما قيل (١):-:

عدم الخيار مطلقاً، بل عن ظاهر المسالك أنه محلّ وفاق (٢). و احتمال في الدروس ثبوت الخيار للبائع (٣). و الكلام فيه مبنئ على قول المشهور:

من عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار، وإلا فلا إشكال في ثبوت الخيار.

و الظاهر أنه لا إشكال في عدم ثبوت الخيار بالنسبة إلى نفس العين؛ لأن مقتضى الأدلّة الانعقاد بمجرد الملك، و الفسخ بالخيار من حينه لا من أصله، و لا دليل على زواله بالفسخ مع قيام الدليل على عدم

ص: ٣٨

١- ١) قاله المحدّث البحراني في الحقائق ١٩:١٦.

٢- ٢) نسبة إلى ظاهر المسالك المحقّق التستري في المقابس: ٢٤٠، و انظر المسالك ٣:٢١٢.

٣- ٣) الدروس ٣:٢٦٦.

زوال الحرّيه بعد تحقّقها إلّا على احتمالٍ ضَعْفه في التحرير فيما لو ظهر من ينعق عليه معيماً (١) مبنئً على تزلزل العتق.

و أمّا الخيار بالنسبه إلى أخذ قيمه، فقد يقال (٢): [إنّه (٣)] مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار و دليل عدم عود الحرّ إلى الرقيّه، فيفرض المنعق كالتالف، فلمن انتقل إليه أن يدفع قيمه و يستردّ الثمن. و ما في التذكرة:

من أنّه و طُن نفسه على الغبن المالى، و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروّى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع؛ لأنّ التوطن على شرائه عالمًا بانعناقه عليه ليس توطيئاً على الغبن من حيث المعامله، و كذا لمن انتقل عنه أن يدفع الثمن و يأخذ قيمه. و ما في التذكرة: من تغليب جانب العتق (٤) إنّما يجدى مانعاً عن دفع العين.

لكنّ الإنصاف: أنّه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه؛ لأنّ شراءه إتلافٌ له في الحقيقه و إخراجٌ له عن الماليّه، و سيجيء سقوط الخيار بالإتلاف بل بأدنى تصرف (٥)، فعدم ثبوته به أولى. و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه؛ لأنّ بيعه ممّن ينعق عليه إقدامٌ على إتلافه و إخرجه عن الماليّه.

ص: ٣٩

١- ١) لم نعثر فيه إلّا على هذه العبارة: «و لو اشترى من يعق عليه ثمّ ظهر على عيب سابق فالوجه أنّ له الأرش خاصّه» انظر التحرير ١: ١٨٤.

٢- ٢) احتمله الشهيد في الدروس ٣: ٢٦٦.

٣- ٣) الزيادة اقتضاها السياق.

٤- ٤) التذكرة ٥١٦: ١، و فيه: «لكن النظر إلى جانب العتق أقوى».

٥- ٥) يجيء في الصفحه ٨١ و ٩٧.

و الحاصل: أننا إذا قلنا: إنَّ الملك في من ينعق عليه تقديرى لا- تحقيقى، فالمعامله عليه من المتبايعين مواطاةً على إخرجه عن المائيه، و سلكه في سلك ما لا يتموّل. لكنّه حسنٌ مع علمهما، فتأمل.

و قد يقال (1): إنَّ ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنئى على أنّ الخيار و الانعتاق هل يحصلان بمجرد البيع أو بعد ثبوت الملك آنأ ما، أو الأوّل بالأوّل و الثانى بالثانى، أو العكس؟ فعلى الأولين و الأخير يقوى القول بالعدم؛ لأنصيه أخبار العتق و كون قيمه بدل العين، فيمتنع استحقاقها من دون المبدل، و لسبق تعلّقه على الأخير. و يحتمل قريباً الثبوت؛ جمعاً بين الحقيين و دفعاً للمنافاه من البين، و عملاً بالنصين و بالإجماع على عدم إمكان زوال يد البائع عن العوضين، و تنزيلاً للفسخ منزله الأرش مع ظهور عيب في أحدهما، و للعتق منزله تلف العين، و لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع إلى قيمه فيما إذا باع بشرط العتق فظهر كونه ممّن ينعق على المشتري، أو تعيب بما يوجب ذلك. و الظاهر عدم الفرق بينه و بين المقام.

و على الثالث يتّجه الثانى؛ لما مرّ، و لسبق تعلّق حقّ الخيار و عروض العتق.

ثمّ قال: و حيث كان المختار فى الخيار: أنّه بمجرد العقد، و فى العتق: أنّه بعد الملك، و دلّ ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب على أنّ أحكام العقود و الإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنها مانع، من غير فرق بين الخيار و غيره، بل قد صرّحوا بأنّ الخيار يثبت بعد

ص: ٤٠:

(١-١) القائل هو صاحب المقابس قدّس سرّه، كما سيأتى.

العقد و أنه علة و المعلول لا- يتخلف عن علقته، كما أن الانعتاق لا يتخلف عن الملك، فالأقرب هو الأخير، كما هو ظاهر المختلف و التحرير (١) و مال إليه الشهيد (٢) إن لم يثبت الإجماع على خلافه، و يؤيده إطلاق الأكثر و دعوى ابن زهره الإجماع على ثبوت خيار المجلس في جميع ضروب البيع (٣) من غير استثناء (٤). انتهى كلامه (٥)، رفع مقامه.

أقول: إن قلنا: إنه يعتبر في فسخ العقد بالخيار أو بالتقاييل خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظراً إلى أن خروج أحد العوضين عن ملك أحدهما يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديراً لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آناً ما، إذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع و لو تقديراً؛ إذ ملكيه المشتري لمن ينعق عليه ليس على وجه يترتب عليه سوى الانعتاق، و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعتاق خارجاً عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثم انعتاقه مضموناً على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع في زمن الخيار ثم فسخ البائع.

و الحاصل: أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، و هذا غير

ص: ٤١

١-١) راجع المختلف ٢٣:٨-٢٥، و التحرير ١٦٥:١، و ٧٧:٢.

٢-٢) انظر الدروس ٢٦٦:٣، و القواعد و الفوائد ٢٤٧:٢، القاعده ٢٤٤.

٣-٣) كذا في ظاهر «ق»، و لعل الأصح: «المبيع»، كما في «ش».

٤-٤) راجع الغنيه: ٢١٧.

٥-٥) يعني: كلام المحقق التستري في المقابس: ٢٤٠.

حاصل فيما نحن فيه.

و إن قلنا: إنَّ الفسخ لا يقتضى أزيد من ردّ العين إن كان موجوداً و بدله إن كان تالفاً أو كالتالف، و لا يعتبر فى صورته التلف إمكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه و تملكه منه، بل يكفى أن تكون العين المضمونه قبل الفسخ بضمنها مضمونه بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى قيمه فيما (١) تقدّم من (٢) مسأله البيع بشرط العتق ثم ظهور المبيع منعتاً على المشتري (٣)، و حكمهم برجوع الفاسخ إلى قيمه لو وجد العين منتقله بعقد لازم مع عدم إمكان تقدير عود الملك قبل الانتقال الذى هو بمنزله التلف إلى الفاسخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى قيمه، إلما مع إقدام المتبايعين على المعامله مع العلم بكونه ممن ينعق عليه، فالأقوى العدم؛ لأنهما قد توطئا على إخرجه عن المائيه الذى هو بمنزله إتلافه.

و بالجمله، فإنَّ الخيار حقٌ فى العين، و إنّما يتعلّق بالبدل بعد تعدّره لا ابتداءً، فإذا كان نقل العين إبطالاً لمائيته و نفويتاً لمحلّ الخيار و (٤) كان كنفويت نفس الخيار باشرط سقوطه، فلم يحدث حقٌ فى العين حتّى يتعلّق ببدله.

ص: ٤٢

١- ١) فى ظاهر «ق»: «فما»، و لعله من سهو القلم.

٢- ٢) فى «ش»: «فى».

٣- ٣) تقدّم فى كلام صاحب المقابس، راجع الصفحه ٤٠.

٤- ٤) لم ترد «و» فى «ش».

وقد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع (١) ونقله إلى من ينعق عليه كالإتلاف له من حيث المالبه، فدفع الخيار به أولى وأهون من رفعه، فتأمل.

و منها: العبد المسلم المشتري من الكافر

بناءً على عدم تملك الكافر للمسلم اختياراً، فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما. أمّا بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم وتمليكه إياه، و أمّا بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم: من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكة الأصلي و لو تقديراً (٢) لتكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه، و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز، وهذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال: إنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط (٣).

و يمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشتري، فيوافق مقتضى كلام فخر الدين قدس سره فى الإيضاح: من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاً، و بالنسبة إلى المشتري كالبيع (٤)؛ بناءً منه على عدم تملك السيد الكافر له؛ لأن الملك سبيل، و إنما له حق استيفاء

ص: ٤٣

-
- ١- ١) لم نظفر على مصرح بذلك بعد التبع فى الكتب الفقهيّة المتداوله، انظر مفتاح الكرامه ٤:٥٩٩.
 - ٢- ٢) تقدم فى الصفحه ٤١.
 - ٣- ٣) لا يوجد لدينا «حواشى الشهيد» لكن حكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:١٨٠.
 - ٤- ٤) إيضاح الفوائد ١:٤١٤.

لكنّ الإنصاف: أنّه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً؛ لأنّ الظاهر من قوله: «البيعان بالخيار» (١) اختصاص الخيار بصوره تحقّق البيع من الطرفين؛ مع أنّه لا معنى لتحقّق العقد البيعى من طرفٍ واحد، فإنّ شروط البيع إن كانت موجودة تحقّق من الطرفين و إلّا لم يتحقّق أصلاً، كما اعترف به بعضهم (٢) فى مسأله بيع الكافر الحربى من يعتق عليه.

و الأقوى فى المسأله وفاقاً لظاهر الأكثر (٣) و صريح كثير (٤) ثبوت الخيار فى المقام، و إن تردّد فى القواعد بين استرداد العين و (٥) القيمه (٦).

و ما ذكرنا: من أنّ الرجوع بالقيمه مبنئى على إمكان تقدير الملك فى ملك المالك الأصلي، لو أغمضنا عن منعه كما تقدّم فى المسأله السابقه (٧) غير قادح هنا؛ لأنّ تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدارٍ يثبت عليه بدله ليس سبيلاً للكافر على المسلم، و لذا جوّزنا له شراء من

ص: ٤٤

-
- ١- (١) الوسائل ١٢:٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ١، ٢ و ٣.
 - ٢- (٢) راجع جامع المقاصد ٤:١٣٣، و مفتاح الكرامه ٤:٣١٩ و ٥٤٩.
 - ٣- (٣) ثبوت الخيار ظاهر من أطلق عليه البيع و لم يصرّح بعدم سقوط الخيار.
 - ٤- (٤) ممّن صرّح بثبوت الخيار فى المسأله الشهيد فى الدروس ٣:١٩٩، و المحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٦٥.
 - ٥- (٥) فى «ش»: «أو».
 - ٦- (٦) القواعد ٢:١٨.
 - ٧- (٧) تقدّم فى الصفحه ٤١.

ينعتق عليه. وقد مرّ بعض الكلام في ذلك في شروط المتعاقدين (١).

و منها: شراء العبد نفسه بناءً على جوازه

فإنّ الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبه إلى قيمه؛ لعدم شمول أدلّه الخيار له، و اختاره في التذكرة (٢). و فيها أيضاً: أنّه لو اشترى جَمَدًا في شدّه الحرّ ففي الخيار إشكالٌ (٣). و لعلّه من جهه احتمال اعتبار قابليّته العين للبقاء بعد العقد ليتعلّق بها الخيار، فلا يندفع الإشكال بما في جامع المقاصد: من أنّ الخيار لا يسقط بالتلف (٤) لأنّه لا يسقط به إذا ثبت قبله، فتأمل.

ص: ٤٥

١-١) راجع الجزء الثالث: ٥٩٨.

٢-٢) التذكرة ٥١٦: ١.

٣-٣) التذكرة ٥١٦: ١.

٤-٤) جامع المقاصد ٢٨٧: ٤.

مسأله لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع عند علمائنا،

كما في التذكرة (١)، و عن تعليق الإرشاد (٢) وغيرهما (٣). و عن الغنيه:

الإجماع عليه (٤). و صرح الشيخ في غير موضع من المبسوط بذلك أيضاً (٥)، بل عن الخلاف: الإجماع على عدم دخوله في الوكاله و العاريه و القراض و الحواله و الوديعة (٦). إلا أنه في المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التي يدخلها الخيار و التي لا يدخلها قال: و أما الوكاله و الوديعة و العاريه

ص: ٤٤

١-١ (١) التذكرة ٥١٦:١.

٢-٢ (٢) حاشية الإرشاد (مخطوط): ٢٥٤، ذيل قول المصنف: «و يثبت في البيع خاصه».

٣-٣ (٣) مثل مجمع الفوائد ٣٨٨:٨، بلفظ «عند الأصحاب»، و المسالك ٢١١:٣، بلفظ «لا خلاف فيه بين علمائنا».

٤-٤ (٤) الغنيه: ٢٢٠.

٥-٥ (٥) راجع المبسوط ٨٠:٢-٨٢، و فيه بعد الحكم بعدم دخوله في الحواله و الإجاره و العتق هكذا: «لأنه يختص البيع» و «لأنه ليس ببيع» و «لأن خيار المجلس يختص البيع».

٦-٦ (٦) الخلاف ١٣:٣-١٤، المسأله ١٢ من البيوع، و فيه بدل «الحواله»: «الجعله».

و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع (١) انتهى.

و مراده خيار المجلس و الشرط. و حكى نحوه عن القاضي (٢).

و لم يُعلم معنى الخيار فى هذه العقود (٣)، بل جزم فى التذكرة: بأنه لا معنى للخيار فيها؛ لأن الخيار فيها أبداً (٤).

و احتمال فى الدروس: أن يراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار (٥). و لعل مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل فى هذه العقود، لا الموجب؛ إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار، و (٦) لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصرف، فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذى جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفاً عليه (٧).

لكن الإنصاف: أن تتبع كلام الشيخ فى المبسوط فى هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنه صرح فى مواضع قبل هذا الكلام و بعده باختصاص خيار المجلس بالبيع (٨).

ص: ٤٧

١-١) المبسوط ٢:٨٢.

٢-٢) المهذب ١:٣٥٦.

٣-٣) يعنى العقود المذكوره فى كلام الشيخ بقوله: «و أمّا الوكالة و الوديعة و...».

٤-٤) التذكرة ١:٥١٦.

٥-٥) الدروس ٣:٢٦٨.

٦-٦) لم ترد «و» فى «ش».

٧-٧) راجع الخلاف ٣:٢٢، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع.

٨-٨) انظر المبسوط ١:٨٠، ١:٨١ و ٢:٨٢.

و الذى يخطر بالبال: أنّ مراده دخول الخيارين فى هذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقد البيع، فتفسخ بفسخه فى المجلس؛ و هذا المعنى و إن كان بعيداً فى نفسه، إلّا أنّ ملاحظه كلام الشيخ فى المقام يقربه إلى الذهن، و قد ذكر نظير ذلك فى جريان الخيارين فى الرهن و الضمان (١)(٢).

و كيف كان، فلا إشكال فى أصل هذه المسألة.

ص: ٤٨

١-١) راجع المبسوط ٢:٧٩ و ٨٠.
٢-٢) فى «ش» زياده: «و صرح فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود، لأنها جائزه فيجوز الفسخ فى كلّ وقت، و هو محتمل كلام الشيخ، فتأمل». و قد وردت هذه الزياده فى «ف» فى الهامش. و انظر السرائر ٢:٢٤٦.

لأنّ ظاهر النصّ (١) كون البيع علّة تامّة، ومقتضاه كظاهر الفتاوى شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض. ولا إشكال فيه لو قلنا بوجود التقابض في المجلس في الصرف و السلم وجوباً تكليفيّاً، إمّا للزوم الربا كما صرّح به في صرف التذكرة (٢) و إمّا لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم يكن بنفسه مملّكاً؛ لأنّ ثمره الخيار حينئذٍ جواز الفسخ، فلا يجب التقابض.

أمّا لو قلنا بعدم وجوب التقابض و جواز تركه إلى التفريق المبطل للعقد، ففي أثر الخيار خفاءً، لأنّ المفروض بقاء سلطنه كلّ من المتعاقدين على ملكه و عدم حقّ لأحدهما في مال الآخر. و يمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقد بفسخ ذي الخيار عن قابليته لحقوق القبض المملّك، فلو فرض اشتراط سقوط الخيار في العقد لم يخرج العقد بفسخ المشروط

ص: ٤٩

-
- ١-١) يعني: «البيعان بالخيار حتّى يفترقا»، الوسائل ١٢:٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣١.
- ٢-٢) التذكرة ٥١١:١.

عليه عن قابليته التأثير.

قال في التذكرة: لو تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقابض فكذلك، وعليهما التقابض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراضٍ لم يحكم بعصيانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصى (١)، انتهى.

و في الدروس: يثبت معنى خيار المجلس في الصرف، تقابضا أو لا، فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصى و انفسخ العقد، و لو هرب قبل الالتزام فلا معصيه. و يحتمل قوياً عدم العصيان مطلقاً؛ لأنَّ للقبض مدخلاً في اللزوم فله تركه (٢)، انتهى.

و صرح الشيخ أيضاً في المبسوط بثبوت التخاير في الصرف قبل التقابض (٣).

و ممّا ذكرنا يظهر الوجه في كون مبدأ الخيار للمالكين الحاضرين في مجلس عقد الفضوليين على القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما على القول بالنقل، وكذا على الكشف، مع احتمال كونه من زمان العقد.

ص: ٥٠

١-١) التذكرة ٥١٨:١-٥١٩.

٢-٢) الدروس ٢٦٧:٣.

٣-٣) راجع المبسوط ٧٩:٢، و لكن لم يصرح به. و فيه: «و أمّا الصرف فيدخله خيار المجلس».

القول فى مسقطات الخيار

و هى أربعه على ما ذكرها فى التذكرة (١)-: اشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و إسقاطه بعد العقد، و التفرّق، و التصرف.

فيقع الكلام فى مسائل:

مسألة [المسقط الأول اشتراط السقوط فى ضمن العقد]

لا- خلاف ظاهراً فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد، و عن الغنيه: الإجماع عليه (٢). و يدلّ عليه قبل ذلك عموم المستفيض: «المؤمنون (٣) أو المسلمون (٤) عند شروطهم».

[توهم معارضه اشتراط السقوط لعموم أدله الخيار و دفعه]

و قد يتخيل معارضته لعموم (٥) أدله الخيار، و يرجح على تلك الأدله

ص: ٥١

١- ١) التذكرة ٥١٧: ١.

٢- ٢) الغنيه: ٢١٧.

٣- ٣) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٤- ٤) الوسائل ٣٥٣: ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢، ١ و ٥.

٥- ٥) فى «ش»: «بعموم».

بالمرجحات (١) وهو ضعيف؛ لأنّ الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود، و موافقه عمل الأصحاب لا يصير مرجحاً بعد العلم
بانحصار مستندهم في عموم أدلّه الشروط، كما يظهر من كتبهم.

و نحوه في الضعف التمسك بعموم أوفوا بالعقود (٢) بناءً على صيروره شرط عدم الخيار كالجاء من العقد الذي يجب الوفاء
به؛ إذ فيه: أنّ أدلّه الخيار أخصّ، فيخصّص بها العموم.

بل الوجه مع انحصار المستند في عموم دليل الشروط - عدم نهوض أدلّه الخيار للمعارضه؛ لأنّها مسوقه لبيان ثبوت الخيار بأصل
الشرع، فلا ينافي سقوطه بالمسقط الخارجي و هو الشرط؛ لوجوب العمل به شرعاً. بل التأمل في دليل الشرط يقضى بأنّ المقصود
منه رفع اليد عن الأحكام الأصليه الثابته للمشروطات قبل وقوعها في حيز الاشتراط، فلا تعارضه أدلّه تلك الأحكام، فحاله حال
أدلّه وجوب الوفاء بالنذر و العهد في عدم مزاحمتها بأدلّه أحكام الأفعال المنذوره لو لا النذر.

و يشهد لما ذكرنا من حكمه أدلّه الشرط و عدم معارضتها للأحكام الأصليه حتّى يحتاج إلى المرجح استشهاد الإمام في كثير
من الأخبار بهذا العموم على مخالفه كثير من الأحكام الأصليه.

ص: ٥٢

١ - ١) قال المامقاني قيّدس سرّه: «هذا الكلام و ما بعده من تضعيف التمسك بعموم: «أوفوا بالعقود» إشاره إلى دفع ما ذكره
صاحب الجواهر رحمه الله». غايه الآمال: ٤٩٠، و راجع الجواهر ٢٣: ١٢.

٢ - ٢) تمسك به صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٣: ١٢، و الآيه من سوره المائده: ١.

منها: صحِيحه مالك بن عطيّه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ كان له أبٌ مملوكٌ و كان تحت أبيه جاريهً مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أُعِينك في مكاتبتك حتّى تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار (١) على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك. قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم» (٢).

و الروايه محمولهٌ بقرينه الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائيه - على صورته وقوع الاشتراط في ضمن عقدٍ لازم، أو المصالحه على إسقاط الخيار المتحقّق سببه بالمكاتبه بذلك المال.

و كيف كان، فلا استدلال فيها بقاعده الشروط على نفي الخيار الثابت بالعمومات دليلٌ على حكومتها عليها، لا معارضتها المحوجه إلى التماس المرجّح.

نعم، قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه:

الأول: أنّ الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً؛ لأنّ الشرط (٣) في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، بل هو كالوعد، فلزوم الشرط يتوقّف على لزوم العقد، فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور.

ص: ٥٣

١- ١) في «ش» زياده: «بعد ذلك».

٢- ٢) الوسائل ١٦: ٩٥، الباب ١١ من أبواب المكاتبه، الحديث الأول.

٣- ٣) في «ق»: «الشروط».

الثاني: أنّ هذا الشرط مخالفٌ لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله: «البيعان بالخيار» فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراطٌ لعدم بعض مقتضيات العقد.

الثالث: ما استدلّ به بعض الشافعيّين على عدم جواز اشتراط السقوط: من أنّ إسقاط الخيار في ضمن العقد إسقاطٌ لما لم يجب؛ لأنّ الخيار لا يحدث إلّا بعد البيع، فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله (١).

هذا، ولكن شيءٌ من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال.

أمّا الأول؛ فلأنّ الخارج من عموم الشروط (٢): الشروط الابتدائيّة، لأنّها كالوعد، والواقع في ضمن العقود الجائزه بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز؛ لأنّ الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به ممّا لا يجتمعان؛ لأنّ الشرط تابعٌ و كالتقييد للعقد المشروط به. أمّا إذا كان نفس مؤدّى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به - كما فيما نحن فيه - لا التزاماً آخر مغايراً لالتزام أصل العقد، فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد، فلا يلزم تفكيكٌ بين التابع و المتبوع في اللزوم و الجواز.

و أمّا الثاني؛ فلأنّ الخيار حقٌّ للمتعاقدين اقتضاه العقد لو خُلّي و نفسه، فلا ينافي سقوطه بالشرط.

و بعبارةٍ أخرى: المقتضى للخيار العقد بشرط لا، لا طبيعه العقد من حيث هي حتى لا يوجد بدونه. و قوله: «البيعان بالخيار» وإن كان

ص: ٥٤

١-١) حكاها في التذكرة ٥١٧:١، و راجع المغنى لابن قدامة ٥٦٨:٣.

٢-٢) في «ش»: «الشرط».

له ظهورٌ في العلية التامة، إلا أن المتبادر من إطلاقه صورته الخلو عن شرط السقوط؛ مع أن مقتضى الجمع بينه وبين دليل الشرط كون العقد مقتضياً، لا تمام العلة ليكون التخلف ممتنعاً شرعاً.

نعم، يبقى الكلام في دفع توهم: أنه لو بُنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة لم يبق شرطٌ مخالفٌ للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد. ومحل ذلك وإن كان في باب الشروط، إلا أن مجمل القول في دفع ذلك فيما نحن فيه: أننا حيث علمنا بالنص والإجماع أن الخيار حقٌّ ماليٌّ قابلٌ للإسقاط والإرث، لم يكن سقوطه منافياً للمشروع (١)، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي، كما لو اشترط في هذا العقد سقوط الخيار [في عقد آخر (٢)].

و (٣) عن الثالث بما عرفت: من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورته الخلو عن الاشتراط وإقدام المتبايعين على عدم الخيار، ففائدة الشرط إبطال المقتضى لا إثبات المانع.

ويمكن أن يستأنس لدفع الإشكال من هذا الوجه الثالث و من سابقه بصحيحه مالك بن عطية المتقدمه (٤).

ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه:

أحدها: أن يشترط عدم الخيار

و هذا هو مراد المشهور من

ص: ٥٥

١- ١) كذا في «ق»، و في نسخه بدل «ش»: «للمشروط».

٢- ٢) لم يرد في «ق».

٣- ٣) في «ش» زياده: «أمّا».

٤- ٤) تقدّمت في الصفحه ٥٣.

اشترط السقوط فيقول: «بعت بشرط أن لا- يثبت بيننا خيار المجلس» كما مثل به في الخلاف و المبسوط و الغنيه و التذكرة (١)؛ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت، لا الارتفاع.

الثاني: أن يشترط عدم الفسخ

فيقول: «بعت بشرط أن لا- أفسخ في المجلس» فيرجع إلى التزام ترك حقه، فلو خالف الشرط و فسخ فيحتمل قوياً عدم نفوذ الفسخ؛ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه و عدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصدق به على ما ذهب إليه (٢) غير واحد (٣) فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذه في حقه. و يحتمل النفوذ، لعموم دليل الخيار، و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم: من أن بيع منذور التصدق حث موجب للكفاره، لا فاسد (٤).

و حينئذ فلا فائده في هذا غير الإثم على مخالفته، إذ ما يترتب

ص: ٥٦

-
- ١- ١) لم نعثر على المثال في الخلاف و التذكرة، راجع الخلاف ٩: ٣ و ٢١، و المبسوط ٨٣: ٢، و الغنيه: ٢١٧، و التذكرة ٥١٦: ١.
- ٢- ٢) الظاهر رجوع الضمير إلى «بطلان البيع» المستفاد من فحوى الكلام.
- ٣- ٣) لم نقف على موضع بحثهم عن المسألة بخصوصها، نعم عد المحقق التستري قدس سره السبب السادس من منقصات الملك: تعلق حق النذر و شبهه، و نقل جملة مما وقف عليه من كلمات الأصحاب في كتاب الزكاه و الحج و العتق و النذر و الصيد و الذباجة و غير ذلك مما يرتبط بالمسألة، لكن لم ينقل عن أحد القول ببطلان بيع منذور التصدق، راجع المقابص: ١٩٠.
- ٤- ٤) حكاة المحقق التستري في المقابص: ١٩٤ عن الشهيد الثاني قدس سره في مسألتي منذور التدبير و منذور الحرّيه، و لكن لم نعثر عليه في كتبه قدس سره.

على مخالفه الشرط فى غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط غير مترتب هنا.

و الاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال على وجوب ترتب آثار الشرط، وهو عدم الفسخ فى جميع الأحوال حتى بعد الفسخ، فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغواً، كما تقدم نظيره فى الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد على كون فسخ أحدهما منفرداً لغواً لا يرفع وجوب الوفاء (١).

الثالث: أن يشترط إسقاط الخيار،

و مقتضى ظاهره: وجوب الإسقاط بعد العقد، فلو أخل به و فسخ العقد، ففى تأثير الفسخ الوجهان المتقدمان، و الأقوى عدم التأثير.

و هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم إسقاط المشترط الخيار بعد العقد و إن لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط، و من أن المقصود منه إبقاء العقد، فلا يحصل التخلف إلا إذا فسخ.

و الأولى: بناءً 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 المشترط على سلطنه الفسخ مخالفاً لمصلحه المشروط له، و قد يموت ذو الخيار و ينتقل إلى وارثه.

بقى الكلام فى أن المشهور: أن تأثير الشرط إنما هو مع ذكره فى متن العقد،

فلو ذكره قبله لم يفد، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

و صدق الشرط على غير المذكور فى العقد غير ثابت؛ لأن المتبادر عرفاً

ص: ٥٧

هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلبٍ آخر؛ و قد تقدّم عن القاموس: أنّه الإلزام و الالتزام في البيع و نحوه (١).

و عن الشيخ و القاضي تأثير الشرط المتقدّم.

قال في محكيّ الخلاف: لو شرطاً قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيارٌ بعد العقد صحّ الشرط و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول. ثمّ نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعي. ثمّ قال: دليلنا: أنّه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار في جواز الشرط يشمل هذا الموضوع (٢)، انتهى. و نحوه المحكيّ عن جواهر القاضي (٣).

و قال في المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك: و عندي في ذلك نظرٌ، فإنّ الشرط إنّما يعتبر حكمه لو وقع في متن العقد، نعم لو شرطاً قبل العقد و تبايعاً على ذلك الشرط صحّ ما شرطاه (٤)، انتهى.

أقول: التبايع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه في العقد بأن يقول مثلاً: «بعت على ما ذكر» فهو من المذكور في متن العقد، و إن كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الإنشاء، فهذا هو ظاهر كلام الشيخ.

نعم، يحتمل أن يريد الصورة الأولى (٥)، و هذا هو المناسب للاستدلال

ص: ٥٨

١-١ (١) تقدّم في الصفحة ٢٢.

٢-٢ (٢) الخلاف ٣:٢١، المسألة ٢٨ من كتاب البيوع.

٣-٣ (٣) جواهر الفقه: ٥٤، المسألة ١٩٥.

٤-٤ (٤) المختلف ٥:٦٣.

٥-٥ (٥) في «ش» زياده: «و أراد بقوله: قبل العقد، قبل تمامه»، و وردت هذه العبارة في هامش «ف» بلفظ: «و يراد بقوله... إلخ».

له بعدم المانع من هذا الاشتراط. و يؤيده أيضاً، بل يعينه: أن بعض أصحاب الشافعي إنما يخالف في صحه هذا الاشتراط في متن العقد، وقد صرح في التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعيه في اشتراط عدم الخيار في متن العقد، واستدل عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد، فلا يصح إسقاطه قبل تمامه (١).

و الحاصل: أن ملاحظه عنوان المسأله في الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و استدلال (٢) بعض الشافعيه على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادته الشيخ صورته ترك الشرط في متن العقد.

و كيف كان، فالأقوى أن الشرط الغير المذكور في متن العقد غير مؤثر؛ لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق؛ لأن المتحقق في السابق إما وعد بالتزام، أو التزام تبرع لا يجب الوفاء به، و العقد اللاحق و إن وقع مبيتاً عليه لا يلزمه، لأن الشرط إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلاًما يجعل المتكلم، و إلاًما فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدي مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر (٣) منوياً، فيكون كالمحذوف النحوي بعد نصب القرينه، فإن من باع داره في حال بنائه - في الواقع - على عدم الخيار له لم يحصل له في ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد إنشاءه بشيء. بخلاف قوله: «بعتك على أن لا خيار لي» (٤).

ص: ٥٩

١- ١) التذكرة ٥١٧: ١، و راجع المغني لابن قدامه ٥٦٨: ٣.

٢- ٢) لم ترد «استدلال» في «ش»، و شطب عليها في «ف».

٣- ٣) في «ش» زياده: «شرطاً».

٤- ٤) لم يرد في «ق».

الذى مؤداه بعثك ملتزماً على نفسى و بانياً على أن لا خيار لى، فإن إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيداً بإنشائه التزام عدم الخيار.

□
فحاصل الشرط: إلزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالأول؛ و تمام الكلام فى باب الشروط إن شاء الله تعالى.

فرع:

ذكر العلامة فى التذكرة مورداً لعدم جواز اشتراط [نفى (١)] خيار المجلس و غيره فى متن العقد، و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه، بأن قال: «لله على أن أعتقك إذا بعثك»، قال: لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع؛ لصحة النذر، فيجب الوفاء به، و لا يتم برفع الخيار. و على قول بعض علمائنا: من صحه البيع مع بطلان الشرط، يلغو الشرط و يصح البيع و يعتق [٢]، انتهى (٣).

أقول: هذا مبني على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافيه له، و قد مرّ أن الأقوى فى الشرط [أيضاً (٤)] كونه كذلك (٥).

ص: ٦٠

١- ١) لم يرد فى «ق».

٢- ٢) من «ش» و المصدر.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٩٥.

٤- ٤) لم يرد فى «ق».

٥- ٥) مرّ فى الصفحة ٥٦.

مسأله [المسقط الثاني إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

و من المسقطات: إسقاط هذا الخيار بعد العقد، بل هذا هو المسقط الحقيقي. و لا خلاف ظاهراً في سقوطه بالإسقاط، و يدلّ عليه- بعد الإجماع- فحوى ما سيجيء (١): من النصّ الدالّ على سقوط الخيار بالتصرّف، معللاً بأنّه رضى بالبيع؛ مضافاً إلى القاعده المسلّمه: من أنّ لكلّ ذى حقّ إسقاط حقّه، و لعلّه لفحوى تسلّط الناس على أموالهم، فهم أولى بالتسلّط على حقوقهم المتعلّقه بالأموال، و لا معنى لتسلّطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابله للنقل، إلّا نفوذ تصرّفهم فيها بما يشمل الإسقاط.

و يمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائي.

ثمّ إنّ الظاهر سقوط الخيار بكلّ لفظ يدلّ عليه بإحدى الدلالات العرفيه،

للفحوى المتقدّمه (٢)، و فحوى ما دلّ على كفايه بعض الأفعال

ص: ٦١

١- ١) يجيء في الصفحه ٨٢ و ٩٧.

٢- ٢) يعنى: ما ذكره آنفاً من فحوى سقوط الخيار بالتصرّف.

فى إجازة عقد الفضولى (١)، وصدق «الإسقاط» النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلّط على إسقاط الحقوق؛ و على هذا فلو قال أحدهما: «أسقطت الخيار من الطرفين» فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضاً، لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطاً أيضاً.

ص: ٦٢

١ - ١) مثل: ما دلّ على أنّ سكوت البكر إجازة لنكاحها الفضولى، و سكوت المولى إجازة لنكاح العبد، راجع الوسائل ١٤:٢٠٦، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، و ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبد و الإماء.

فإن اختار المأمور الفسخ، فلا إشكال في انفساخ العقد.

وإن اختار الإمضاء، ففي سقوط خيار الأمر أيضاً مطلقاً كما عن ظاهر الأكثر (١)، بل عن الخلاف: الإجماع عليه (٢) أو بشرط إرادته تملك الخيار لصاحبه، وإلا فهو باقٍ مطلقاً (٣) كما هو ظاهر التذكرة (٤) أو مع قيد إرادته الاستكشاف دون التفويض و يكون حكم التفويض كالتملك، أقوال.

و لو سكت، فخيار الساكت باقٍ إجماعاً، ووجهه واضح. و أما

ص: ٦٣

١- ١) لم نقف على من نسبه إلى ظاهر الأكثر، نعم قال في مفتاح الكرامه ٤:٥٤٤: «كما في المبسوط و الخلاف و الغنيه و التحرير و التذكرة و الدروس و غيرها، و في الغنيه و ظاهر الخلاف الإجماع عليه».

٢- ٢) حكاه السيد العاملي عن ظاهر الخلاف، و هو الحق؛ لأنَّ عبارته ليست صريحه في دعوى الإجماع، انظر الخلاف ٣:٢١، المسأله ٢٧ من كتاب البيوع.

٣- ٣) كتب في «ق» فوق «مطلقاً»: «على الإطلاق».

٤- ٤) التذكرة ١:٥١٨.

خيار الأمر، ففي بقاءه مطلقاً، أو بشرط عدم إرادته (١) تملك الخيار كما هو ظاهر التذكرة (٢)، أو سقوط خياره مطلقاً كما عن الشيخ (٣)؟ أقوال.

و الأولى أن يقال: إن كلمة «اختر» بحسب وضعه لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد من الفسخ و الإمضاء، و ليس فيه دلالة على ما ذكره: من تملك الخيار أو تفويض الأمر أو استكشاف الحال.

نعم، الظاهر عرفاً من حال الأمر أن دعيه استكشاف حال المخاطب، و كأنه في العرف السابق كان ظاهراً في تملك المخاطب أمر الشيء، كما يظهر من باب الطلاق (٤)، فإن تم دلالاته حينئذٍ على إسقاط الأمر خياره بذلك، و إلا فلا مزيل لخياره. و عليه يحمل على تقدير الصحه - ما ورد في ذيل بعض أخبار خيار المجلس: «أنهما بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: [اختر (٥)]» (٤).

ص: ٦٤

١- ١) في «ش»: «إرادته».

٢- ٢) التذكرة ٥١٨: ١.

٣- ٣) قال السيد العاملي قدس سره في هذا المقام: «و من الغريب! أن المحقق الثاني و الشهيد الثاني نسبا هذا القول إلى الشيخ و تبعهما شيخنا صاحب الرياض، و هو خلاف ما صرح به في المبسوط و الخلاف و خلاف ما حكى عنهما في المختلف و الإيضاح» مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٤. و مثله قال المحقق التستري في المقابس: ٢٤٣، راجع المبسوط ٨٢: ٢-٨٣، و الخلاف ٣: ٢١، المسأله ٢٧ من كتاب البيوع، و انظر جامع المقاصد ٤: ٢٨٥، و المسالك ٣: ١٩٧.

٤- ٤) انظر الوسائل ١٥: ٣٣٥، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٥- ٥) لم يرد في «ق».

٦- ٦) المستدرک ١٣: ٢٩٩، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

ثم إنه لا إشكال في أن إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر. و منه يظهر: أنه لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر انفسخ العقد؛ لأنه مقتضى ثبوت الخيار، فكان العقد بعد إجازته أحدهما جائزاً من طرف الفاسخ دون المجيز، كما لو جعل الخيار من أول الأمر لأحدهما. و هذا ليس تعارضاً بين الإجازة و الفسخ و ترجيحاً له عليها.

نعم، لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما لمتعدّد (كالأصيل و الوكيل) فأجاز أحدهما و فسخ الآخر دفعه واحده، أو تصرف ذو الخيار في العوضين دفعه واحده (كما لو باع عبداً بجاريه، ثم أعتقهما جميعاً، حيث إن إعتاق العبد فسخ، و إعتاق الجارية إجازة) أو اختلف الورثة في الفسخ و الإجازة تحقّق التعارض. و ظاهر العلامه في جميع هذه الصور تقديم الفسخ (1) و لم يظهر له وجه تام؛ و سيجيء الإشارة إلى ذلك في موضعه (2).

ص: ٦٥

١-١) انظر التذكرة ٥١٨:١.

٢-٢) انظر الجزء السادس، الصفحة ١١٧ و ما بعدها.

من جمله مسقطات الخيار افتراق المتبايعين، و لا إشكال في سقوط الخيار به، و لا في عدم اعتبار ظهوره في رضاها بالبيع، و إن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك، مثل قوله عليه السلام: «فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا» (١).

[معنى الافتراق المسقط]

و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقين حين العقد:

افتراقهما بالنسبة إلى الهيئه الاجتماعيه الحاصله لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي و لو بمسمّاه ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوه؛ و لذا حكى عن جماعه التعبير بأدنى الانتقال (٢).

و الظاهر: أنّ ذكره في بعض العبارات لبيان أقلّ الأفراد، خصوصاً مثل قول الشيخ في الخلاف: «أقلّ ما ينقطع به خيار المجلس خطوه» (٣).

ص: ٦٦

١- ١) الوسائل ٣٤٦: ١٢، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٢- ٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤: ٥٤٣) عن التحرير و جامع المقاصد و المسالك، راجع التحرير ١٦٥: ١، و جامع المقاصد ٢٨٤: ٤، و المسالك ١٩٦: ٣. لكن ليس فى الأخيرين تصريح بذلك، نعم فىهما ما يفيد.

٣- ٣) الخلاف ٢١: ٣، المسأله ٢٦ من كتاب البيوع.

مبنى على الغالب في الخارج أو في التمثيل لأقل الافتراق؛ فلو تبايعا في سفينتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما.

و يظهر من بعض (١): اعتبار الخطوه، اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب. و عن صريح آخر (٢): التأمل في كفايه الخطوه؛ لانصراف الإطلاق إلى أزيد منها (٣)، فيستصحب الخيار. و يؤيده قوله عليه السلام في بعض الروايات: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا» (٤)، وفيه: منع الانصراف و دلالة الروايه.

[ما يحصل به الافتراق]

ثم اعلم أنّ الافتراق -على ما عرفت من معناه يحصل بحركه أحدهما و بقاء الآخر في مكانه، فلا يعتبر الحركه من الطرفين في صدق افتراقهما، فالحركه من أحدهما لا يسمّى افتراقاً حتى يحصل عدم المصاحبه من الآخر، فذات الافتراق الخارجى (٥) من المتحرّك، و اتصافها بكونها افتراقاً من الساكن. و لو تحرّك كلُّ منهما كان حركه كلُّ منهما افتراقاً بملاحظه عدم مصاحبه الآخر. و كيف كان، فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركه كلُّ منهما إلى غير جانب الآخر، كما تدلّ عليه الروايات الحاكيه لشراء الإمام عليه السلام

ص: ٦٧

١- ١) و لعلّ المراد به السيّد العاملى في مفتاح الكرامه ٥٤٢: ٤-٥٤٣.

٢- ٢) و هو السيّد الطباطبائى في الرياض كما في الجواهر ١٣: ٢٣، و راجع الرياض ١٨٠: ٨.

٣- ٣) في «ق»: «منه».

٤- ٤) الوسائل ٣٤٨: ١٢، الباب ٢ من أبواب خيار المجلس، الحديث ٢.

٥- ٥) لم ترد «الخارجى» في «ش»، و شُطب عليها في «ف».

أرضاً و أنه عليه السلام قال: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا» (1)، فأثبت افتراق الطرفين بمشييه عليه السلام فقط.

ص: ٦٨

١-١) تقدّم في الصفحة السابقه.

مسأله المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه

إذا منع من التخيير أيضاً، سواء بلغ حدّ سلب الاختيار أم لا، لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار، مضافاً إلى حديث «رُفِعَ ما استكرهوا عليه» (١)، وقد تقدّم في مسأله اشتراط الاختيار في المتبايعين (٢) ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف، فلا يختصّ برفع التكليف.

هذا، و لكن يمكن منع التبادر، فإنّ المتبادر هو الاختيارى فى مقابل الاضطرارى الذى لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل، بل يكون صورته فعلٍ قائمتهً بجسم المضطرّ، لا- فى مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعّد على تركه، فإنّ التبادر ممنوعٌ، فإذا دخل

ص: ٦٩

١- ١) الوسائل ٢٩٦: ١١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس، الحديث ٣، و ١٦: ١٤٤، الباب ١٦ من أبواب الأيمان، الحديث ٣ و ٥، و فيها: «وضع» بدل «رفع».

٢- ٢) راجع الجزء الثالث: ٣٠٨ و ٣٣١.

الاختياري المكره عليه دخل الاضطراري لعدم القول بالفصل؛ مع أنّ المعروف بين الأصحاب: أنّ الافتراق و لو اضطراراً مسقطٌ للخيار إذا كان الشخص متمكناً من الفسخ و الإمضاء، مستدلينّ عليه بحصول التفرّق المسقط للخيار.

قال في المبسوط في تعليل الحكم المذكور: لأنّه إذا كان متمكناً من الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتّى وقع التفرّق، كان ذلك دليلاً على الرضا و الإمضاء (١)، انتهى.

و في جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله: لتحقّق الافتراق مع التمكن من الاختيار (٢)، انتهى.

و منه يظهر: أنّه لا وجه للاستدلال بحديث «رفع الحكم عن المكره»؛ للاعتراف بدخول المكره و المضطرّ إذا تمكّن من التخيير.

و الحاصل: أنّ فتوى الأصحاب هي: أنّ التفرّق عن إكراهٍ عليه و على ترك التخيير غير مسقطٍ للخيار، و أنّه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره، و هذه لا يصحّ الاستدلال عليها (٣) باختصاص الأدلّه بالتفرّق الاختياري، و لا بأنّ مقتضى حديث الرفع جعل التفرّق المكره عليه كلاً تفرّق؛ لأنّ المفروض أنّ التفرّق الاضطراري أيضاً مسقطٌ مع وقوعه في حال التمكن من التخيير.

[الاستدلال على كون المسقط هو الافتراق عن رضا]

فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى الشهره المحقّقه الجابره

ص: ٧٠

١-١) المبسوط ٢:٨٤.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٢٨٣.

٣-٣) في «ش»: «و هذا لا يصحّ الاستدلال عليه».

للإجماع المحكي (١)، و إلى أنّ المتبادر من التفريق ما كان عن رضا بالعقد، سواء وقع اختياراً أو اضطراراً بقوله عليه السلام في صحيحه الفضيل:

«إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (٢).

دلّ على أنّ الشرط في السقوط الافتراق و الرضا منهما، و لا ريب أنّ الرضا المعتبر ليس إلّا المتصل بالتفريق بحيث يكون التفريق عنه؛ إذ لا يعتبر الرضا في زمانٍ آخر إجماعاً.

أو يقال: إنّ قوله: «بعد الرضا» إشارة إلى إناطه السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عن افتراقهما (٣) فيكون الافتراق مسقطاً، لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد و إعراضهما عن الفسخ.

و على كلّ تقدير، فيدلّ على أنّ المتفريقين و لو اضطراراً إذا كانا متمكّنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعاً عن رضاهما بالعقد فسقط (٤) خيارهما. و هذا هو الذي استفاده الشيخ قدس سرّه كما صرح به في عبارته المبسوط المتقدّمه (٥).

ص: ٧١

١- ١) كما في الغنيه: ٢١٧، و حكاها السيّد بحر العلوم في المصاييح عنه و عن تعليق الشرائع، انظر المصاييح (مخطوط): ١٢١.

٢- ٢) الوسائل ٣٤٦: ١٢، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣- ٣) كذا في «ق»، و في «ش»: «المستكشف عنه عن افتراقهما». و الأولى في العبارة: «المستكشف عنه بافتراقهما».

٤- ٤) كذا في ظاهر «ق» أيضاً، و المناسب: «فيسقط».

٥- ٥) تقدّمت في الصفحة المتقدّمه.

مسأله لو أكره أحدهما على التفريق و منع عن التخيير و بقى الآخر فى المجلس،

فإن منع من المصاحبه و التخيير لم يسقط خيار أحدهما؛ لأنهما مكرهان على الافتراق و ترك التخيير، فدخل فى المسأله السابقه. و إن لم يمنع من المصاحبه، ففيه أقوال.

و توضيح ذلك: أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت - يحصل بحركه أحدهما اختياراً و عدم مصاحبه الآخر له [١] كذلك، و أن الإكراه على التفريق لا يسقط حكمه ما لم ينضمّ معه الإكراه على ترك التخيير.

فحينئذٍ نقول: تحقق الإكراه المسقط فى أحدهما دون الآخر يحصل تارةً بإكراه أحدهما على التفريق و ترك التخيير و بقاء الآخر فى المجلس مختاراً فى المصاحبه أو التخيير. و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما فى المجلس كرهاً مع المنع عن التخيير و ذهاب الآخر اختياراً.

[محل الكلام ما لو أكره أحدهما المعين على الافتراق]

و محلّ الكلام هو الأوّل، و سيّضح به [حكم (٢)] الثانى. و الأقوال

ص: ٧٢

١- (١) الزيادة اقتضاها السياق.

٢- (٢) لم يرد فى «ق»، و كتب فى «ف» فى الهامش.

فيه أربعة:

□
سقوط خيارهما، كما عن ظاهر المحقق والعلامة وولده السعيد والسيد العميد وشيخنا الشهيد (١) قدس الله أسرارهم.

و ثبوته لهما، كما عن ظاهر المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين و محتمل الإرشاد (٢).

و سقوطه في حق المختار خاصه.

و فضل في التحرير بين بقاء المختار في المجلس فالثبوت لهما، و بين مفارقتها فالسقوط عنهما (٣).

و مبنى الأقوال على أن افتراقهما المجهول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما، أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما؟ و على الأول، هل يكون اختيار كل منهما مسقطاً لخياره، أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما؟ فعلى الأول

ص: ٧٣

١ - ١) حكاة المحقق التستري في المقابس (٢٤٢) عن العلامة وولده والسيد عميد الدين و عن ظاهر المحقق والشهيد، انظر الشرائع ٢:٢١، والقواعد ٢:٦٥، و إيضاح الفوائد ١:٤٨٣، و كثر الفوائد ١:٤٤٧، و الدروس ٣:٢٦٦، و حكى عنهم ذلك في المصاييح (مخطوط): ١٢٢، و مفتاح الكرامه ٤:٥٥١، أيضاً.

٢ - ٢) حكى عنهم ذلك في المصاييح (مخطوط): ١٢٢، و مفتاح الكرامه ٤:٥٥١، و المقابس: ٢٤٢، مع تفاوت في النسبه من حيث التصريح في بعض و الظهور في آخر، انظر المبسوط ٢:٨٤، و جامع المقاصد ٤:٢٨٩، و الروضه ٣:٤٤٩، و المسالك ٣:١٩٦، و الإرشاد ١:٣٧٤.

٣ - ٣) التحرير ١:١٦٦.

يسقط خيار المختار خاصّةً، كما عن الخلاف (١) و جواهر القاضى (٢). و على الثانى يثبت الخياران، كما عن ظاهر المبسوط و المحقّق و الشهيد الثانى (٣).

و على الثانى: فهل يعتبر فى المسقط لخيارهما كونه فعلاً- وجوديّاً و حركةً صادرةً باختيار أحدهما، أو يكفى كونه تركاً اختيارياً، كالبقاء فى مجلس العقد مختاراً؟ فعلى الأوّل: يتوجّه التفصيل المصرّح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد و ذهابه (٤).

و على الثانى: يسقط الخياران، كما عن ظاهر المحقّق و العلّامة و ولده السعيد و السيّد العميد و شيخنا الشهيد (٥).

و اعلم أنّ ظاهر الإيضاح: أنّ قول التحرير ليس قولاً- مغايراً للثبوت لهما، و أنّ محلّ الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختياراً، و إلّا سقط خيارهما اتّفاقاً، حيث قال فى شرح قول والده قدّس سرّه: «لو حمل أحدهما و منع من التخيير لم يسقط خياره على إشكال. و أمّا الثابت، فإنّ مُنع من المصاحبه و التخيير لم يسقط خياره، و إلّا فالأقرب سقوطه، فيسقط خيار الأوّل» (٦) انتهى، قال: إنّ هذا مبنىّ على بقاء

ص: ٧٤

١- (١) الخلاف ٣: ٢٦، المسأله ٣٥ من كتاب البيوع.

٢- (٢) جواهر الفقه: ٥٥، المسأله ١٩٧، و حكاه عن ظاهره و ظاهر قبله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٥١، و التستري فى المقابس: ٢٤٢.

٣- (٣) تقدّم عنهم فى الصفحه المتقدّمه.

٤- (٤) تقدّم عنه فى الصفحه المتقدّمه.

٥- (٥) تقدّم عنهم فى الصفحه المتقدّمه.

٦- (٦) القواعد ٢: ٦٥.

الأ-كوان و عدمه و افتقار الباقي إلى المؤثر و عدمه و أنّ الافتراق ثبوتىّ أو عدمىّ، فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي إلى المؤثر يسقط؛ لأنّه فعَل المفارقة، و على القول ببقائها و استغناء الباقي عن المؤثر و ثبوتيه الافتراق لم يسقط خياره؛ لأنّه لم يفعل شيئاً. و إن قلنا بعدميه الافتراق و العدم ليس بمعلّل فكذلك. و إن قلنا: إنّه يعلّل سقط أيضاً. و الأقرب عندى السقوط؛ لأنّه مختارٌ فى المفارقة (١)، انتهى.

و هذا الكلام و إن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات، إلّا أنّه على كلّ حالٍ صريحٌ فى أنّ الباقي لو ذهب اختياراً فلا-خلاف فى سقوط خياره؛ و ظاهره كظاهر عباره القواعد:- أنّ سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر، فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر. لكنّ العبارة المحكيه عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول، قال: «لو أكرها أو أحدهما على التفرّق بالأبدان على وجه يتمكّن من الفسخ و التخاير فلم يفعلا بطل خيارهما أو خيار من تمكّن من ذلك» (٢) و نحوه المحكى عن القاضى (٣)؛ فإنّه لولا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله: «بطل خيارهما» فتأمل.

بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها (٤). و فيه تأمل.

و كيف كان، فالأظهر فى بادئ النظر ثبوت الخيارين، للأصل

ص: ٧٥

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٤٨٢:١-٤٨٣.

٢-٢ (٢) الخلاف ٣:٢٦، المسألة ٣٥ من كتاب البيوع.

٣-٣ (٣) جواهر الفقه: ٥٥، المسألة ١٩٧.

٤-٤ (٤) حكاة السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٥١، و راجع التذكرة ١:٥١٨.

و ما تقدّم: من تبادر تفرّقهما عن رضا منهما، فإنّ التفرّق و إن لم يعتبر كونه اختيارياً من الطرفين و لا من أحدهما، إلّا أنّ المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرّق، فرضاً أحدهما في المقام و هو الماكث لا دليل على كفايته في سقوط خيارهما، و لا في سقوط خيار خصوص الراضى؛ إذ الغايه غايه للخيارين، فإن تحققت سقطاً و إلّا ثبتا. و يدلّ عليه ما تقدّم من صحيحه الفضيل (١) المصرّحه بإناطه سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضا أحدهما.

و لكن يمكن التفضي عن الأصل بصدق تفرّقهما، و تبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوع، بل المتيقن اعتبار رضا أحدهما.

و ظاهر الصحيحه و إن كان اعتبار ذلك، إلّا أنّه معارضٌ بإطلاق ما يستفاد من الروايه السابقه الحاكيه لفعل الإمام عليه السلام و أنّه قال:

«فمشيت خُطىً ليجب البيع حين افترقنا» (٢)، جَعِلَ مجرّد مشيه عليه السلام سبباً لصدق الافتراق المجعول غايه للخيار، و جَعِلَ وجوب البيع علّه غايه له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام عليه السلام.

و دعوى: انصرافه إلى صوره شعور الآخر و تركه المصاحبه اختياراً، ممنوعه.

و ظاهر الصحيحه و إن كان أخصّ، إلّا أنّ ظهور الروايه في عدم مدخلية شيء آخر زائداً على مفارقه أحدهما صاحبه مؤيدٌ بالتزام مقتضاه في غير واحدٍ من المقامات، مثل ما إذا مات أحدهما و فارق

ص: ٧٤

١-١) تقدّمت في الصفحه ٧١.

٢-٢) تقدّمت في الصفحه ٦٧.

الآخِرُ اختياراً، فإنَّ الظاهر منهم عدم الخلاف في سقوط الخيارين، وقد قطع به في جامع المقاصد مستدلاً بأنه قد تحقّق الافتراق، فسقط الخياران (١) مع أنّ المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه (٢).

و كذا لو فارق أحدهما في حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقه صاحبه مع تأيّد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين (٣).

و ظاهر المبني المتقدّم عن الإيضاح (٤) أيضاً: -عدم الخلاف في عدم اعتبار الرضا من الطرفين، وإنّما الخلاف في أنّ البقاء اختياراً مفارقةً اختياريةً أم لا. بل ظاهر القواعد (٥) أيضاً: -أنّ سقوط خيار المكره متفرّع على سقوط خيار الماكث، من غير إشاره إلى وجود خلافٍ في هذا التفريع، وهو الذي ينبغي؛ لأنّ الغايه إن حصلت سقط الخياران، وإلاّ بقيا، فتأمّل.

و عبارة الخلاف المتقدّمه (٦) وإن كانت ظاهره في التفكيك بين المتبايعين في الخيار، إلاّ أنّها ليست بتلك الظهور، لاحتمال إرادته سقوط خيار المتمكّن من التخيير من حيث تمكّنه مع قطع النظر عن حال

ص: ٧٧

١-١) جامع المقاصد ٢٨٨:٤.

٢-٢) كما تقدّم في الصفحة ٧٣.

٣-٣) نقله في المقابس: ٢٤٢ عن ظاهره، و راجع كنز الفوائد ١:٤٤٧، و فيه: اتفاقاً.

٤-٤) تقدّم في الصفحة ٧٤-٧٥.

٥-٥) تقدّمت عبارته في الصفحة ٧٤.

٦-٦) تقدّمت في الصفحة ٧٥.

الآخر، فلا ينافي سقوط خيار الآخر؛ [لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما في الغايه (١)]، مع أنّ شمول عبارته لبعض الصور التي لا يختصّ بطلان الخيار فيها بالمتمكن ممّا لا بدّ منه، كما لا يخفى على المتأمل. و حملها على ما ذكرنا: من إرادته المتمكن لا بشرط، لا إرادته خصوصه فقط، أولى من تخصيصها ببعض الصور. ولعلّ نظر الشيخ و القاضي (٢) إلى أنّ الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غايةً لسقوط خيار كلّ منهما، فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقطٌ لخياره خاصّةً. و هو استنباطٌ حسنٌ. لكن لا يساعد عليه ظاهر النصّ (٣).

إذا أكره أحدهما على البقاء

ثمّ إنّّه يظهر ممّا ذكرنا حكم عكس المسأله و هي ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعاً من التخيير و فارق الآخر اختياراً فإنّ مقتضى ما تقدّم من الإيضاح من مبنى الخلاف (٤) عدم الخلاف في سقوط الخيارين هنا، و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال (٥) جريان الخلاف هنا أيضاً.

و كيف كان، فالحكم بسقوط الخيار، عليهما (٦) هنا أقوى كما لا يخفى.

ص: ٧٨

١-١) لم يرد ما بين المعقوفتين في «ق»، نعم ورد في هامش «ف».

٢-٢) و هو سقوط خيار المختار خاصّه، راجع الصفحه ٧٤.

٣-٣) يعنى قوله صلى الله عليه و آله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا».

٤-٤) تقدّم في الصفحه ٧٤-٧٥.

٥-٥) تقدّم ذكره في الصفحه ٧٣.

٦-٦) كذا في «ق»، و في «ش»: «عنهما».

فالمحكى عن الشيخ و جماعه: امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال (١). و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما في حال الإكراه كالمعدوم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد، فالخيار باقٍ.

و فيه: أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حساً، غايه الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه، و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزله مجلس العقد.

و الحاصل: أن الباقي بحكم الشرع هو الخيار، لا مجلس العقد، فالنص ساكتٌ عن غايه هذا الخيار، فلا بدّ إمّا من القول بالفور كما عن التذكرة (٢) و لعله لأنه المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبايعين -

ص: ٧٩

١-١) المبسوط ٢:٨٤، و نسبه المحقق التستري قدس سره إلى ظاهر ابن زهره و الفاضلين في الشرائع و الإرشاد و فتوى الأخير في التحرير و الشهيد الثاني في الروضة، انظر المقابس: ٢٤٣.

٢-٢) حكاها عنها المحقق التستري في المقابس: ٢٤٣، و الموجود في التذكرة هكذا: «و إذا وجد التمكّن، هل هو على الفور؟ فيه ما سبق من الخلاف»، انظر التذكرة ١:٥١٨.

وإِذَا مِنَ الْقَوْلِ بِالتَّرَاخِي إِلَى أَنْ يَحْصَلَ الْمَسْقَطَاتِ، لِأَسْتَصْحَابِ الْخِيَارِ.

وَالْوَجْهَانِ جَارِيَانِ فِي كُلِّ خِيَارٍ لَمْ يَظْهَرِ حَالُهُ مِنَ الْأَدَلَّةِ.

ص: ٨٠

و من مسقطات هذا الخيار: التصرف على وجه يأتي في خيارى الحيوان و الشرط ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس و فى الصرف (١)، و العلامه قدس سره فى التذكرة (٢)، و نسب إلى جميع من تأخر عنه (٣)، بل ربما يدعى إطباقهم (٤) عليه، و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر (٥).

و لعله لدلاله التعليل فى بعض أخبار [خيار (٤)] الحيوان. و هو

ص: ٨١

-
- ١- ١) المبسوط ٢: ٨٣-٨٤ و ٩٦.
 - ٢- ٢) التذكرة ٥١٧: ١.
 - ٣- ٣) لم نعثر عليه، و لعله يستفاد من عبارات المصابيح (المخطوط): ١٢٣، و مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٧-٥٤٨، و المقابس: ٢٤٣، و المناهل: ٣٣٧-٣٣٨.
 - ٤- ٤) راجع مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٨.
 - ٥- ٥) الخلاف ٣: ٢٤، المسأله ٣١ من كتاب البيوع، و جواهر الفقه: ٥٤-٥٥، المسأله ١٩٦، و الكافى فى الفقه: ٣٥٣، و السرائر ٢: ٢٤٧-٢٤٨.
 - ٦- ٦) لم يرد فى «ق».

الوجه أيضاً في اتّفاقهم على سقوط خيار الشرط، وإلّا فلم يرد فيه نصٌّ بالخصوص، بل سقوط خيار المشتري بتصرّفه مستفاداً من نفس تلك الرواية المعلّله؛ حيث قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه أيام فذلك رضاً منه، فلا شرط» (١)، فإنّ المنفَى يشمل شرط المجلس و الحيوان، فتأمل.

□
و تفصيل التصرّف المُسقط سيجيء (٢) إن شاء الله تعالى.

ص: ٨٢

١-١) الوسائل ٣٥١:١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٢-٢) انظر الصفحة ٩٧، الثالث من مسقطات خيار الحيوان.

لا- خلاف بين الإماميه فى ثبوت الخيار فى الحيوان المشتري (١)، و ظاهر النص (٢) و الفتوى: العموم لكل ذى حياه، فيشمل مثل الجراد و الزئبور و السمك و العلق و دود القز، و لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة، فمثل السمك المخزج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء و شبه ذلك خارج؛ لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان، بل من حيث إنه لحم مثلاً (٣)، و يشكل فيما صار كذلك لعارض، كالصيد المشرف على الموت بإصابه السهم أو بجرح الكلب المعلم.

و على كل حال، فلا يُعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض، أو فى زمان الخيار.

و فى منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثه وجوه.

ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين كما هو المنساق فى

ص: ٨٣

١- ١) فى «ش»: «للمشتري».

٢- ٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٤٨، الباب ٣ من أبواب الخيار.

٣- ٣) لم ترد «مثلاً» فى «ش».

النظر من الإطلاقات، و مع (١) الاستدلال له في بعض معاهد الإجماع "كما في التذكرة" (٢) بالحكمه الغير الجاربه في الكلى الثابت في الذمه أو يعم الكلى كما هو المتراءى من النص و الفتوى؟ لم أجد مصرحاً بأحد الأمرين. نعم، يظهر من بعض المعاصرين قدس سره الأول. و لعله الأقوى.

و كيف كان،

فالكلام في من له هذا الخيار، و في مدته من حيث المبدأ و المنتهى، و مسقطاته يتم برسم مسائل:

اشاره

ص: ٨٤

١-١) كذا في «ق»، و لم ترد «و» في «ش»، و شطب على «مع» في «ف».

٢-٢) التذكرة ٥١٩: ١.

حكى (١) عن الشيخين (٢) و الصدوقين (٣) و الإسكافي (٤) و ابن حمزه (٥) و الشاميين الخمسه (٦) و الحلبيين الستة (٧) و معظم المتأخرين (٨)، و عن الغنيه و ظاهر الدروس: الإجماع

ص: ٨٥

-
- ١-١) حكاة فى المختلف ٥:٦٤، و الرياض ٨:١٨١، و مفتاح الكرامه ٤:٥٥٣-٥٥٤، و المستند ١٤:٣٧٥ و غيرها.
 - ٢-٢) راجع المقنعه: ٥٩٢، و المبسوط ٢:٧٨، و النهايه: ٣٨٦.
 - ٣-٣) المقنع: ٣٦٥.
 - ٤-٤) حكاة عنه فى المختلف ٥:٦٤.
 - ٥-٥) الوسيله: ٢٤٨.
 - ٦-٦) راجع الكافى فى الفقه: ٣٥٣، و المهذب ١:٣٥٣، و الدروس ٣:٢٧٢، و الروضه ٣:٤٥٠، و جامع المقاصد ٤:٢٩١.
 - ٧-٧) السرائر ٢:٢٤٣-٢:٢٤٤، و الشرائع ٢:٢٢، و الجامع للشرائع: ٢٤٧ و ٢٦١، و النزاهه: ٨٦، و المختلف ٥:٦٤، و الإيضاح ١:٤٨٣، و التنقيح الرائع ٢:٤٥.
 - ٨-٨) لم نعرث عليه بعينه، نعم فى الرياض ٨:١٨١، و المستند ١٤:٣٧٥: عليه عامه المتأخرين.

عليه (١)؛ لعموم قوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» (٢) خرج المشتري وبقى البائع، بل لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) بالنسبة إلى ما ليس فيه خيار المجلس بالأصل أو بالاشتراط، ويثبت الباقي بعدم القول بالفصل.

و يدلّ عليه أيضاً ظاهر غير واحدٍ من الأخبار:

□
منها: صحيحه الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيامٍ للمشتري. قلت:

و ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا [منهما (٤)]» (٥)، و ظهوره في اختصاص الخيار بالمشتري و إطلاق نفى الخيار لهما في بيع غير الحيوان بعد الافتراق يشمل ما إذا كان الثمن حيواناً.

و يتلوها في الظهور روايه عليّ بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: «الخيار في الحيوان ثلاثة أيامٍ للمشتري» (٦) فإنّ ذكر القيد مع إطلاق الحكم قبيح إلّا لنكته جليته.

ص: ٨٦

١-١) حكاه صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٢٤، و راجع الغنيه: ٢١٩، و الدروس ٣:٢٧٢.

٢-٢) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤.

٣-٣) المائدة: ١.

٤-٤) من «ش» و المصدر.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و ٣٤٦، الباب الأوّل منها، الحديث ٣.

٦-٦) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٥.

و نحوها صحيحه الحلبي في الفقيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

□
«في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري» (١)، و صحيحه ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الشرط (٢) في الحيوانات ثلاثة أيام للمشتري» (٣).

□
و أظهر من الكل صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ للمشتري أو للبائع أو لهما (٤) كليهما؟ قال: الخيار لمن اشترى نظره ثلاثة أيام، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (٥).

و عن سيدنا المرتضى قدس سره و ابن طاوس: ثبوته للبائع أيضاً (٦)، و حكى عن الانتصار: دعوى الإجماع عليه (٧)؛ لأصاله جواز العقد من الطرفين بعد ثبوت خيار المجلس، و لصحيحه محمد بن مسلم: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (٨)، و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقاً أو بعد الافتراق؛ و هي أرجح

ص: ٨٧

-
- ١- ١) الفقيه ٣: ٢٠١، الحديث ٣٧٦١، و الوسائل ١٢: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث الأول.
 - ٢- ٢) في «ق»: «الشروط»، و الظاهر أنه سهو.
 - ٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأول.
 - ٤- ٤) في «ق» زياده «أو»، و لعلها من سهو القلم.
 - ٥- ٥) الوسائل ١٢: ٣٥٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.
 - ٦- ٦) حكاها عنهما الشهيد في غايه المراد ٢: ٩٧.
 - ٧- ٧) الانتصار: ٤٣٣، المسأله ٢٤٥.
 - ٨- ٨) الوسائل ١٢: ٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

بحسب السند من صحيحه ابن رثاب المحكيه عن قرب الإسناد.

وقد صرحوا بترجيح روايه مثل محمد بن مسلم و زراره و أضرابهما على غيرهم من الثقات؛ مضافاً إلى ورودها في الكتب الأربعة المرجحه على مثل قرب الإسناد من الكتب التي لم يلتفت إليها أكثر أصحابنا مع بُعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها.

و أمّا الصحاح الأخر المكافئه سنداً لصحيحه ابن مسلم، فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم لا- تبلغ في الظهور مرتبه منطوق الصحيحه، فيمكن حملها على بيان الفرد الشديد الحاجه؛ لأنّ الغالب في المعامله، خصوصاً معاملة الحيوان، كون إرادته الفسخ في طرف المشتري لاطلاعاً على خفايا الحيوان، ولا ريب أنّ الأظهرية في الدلاله مقدّمه (1) في باب الترجيح على الأكثرية.

و أمّا ما ذكر في تأويل صحيحه ابن مسلم: من أن خيار الحيوان للمشتري على البائع فكان بين المجموع (2)، ففي غايه السقوط.

و أمّا الشهره المحققه، فلا تصير حجّة على السيد، بل مطلقاً، بعد العلم بمستند المشهور و عدم احتمال وجود مرجح لم يذكره.

و إجماع الغنيه لو سلّم رجوعه إلى اختصاص الخيار بالمشتري لا- مجرد ثبوته له معارضٌ بإجماع الانتصار الصريح في ثبوته للبائع؛ و لعلّه لذا قوّى في المسالك (3) قول السيد مع قطع النظر عن الشهره، بل

ص: ٨٨

١- ١) في «ش»: «متقدّمه».

٢- ٢) ذكره المحقق التستري في المقابس: ٢٤٤، و احتمله في الجواهر ٢٣: ٢٧.

٣- ٣) المسالك ٣: ٢٠٠.

الاتفاق، على خلافه. و تبعه على ذلك في المفاتيح (١) و توقف في غايه المراد (٢) و حواشى القواعد (٣) و تبعه في المقتصر (٤).

هذا، و لكنّ الإنصاف: أنّ أخبار المشهور من حيث المجموع لا يقصر ظهورها عن الصحيحه مع اشتهاها بين الرواه حتى محمّد بن مسلم الراوى للصحيحه، مع أنّ المرجع بعد التكافؤ عموم أدلّه لزوم العقد بالافتراق و المتيقّن خروج المشتري، فلا ريب في ضعف هذا القول.

نعم، هنا قولٌ ثالثٌ لعلّه أقوى منه، و هو ثبوت الخيار لمن انتقل إليه الحيوان ثمناً أو مثنماً، نسب إلى جماعه من المتأخّرين (٥)، منهم الشهيد في المسالك (٦)؛ لعموم صحيحه ابن مسلم «المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام» (٧) و لا ينافيه تقييد الحيوان ب«المشتري» في موثقه ابن فضال (٨)؛ لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب؛

ص: ٨٩

-
- ١-١) مفاتيح الشرائع ٣:٦٨.
 - ٢-٢) غايه المراد ٢:٩٦-٩٧.
 - ٣-٣) لا يوجد لدينا، لكن حكاها عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٥٥.
 - ٤-٤) المقتصر: ١٦٨-١٦٩.
 - ٥-٥) منهم المحقّق الأردبيلي ٨:٣٩٢، و المحدّث البحراني في الحقائق ١٩:٢٥ و ٢٦، و المحقّق النراقي في المستند ١٤:٣٧٧، و قوّه الشهيد الثاني في الروضه ٣:٤٥٠.
 - ٦-٦) المسالك ٣:٢٠٠.
 - ٧-٧) الوسائل ١٢:٣٤٥، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.
 - ٨-٨) الوسائل ١٢:٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

لأنَّ الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً.

و لا ينافى هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحه ابن مسلم؛ لأنَّ الغلبه قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها، و لا توجب تنزيل الإطلاق.

و لا- ينافيها أيضاً ما دلَّ على اختصاص الخيار بالمشتري (١)؛ لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان. و لا- صحيحه محمّد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبايعين؛ لإمكان تقييدها و إن بُعد بما إذا كان العوضان حيوانين.

لكن الإشكال في إطلاق الصحيحه الأولى (٢) من جهه قوه انصرافه إلى المشتري، فلا مخصّص يعتدّ به؛ لعمومات اللزوم مطلقاً أو بعد المجلس، فلا محيص عن المشهور.

ص: ٩٠

١-١) راجع الوسائل ٣٤٩:١٢-٣٥٠، الباب ٣ من أبواب الخيار، الأحاديث ١، ٤، ٥، ٨، ٩.

٢-٢) و هي صحيحه الفضيل المتقدّمه في الصفحه ٨٦.

مسأله لا فرق بين الأمه و غيرها في مدّه الخيار،

و في الغنيه-كما عن الحلبي-: أنّ مدّه خيار الأمه مدّه استبرائها (١)، بل عن الأوّل دعوى الإجماع عليه، و ربما ينسب (٢) هذا إلى المقنعه (٣) و النهايه (٤) و المراسم (٥) من جهه حكمهم بضمان البائع لها مدّه الاستبراء. و لم أقف لهم على دليل.

ص: ٩١

١-١) الغنيه: ٢١٩، و الكافي في الفقه: ٣٥٣.

٢-٢) نسبه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٥٥٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢٤ إلى ظاهرها.

٣-٣) المقنعه: ٥٩٢-٥٩٣.

٤-٤) العبارة ساقطه من النهايه المتداوله بين أيدينا. نعم، هي موجوده في النهايه المطبوعه مع نكت النهايه ٢: ١٤٤-١٤٥، و المطبوعه ضمن الجوامع الفقهيّه: ٣٣٦، و نقلها علامه بلفظها في المختلف ٥: ٢٢٣.

٥-٥) المراسم: ١٧٥.

فلو لم يفترقا ثلاثه أيام انقضى خيار الحيوان و بقى خيار المجلس؛ لظاهر قوله عليه السلام: «إنَّ الشرط فى الحيوان ثلاثه أيامٍ، و فى غيره حتّى يتفرقا» (١).

خلافاً للمحكى عن ابن زهره فجعله من حين التفريق (٢)، و كذا الشيخ و الحلّى فى خيار الشرط المتّحد مع هذا الخيار فى هذا الحكم من جهه الدليل الذى ذكره.

قال فى المبسوط: الأولى أن يقال: إنّه -يعنى خيار الشرط- يثبت من حين التفريق؛ لأنّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفريق (٣)، انتهى. و نحوه المحكّى عن السرائر (٤).

ص: ٩٢

-
- ١- ١) راجع الوسائل ٣٤٩: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و ٣٤٦، الباب الأول من الأبواب، الحديث ٣ و ٥.
 - ٢- ٢) الغنيه: ٢٢٠.
 - ٣- ٣) المبسوط ٨٥: ٢.
 - ٤- ٤) السرائر ٢٤٧: ٢.

و هذه الدعوى لم نعرفها. نعم، ربما يستدل (١) عليه (٢) بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثه من حين العقد، بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس، و بلزوم (٣) اجتماع السببين على مسبب واحد، و ما دلّ على أنّ تلف الحيوان في الثلاثه من البائع (٤) مع أنّ التلف في الخيار المشترك من المشتري.

و يردّ الأصل بظاهر (٥) الدليل، مع أنّه بالتقرير الثاني، مثبتّ. و أدلّه «التلف من البائع» محمول (٦) على الغالب من كونه بعد المجلس. و يردّ التداخل بأنّ الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدّد.

و إن اتّحدا فكذلك، إمّا لأنّ الأسباب معرّفات، و إمّا لأنّها عللّ و مؤثّرات يتوقّف استقلال كلّ واحدٍ [منها (٧)] في التأثير على عدم مقارنه الآخر أو سبقه، فهي عللّ تامّة إلّا من هذه الجهه، و هو المراد ممّا في التذكرة في الجواب عن أنّ الخيارين مثلاًن فلا يجتمعان-: من أنّ الخيار واحدٌ و الجهه متعدّده (٨).

ص: ٩٣

١-١) راجع الاستدلال و ردّه في مفتاح الكرامه ٤:٥٥٣، و الجواهر ٢٨:٢٣.

٢-٢) كذا، و المناسب: «عليها».

٣-٣) في «ق»: للزوم، و لعلّه من سهو القلم.

٤-٤) الوسائل ٣٥٢:١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٥.

٥-٥) في «ش»: «ظاهر».

٦-٦) كذا، و المناسب: محموله.

٧-٧) لم يرد في «ق».

٨-٨) التذكرة ٥٢٠:١.

ثم إن المراد بزمان العقد [هل (١)] زمان مجرد الصيغه كعقد الفضولي على القول بكون الإجازة ناقله أو زمان الملك، عتبر بذلك للغلبه؟ الظاهر هو الثاني، كما استظهره بعض المعاصرين (٢)، قال: فعلى هذا لو أسلم حيواناً في طعام وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان وإن كان بائعاً، كان مبدؤه بعد القبض. و تمثله بما ذكر مبنئاً على اختصاص (٣) الخيار بالحيوان المعين، وقد تقدم التردد في ذلك (٤).

ثم إن ما ذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف و لو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر في الخيار الملك، لكن لا بد له من أثر. وقد تقدم الإشكال في ثبوته في الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض (٥).

ص: ٩٤

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) لم نعثر عليه في ما بأيدينا من كتب معاصريه، نعم في بعض الشروح: أنه المحقق الشيخ على كاشف الغطاء قدس سره في تعليقه على اللمع.

٣-٣) كذا في «ق» أيضاً، لكن ذكر الشهيدى بعد توجيه العبارة بصيغه الإثبات: - أن في بعض النسخ المصححه «عدم اختصاص»، ووجهه أيضاً بتوجيه، راجع هدايه الطالب: ٤٣٣.

٤-٤) تقدم في الصفحه ٨٣-٨٤.

٥-٥) تقدم في الصفحه ٤٩.

مسأله لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة أيام،

لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم، بل للاستمرار المستفاد من الخارج، و لا فى دخول الليالى الثلاث عند التلفيق مع الانكسار. و لو عقد فى الليل، فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث، و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من ليله العقد. لكن فيه:

أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام، و الإطلاق على المقدار المساوى للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر.

قيل: و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالى الثلاث لدخول الليلتين أصالةً، فتدخل الثالثه، و إلا لاختلفت مفردات الجمع فى استعمال واحد (1)، انتهى.

فإن أراد الليله السابقه على الأيام فهو حسن، إلا أنه لا يعلل بما ذكر. و إن أراد الليله الأخيره فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد، إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين

ص: ٩٥

١- ١) قاله السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٥٨.

فى الیوم و اللیله و استعمال الیوم الثالث فى خصوص النهار، بل نقول:

إنَّ الیوم مستعملٌ فى خصوص النهار أو مقداره من نهارین، لا فى مجموع النهار و اللیل أو مقدارهما، و لا فى مقدار (١) النهار و لو ملقاً من اللیل. و المراد من «الثلاثة أيام» هی بلیالیها أى لیالی مجموعها، لا کلّ واحدٍ منها، فاللیالی لم تُرد من نفس اللفظ، و إنما أُريدت من جهة الإجماع و ظهور اللفظ الحاکمین فى المقام باستمرار الخيار، فكأنه قال:

الخيار یستمرّ إلى أن یمضى ستّ و ثلاثون ساعةً من النهار.

ص: ٩٤

(١ - ١) فى «ش» بدل «مقدار»: «باقى».

مسأله يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: اشتراط سقوطه فى العقد

و لو شرط سقوط بعضه، فقد صرح بعض (١) بالصحة. و لا بأس به.

و الثانى: إسقاطه بعد العقد،

و قد تقدم الأمران (٢).

[و (٣)]

الثالث: التصرف

و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار. و يدلّ عليه قبل الإجماع النصوص:

ففى صحيحه ابن رئاب: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضى منه و لا شرط له، قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان محرماً عليه قبل الشراء» (٤).

ص: ٩٧

١- ١) صرح به السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٥٩.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه ٥١ و ٦١.

٣- ٣) لم يرد فى «ق».

٤- ٤) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

و صحیحہ الصَّفَّار: «کتبت إلى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى دابةً من رجلٍ فأحدث فيها [حدثاً (١)] من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ، إله أن يردها في الثلاثة أيام (٢) التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها (٣) أو الركوب الذي ركبها (٤) فراسخ؟ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله تعالى» (٥).

و في ذيل الصحيحه المتقدمه عن قرب الإسناد: «قلت [له] (٦) رأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع» (٧).

و استدللّ عليه في التذكرة بعد الإجماع-: بأن التصرف دليل الرضا (٨). و في موضع آخر منها: أنه دليل الرضا بلزوم العقد (٩). و في موضع آخر منها كما في الغنيه (١٠)-: أن التصرف إجازة (١١).

ص: ٩٨

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) كذا في «ق» وفاقاً للتهديب، و في «ش»: «الثلاثة الأيام»، وفاقاً للوسائل.

٣-٣) في «ق»: «يحدثها»، و هو سهو.

٤-٤) في «ش»: «يركبها».

٥-٥) الوسائل ٣٥١:١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٦-٦) من «ش» و المصدر.

٧-٧) الوسائل ٣٥١:١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٨-٨) التذكرة ٥١٩:١.

٩-٩) التذكرة ٥٢٨:١.

١٠-١٠) الغنيه: ٢١٩.

١١-١١) التذكرة ٥٣٨:١.

أقول: المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذي لا يجوز لغير المالك إلّا برضاه كما يشير إليه قوله عليه السلام: «أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»، فلازمه كون مطلق استخدام المملوك، بل مطلق التصرف فيه مسقطاً، كما صرح به في التذكرة في بيان التصرف المسقط للردّ بالعيب-: من أنه لو استخدمه بشيء خفيف مثل «اسقني» أو «ناولني الثوب» أو «أغلق الباب» سقط الردّ. ثم استضعف قول بعض الشافعيّين بعدم السقوط، معللاً بأنّ مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك: بأنّ المسقط مطلق التصرف. و قال أيضاً: لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليها بطل الردّ، لأنّه استعمالٌ و انتفاعٌ (١)، انتهى.

و قال في موضعٍ من التذكرة: عندنا أنّ الاستخدام بل كلّ تصرفٍ يصدر من المشتري قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الردّ (٢)، انتهى.

و هو في غاية الإشكال؛ لعدم تبادل ما يعمّ ذلك من لفظ «الحدث» و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد؛ مع أنّ من المعلوم عدم انفكاك المملوك المشتري عن ذلك في أثناء الثلاثة، فيلزم جعل الخيار فيه كاللغو؛ مع أنّهم ذكروا أنّ الحكمه في هذا الخيار الاطلاع على أمورٍ خفيّةٍ في الحيوان توجب زهاده (٣) المشتري، و كيف يطّلع الإنسان على ذلك بدون النظر إلى الجارية و لمسها و أمرها بغلق الباب و السقى و شبه ذلك؟

ص: ٩٩

١-١) التذكرة ٥٣٠: ١.

١-٢) التذكرة ٥٣١: ١.

٣-٣) في «ق»: «زهاده».

و إن كان المراد مطلق التصرف بشرط دلالة على الرضا بلزوم العقد كما يرشد إليه وقوعه في معرض التعليل في صحيحه ابن رئاب (١)، و يظهر من استدلال العلامة و غيره على المسألة بأن التصرف دليل الرضا بلزوم العقد فهو لا يناسب إطلاقهم الحكم بإسقاط التصرفات التي ذكروها.

و دعوى: أنّ جميعها ممّا يدلّ لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد، فيكون إجازة فعلية، كما ترى! ثمّ إنّ قوله عليه السلام في الصحيحه: «فذلك رضى منه» يراد منه الرضا بالعقد في مقابله كراهه ضده أعنى الفسخ، و إلّا فالرضا بأصل الملك مستمرّ من زمان العقد إلى حين الفسخ؛ و يشهد لهذا المعنى رواية عبد الله بن الحسن بن زيد بن عليّ بن الحسين عليهما السلام عن أبيه عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله في رجل اشترى عبداً بشرطٍ إلى ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثمّ هو برىء من الضمان» (٢) فإنّ المراد بالرضا الالتزام بالعقد، و الاستحلاف في الرواية محمولة على سماع دعوى التهمة أو على صورته حصول القطع للبائع بذلك.

إذا عرفت هذا فقولته عليه السلام: «فذلك رضى منه و لا شرط [له]» (٣) يحتمل وجوهاً

ص: ١٠٠

١-١) المتقدّمه في الصفحة ٩٧.

٢-٢) الوسائل ٣٥٢:١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤.

٣-٣) لم يرد في «ق».

أحدها: أن تكون الجملة جواباً للشرط، فيكون حكماً شرعياً بأن التصرف بالتزام بالعقد و إن لم يكن التزاماً عرفاً.

الثاني: أن تكون توطئة للجواب، وهو قوله: «و لا شرط [له (1)]» لکنه توطئة لحكمه الحكم و تمهيد لها لا علة حقيقية (2) فيكون إشارة إلى أن الحكمه فى سقوط الخيار بالتصرف دلالتة غالباً على الرضا، نظير كون الرضا حكماً فى سقوط خيار المجلس بالتفرق فى قوله عليه السلام:

«فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» فإنه لا يعتبر فى الافتراق دلالتة (3) على الرضا.

و على هذين المعنيين، فكل تصرف مسقط و إن علم عدم دلالتة على الرضا.

الثالث: أن تكون الجملة إخباراً عن الواقع، نظراً إلى الغالب و ملاحظه نوع التصرف لو خلى و طبعه، و يكون علة للجواب، فيكون نفي الخيار معللاً بكون التصرف غالباً دالاً على الرضا بلزوم العقد، و بعد ملاحظه وجوب تقييد إطلاق الحكم بمؤدى علة كما فى قوله:

«[لا تأكل (4)] الرمان لأنه حامض» دل على اختصاص الحكم بالتصرف الذى يكون كذلك، أى: دالاً بالنوع غالباً على التزام العقد و إن لم يدل فى شخص المقام، فيكون المسقط من التصرف ما كان له ظهور نوعي

ص: ١٠١

١-١) لم يرد فى «ق».

٢-٢) فى «ش»: «حقيقه».

٣-٣) فى «ش»: «دلاله».

٤-٤) فى «ق»: «لا تشرب».

فى الرضا، نظير ظهور الألفاظ فى معانيها مقيداً بعدم قرينه توجب صرفه عن الدلاله، كما إذا دلّ الحال أو المقال على وقوع التصرف للاختبار، أو اشتبهاً بعين أخرى مملوكة له، و يدخل فيه كل ما يدلّ نوعاً على الرضا و إن لم يعد تصرفاً عرفاً كالتعريض للبيع و الإذن للبايع فى التصرف فيه.

الرابع: أن تكون إخباراً عن الواقع و يكون العله هى نفس الرضا الفعلى الشخصى، و يكون إطلاق الحكم مقيداً بتلك العله، فيكون موضوع الحكم فى الحقيقه هو نفس الرضا الفعلى، فلو لم يثبت الرضا الفعلى لم يسقط الخيار.

ثم إن الاحتمالين الأولين و إن كانا موافقين لإطلاق سائر الأخبار و إطلاقات بعض كلماتهم مثل ما تقدّم من التذكرة: من أنّ مطلق التصرف لمصلحه نفسه مسقط (١)، و كذا غيره كالمحقق و الشهيد الثانين (٢) بل لإطلاق بعض معاهد الإجماع، إلا أنّهما بعيدان عن ظاهر الخبر؛ مع مخالفتهما لأكثر كلماتهم، فإنّ الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ، بل ظاهراً اعتبار الدلاله فى الجملة على الرضا، كما سيجىء (٣)، و يؤيّده حكم بعضهم بكفايه الدالّ على الرضا و إن لم يعد تصرفاً، كتقبييل الجارىه للمشتري، على ما صرح به فى التحرير

ص: ١٠٢

١-١) تقدّم فى الصفحه ٩٩.

٢-٢) راجع جامع المقاصد ٤:٢٨٣ و ٢٩١، و المسالك ٣:١٩٧ و ٢٠١.

٣-٣) يجىء فى الصفحه ١٠٤ و ما بعدها.

فعلم أنّ العبرة بالرضا، وإِنما اعتبر التصرف للدلاله، و ورد النصّ أيضاً بأنّ العرض على البيع إجازة (٢)، مع أنّه ليس حدثاً عرفاً. و ممّا يؤيّد عدم إرادته الأصحاب كون التصرف مسقطاً إلّا من جهه دلالتة على الرضا: حكمهم بأنّ كلّ تصرف يكون إجازة من المشتري في المبيع يكون فسخاً من البائع، فلو كان التصرف (٣) مسقطاً تعديداً عندهم من جهه النصّ لم يكن وجهه للتعدّي عن كونه إجازة إلى كونه فسخاً.

و قد صرح في التذكرة: بأنّ الفسخ كالإجازة يكون بالقول و بالفعل (٤)، و ذكر التصرف [مثالاً (٥)] للفسخ و الإجازة الفعليتين (٦).

فاندفع ما يقال في تقريب كون التصرف مسقطاً لا للدلاله على الرضا: بأنّ الأصحاب يعدّونه في مقابل الإجازة (٧).

و أمّا المعنى الرابع: فهو و إن كان أظهر الاحتمالات من حيث

ص: ١٠٣

١-١) التحرير ١:١٦٨، و الدروس ٣:٢٧٢.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٣٥٩، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٣-٣) في «ق» زياده: «عندهم»، و لعلّ التكرار من سهو القلم.

٤-٤) التذكرة ١:٥٣٧.

٥-٥) لم يرد في «ق».

٦-٦) كذا في «ش»، و في «ق» و «ف»: «فعلاً»، لكن شطب عليه في «ف»، و كتب أعلاه ما أثبتناه.

٧-٧) راجع الجواهر ٢٣:٦٦.

اللفظ، بل جزم به في الدروس (١)، و يؤيده ما تقدم من روايه عبد الله [بن الحسن (٢)] بن زيد، الحاكيه للنبوي الدال كما في الدروس أيضاً (٣) - على الاعتبار بنفس الرضا، و ظاهر بعض كلماتهم الآتيه.

إلما أنّ المستفاد من تتبع الفتاوى الإجماع على عدم إناطه الحكم بالرضا الفعلي بلزوم العقد؛ مع أنّ أظهريته بالنسبه إلى المعنى الثالث غير واضح.

فتعين إرادته المعنى الثالث، و محصله: دلالة التصرف لو خلى و طبعه على الالتزام و إن لم يفد في خصوص المقام، فيكون التصرف إجازة فعلية في مقابل الإجازة القولية؛ و هذا هو الذي ينبغي أن يعتمد عليه.

قال في المقنعه: إنّ هلاك الحيوان في الثلاثة من البائع، إلّا أن يحدث فيه المبتاع حدثاً يدلّ على الرضا بالابتياح (٤)، انتهى. و مثّل للتصرف في مقام آخر بأن ينظر من الأمه إلى ما يحرم لغير المالك (٥).

و قال في المبسوط في أحكام العيوب: إذا كان المبيع بهيمه و أصاب بها عيباً فله ردّها، و إذا كان في طريق الردّ جاز له ركوبها

ص: ١٠٤

١-١) الدروس ٣:٢٢٧.

٢-٢) لم يرد في «ق»، لكنّه موجود في «ش» و المصدر، و فيما تقدّم في الصفحه ١٠٠.

٣-٣) الدروس ٣:٢٢٧-٣:٢٢٨.

٤-٤) المقنعه: ٥٩٩، و انظر ٥٩٢ أيضاً.

٥-٥) المقنعه: ٥٩٣.

و سقيها و علفها و حلبها و أخذ لبنها، و إن نتجت كان له نتاجها. ثم قال:

و لا يسقط الرد؛ لأنه إنما يسقط بالرضا بالعيب أو بترك الرد بعد العلم بالعيب أو بأن يحدث فيه عيبٌ عنده، و ليس هنا شيءٌ من ذلك (١)، انتهى.

و فى الغنيه: لو هلك المبيع فى مدّه الخيار فهو من مال بائعه، إلّا أن يكون المبتاع قد أحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا (٢)، انتهى.

و قال الحلبي قدّس سرّه فى الكافي فى خيار الحيوان: فإن هلك فى مدّه الخيار فهو من مال البائع، إلّا أن يحدث فيه حدثاً يدلّ على الرضا (٣)، انتهى.

و فى السرائر بعد حكمه بالخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام قال:

هذا إذا لم يحدث فى هذه المدّه حدثاً يدلّ على الرضا أو يتصرّف فيه تصرّفاً ينقص قيمته، أو يكون لمثل ذلك التصرف اجرة، بأن يركب الدابّه أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيراً ليس له الرجوع فيه كالمنذور (٤)، انتهى.

و قال فى موضعٍ آخر: إذا لم يتصرّف فيه تصرّفاً يؤذن بالرضا فى العاده (٥).

ص: ١٠٥

١- (١) المبسوط ١٣٩: ٢.

٢- (٢) الغنيه: ٢٢١.

٣- (٣) الكافي فى الفقه: ٣٥٣.

٤- (٤) السرائر ٢٨٠: ٢.

٥- (٥) السرائر ٢٧٧: ٢.

و أما العلامه: فقد عرفت أنه استدلل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزوم (١).

وقال في موضع آخر: لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافه أو طالت لم يكن ذلك رضاً بها. ثم قال: لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاً منه بإمساكه، ولو حلبها في طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا (٢).

وفي التحرير في مسأله سقوط رد المعيب بالتصرف قال: وكذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا (٣).

وقال في الدروس: استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها، إذ بها يعرف حالها ليختبر (٤)، وليس ببعيد (٥).

وقال المحقق الكركي: لو تصرف ذو الخيار غير عالم، كأن ظنّها جاريتها المختصّه فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراه (٦) ففي الحكم تردد، ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف، و من أنه غير قاصد إلى لزوم البيع، إذ لو علم لم يفعل، و التصرف إنما عدّ

ص: ١٠٦

١-١) راجع الصفحه ٩٨.

٢-٢) التذكرة: ٥٢٩.

٣-٣) التحرير ١: ١٨٤.

٤-٤) كذا في النسخ، و في الدروس: «للمختبر».

٥-٥) الدروس ٣: ٢٧٢.

٦-٦) في المصدر: أو ذهل عن كون المشتراه ذات خيار.

مسقطاً لدلالته على الرضا باللزوم (١).

وقال في موضع آخر: ولا يعدّ ركوب الدابّة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردّها تصرفاً. ثم قال: وهل يعدّ حملها للاستخبار تصرفاً؟ ليس ببعيد أن لا- يعدّ. وكذا لو أراد ردّها وحبها لأخذ اللبن، على إشكالٍ ينشأ من أنّه ملكه، فله استخلاصه (٢)، انتهى.

و حكى عنه في موضع آخر أنّه قال: والمراد بالتصرّف المسقط ما كان المقصود منه التملّك، لا- الاختبار و لا- حفظ المبيع كركوب الدابّة للسقى (٣)، انتهى.

و مراده من التملّك: البقاء عليه و الالتزام به، و يحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك، لا للاختبار أو الحفظ.

هذا ما حضرني من كلماتهم في هذا المقام، الظاهره في المعنى الثالث، و حاصله: التصرّف على وجه يدلّ عرفاً لو خُلّي و طبعه على الالتزام بالعقد، ليكون إسقاطاً فعلياً للخيار، فيخرج منه ما دلّت القرينه على وقوعه لا عن الالتزام.

لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقاً (٤): من أنّ أكثر أمثله

ص: ١٠٧

١-١) جامع المقاصد ٤:٣٠٥.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٠٤.

٣-٣) حكاة السيّد العاملی فی مفتاح الكرامه ٤:٥٦٠، و انظر جامع المقاصد ٤: ٢٩١ و ٣٠٤.

٤-٤) راجع الصفحه ٩٩.

التصرّف المذكوره فى النصوص و الفتاوى لىست كذلك، بل هى واقعه غالباً مع الغفله أو التردّد أو العزم على الفسخ مطلقاً، أو إذا أطلع على ما يوجب زهده فيه، فهى غير دالّه فى نفسها عرفاً على الرضا.

و منه يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقاً (١) - من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه فى الثلاثه فىكون مورد الخيار فى غايه الندره بأنّ الغالب فى التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم، فلا يسقط بها الخيار (٢)، إذ فيه: أنّ هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضا؛ لأنّ المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضا هو ظهوره فيه عرفاً من أجل الغلبه، فإذا فرض أنّ الغالب فى مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردّد فيه أو الغفله، كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلّه الغير الموجوده إلّا فى قليلٍ من أفراده مستهجنًا.

و أمّا الاستشهاد لذلك بما سيجىء: من أنّ تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقطٍ لخياره اتّفاقاً، و لىس ذلك إلّا من جهه صدوره لا عن التزامٍ بالعقد، بل مع العزم على الفسخ برّد مثل الثمن، ففيه:

ما سيجىء.

و ممّا ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات

ص: ١٠٨

١-١) راجع الصفحه ٩٩.

٢-٢) راجع الرياض ٢٠٢:٨، و مفتاح الكرامه ٥٦٠:٤.

واقعة لا- عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه، يعنى حمل الأخبار المتقدمه (١) على صورته دلالة التصرفات المذكوره على الرضا بلزوم العقد، جمعاً بينها و بين ما دلّ من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف، مثل روايه عبد الله بن الحسن المتقدمه (٢) التي لم يستفصل في جوابها بين تصرف المشتري في العبد المتوفى في زمان الخيار و عدمه، وإنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلي، و مثل الخبر المصحح: في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثه أيام ثم ردها؟ قال: «إن كان تلك الثلاثه أيام شرب لبنها يردّ معها ثلاثه أمداد، و إن لم يكن لها لبنٌ فليس عليه شيء» (٣). و نحوه الآخر (٤).

و ما فيهما من «ردّ ثلاثه أمداد» لعله محمولٌ على الاستحباب؛ مع أنّ ترك العمل به لا يوجب ردّ الروايه، فتأمل.

و قد أفتى بذلك في المبسوط فيما لو باع شاة غير مصرّاه و حلبها أياماً ثم وجد المشتري بها عيباً. ثم قال: و قيل: ليس له ردها، لأنّه تصرفٌ بالحلب (٥).

و بالجملة، فالجمع بين النصّ و الفتوى الظاهرين في كون التصرف

ص: ١٠٩

١-١) المتقدمه في الصفحه ٩٧-٩٨.

٢-٢) المتقدمه في الصفحه ١٠٠.

٣-٣) الوسائل ١٢:٣٦٠، الباب ١٣ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

٤-٤) التهذيب ٧:٢٥، الحديث ١٠٧، و عنه في الوسائل ١٢:٣٦٠، الباب ١٣ من أبواب الخيار، ذيل الحديث الأول.

٥-٥) المبسوط ١٢٥:٢-١٢٦.

مسقطاً لدلالته على الرضا بلزوم العقد، و بين ما تقدّم من التصرفات المذكوره في كثيرٍ من الفتاوى خصوصاً ما ذكره غير واحدٍ (١) من الجزم بسقوط الخيار بالركوب في طريق الرد، أو التردد فيه و في التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد في غايه الإشكال، و الله العالم بحقيقه الحال.

ص: ١١٠

١-١) منهم الشهيد الثاني في الروضه ٣:٤٥١، و قال السيد المجاهد في المناهل: ٣٤٠ بعد نقل القولين في التصرفات المراد منها مجرد الاختبار- (و المسأله محلّ إشكال). و راجع الأقوال في التصرف للاستخبار، المقابس: ٢٤٧ أيضاً.

أعنى الثابت بسبب اشتراطه فى العقد، و لا خلاف فى صحه هذا الشرط، و لا فى أنه لا يتقدّر بحدّ عندنا، و نقل الإجماع عليه مستفيضاً (١).

و الأصل فيه قبل ذلك: الأخبار العامه المسوّغه لاشتراط كلّ شرطٍ إلّا ما استثنى، و الأخبار الخاصه الوارده فى بعض أفراد المسأله.

فمن الأولى: الخبر المستفيض الذى لا يبعد دعوى تواتره: «إنّ المسلمين عند شروطهم» (٢) و زيد فى صحيحه ابن سنان: «إلّا كلّ شرطٍ خالف كتاب الله فلا يجوز» (٣). و فى موثقه إسحاق بن عمّار: «إلّا شرطاً حرّم حلالاً أو حلّ حراماً» (٤).

ص: ١١١

١ - ١) نقله السيد المرتضى فى الانتصار: ٤٣٤، المسأله ٢٤٦، و الشيخ فى الخلاف ٣: ١١ و ٢٠، ذيل المسأله ٧ و ٢٥ من كتاب البيوع، و ابن زهره فى الغنيه: ٢١٨، و انظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٦٠.

٢ - ٢) راجع الوسائل ١٢: ٣٥٣-٣٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢، ١ و ٥، و المستدرک ١٣: ٣٠٠، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

٣ - ٣) الوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٤ - ٤) الوسائل ١٢: ٣٥٤، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

نعم، في صحيحه أخرى لا يبين سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا- يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم، فيما وافق كتاب الله» (١).

لكن المراد منه بقرينه المقابله عدم المخالفه، للإجماع على عدم اعتبار موافقه الشرط لظاهر الكتاب. و تمام الكلام في معنى هذه الأخبار و توضيح المراد من الاستثناء الوارد فيها يأتي في باب الشرط في ضمن العقد إن شاء الله تعالى.

و المقصود هنا بيان أحكام الخيار المشترط في العقد، و هي تظهر برسم مسائل:

إشاره

ص: ١١٢

١-١) الوسائل ٣٥٣:١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

مسأله لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه؛

لعموم أدله الشرط.

قال في التذكرة: لو شرط خيار الغد صح عندنا، خلافاً للشافعي (١). و استدلل له في موضع آخر بلزوم صيروره العقد جائزاً بعد اللزوم (٢). و زدّ بعدم المانع من ذلك؛ مع أنه كما في التذكرة (٣) منتقضى بخيار التأخير و خيار الرؤيه.

نعم، يشترط تعيين المدّه، فلو تراضيا على مدّه مجهوله كقدوم الحاجّ بطل بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه صريحاً (٤)؛ لصيروره المعامله بذلك غرريّه. و لا- عبره بمسامحه العرف في بعض المقامات و إقدام العقلاء عليه أحياناً، فإنّ المستفاد من تتبع أحكام المعاملات

ص: ١١٣

١-١) التذكرة ٥٢٠:١.

١-٢) التذكرة ٥٢٠:١.

١-٣) التذكرة ٥٢٠:١.

١-٤) حكاة في المقابس: ٢٤٦، و راجع مفتاح الكرامه ٥٦١:٤ أيضاً.

عدم رضا الشارع بذلك؛ إذ كثيراً ما يتفق التشاّح في مثل الساعه و الساعتين من زمان الخيار فضلاً عن اليوم و اليومين.

و بالجمله، فالغرر لا ينتفى بمسامحه الناس في غير زمان الحاجه إلى المداقه، وإلا لم يكن بيع الجزاف و ما تعدّر تسليمه و الثمن المحتمل للتفاوت القليل و غير ذلك من الجهالات غرراً؛ لتسامح الناس في غير مقام الحاجه إلى المداقه في أكثر الجهالات.

و لعلّ هذا مراد بعض الأساطين من قوله: «إنّ دائره الغرر في الشرع أضيق من دائرته (١) في العرف» (٢) وإلا فالغرر لفظ لا يرجع في معناه إلا إلى العرف.

نعم الجهاله التي لا يرجع الأمر معها غالباً إلى التشاّح بحيث يكون النادر كالمعدوم لا تعدّ غرراً، كتفاوت المكايل و الموازين.

و يشير إلى ما ذكرنا الأخبار الدالّه على اعتبار كون السلم إلى أجل معلوم (٣)، و خصوص موثقه غياث: «لا بأس بالسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم، لا يسلم إلى دياس أو إلى حصاد» (٤) مع أنّ التأجيل إلى الدياس و الحصاد و شبههما فوق حدّ الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع.

ص: ١١٤

١-١) في «ق»: «دائرتها»، و المناسب ما أثبتناه، كما في «ش».

٢-٢) الظاهر أنّ المراد من «بعض الأساطين» هو كاشف الغطاء قدّس سرّه، و لكن لم نعثر عليه في شرحه على القواعد.

٣-٣) راجع الوسائل ١٣: ٥٧، الباب ٣ من أبواب السلف.

٤-٤) الوسائل ١٣: ٥٨، الباب ٣ من أبواب السلف، الحديث ٥.

و ربما يستدلّ (١) على ذلك بأنّ اشتراط المدّه المجهوله مخالفٌ للكتاب و السنّه؛ لأنّه غررٌ.

و فيه: أنّ كون البيع بواسطه الشرط مخالفاً للكتاب و السنّه غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب و السنّه، ففي الثاني يفسد الشرط و يتبعه البيع، و في الأوّل يفسد البيع فيلغو الشرط.

اللهمّ إنّما أن يراد أنّ نفس الالتزام بخيارٍ في مدّه مجهوله غررٌ و إن لم يكن بيعاً، فيشملة دليل نفى الغرر، فيكون مخالفاً للكتاب و السنّه.

لكن لا يخفى سرايه الغرر إلى البيع، فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

ص: ١١٥

١- ١) استدللّ به في الجواهر ٣٢:٢٣، و استدللّ به في المصابيح (مخطوط): ١٣١ أيضاً.

مسأله لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهوله كقدوم الحاج، و بين عدم ذكر المدّة أصلاً،

كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار»، و بين ذكر المدّة المطلقه، كأن يقول: «بعتك على أن يكون لي الخيار مدّة»؛ بالاستواء الكلّ في الغرر.

خلافاً للمحكّي (١) عن المقنعه و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنيه و الحلبي، فجعلوا مدّة الخيار في الصوره الأولى (٢) ثلاثه أيام.

و يحتمل حمل الثانيه عليها، و عن الانتصار و الغنيه و الجواهر: الإجماع عليه (٣).

ص: ١١٦

١ - ١) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦١، و راجع المقنعه: ٥٩٢، و الانتصار: ٤٣٨، المسأله ٢٥٠، و الخلاف ٣:٢٠، المسأله ٢٥، و الجواهر: ٥٤، المسأله ١٩٤، و الغنيه: ٢١٩، و الكافي في الفقه: ٣٥٣.

٢ - ٢) في «ش»: «الثانيه».

٣ - ٣) حكاه أيضاً السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦١، و راجع الانتصار: ٤٣٩ ذيل المسأله ٢٥٠، و الغنيه: ٢١٩، و الجواهر: ٥٤، المسأله ١٩٤.

و في محكّي الخلاف: وجود أخبار الفرقه به (١).

و لا- شك أنّ هذه الحكايه بمنزله إرسال أخبار، فيكفي في انجبارها الإجماعات المنقوله؛ و لذا مال إليه في محكّي الدروس (٢). لكن العلامه في التذكره لم يحك هذا القول إلّا عن الشيخ قدس سرّه و أوّلّه بإرادته خيار الحيوان (٣).

و عن العلامه الطباطبائي في مصابيح: الجزم به (٤)، و قوّاه بعض المعاصرين (٥) منتصراً لهم بما في مفتاح الكرامه: من أنّه ليس في الأدلّه ما يخالفه، إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحّه العقد مع الجهل به أو بمدّته.

و زاد في مفتاح الكرامه (٦): بأنّ الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع (٧).

و فيه: ما تقدّم في مسأله تعذّر التسليم (٨): من أنّ بيع الغرر

ص: ١١٧

١-١) حكاة أيضاً السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦١، و راجع الخلاف ٣: ٢٠، ذيل المسأله ٢٥.

٢-٢) حكاة السيّد الطباطبائي في المصابيح (مخطوط): ١٣٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٣٤، و انظر الدروس ٣:٢٦٩.

٣-٣) التذكره ١:٥٢٠.

٤-٤) حكاة صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٣٤، و انظر المصابيح (مخطوط): ١٣٢، و قال بعد نقل هذا القول-: «و هو الأقوى».

٥-٥) قوّاه في الجواهر ٢٣:٣٣-٣٤.

٦-٦) في «ش» و هامش «ن» زياده: «التعليل».

٧-٧) مفتاح الكرامه ٤:٥٦٢.

٨-٨) راجع الجزء الرابع، الصفحه ١٨٩.

موضوعٌ عرفىٌ حكم فيه الشارع بالفساد، والتحديد بالثلاثة تعييدٌ شرعىٌ لم يقصده المتعاقدان، فإن ثبت بالدليل كان مخصّصاً لعموم نفي الغرر و كان التحديد تعييداً، نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمة (١)، أو يكون حكماً شرعياً ثبت فى موضوع خاص، وهو إهمال مدّة الخيار.

و الحاصل: أنّ الدعوى فى تخصيص أدلّه نفي الغرر لا فى تخصّصها.

و الإنصاف: أنّ ما ذكرنا من حكاية الأخبار و نقل الإجماع لا ينهض لتخصيص قاعده الغرر؛ لأنّ الظاهر بقريته عدم تعرّض الشيخ لذكر شىءٍ من هذه الأخبار فى كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنّه عوّل فى هذه الدعوى [على (٢)] اجتهاده فى دلالة الأخبار الواردة فى شرط الحيوان (٣). و لا- ريب أنّ الإجماعات المحكيه إنّما تجبر قصور السند المرسل المتّضح دلالته أو القاصر دلالته، لا- المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً، فالتعويل حينئذٍ على نفس الجابر و لا حاجه إلى ضمّ المنجبر، إذ نعلم إجمالاً أنّ المجمعين اعتمدوا على دلالاتٍ اجتهاديّه استنبطوها من الأخبار؛ و لا ريب أنّ المستند غالباً فى إجماعات القاضى و ابن زهره إجماع السيّد فى الانتصار.

نعم، قد روى فى كتب العامه: أنّ حنّان بن منقذ كان يُخدع فى البيع لشجّه أصابته فى رأسه، فقال له النبيّ صلّى الله عليه و آله: «إذا بعث فقل:

ص: ١١٨

١-١) راجع الوسائل ١٣:٤٤٣-٤٥٠، الباب ٥٤ و ٥٥ و ٥٦ من أبواب الوصايا.

٢-٢) لم يرد فى «ق».

٣-٣) راجع الوسائل ١٢:٣٤٨-٣٥٠، الباب ٣ من أبواب الخيار.

لا خلا به» (١) و جعل له الخيار ثلاثاً، و فى روايه: «و لك الخيار ثلاثاً» (٢).

و الخلا به: الخديعه.

و فى دلالتة فضلاً عن سنده ما لا يخفى. و جبرهما (٣) بالإجماعات كما ترى! إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها (٤) فى الخروج عن قاعده الغرر مشكلاً، بل غير صحيح، فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوه.

ثم إنه ربما يقال (٥) ببطلان الشرط دون العقد، و لعله مبنى على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد.

و فيه: إن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فساداً فى أصل البيع كما فيما نحن فيه؛ حيث إن جهاله الشرط يوجب كون البيع غررياً، و إلا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسرايه الفساد من الشرط إلى المشروط، و سيجىء تمام الكلام فى مسأله الشروط (٦).

ص: ١١٩

١-١) راجع السنن الكبرى للبيهقى ٥:٢٧٣، و كنز العمال ٤:٥٩، الحديث ٩٤٩٩، و الصفحه ٩١، الحديث ٩٦٨٢.

٢-٢) راجع السنن الكبرى للبيهقى ٥:٢٧٣، و كنز العمال ٤:٥٩، الحديث ٩٤٩٩، و الصفحه ٩١، الحديث ٩٦٨٢.

٣-٣) فى «ش»: «جبرها».

٤-٤) ذهب إليه العلامه فى التحرير ١:١٦٦، و المختلف ٥:٦٦، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢٠١، و السبزوارى فى الكفايه: ٩١، و السيد الطباطبائى فى الرياض ٨:١٨٨، و قال السيد الطباطبائى فى المصابيح (مخطوط): ١٣٢: «و ربما لاح ذلك من ظاهر الوسيله و السرائر و الشرائع و النافع و الجامع و اللمعه، لتضمّنها اعتبار التعيين فى المدّه».

٥-٥) نقله الشهيد فى المسالك ٣:٢٠٢، بلفظ: «قيل»، و لكن لم نعر على القائل.

٦-٦) انظر الجزء السادس، الصفحه ٨٩-٩٠.

مسأله مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق

مسأله مبدأ هذا الخيار عند الإطلاق (١) من حين العقد؛

لأنه المتبادر من الإطلاق.

و لو كان زمان الخيار منفصلاً كان مبدؤه أول جزءٍ من ذلك الزمان، فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من طلوع فجر الغد.

فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان، بناءً على أنّ مبدأه من حين العقد، و لو جعل مبدؤه من حين التفريق بطل؛ لأدائه إلى جهاله مدّه الخيار.

و عن الشيخ و الحلّي: أنّ مبدأه من حين التفريق (٢). و قد تقدّم عن الشيخ وجهه (٣) مع عدم تمامه (٤).

ص: ١٢٠

١-١) لم ترد «عند الإطلاق» في غير «ق».

٢-٢) حكى عنهما ذلك الشهيد في الدروس ٣:٢٦٩، و راجع الخلاف ٣:٣٣، المسأله ٤٤ من كتاب البيوع، و المبسوط ٢:٨٥، و السرائر ٢:٢٤٧.

٣-٣) تقدّم في الصفحه ٩٢-٩٣.

٤-٤) كذا في «ق»، و الأصحّ: «عدم تماميته»، كما في «ش».

نعم، يمكن أن يقال هنا: إنّ المتبادر من جعل الخيار جعله في زمانٍ لو لا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر، لكن لو تمّ هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثه، مع أنّ هذا إنّما يتمّ مع العلم بثبوت خيار المجلس، وإلا فمع الجهل به لا يقصد إلاّ الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوتها من حين التفريق حكمٌ على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

ص: ١٢١

مسأله يصح جعل الخيار لأجنبي.

قال في التذكرة: لو باع العبد و شرط الخيار للعبد صح البيع و الشرط عندنا (١)(٢). و حكى عنه الإجماع في الأجنبي (٣)، قال: لأنَّ العبد بمنزله الأجنبي (٤).

و لو جعل الخيار لمتعدد، كان كلُّ منهم ذا خيار، فإن اختلفوا في الفسخ و الإجازة قدّم الفاسخ؛ لأنَّ مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز؛ بخلاف ما لو و كل جماعة في الخيار، فإنَّ النافذ هو التصرف (٥) السابق؛ لفوات محلِّ الوكالة بعد ذلك.

و عن الوسيله: أنه إذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ أو

ص: ١٢٢

١-١) في «ش» زياده: «معاً».

٢-٢) راجع التذكرة ١:٥٢١.

٣-٣) حكى عنه ذلك السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٢، و راجع التذكرة ١:٥٢١، و فيه: «عندنا».

٤-٤) راجع التذكرة ١:٥٢١.

٥-٥) في «ش»: «تصرف».

إمضاء نفذ، وإن لم يجتمعا بطل. وإن كان لغيرهما ورضى نفذ البيع، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء (١)، انتهى.

و في الدروس: يجوز اشتراطه لأجنبي منفرداً ولا - اعتراض عليه، و معهما أو مع أحدهما، و لو خولف أمكن اعتبار فعله، و إلا لم يكن لذكره فائدة (٢)، انتهى.

أقول (٣): لو لم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته و المفروض عدم مضي إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبي فائده.

ثم إنه ذكر غير واحد: أن الأجنبي يراعى المصلحه للجاعل (٤).

و لعله لتبادره من الإطلاق، و إلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظه [مصلحه (٥)]، فتعليق وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر.

ثم إنه ربما يتخيل: أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، نظراً إلى أن الثابت في الشرع صحه الفسخ بالتفاسخ، أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط، أو بالعارض كخيار الفسخ برّد الثمن لنفس المتعاقدين.

ص: ١٢٣

١-١) حكاة في الجواهر ٢٣:٣٤، و راجع الوسيله: ٢٣٨.

٢-٢) الدروس ٣:٢٦٨.

٣-٣) في «ش» زياده: «و».

٤-٤) منهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٦٢، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣:٣٥.

٥-٥) لم يرد فى «ق».

و هو ضعيفٌ بمنع (١) اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعاً و لا عقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حقّ الفسخ بالعقد أو بالعين و إن كان أجنبيّاً؛ فحينئذٍ يجوز للمتبايعين اشتراط حقّ للأجنبيّ في العقد؛ و سيجيء نظيره في إرث الزوجه للخيار مع عدم إرثها من العين (٢).

ص: ١٢٤

١-١ في «ش»: «لمنع».

٢-٢ انظر الجزء السادس، الصفحه ١١١-١١٤.

بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد فيأتمر بأمره، أو بأن يأتمره إذا أمره ابتداءً.

و على الأول: فإن فسخ المشروط عليه من دون استثمارٍ لم ينفذ.

و لو استأمره، فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستثمار، بل الالتزام بأمره؛ مع أنه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضاً ملك الفسخ. وإن أمره بالفسخ لم يوجب عليه الفسخ، بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذٍ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه، أما مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح، إذ المفروض أن الثالث لا سلطنه له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه، و أمراً مع طلب الآخر للفسخ فلائ وجوب الفسخ حينئذٍ على المستأمر بالكسر راجع إلى حق لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستثمار ذلك الحق [على صاحبه (١)] عرفاً، فمعناه سلطنه صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستثمار إلى شرطٍ لكلٍ منهما على صاحبه.

ص: ١٢٥

و الحاصل: أنّ اشتراط الاستثمار من واحدٍ منهما على صاحبه إنّما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر، و اشتراطه لكلّ منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحدٍ منهما للفسخ عند الإذن.

و ممّا ذكرنا يتّضح حكم الشقّ الثانی، و هو الائتمار بأمره الابتدائی، فإنّه إن كان شرطاً لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به، و إن كان لكلّ منهما ملكاً كذلك.

ثمّ فی اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحه و عدمه و جهان، [أوجههما (1)] العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقريته حالیه أو مقالیه.

ص: ١٢٦

(١ - ١) لم يرد في «ق».

مسأله من أفراد خيار الشرط: ما يضاف البيع إليه، و يقال له: «بيع الخيار»،

و هو جائزٌ عندنا كما في التذكرة (١)، و عن غيرها: الإجماع عليه (٢).

و هو: أن يبيع شيئاً و يشترط الخيار لنفسه مدّة بأن يردّ الثمن فيها و يرتجع المبيع.

و الأصل فيه بعد العمومات المتقدّمة في الشرط (٣) النصوص المستفيضة.

□

منها: موثقه إسحاق بن عمّار قال: «سمعت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام يقول، و قد سأله: رجلٌ مسلمٌ احتاج إلى بيع داره، فمشى إلى أخيه فقال له: أبيعك دارى هذه و يكون لك أحبّ إليّ من أن يكون لغيرك،

ص: ١٢٧

١- (١) التذكرة ٥٢١: ١.

٢- (٢) كما في جامع المقاصد ٢٩٣: ٤، و المسالك ٢٠٢: ٣، و مفتاح الكرامه ٤: ٥٦٥.

٣- (٣) تقدّمت في الصفحه ١١١-١١٢ و غيرها.

على أن تشتري لي أنى إذا جئتك بثمانها إلى سنة تردها عليّ؟ قال:

لا بأس بهذا، إن جاء بثمانها ردها عليه. قلت: أ رأيت لو كان للدار غلّة لمن تكون؟ قال: للمشتري، أ لا ترى أنّها لو احترقت كانت من ماله» (١).

□
و رواه معاوية بن ميسره، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له (٢) من رجل، و كان بينه و بين الذى اشترى [منه (٣)] الدار خلطه، فشرط: أنّك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟ قال: له شرطه. قال له أبو الجارود: فإنّ هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين؟ قال: هو ماله؛ و قال عليه السلام: أ رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري» (٤).

□
و عن سعيد بن يسار فى الصحيح، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

إنّا نخالط أناساً من أهل السواد و غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم فى العشره اثنى عشر و ثلاثه عشر، و تؤخّر ذلك فيما بيننا و بينهم السنه و نحوها، و يكتب لنا رجلٌ منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منّا شراءً بأنّه باع و قبض الثمن منه، فنعده إن هو جاء بالمال إلى وقتٍ بيننا و بينهم أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل ٣٥٥: ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٢- (٢) لم يرد فى «ق».

٣- (٣) لم يرد فى «ق».

٤- (٤) الوسائل ٣٥٥: ١٢-٣٥٦، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا، فما ترى في هذا الشراء؟ قال: أرى أنه لك إن لم يفعله، وإن جاء بالمال (١) فَرُدَّ عليه» (٢).

و عن أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن بعت رجلاً على شرطٍ، فإن أتاكَ بمالك، و إلا فالباع لك» (٣).

إذا عرفت هذا

فتوضيح المسأله يتحقق بالكلام في أمور:

الأول أن اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه:

أحدها: أن يؤخذ قيماً للخيار على وجه التعليق أو التوقيت، فلا خيار قبله، و يكون مدّه الخيار منفصلاً دائماً عن العقد و لو بقليل، و لا خيار قبل الردّ. و المراد برّد الثمن: فعل ما له دخلٌ في القبض من طرفه و إن أبى المشتري.

الثاني: أن يؤخذ قيماً للفسخ بمعنى أن له الخيار في كلّ جزءٍ من المدّه المضروبه و التسلّط على الفسخ على وجه مقارنته لردّ الثمن أو تأخّره عنه.

الثالث: أن يكون ردّ الثمن فسخاً فعلياً، بأن يراد منه تمليك الثمن ليملك منه المبيع.

و عليه حمّل في الرياض ظاهر الأخبار الدالّه على عود المبيع

ص: ١٢٩

١-١) في «ش» زياده: «المؤقت»، و الموجود في المصادر الحديثيه: «لوقت».

٢-٢) الوسائل ٣٥٤: ١٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٣-٣) نفس المصدر، الحديث ٢.

بمجرد ردّ الثمن (١).

الرابع: أن يؤخذ ردّ الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ لا على مباشره الفسخ.

و هذا هو الظاهر من روايه معاويه بن ميسره (٢)، و يحتمل الثالث، كما هو ظاهر روايتي سعيد بن يسار و موثقه إسحاق بن عمار (٣).

و عنوان المسأله بهذا الوجه هو الظاهر من الغنيه حيث لم يذكر هذا القسم من البيع فى الخيار أصلاً، و إنما ذكره فى أمثله الشروط الجائزه فى متن العقد، قال: أن يبيع و يشترط على المشتري إن ردّ الثمن عليه فى وقت كذا كان المبيع له (٤)، انتهى.

الخامس: أن يكون ردّ الثمن شرطاً لوجوب الإقاله على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن و استقاله. و هو ظاهر الوسيله، حيث قال: إذا باع شيئاً على أن يقيله فى وقت كذا بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته الإقاله إذا جاءه بمثل الثمن فى المدّه (٥)، انتهى.

و حينئذٍ (٦) فإن أبى أجبره الحاكم أو أقال عنه، و إلّا استقلّ بالفسخ.

و هو محتمل روايتي سعيد بن يسار و إسحاق بن عمار على أن

ص: ١٣٠

١-١ (١) الرياض ١٨٩: ٨.

٢-٢ (٢) المتقدّمه فى الصفحه ١٢٨.

٣-٣ (٣) تقدّمتا فى الصفحه ١٢٧-١٢٨.

٤-٤ (٤) الغنيه: ٢١٥.

٥-٥ (٥) الوسيله: ٢٤٩.

٦-٦ (٦) لم ترد «و حينئذٍ» فى «ش».

يكون «ردّ المبيع إلى البائع» فيهما كنايةً عن ملزومه و هي الإقاله، لا- أن يكون وجوب الردّ كنايةً عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن على ما فهمه الأصحاب (1)، و مرجعه إلى أحد الأولين.

و الأظهر في كثيرٍ من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة (2) - هو الثاني.

لكن الظاهر صحّحه الاشتراط بكلٍّ من الوجوه الخمسه عدا الرابع؛ فإنّ فيه إشكالاً من جهة أنّ انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاءٍ فعليٍّ أو قوليّ يشبه انعقاده بنفسه في مخالفه المشروع من توقّف المسبّبات على أسبابها الشرعيّه؛ و سيجيء في باب الشروط ما يتّضح به صحّحه ذلك و سقمه (3).

الثاني

الثاني (4) الثمن المشروط ردّه: إمّا أن يكون في الذمّه، و إمّا أن يكون معيّناً.

و على كلّ تقدير: إمّا أن يكون قد قبضه، و إمّا أن لم يقبضه.

فإن لم يقبضه فله الخيار و إن لم يتحقّق ردّ الثمن؛ لأنّه شرطٌ على تقدير قبضه. و إن لم يفسخ حتّى انقضت المدّه لزم البيع. و يحتمل العدم؛ بناءً على أنّ اشتراط الردّ بمنزله اشتراط القبض [قبله] (6).

ص: ١٣١

١-١) راجع المقابيس: ٢٤٨، و المصابيح (مخطوط): ١٣٧.

٢-٢) راجع الشرائع ٢:٢٢، و القواعد ٢:٦٦، و التذكرة ١:٥٢١.

٣-٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ٥٩-٦٠.

٤-٤) في «ش» و هامش «ف»: «الأمر الثاني»، و كذا في الموارد الآتية.

٥-٥) لم ترد «أن» في «ش».

٦-٦) لم يرد في «ق».

و إن قبض الثمن المعين:

فإنما أن يشترط رد عينه.

أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لاه منه، أو مطلقاً، أو لو مع التمكن منه، على إشكالٍ في الأخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعاً بل لغة رد العين مع الإمكان. و في جواز اشتراط رد قيمه في المثلى و العكس (1) وجهان.

و إنما أن يطلق.

فعلى الأول، لا خيار إلّا برد العين، فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار، إلّا أن يكون إطلاق اشتراط رد العين في الخيار لإفاده سقوطه بإتلاف البائع، فيبقى الخيار في إتلاف غيره على حاله. و فيه نظر.

و على الثاني، فله رد البدل في موضع صحه الاشتراط.

و أما الثالث، فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين. و يظهر من إطلاق محكيّ الدروس و حاشيه الشرائع: أن الإطلاق لا يحمل على العين (2). و يحتمل حمله على الثمن الكلي، و سيأتي (3).

ص: ١٣٢

١-١) كذا في «ق»، و في غيره: «بالعكس».

٢-٢) راجع الدروس ٣:٢٦٩، و لم نعثر عليه في حاشيه الشرائع للمحقق الكركي -لأنّ الموجود عندنا ناقص و لا على الحاكي عنه، نعم جاء في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٥ هكذا: «و لا يحمل إطلاقه على العين كما صرح به الشهيد و المحقق الثاني في حاشيته»، و الظاهر أنّ المراد حاشيته على الإرشاد، لأنّه جاء فيها: «و لا يحمل الإطلاق على عين الثمن» حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٥٧.

٣-٣) في الصفحه الآتية.

و إن كان الثمن كلياً، فإن كان في ذمه البائع كما هو مضمون روايه سعيد بن يسار المتقدمه (1) فرده بأداء ما في الذمه، سواء قلنا: إنه عين الثمن أو بدله، من حيث إن ما في ذمه البائع سقط عنه بصيرورته ملكاً له، فكأنه تلف، فالمراد برده المشتري: ردُّ بدله.

و إن لم يكن الثمن في ذمه البائع وقبضه، فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمه (2) فالحكم على مقتضى الشرط. و إن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبه في هذا القسم من البيع -المشتهر ببيع الخيار هو رد ما يعم البدل، إمّا مطلقاً، أو مع فقد العين.

و يدل عليه صريح (3) بعض الأخبار المتقدمه (4) إلا أن المتيقن منها صورته فقد العين.

الثالث [لا يكفي مجرد الرد في الفسخ.]

قيل (5): ظاهر الأصحاب بناءً على ما تقدم: من أن رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمه لفسخ البائع أنه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ.

ص: ١٣٣

١-١) تقدمت في الصفحه ١٢٨.

٢-٢) راجع الصفحه المتقدمه.

٣-٣) في «ش»: «صريحاً».

٤-٤) كما في روايه ابن ميسره المتقدمه في الصفحه ١٢٨.

٥-٥) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٦٥، والمقابس: ٢٤٨، والمناهل: ٣٣٣.

و صرّح به في الدروس (١) و غيره (٢).

و لعلّ منشأ الظهور: أنّ هذا القسم فردّ من خيار الشرط مع اعتبار شىء زائد فيه، و هو ردّ الثمن. و علّلوا ذلك أيضاً: بأنّ الردّ من حيث هو لا يدلّ على الفسخ أصلاً (٣). و هو حسنٌ مع عدم الدلالة، أمّا لو فرض الدلالة عرفاً إمّا بأن يفهم منه كونه تملكاً للثمن من المشتري ليتملك منه المبيع على وجه المعاطاه، و إمّا بأن يدلّ الردّ بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكاً له و الثمن ملكاً للمشتري فلا وجه لعدم الكفايه مع اعترافهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالةً.

و ما قيل: من أنّ الردّ يدلّ على إرادته الفسخ و الإرادة غير المراد (٤).

ففيه: أنّ المدعى دلّاه على إرادته كون المبيع ملكاً له و الثمن ملكاً للمشتري، و لا يعتبر في الفسخ الفعلى أزيد من هذا؛ مع أنّ ظاهر الأخبار كفايه الردّ في وجوب ردّ المبيع بل قد عرفت في روايه معاويه بن ميسره حصول تملك المبيع بردّ الثمن (٥)، فيحمل على تحقّق الفسخ الفعلى به.

ص: ١٣٤

١-١) الدروس ٢٦٩:٣.

٢-٢) مثل المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٢٩٢:٤، و الشهيد الثانی فی المسالك ٣: ٢٠٢.

٣-٣) علّله بذلك المحقّق الكرکی فی جامع المقاصد ٢٩٢:٤، و السید العاملی فی مفتاح الكرامه ٥٦٥:٤، و السید المجاهد فی المناهل: ٣٣٣، و المحقّق التستری فی المقابس: ٢٤٨.

٤-٤) قاله السید العاملی فی مفتاح الكرامه ٥٦٥:٤، و السید المجاهد فی المناهل: ٣٣٣.

٥-٥) راجع الروايه فی الصفحه ١٢٨.

الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد على الوجه الثاني من الوجهين الأولين،

بل وعلى الوجه الأول؛ بناءً على أن تحقق السبب وهو العقد كافٍ في صحته إسقاط الحق. لكن مقتضى ما صرح به في التذكرة: من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد (١) بناءً على حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أيضاً. إلا أن يفرق هنا: بأن المشروط له مالكٌ للخيار قبل الردّ و لو من حيث تملكه للردّ الموجب له فله إسقاطه، بخلاف ما في التذكرة.

و يسقط أيضاً بانقضاء المدّة و عدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقاً، على التفصيل المتقدّم.

و لو تبين المردود من غير الجنس فلا ردّ. و لو ظهر معيباً كفى في الردّ، و له الاستبدال.

و يسقط أيضاً بالتصرّف في الثمن المعين مع اشتراط ردّ العين أو حمل الإطلاق عليه، و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار ردّ عين المدفوع. كلّ ذلك لإطلاق ما دلّ (٢) على أن تصرّف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضا بالعقد و لا خيار. و قد عمل

ص: ١٣٥

-
- ١-١) لم نعثر عليه بعينه، نعم جاء فيها: «لو قلنا: بأنّ مبدأ المدّة العقد و أسقطا الخيار مطلقاً قبل التفرق سقط الخياران: خيار المجلس و الشرط، و إن قلنا بالتفرق سقط خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأنّه غير ثابت» التذكرة ١: ٥٢٠.
- ٢-٢) يدلّ عليه ما في الوسائل ١٢: ٣٥١، الباب ٤ و غيره من أبواب الخيار.

الأصحاب بذلك في غير مورد النصّ كخيارى المجلس و الشرط.

و ظاهر المحكى (1) عن المحقق الأردبيلى و صاحب الكفايه (2) عدم سقوط هذا الخيار بالتصرّف فى الثمن؛ لأنّ المدار فى هذا الخيار عليه؛ لأنّه شرّع لانتفاع البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة، و للموتّق المتقدّم (3) المفروض فى مورده تصرّف البائع فى الثمن و بيع الدار لأجل ذلك (4).

و المحكى عن العلّامه الطباطبائى فى مصابيح الردّ على ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما حصّله: أنّ التصرّف المسقط ما وقع فى زمان الخيار و لا خيار إلّا بعد الردّ، و لا ينافى شىء ممّا ذكر لزومه بالتصرّف بعد الردّ؛ لأنّ ذلك منه بعده لا قبله و إن كان قادراً على إيجاد سببه فيه؛ إذ المدار على الفعل لا على القوّه، على أنّه لا يتمّ فيما اشترط فيه الردّ فى وقتٍ منفصلٍ عن العقد كيوم بعد سنه مثلاً (5)، انتهى محضّ كلامه.

ص: ١٣٦

١-١) حكاه السيّد المجاهد فى المناهل: ٣٤٠، و راجع مجمع الفائده ٨:٤٠٢ و ٤١٣، و كفايه الأحكام: ٩٢.

٢-٢) فى «ش» زياده: «أنّ الظاهر».

٣-٣) المتقدّم فى الصفحه ١٢٧-١٢٨.

٤-٤) ذكر التعليل فى مجمع الفائده ٨:٤١٣، مع تفاوت فى الألفاظ، نعم حكاه عنه السيّد المجاهد فى المناهل: ٣٤٠ بالألفاظ المذكوره.

٥-٥) حكاه عنه السيّد المجاهد فى المناهل: ٣٤١، و العبارة المحكيه موجوده فى المصاييح (مخطوط): ١٣٩، و قد نقل الشيخ حاصلها، كما قال.

و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره قدس سره من كون حدوث الخيار بعد الردّ لا قبله:- بأن ذلك يقتضى جهاله مبدأ الخيار، و بأن الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثيرٍ من الأصحاب قولَ الشيخ (١) بتوقّف الملك على انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدّمة فى هذه المسألة الدالّة على أنّ غلّه المبيع للمشتري هو كون مجموع المدّة زمان الخيار (٢)، انتهى.

أقول: فى أصل الاستظهار المتقدّم و الردّ المذكور عن المصاييح و المناقشه على الردّ نظرًا.

أمّا الأوّل: فلأنه لا مخصّص لدليل سقوط الخيار بالتصرّف المنسحب فى غير مورد النصّ عليه باتّفاق الأصحاب.

و أمّا بناءً هذا العقد على التصرّف فهو من جهه أنّ الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلى، و ظاهر الحال فيه كفايه ردّ مثل الثمن؛ و لذا قوينا (٣) حمل الإطلاق فى هذه الصورة على ما يعمّ البدل، و حينئذٍ فلا يكون التصرّف فى عين الفرد المدفوع دليلاً على الرضا بلزوم العقد؛ إذ لا منافاه بين فسخ العقد و صحّه هذا التصرّف و استمراره، و هو مورد الموثّق المتقدّم أو منصرف إطلاقه.

أو من جهه تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرّف أيضاً، أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرّف فى الثمن، و قد مرّ (٤)

ص: ١٣٧

١- ١) يأتى قول الشيخ فى أحكام الخيار، فى مسأله: أنّ المبيع يملك بالعقد.

٢- ٢) الجواهر ٢٣: ٤٠، مع تفاوت فى بعض الألفاظ.

٣- ٣) راجع الصفحه ١٣٣.

٤- ٤) مرّ فى الصفحه ١٠٣.

أن السقوط بالتصرف ليس تعبدًا شرعيًا مطلقًا حتى المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد.

و أمّا الثاني: فلأنّ المستفاد من النصّ و الفتوى كما عرفت (١) - كون التصرف مسقطاً فعلياً كالقولي يُسقط الخيار في كلّ مقام يصحّ إسقاطه بالقول: و الظاهر عدم الإشكال في جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردّ.

هذا، مع أنّ حدوث الخيار بعد الردّ مبنيٌّ على الوجه الأوّل المتقدم (٢) من الوجوه الخمسه في مدخلية الردّ في الخيار، و لا دليل على تعيينه (٣) في بيع الخيار المتعارف بين الناس، بل الظاهر من عبارته غير واحدٍ هو الوجه الثاني.

أو نقول: إنّ المتّبع مدلول الجملة الشرطيّة الواقعة في متن العقد، فقد يؤخذ الردّ فيها قيداً للخيار و قد يؤخذ قيداً للفسخ.

نعم، لو جعل الخيار و الردّ في جزءٍ معيّنٍ من المدّة كيوم بعد السنه كان التصرف قبله تصرفاً مع لزوم العقد، و جاء فيه الإشكال في صحّه الإسقاط هنا (٤) من عدم تحقّق الخيار، و من تحقّق سببه.

و أمّا المناقشه في تحديد مبدأ الخيار بالردّ بلزوم جهاله مدّه الخيار، ففيه: أنّها لا تقدر مع تحديد زمان التسلّط على الردّ و الفسخ بعده إن

ص: ١٣٨

١-١) راجع الصفحه ١٠٤ و ١٠٧.

٢-٢) تقدّم في الصفحه ١٢٩.

٣-٣) في «ش»: «تعيّنه».

٤-٤) في «ش»: «زياده:» و لو قولاً.

شاء. نعم، ذكر في التذكرة: أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفريق إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد (١). لكن الفرق يظهر بالتأمل.

و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف، ففيه: أن زمان الخيار عرفاً لا يراد به إلا ما كان الخيار متحققاً فيه شرعاً أو بجعل المتعاقدين، و المفروض أن الخيار هنا جعلي، فالشك (٢) في تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين.

و أما ما ذكره بعض الأصحاب (٣) في رد الشيخ من بعض أخبار المسألة، فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملك على انقضاء زمان الخيار مطلقاً حتى المنفصل، كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدلل له به من الأخبار (٤).

الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري،

سواء كان قبل الرد أو بعده، و نماؤه أيضاً له مطلقاً. و الظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيسترد المثل

ص: ١٣٩

١- (١) التذكرة ٥٢٠:١.

٢- (٢) في «ف»: «فالشأن».

٣- (٣) كما ذكره السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٩٤:٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٨٠.

٤- (٤) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٩٥:٥: «وقد يحتج له بروايه الحلبي "فإذا افترقا فقد وجب البيع"، و أخبار أخر أشار إليها في الجواهر ٢٣:٨١.

أو قيمه برّد الثمن أو بدله. و يحتمل عدم الخيار، بناءً على أنّ مورد هذا الخيار هو إلزام أنّ له ردّ الثمن و ارتجاع البيع (١)، و ظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك، فلا خيار مع تلفه.

ثمّ إنّ لا- تنافى بين شرطيه البقاء و عدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع كما سيجىء في أحكام الخيار (٢) لأنّ غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، و لا يتمّ إلّا بالتزام إبقائه للبائع (٣).

و لو تلف الثمن:

فإن كان بعد الردّ و قبل الفسخ، فمقتضى ما سيجىء: من «أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له» (٤) كونه من المشتري و إن كان ملكاً للبائع، إلّا أن يمنع شمول تلك القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع، كما ذكره بعض المعاصرين (٥) و استظهره من روايه معاويه بن ميسره المتقدمه (٦). و لم أعرف وجه الاستظهار، إذ ليس فيها إلّا أنّ نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشتري، و هما إجماعيان حتّى في مورد كون التلف ممّن لا خيار له، فلا حاجه لهما إلى تلك الروايه، و لا تكون

ص: ١٤٠:

١-١ (١) كذا، و الظاهر: «المبيع».

٢-٢ (٢) يجىء في الجزء السادس، الصفحة ١٤٤.

٣-٣ (٣) في «ف»: «على البائع».

٤-٤ (٤) يجىء في الجزء السادس، الصفحة ١٧٤.

٥-٥ (٥) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٨٨.

٦-٦ (٦) تقدّمت في الصفحة ١٢٨.

الروايه مخالفه للقاعده، وإنما المخالف لها هي قاعده «أنّ الخراج بالضمان» إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك. نعم، الإشكال في عموم تلك القاعده للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار. لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعده للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثه-أعني خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجيء الكلام في أحكام الخيار (١).

و إن كان التلف قبل الرد فمن البائع (٢)؛ بناءً على عدم ثبوت الخيار قبل الردّ.

و فيه-مع ما عرفت من منع المبنى-: منع البناء، فإنّ دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أم بمنفصل، كما يقتضيه أخبار تلك المسأله، كما سيجيء (٣).

ثمّ إن قلنا: بأنّ تلف الثمن من المشتري انفسخ البيع، و إن قلنا:

بأنّه من البائع فالظاهر بقاء الخيار، فيردّ البدل و يرتجع المبيع.

السادس لا إشكال في قدره على الفسخ برد الثمن على نفس المشتري، أو برده على وكيله المطلق

أو الحاكم أو العدول مع التصريح بذلك

ص: ١٤١

١-١) سيجيء في الجزء السادس، الصفحه ١٧٨-١٨١.

٢-٢) كذا في «ش»، و لكن في «ق» و «ف» بدل «البائع»: «المشتري»، و الظاهر أنّه من سهو القلم.

٣-٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ١٧٥، مسأله أنّ المبيع في ضمان من ليس له الخيار.

و إن كان المشروط هو ردّه إلى المشتري مع عدم التصريح ببدله، فامتنع ردّه إليه عقلاً لغيبه و نحوها، أو شرعاً لجنونٍ و نحوه، ففي حصول الشرط بردّه إلى الحاكم، كما اختاره المحقق القمى فى بعض أجوبه مسائله (١) و عدمه، كما اختاره سيّد مشايخنا فى مناهله (٢)، قولان.

و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم ردّ الثمن إلى المشتري مع غيبته، حيث إنّه بعد [نقل (٣)] قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار، و أنّه لا اعتبار بالإشهاد خلافاً لبعض علمائنا قال: إنّ ظاهر الروايه اعتبار حضور المشتري لىفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه؛ فما ذكروه: من جواز الفسخ مع عدم حضور المشتري و جعل الثمن أمانةً إلى أن يجيء المشتري، و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، إلّا أنّه بعيدٌ عن مساق الأخبار المذكوره (٤)، انتهى.

أقول: لم أجد فيما رأيت من تعرّض لحكم ردّ الثمن مع غيبه المشتري فى هذا الخيار، و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانةً عند البائع حتّى يحضر المشتري. و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار إنّما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل

ص: ١٤٢

١-١ (١) جامع الشتات ١٤١:٢، المسأله ٩٩.

٢-٢ (٢) المناهل: ٣٣٤.

٣-٣ (٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤ (٤) الحدائق ١٩:٣٥ ٣٦.

العامة و بعض الخاصه (١)، حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم، و لا تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ، و هو ردّ الثمن إلى المشتري، مع أنّ ما ذكره من أخبار المسأله لا يدلّ على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ و إن كان موردها صورته حضوره لأجل تحقق الردّ، إلا أنّ الفسخ قد يتأخّر عن الردّ بزمانٍ؛ بناءً على مغايره الفسخ للردّ و عدم الاكتفاء به عنه.

نعم، لو قلنا بحصول الفسخ بالردّ اختصّ موردها بحضور الخصم.

لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور فى هذا الخيار، خصوصاً لو فرض قولهم بحصول الفسخ برّد (٢) الثمن، فافهم.

و كيف كان، فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ إلى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه؛ لأنّ الظاهر من «الردّ إلى المشتري» حصوله عنده و تملكه له حتّى لا يبقى الثمن فى ذمّه البائع بعد الفسخ، و لذا لو دفع إلى وارث المشتري كفى. و كذا لو ردّ وارث البائع مع أنّ المصرّح به فى العقد ردّ البائع، و ليس ذلك لأجل إرثه للخيار؛ لأنّ ذلك متفرّع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الرد، و كذا الكلام فى وليه.

و دعوى: أنّ الحاكم إنّما يتصرّف فى مال الغائب على وجه الحفظ

ص: ١٤٣

-
- ١- ١) أمّا بعض الخاصه فهو ابن الجنيّد كما نقله العلّامة فى المختلف ٥: ٧٦، و أمّا العامة فنسبه فى التذكرة ١: ٥٢٢، إلى أبى حنيفه و محمّد، و مثله فى الخلاف ٣: ٣٥، ذيل المسأله ٤٧، من كتاب البيوع، و راجع الفتاوى الهنديّه ٣: ٤٣.
- ٢- ٢) فى «ش»: «بمجرد ردّ».

أو (١) المصلحة، و الثمن قبل رده باقٍ على ملك البائع، و قبضه عنه الموجب لسلطنه البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحةً للغائب أو شبهه، فلا يكون ولياً في القبض، فلا يحصل ملك المشتري المدفوع بعد الفسخ.

مدفوعه: بأن هذا ليس تصرفاً اختيارياً من قبل الولي حتى يناط بالمصلحة، بل البائع حيث وجد من هو منصوبٌ شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ؛ إذ لا يعتبر فيه قبول المشتري أو وليه للثمن حتى يقال: إن ولايته في القبول متوقفة على المصلحة، بل المعتبر تمكين المشتري أو وليه منه إذا حصل الفسخ.

و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه.

و لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع، فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن إلى الولي الآخر أعني الجد مطلقاً، أو مع عدم التمكّن من الرد إلى الأب، أو لا؟ وجوه.

و يجرى مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير، فرد البائع إلى حاكمٍ آخر، و ليس في قبول الحاكم الآخر مزاحمةً للأول حتى لا يجوز قبوله للثمن، و لا يجرى ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناءً على عدم جواز مزاحمة الحاكم (٢) لحاكمٍ آخر في مثل هذه الأمور؛ لما عرفت: من أن أخذ الثمن من البائع ليس تصرفاً اختيارياً، بل البائع إذا وجد من

ص: ١٤٤

١-١) في «ش» بدل «أو»: «و».

٢-٢) في «ش»: «حاكم».

يجوز أن يتملك الثمن عن المشتري عند فسخه جاز له الفسخ. و ليس في مجرد تملك الحاكم الثاني الثمن عن المشتري مزاحمة للحاكم الأول، غايه الأمر وجوب دفعه إليه، مع احتمال عدم الوجوب؛ لأن هذا ملكٌ جديدٌ للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول، فلا مزاحمة. لكن الأظهر أنها مزاحمة عرفاً.

السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن لم يكن له ذلك إلا برد الجميع،

فلو ردّ بعضه لم يكن له الفسخ. و ليس للمشتري التصرف في المدفوع إليه؛ لبقائه على ملك البائع.

و الظاهر أنه ضامنٌ له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه الثمّية، إلا أن يصرح بكونها أمانه عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع.

و لو شرط البائع الفسخ في كل جزءٍ برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، و للمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقيه المبيع و خرجت المدّه. و هل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك.

و يجوز اشتراط الفسخ في الكل برد جزءٍ معيّن من الثمن في المدّه، بل بجزءٍ غير معيّن، فيبقى الباقي في ذمه البائع بعد الفسخ.

الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن، كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد الثمن.

و لا إشكال في انصراف الإطلاق إلى العين، و لا في جواز التصريح بردّ بدله مع تلفه؛ لأنّ مرجعه إلى اشتراط الخيار

برّد المبيع مع وجوده و بدله مع تلفه و عدم بقاء مال البائع عند المشتري بعد الفسخ.

و فى جواز اشتراط ردّ بدله و لو مع التمكن من العين إشكالاً: من أنّه خلاف مقتضى الفسخ؛ لأنّ مقتضاه رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه، فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسحاً فى الحقيقة (١).

نعم، لو اشترط ردّ التالف بالمثل فى القيمي و بالقيمه فى المثلّى أمكن الجواز؛ لأنّه بمنزله اشتراط إيفاء ما فى الذمّه بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلّى بالقيمه و القيمي بالمثل، و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع، فتأمل.

و يجوز اشتراط الفسخ لكلّ منهما برّد ما انتقل إليه أو بدله؛ و الله العالم.

ص: ١٤٦

(١-١) لم يذكر المؤلف قدس سرّه الشقّ الآخر للإشكال؛ اتكالا على وضوحه، و هو عموم: «المؤمنون عند شروطهم».

مسأله لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع و جريانه في كل معاوضه لازمه

كالإجاره و الصلح و المزارعه و المساقاه- بل قال في التذكره:الأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضه،خلافاً للجمهور (١).و مراده ما يكون لازماً؛لأنه صرّح بعدم دخوله في الوكاله و الجعاله و القراض و العاريه و الوديعه؛لأن الخيار لكل منهما دائماً،فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه (٢).

و الأصل فيما ذكر عموم «المؤمنون عند شروطهم» (٣)،بل الظاهر المصرّح به في كلمات جماعه (٤)دخوله في غير المعاوضات من العقود اللازمه و لو من طرفٍ واحد،بل إطلاقها يشمل العقود الجائزه،إلا أن

ص: ١٤٧

١-١) التذكره ٥٢٢:١.

٢-٢) نفس المصدر.

٣-٣) الوسائل ١٥:٣٠،الباب ٢٠ من أبواب المهور،ذيل الحديث ٤.

٤-٤) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤:٣٠٤ في الضمان و الهبه و غيرهما، و السيّد المجاهد في المناهل:٣٣٦،و المحقّق التستري في المقابس:٢٤٨،و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٦٩ أيضاً.

يُدعى من الخارج عدم معنَى للخيار فى العقد الجائز و لو من الطرف الواحد.

فعن الشرائع و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفايه (١): دخول خيار الشرط فى كلّ عقدٍ سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق. و ظاهرها ما عدا الجائز؛ و لذا ذكر نحو هذه العبارة فى التحرير (٢) بعد ما منع الخيار فى العقود الجائزه.

و كيف كان: فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى أنّ مقتضى عموم أدلّه الشرط الصحّح فى الكلّ و إنّما الإخراج لمانع؛ و لذا قال فى الدروس -بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط فى الصرف عن الشيخ قدّس سرّه-:

إنّه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحه ابن سنان: «المؤمنون عند شروطهم» (٣)، فالمهمّ هنا بيان ما خرج عن هذا العموم.

[عدم جريان خيار الشرط فى الإيقاعات]

فنقول: أمّا الإيقاعات، فالظاهر عدم الخلاف فى عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلّى فى السرائر على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود (٤).

قيل: لأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما يتّبه عليه

ص: ١٤٨

١ - ١) حكاها عنها السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٦٨، راجع الشرائع ٢: ٢٣، و الإرشاد ١: ٣٧٥، و الدروس ٣: ٢٦٨، و حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٦٠، و مجمع الفائده ٨: ٤١١، و كفايه الأحكام: ٩٢.

٢ - ٢) التحرير ١: ١٦٨.

٣ - ٣) الدروس ٣: ٢٦٨، و فيه: «المسلمون» بدل «المؤمنون»، و هو مطابق للمصدر، و راجع الحديث فى الوسائل ١٢: ٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديثان ١ و ٢.

٤ - ٤) السرائر ٢: ٢٤٦.

جملة من الأخبار و الإيقاع إنما يقوم بواحد (١).

و فيه: أنّ الاستفادة من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين:

المشروط له، و المشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الإيجاب و القبول؛ أ لا ترى أنهم جوّزوا أن يشترط في إعتاق العبد خدمة مدّة (٢) تمسكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غايه الأمر توقّف لزومه كاشتراط مالٍ على العبد على قبول العبد على قول بعض (٣). لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول.

فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط، أو (٤) انصرافه، خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس (٥) -: بعدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات حتى تقبل لاشتراط التسلّط على الفسخ فيها.

و الرجوع في العده ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعيّ في بعض أقسامه لا يقبل (٦) الثبوت في غير مورده، بل و لا السقوط في مورده.

و مرجع هذا إلى أنّ مشروعية الفسخ لا بدّ لها من دليل، و قد وجد في

ص: ١٤٩

١ - ١) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٦٤، و اللفظ للأوّل، و راجع الوسائل ١٢:٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديثان ١ و ٤ و غيرهما في غير الباب.

٢ - ٢) راجع المسالك ١٠:٢٩٢، و نهايه المرام ٢:٢٥١، و كشف اللثام (الطبعه الحجريّه) ٢:١٨٥.

٣ - ٣) كما قاله العلّامة في التحرير ٢:٧٩.

٤ - ٤) في «ش» بدل «أو»: «و».

٥ - ٥) تقدّم في الصفحه ٢٢.

٦ - ٦) في «ق»: «لا تقبل».

العقود من جهة مشروعيتها الإقاله و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرهما في بعضها، بخلاف الإيقاعات؛ فإنه لم يُعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

و بالجمله، فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناءً على أنّ اللزوم في الإيقاعات حكم شرعيّ كالجواز في العقود الجائزه فلا يصير سبباً باشتراط التسلّط عليه في متن الإيقاع.

هذا كلّيه، مضافاً إلى الإجماع عن المبسوط و نفي الخلاف عن السرائر على عدم دخوله في العتق و الطلاق (١)، و إجماع المسالك على عدم دخوله في العتق و الإبراء (٢).

[عدم جريان خيار الشرط في العقود المتضمنه للإيقاع]

و ممّا ذكرنا في الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمّن الإيقاع و لو كان عقداً، كالصلح المفيد فائده الإبراء، كما في التحرير و جامع المقاصد (٣).

و في غايه المرام: أنّ الصلح إن وقع معاوضهً دخله خيار الشرط، و إن وقع عمّا في الذمه مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله؛ لأنّ مشروعيته لقطع المنازعه فقط، و اشتراط الخيار لعود الخصومه ينافي مشروعيته، و كلّ شرط ينافي مشروعيته العقد غير لازم (٤)، انتهى.

ص: ١٥٠

١-١) المبسوط ٨١:٢، و السرائر ٢٤٦:٢.

٢-٢) المسالك ٢١٢:٣، و فيه: «محلّ وفاق».

٣-٣) التحرير ١٦٧:١، و جامع المقاصد ٣٠٤:٤.

٤-٤) غايه المرام (مخطوط) ٢٩٥:١، و فيه: «غير جائز».

و الكبرى المذكورة في كلامه راجعة إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، ولا- أقل من الشك في ذلك الراجع إلى الشك في سببه الفسخ لرفع الإيقاع.

[أقسام العقود من حيث دخول خيار الشرط فيها]

[ما لا يدخله اتفاقاً]

و أمّا العقود: فمنها ما لا يدخله اتفاقاً، ومنها ما اختلف فيه، ومنها ما يدخله اتفاقاً.

فالأول: النكاح، فإنه لا يدخله اتفاقاً، كما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك: الإجماع عليه (١). و لعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق و عدم مشروعية التقايل فيه.

[ما اختلف في دخوله فيه]

[الوقف]

و من الثاني: الوقف، فإن المشهور عدم دخوله فيه، و عن المسالك:

أنه موضع وفاق (٢). و يظهر من محكي السرائر و الدروس وجود الخلاف فيه (٣). و ربما علل باشتراط القربة فيه و أنه فك ملك غير عوض (٤)، و الكبرى في الصغرين ممنوعة.

ص: ١٥١

١ - (١) حكي الإجماع عنها السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤:٥٦٨، و راجع الخلاف ٣:١٦، المسألة ١٧ من كتاب البيوع، و فيه: «..بلا- خلاف»، و تعرّض للمسألة في النكاح و حكم هناك أيضاً بالبطلان، و لكن لم يتعرّض للإجماع، راجع الخلاف ٤:٢٩٢، المسألة ٥٩ من كتاب النكاح، و المبسوط ٢:٨١، و السرائر ٢:٢٤٦، و جامع المقاصد ٤:٣٠٣، و المسالك ٣:٢١٢، و فيه: «..محلّ وفاق».

٢ - (٢) المسالك ٣:٢١٢، و حكاها السيد المجاهد في المناهل: ٣٣٦.

٣ - (٣) حكاها السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٤:٥٦٨، و راجع السرائر ٢:٢٤٥، و الدروس ٣:٢٦٨.

٤ - (٤) كما علله بذلك في جامع المقاصد ٤:٣٠٣، و مفتاح الكرامة ٤:٥٦٨ - ٤:٥٦٩.

و يمكن الاستدلال له بالموثقة المذكوره فى مسأله شرط الواقف كونه أحتق بالوقف عند الحاجه، و هى قوله عليه السلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحتق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع فى الميراث» (١) و قريب منها غيرها (٢). و فى دالتهما (٣) على المدعى تأمل.

و يظهر من المحكى عن المشايخ الثلاثه فى تلك المسأله (٤) تجويز اشتراط الخيار فى الوقف (٥)، و لعله (٦) المخالف الذى أشير إليه فى محكى السرائر و الدروس (٧).

و أما حكم الصدقه فالظاهر أنه حكم الوقف، قال فى التذكره فى باب الوقف: إنه يشترط فى الوقف الإلزام فلا يقع لو شرط الخيار فيه لنفسه، و يكون الوقف باطلاً كالتق و الصدقه (٨)، انتهى.

لكن قال فى باب خيار الشرط: أما الهبه المقبوضه، فإن كانت لأجنبى غير معوض عنها و لا قصد بها القربه و لا تصرف [المتَّهب (٩)]،

ص: ١٥٢

١-١) التهذيب ٩:١٥٠، الحديث ٦١٢.

٢-٢) راجع الوسائل ١٣:٢٩٧، الباب ٣ من أبواب الوقوف، الحديث ٣.

٣-٣) فى «ش»: «دالتهما».

٤-٤) فى «ق» زياده: «ما يظهر منه»، و الظاهر أنها من سهو القلم.

٥-٥) راجع المقنع: ٦٥٢، و الانتصار: ٤٦٨، المسأله ٢٦٤، و النهايه: ٥٩٥.

٦-٦) كذا فى النسخ، و لعل وجه إفراد الضمير باعتبار تقدير «كل واحد» قبل «المشايخ الثلاثه».

٧-٧) تقدمت الحكايه عنهما فى الصفحه السابقه.

٨-٨) التذكره ٢:٤٣٤.

٩-٩) فى «ق» بدل «المتَّهب»: «الواهب»، و هو سهو من القلم.

يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن اختل أحد القيود لزمّت. و هل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب ذلك (١)، انتهى.

و ظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمه حتى الصدقه.

و كيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها؛ لعموم ما دلّ على أنه لا يرجع فيما كان لله (٢)، بناءً على أنّ الاستفادة منه كون اللزوم حكماً شرعياً لما هيته الصدقه، نظير الجواز للعقود الجائزه.

و لو شكّ في ذلك كفى في عدم سببه الفسخ التي يتوقف صحه اشتراط الخيار عليها. و توهم إمكان إثبات السببه بنفس دليل الشرط واضح الاندفاع.

و منه

و منه (٣): الصلح،

فإنّ الظاهر المصرّح به في كلام جماعه - كالعالمه في التذكره (٤) -: دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المهذب البارع في باب الصلح: الإجماع على دخوله فيه بقولٍ مطلقٍ (٥).

و ظاهر المبسوط كالمحكّي عن الخلاف (٦) -: عدم دخوله فيه مطلقاً.

و قد تقدّم التفصيل عن التحرير و جامع المقاصد و غايه المرام (٧)

ص: ١٥٣

١- (١) التذكره ٥٢٢: ١.

٢- (٢) يدلّ عليه ما في الوسائل ٣١٥: ١٣، الباب ١١ من أبواب الوقوف و الصدقات، و غيره من الأبواب.

٣- (٣) أي: من أقسام ما اختلف فيه.

٤- (٤) التذكره ٥٢٢: ١.

٥- (٥) المهذب البارع ٥٣٨: ٢.

٦- (٦) راجع المبسوط ٨٠: ٢، و الخلاف ١٢: ٣، المسأله ١٠ من كتاب البيوع.

٧- (٧) تقدّم في الصفحه ١٥٠.

و لا يخلو عن قرب؛ لما تقدّم من الشكّ في سببّه الفسخ لرفع الإبراء أو ما يفيد فائدته.

و منه: الضمان،

فإنّ المحكّي عن ضمان التذكرة و القواعد (١): عدم دخول خيار الشرط [فيه (٢)]، و هو ظاهر المبسوط (٣).

و الأقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقابل فيه.

و منه: الرهن،

فإنّ المصرّح به في غايه المرام عدم ثبوت الخيار للراهن (٤)؛ لأنّ الرهن وثيقه للدين، و الخيار ينافى الاستيثاق؛ و لعلّه لذا استشكل في التحرير (٥) و هو ظاهر المبسوط (٦)، و مرجعه إلى أنّ مقتضى طبيعه الرهن شرعاً بل عرفاً كونها وثيقه، و الخيار منافٍ لذلك.

و فيه: أنّ غايه الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافى جواز جعل الخيار بتراضى الطرفين.

و منه: الصرف،

فإنّ صريح المبسوط و الغنيه و السرائر عدم دخول

ص: ١٥٤

١ - ١) حكاها عنهما في مفتاح الكرامه ٤:٥٦٩، و راجع التذكرة ٢:٨٦، و فيه: «و كذا لو شرط الضامن الخيار لنفسه كان باطلاً»، و القواعد ٢:١٥٥.

٢ - ٢) لم يرد في «ق».

٣ - ٣) راجع المبسوط ٢:٨٠.

٤ - ٤) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٩٥، و فيه: «و في الراهن إشكال من أصاله الجواز.. و من منافاته لعقد الرهن؛ لأنّه وثيقه للدين المرتهن، و مع حصول الخيار ينفى الفائدة».

٥ - ٥) التحرير ١:١٦٧، و فيه: «و في الراهن إشكال».

٦ - ٦) راجع المبسوط ٢:٧٩.

خيار الشرط فيه (١)، مدّعين على ذلك الإجماع. ولعله لما ذكره في التذكرة للشافعي المانع عن دخوله في الصرف و السلم:- بأنّ (٢) المقصود من اعتبار التقابض فيهما أن يفترقا و لم يبق (٣) بينهما علقه، و لو أثبتنا الخيار بقيت العلقه (٤).

و الملازمه ممنوعه كما في التذكرة؛ و لذا جزم فيها بدخوله في الصرف و إن استشكله أولاً كما في القواعد (٥).

[ما يدخله خيار الشرط اتفاقاً]

و من الثالث (٦): أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجاره و المزارعه و المساقاه و غير ما ذكر من موارد الخلاف، فإنّ الظاهر عدم الخلاف [فيها (٧)].

[هل يدخل خيار الشرط في القسمه؟]

و اعلم أنّه ذكر في التذكرة تبعاً للمبسوط (٨)-: دخول خيار الشرط في القسمه و إن لم يكن فيها ردّ (٩). و لا- يتصوّر إلّا بأن يشترط الخيار في التراضى القولى بالسهم، و أمّا التراضى الفعلى فلا يتصوّر دخول خيار الشرط فيه؛ بناءً على وجوب ذكر الشرط في متن العقد.

ص: ١٥٥

- ١- (١) المبسوط ٧٩:٢، و الغنيه: ٢٢٠، و السرائر ٢٤٤:٢.
- ٢- (٢) كذا في «ق»، و المناسب: «من أنّ»، كما في «ش».
- ٣- (٣) كذا في «ق»، و في «ش»: «لا يبقى».
- ٤- (٤) التذكرة ٥٢٢:١.
- ٥- (٥) القواعد ٦٧:٢.
- ٦- (٦) و هو ما يدخله الخيار قطعاً.
- ٧- (٧) لم يرد في «ق».
- ٨- (٨) المبسوط ٨٢:٢.
- ٩- (٩) التذكرة ٥٢٢:١.

و منه يظهر عدم جريان هذا الخيار فى المعاطاه و إن قلنا بلزومها من أوّل الأمر أو بعد التلف، و السرّ فى ذلك: أنّ الشرط القولى لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلى.

و ذكر فىهما أيضاً دخول الخيار فى الصداق (١). و لعلّه لمشروعته الفسخ فى بعض المقامات، كما إذا زوجها الولّى بدون مهر المثل.

و فىه نظرٌ.

و ذكر فى المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار فى السبق و الرمايه؛ للعموم (٢).

أقول: و الأظهر بحسب القواعد إناطه دخول خيار الشرط بصحّه التقايل فى العقد، فمتى شرع التقايل مع التراضى بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنه أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإنّ إقدامه على ذلك حين العقد كافٍ فى ذلك بعد ما وجب عليه شرعاً القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه، فىكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه قائماً مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه، و إن لم يرضَ فعلاً.

و أمّا إذا لم يصحّ التقايل فىه لم يصحّ اشتراط الخيار فىه؛ لأنّه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراضٍ منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنه أحدهما عليه لا يحدث له أثراً؛ لما عرفت: من أنّ الالتزام حين العقد لا يفيد إلّا فائده الرضا الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه، و لا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً، و الله العالم.

ص: ١٥٦

١-١) المبسوط ٨١:٢، و التذكرة ٥٢٢:١.

٢-٢) المبسوط ٨١:٢.

واصله الخديعه، قال في الصحاح: هو بالتسكين في البيع، و (١) بالتحريك في الرأي (٢).

و هو في اصطلاح الفقهاء: تملك مال به ما يزيد على قيمته مع جهل الآخر. و تسميه المملك غابناً و الآخر مغبوناً، مع أنه قد لا يكون خدعاً أصلاً كما لو كانا جاهلين لأجل غلبه صدور هذه المعاضه على وجه الخدع.

و المراد بما يزيد أو ينقص: العوض مع ملاحظه ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يسوى (٣) مائه دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع، فلا غبن؛ لأن المبيع بباع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، و هكذا غيره من الشروط.

و الظاهر أن كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن

ص: ١٥٧

١-١) في «ش» زياده: «الغبن».

٢-٢) الصحاح ٢١٧٢: ٦، ماده «غبن».

٣-٣) كذا في «ق»، و في «ش»: «ما يساوى».

مفهومه، بخلاف الجهل بقيمته.

ثم إنَّ ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا (١)، وعن نهج الحقَّ نسبتَه إلى الإماميَّة (٢)، وعن الغنية و المختلف الإجماع عليه صريحاً (٣). نعم، المحكِّي عن المحقِّق قدس سرّه في درسه إنكاره (٤). ولا يعدُّ ذلك خلافاً في المسألة، كسكوت جماعه عن التعرُّض له.

نعم، حكى عن الإسكافي منعه (٥). وهو شاذُّ.

[الاستدلال بآية تجاره عن تراض على هذا الخيار]

و استدلال في التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى إلاَّ- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ (٦) قال: و معلومٌ أنَّ المغبون لو عرف الحال لم يرض (٧). و توجيهه: أنَّ رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضاً عمّا يدفعه مبنئاً على عنوانٍ مفقودٍ، و هو عدم نقصه عنه في المائيه، فكأنه قال:

«اشترت هذا الذي يسوى (٨) درهماً بدرهم» فإذا تبين أنَّه لا يسوى (٩) درهماً تبين أنَّه لم يكن راضياً به عوضاً، لكن لما كان المفقود صفهً

ص: ١٥٨

١- ١) التذكرة ٥٢٢: ١.

٢- ٢) نهج الحقَّ و كشف الصدق: ٤٨١.

٣- ٣) الغنية: ٢٢٤، و المختلف ٤٤: ٥.

٤- ٤) حكاة الشهيد في الدروس ٢٧٥: ٣.

٥- ٥) حكاة عنه الشهيد في الدروس ٣: ٢٧٥، بهذه العبارة: «و يظهر من كلام ابن الجنيد».

٦- ٦) النساء: ٢٩.

٧- ٧) التذكرة ٥٢٢: ١.

٨- ٨) في «ش»: «يساوى».

٩- ٩) في «ش»: «يساوى».

من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفاً عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصوده التي لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار، فراراً عن استلزام لزوم المعامله إلامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالآيه إنما تدل على عدم لزوم العقد، فإذا حصل التراضي بالعوض الغير المساوي كان كالرضا السابق؛ لفحوى حكم الفضولى و المكره.

و يضعف بمنع كون الوصف المذكور عنواناً، بل ليس إلاماً من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئاً، بل قد لا يكون داعياً أيضاً. كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظه مقدار مالىته، فقد يُقدم على أخذ الشيء و إن كان ثمنه أضعاف قيمته و التفت إلى احتمال ذلك، مع أن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خياراً إذا لم يذكر فى متن العقد.

[الاستدلال بآيه و لا تأكلوا أموالكم]

و لو أبدل قدس سره هذه الآيه بقوله تعالى **وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (١)** كان أولى، بناءً على أن أكل المال على وجه الخدع بيع ما يسوى درهماً بعشره مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعامله و عدم نفوذ رده أكل المال بالباطل، أما مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يُعد أكلًا بالباطل.

و مقتضى الآيه و إن كان حرمه الأكل حتى قبل تبين الخدع، إلاماً أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعامله. لكن يعارض الآيه ظاهر قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا: مِنْ عَدَمِ خُرُوجِ ذَلِكَ عَنْ مَوْضِعِ التَّرَاضِ،**

ص: ١٥٩

فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم. إلا أن يقال: إن التراضى مع الجهل بالحال لا يخرج (١) عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلاً بالباطل.

ويمكن أن يقال: إن آية التراضى يشمل غير صورته الخدع، كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملاً لكونه بأضعاف قيمته، فيدلّ على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارض (٢)، فيثبت عدم الخيار في الباقي بعدم القول بالفصل، فتعارض مع آية النهى، المختصّه بصوره الخدع، الشامله غيرها بعدم القول بالفصل، فيرجع بعد تعارضهما بضميمه عدم القول بالفصل و تكافئهما إلى أصالة اللزوم.

[ما استدل به في التذكرة و المناقشه فيه]

و استدلل أيضاً في التذكرة: بأنّ النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله أثبت الخيار في تلقى الركبان و إنّما أثبتته للغبن (٣). و يمكن أن يمنع صحّه حكاية إثبات الخيار؛ لعدم (٤) وجودها في الكتب المعروفة بين الإماميه ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

ص: ١٦٠

١-١) كذا في «ق»، لكن قال الشهيدى قدّس سرّه بعد أن ذكر العبارة بصيغته الإثبات و بيان الغرض منها: «فما استشكل به سيّدنا الأستاذ قدّس سرّه على العبارة ناشٍ عن الغلط في نسخته من حيث اشتمالها على كلمه "لا" قبل "يخرج"، هدايه الطالب: ٤٥٤، و راجع حاشيه السيّد اليزدى في مبحث الخيارات: ٣٥، ذيل قول المؤلّف: إلا أن يقال..

٢-٢) في «ش»: «معارضه».

٣-٣) التذكرة ٥٢٢: ١.

٤-٤) كذا في «ش» و مصحّحه «ف»، و في «ق»: «و عدم».

و أقوى ما استدلّ به على ذلك في التذكرة (١) و غيرها (٢) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله:

«لا ضرر و لا ضرار في الإسلام» (٣)، و كأنّ وجه الاستدلال: أنّ لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلّط المغبون على فسخه ضررٌ عليه و إضرارٌ به فيكون منفيّاً، فحاصل الرواية: أنّ الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوّغ إضرار المسلمين بعضهم بعضاً، و لم يميّز لهم من التصرفات ما فيه ضررٌ على الممضى عليه.

و منه يظهر صحّ التمسك لتزلزل كلّ عقد يكون لزومه ضرراً على الممضى عليه، سواء كان من جهة الغبن أم لا، و سواء كان في البيع أم في غيره، كالصالح الغير المبني على المسامحة و الإجاره و غيرها من المعاضات.

هذا، و لكن يمكن الخدشه في ذلك: بأنّ انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل في العقد لا يستلزم ثبوت الخيار للمغبون بين الردّ و الإمضاء بكلّ الثمن؛ إذ يحتمل أن يتخير بين إمضاء العقد بكلّ الثمن و ردّه في المقدار الزائد، غايه الأمر ثبوت الخيار للغابن؛ لتبعض المال عليه، فيكون حال المغبون حال المريض إذا اشترى بأزيد من ثمن المثل، و حاله بعد العلم بالقيمه حال الوارث إذا مات ذلك المريض المشتري، في أنّ له استرداد الزيادة من دون ردّ جزءٍ من العوض، كما عليه الأكثر في معاضات المريض المشتمله على المحاباه (٤) و إن اعترض عليهم العلّامة بما حاصله: أنّ

ص: ١٤١

١-١) التذكرة ٥٢٢:١.

٢-٢) كما استدلّ به في الغنيه: ٢٢٤، و التنقيح الرائع ٢:٤٧، و الرياض ٨:١٩٠ و غيرها.

٣-٣) الوسائل ١٧:٣٧٦، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث ١٠.

٤-٤) راجع جامع المقاصد ١١:١٤١، و الجواهر ٢٨:٤٧٣، ٢٨:٤٧٤.

استرداد بعض أحد العوضين من دون ردّ بعض الآخر ينافي مقتضى المعاوضة (١).

و يحتمل أيضاً أن يكون نفى اللزوم بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين: من الفسخ في الكل، و من تدارك ما فات على المغبون بردّ القدر الزائد أو بدله، و مرجعه إلى أنّ للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، فالمبذول غرامه لما فات على المغبون على تقدير إمضاء البيع، لا هبةً مستقلّةً كما في الإيضاح و جامع المقاصد، حيث انتصرا للمشهور القائلين بعدم سقوط الخيار ببذل الغابن للتفاوت:-

بأنّ الهبة المستقلّة لا تُخرج المعاملة عن الغبن الموجب للخيار (٢)، و سيجيء ذلك (٣).

و ما ذكرنا نظير ما اختاره العلّامة في التذكرة و احتمله في القواعد:

من أنّه إذا ظهر كذب البائع مرابحةً في إخباره برأس المال فبذل المقدمار الزائد مع ربحه، فلا خيار للمشتري (٤)، فإنّ مرجع هذا إلى تخيير البائع بين ردّ التفاوت و بين الالتزام بفسخ المشتري.

و حاصل الاحتمالين: عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت، فالمتيقن من ثبوت الخيار له صورته امتناع الغابن من البذل. و لعلّ هذا

ص: ١٦٢

١-١) راجع القواعد ٥٣٦:٢، و المختلف ٤٢٧:٦.

٢-٢) الإيضاح ٤٨٥:١، و جامع المقاصد ٢٩٤:٤.

٣-٣) سيجيء في الصفحة الآتية.

٤-٤) التذكرة ٥٤٤:١، و لم نعر عليه في القواعد، راجع مبحث المرابحة في القواعد ٥٦:٢.

هو الوجه في استشكال العلامه في التذكرة في ثبوت الخيار مع البذل (1)، بل قول بعضٍ بعدمه (2) كما يظهر من الرياض (3).

ثم إنَّ المبدول ليس هبةً مستقلةً حتى يقال: إنها لا تُخرج المعاملة المشتمله على الغبن عن كونها مشتمله عليه، ولا جزءً من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الآخر جمعاً بين جزء العوض و تمام المعوض (4) منافياً لمقتضى المعاوضه، بل هي غرامة لما أتلّفه الغابن عليه من الزيادة بالمعاملة الغبتيه، فلا يعتبر كونه من عين الثمن، نظير الأرش في المعيب.

و من هنا ظهر الخدشه فيما في الإيضاح و الجامع، من الاستدلال على عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب-: بأن بذل التفاوت لا يُخرج المعاملة عن كونها غبتيه؛ لأنها هبةً مستقلةً، حتى أنه لو دفعه على وجه الاستحقاق لم يحلّ أخذه؛ إذ لا ريب [في (5)] أن من قبل هبة الغابن لا يسقط خياره (6)، انتهى بمعناه.

ص: ١٦٣

١ - ١) التذكرة ٥٢٣: ١، وفيه: «و لو دفع الغابن التفاوت احتمال سقوط خيار المغبون»، نعم في القواعد (٢: ٦٧): «و لو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال».

٢ - ٢) قال المحقق النراقي في المستند (١٤: ٣٩١) بعد نسبته ذلك إلى «قيل» و أنه احتمله بعض المتأخرين-: «و هو الأقوى».

٣ - ٣) راجع الرياض ٥٢٥: ١.

٤ - ٤) كذا في «ق»، و في «ش»: «جزء المعوض و تمام العوض».

٥ - ٥) لم يرد في «ق».

٦ - ٦) إيضاح الفوائد ٤٨٥: ١، و جامع المقاصد ٢٩٤: ٤، ٢٩٥.

وجه الخدشه: ما تقدّم (١)، من احتمال كون المبدول غرامهً لما أتلفه الغابن على المغبون قد دلّ عليه نفى الضرر.

و أمّا الاستصحاب، ففيه: أنّ الشكّ في اندفاع الخيار بالبذل لا في ارتفاعه به؛ إذ (٢) المحتمل ثبوت الخيار على الممتنع دون البازل.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ تدارك ضرر المغبون بأحد الاحتمالين المذكورين أولى من إثبات الخيار له؛ لأنّ إلزام الغابن بالفسخ ضررٌ؛ لتعلّق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعواض أموالهم خصوصاً النقود، ونقض الغرض ضررٌ وإن لم يبلغ حدّ المعارضه لضرر المغبون، إلّا أنّه يصلح مرجّحاً لأحد الاحتمالين المذكورين على ما اشتهر من تخييره بين الردّ والإمضاء بكلّ الثمن، إلّا أن يعارض ذلك بأنّ غرض المغبون قد يتعلّق بتملّك عين ذات قيمه؛ لكون المقصود اقتناءها للتجمل، وقد يستنكف عن اقتناء ذات قيمه اليسيره للتجمل، فتأمل.

[الاستدلال على خيار الغبن بالأخبار الواردة في حكم الغبن]

وقد يستدلّ على الخيار بأخبارٍ وارده في حكم الغبن:

فعن الكافي بسنده إلى إسحاق بن عمّار، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المسترسل سحت» (٣). و عن ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «غبن المؤمن حرام» (٤)، و في روايه أُخرى: «لا تغبن المسترسل،

ص: ١٦٤

١-١) تقدّم آنفاً.

٢-٢) في «ش» زياده: «من».

٣-٣) الكافي ٥: ١٥٣، الحديث ١٤، و عنه في الوسائل ١٢: ٣٦٣، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٤-٤) الكافي ٥: ١٥٣، الحديث ١٥، و الوسائل ١٢: ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

فإنَّ غبنه لا يحلُّ» (١).

و عن مجمع البحرين: أنَّ الاسترسال الاستئناس و الطمأنينه إلى الإنسان و الثقة به فيما يحدثه، واصله السكون و الثبات، و منه الحديث:

«أيما مسلمٍ استرسل إلى مسلم فغبنه فهو كذا»، و منه: «غبن المسترسل سحتٌ» (٢)، انتهى. و يظهر منه أنَّ ما ذكره أوَّلاً حديثٌ رابعٌ.

و الإنصاف: عدم دلالتها على المدعى؛ فإنَّ ما عدا الروايه الأولى ظاهرة في حرمه الخيانه في المشاوره، فيحتمل كون الغبن بفتح الباء.

و أمَّا الروايه الأولى، فهي و إن كانت ظاهرة فيما يتعلَّق بالأموال، لكن يحتمل حينئذٍ أن يراد كون الغابن بمنزله آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل و الخديعه في أخذ المال. و يحتمل أن يراد كون المقدار الذي يأخذه زائداً على ما يستحقُّه بمنزله السحت في الحرمة و الضمان. و يحتمل إرادته كون مجموع العوض المشتمل على الزيادة بمنزله السحت في تحريم الأكل في صورهِ خاصِّهِ، و هي اطلاع المغبون و ردِّه للمعامله المغبون فيها. و لا-ريب أنَّ الحمل على أحد الأولين أولى، و لا أقلَّ من المساواه للتالث، فلا دلاله.

[العمده في المسأله الإجماع]

فالعمده في المسأله الإجماع المحكِّي المعتضد بالشهره المحقِّقه، و حديث نفى الضرر بالنسبه إلى خصوص الممتنع عن بذل التفاوت.

ثمَّ إنَّ تنقيح هذا المطلب يتمُّ برسم مسائل:

إشاره

ص: ١٦٥

١- (١) الوسائل ٢٨٥:١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٧.

٢- (٢) مجمع البحرين ٣٨٣:٥، مادّه «رسل».

فلو علم بالقيمه فلا خيار، بل لا غبن كما عرفت بلا خلافٍ و لا إشكالٍ؛ لأنه أقدم على الضرر.

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين كونه غافلاً من القيمه بالمره أو ملتفتاً إليها، و لا بين كونه مسبقاً بالعلم و عدمه، و لا بين الجهل المركب و البسيط مع الظن بعدم الزيادة و النقيصه أو الظن بهما أو الشك.

و يشكل في الأخيرين إذا أقدم على معامله بانياً على المسامحه على تقدير الزيادة أو (١)النقيصه فهو كالعالم، بل الشاك في الشيء إذا أقدم عليه بانياً على تحمله فهو في حكم العالم من حيث استحقاق المدح عليه أو الذم، و من حيث عدم معذوريته لو كان ذلك الشيء مما يعذر الغافل فيه، و الحاصل: أن الشاك الملتفت إلى الضرر مُقَدِّمٌ عليه.

و من أن مقتضى عموم نفي الضرر و إطلاق الإجماع المحكى ثبوته بمجرد تحقق الضرر، خرج المقدم عليه عن علم، بل مطلق الشاك ليس

ص: ١٦٦

مُقدِّماً على الضرر، بل قد يُقدِّم برجاء عدمه، و مساواته للعالم في الآثار ممنوعه حتّى في استحقاق المدح و الذمّ لو كان المشكوك ممّا يترتّب عليه ذلك عند الإقدام عليه، و لذا قد يحصل للشاكّ بعد اطلاعه على الغبن حالةً أخرى لو حصلت له قبل العقد لم يُقدم عليه. نعم، لو صرّح في العقد بالالتزام به و لو على تقدير ظهور الغبن كان ذلك راجعاً إلى إسقاط الغبن.

و ممّا ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و إن كان قادراً على السؤال، كما صرّح به في التحرير و التذكرة (١).

و لو أقدم عالماً على غبنٍ يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم، فلا يبعد الخيار. و لو أقدم على ما لا يتسامح فبان أزيد بما يتسامح به منفرداً أو بما لا يتسامح، ففي الخيار وجهه.

ثمّ إنّ المعتبر القيمة حال العقد، فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع؛ لأنّ الزيادة إنّما حصلت في ملكه و المعامله وقعت على الغبن. و يحتمل عدم الخيار حينئذٍ؛ لأنّ التدارك حصل قبل الردّ، فلا يثبت الردّ المشروع لتدارك الضرر، كما لو برئ المعيوب قبل الاطلاع على عيبه، بل في التذكرة: أنّه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حقّ الردّ (٢).

و أشكال منه ما لو توقّف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله؛ لأنّ الملك قد انتقل إليه حينئذٍ من دون نقصٍ في قيمته.

ص: ١٦٧

١-١) التحرير ١:١٦٦، و التذكرة ٥٢٣:١.

٢-٢) التذكرة ٥٤١:١.

نعم، لو قلنا بوجود التقابض بمجرد العقد كما صرّح به العلامة في الصرف (١) يثبت الخيار؛ لثبوت الضرر بوجود إقباض الزائد في مقابله الناقص. لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض.

و لو ثبت الزيادة أو النقيصه بعد العقد، فإنّه لا عبره بهما إجماعاً كما في التذكرة (٢).

ثمّ إنّّه لا عبره بعلم الوكيل في مجرّد العقد، بل العبره بعلم الموكل و جهله. نعم، لو كان وكيلاً في المعامله و المساومه، فمع علمه و فرض صحّحه المعامله حينئذٍ لا - خيار للموكل، و مع جهله يثبت الخيار للموكل، إلّا أن يكون عالماً بالقيمه و بأنّ موكله (٣) يعقد على أزيد منها و يقزّره له.

و إذا ثبت الخيار في عقد الوكيل فهو للموكل خاصّه، إلّا أن يكون وكيلاً مطلقاً بحيث يشمل مثل الفسخ، فإنّه كالوليّ حينئذٍ (٤).

ثمّ إنّ الجهل إنّما يثبت باعتراف الغابن، و بالبينه إن تحققت، و بقول مدّعيه مع اليمين؛ لأصالة عدم العلم الحاكمه على أصاله اللزوم، مع أنّه قد يتعسر إقامة البينه على الجهل، و لا يمكن للغابن الحلف على علمه، لجهله بالحال، فتأمل.

هذا كلّه إذا لم يكن المغبون من أهل الخبره بحيث لا يخفى عليه القيمه إلّا لعارضٍ من غفله أو غيرها، و إلّا فلا يقبل قوله كما في

ص: ١٤٨

١-١ (١) التذكرة ٥١٠:١، و التحرير ١٧١:١.

١-٢ (٢) التذكرة ٥٢٣:١.

٣-٣ (٣) في «ش»: «و كيله».

٤-٤ (٤) في «ش» زياده: «و قد مرّ ذلك مشروحاً في خيار المجلس».

و قد يشكل بأنّ هذا إنّما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل، فغايه الأمر أن يصير مدّعياً من جهه مخالفه قوله للظاهر، لكن المدعى لمّا تعسّر إقامه البينه عليه و لا يُعرف إلّا من قبله يُقبل قوله مع اليمين، فليكن هذا من هذا القبيل.

إلّا أن يقال: إنّ معنى (٣) تقديم الظاهر جعل مدّعيه مقبول القول بيمينه، لا جعل مخالفه مدّعياً يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتّى فى قبول قوله إذا تعسّر عليه إقامه البينه، أ لا ترى أنّهم لم يحكموا بقبول قول مدّعى فساد العقد إذا تعسّر عليه إقامه البينه على سبب الفساد؟ مع أنّ عموم تلك القاعده ثم اندراج المسأله فيها محلّ تأملٍ.

و لو اختلفا فى القيمه وقت العقد أو فى القيمه بعده مع تعذّر الاستعلام، فالقول قول منكر سبب الغبن؛ لأصالة عدم التغيّر، و أصالة اللزوم.

و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغيّر و اختلفا فى تأريخ العقد.

و لو علم تأريخ التغيّر فالأصل و إن اقتضى تأخّر العقد الواقع على الزائد عن القيمه، إلّا أنّه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتّى يثبت الغبن.

الشرط الثانى

الشرط الثانى (٤): كون التفاوت فاحشاً،

فالواحد بل الاثنان فى

ص: ١٦٩

١-١) جامع المقاصد ٢٩٤:٤.

٢-٢) المسالك ٢٠٤:٣.

٣-٣) فى «ش»: «إنّ مقتضى».

٤-٤) فى «ش»: «الأمر الثانى».

العشرين لا يوجب الغبن.

[حد التفاوت الفاحش]

و حدّه عندنا كما فى التذكرة-: ما لا يتغابن الناس بمثله.

و حكى فيها عن مالك: أنّ التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار و إن كان بأكثر من الثلث أوجبه. و ردّه: بأنّه تخمينٌ لم يشهد له أصل فى الشرع (١)، انتهى.

و الظاهر أنّه لا إشكال فى كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشاً.

نعم، الإشكال فى الخمس، و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه، كما سيجىء التصريح به من المحقق القمى فى تصويره لغبن كلا المتبايعين (٢).

[ما هو المنط فى الضرر الموجب للخيار]

ثمّ الظاهر أنّ المرجع عند الشكّ فى ذلك هو أصله ثبوت الخيار؛ لأنّه ضررٌ لم يُعلم تسامح الناس فيه. و يحتمل الرجوع إلى أصله اللزوم؛ لأنّ الخارج هو الضرر الذى يُناقش فيه، لا مطلق الضرر.

بقى هنا شىءٌ، و هو: أنّ ظاهر الأصحاب و غيرهم أنّ المنط فى الضرر الموجب للخيار كون المعامله ضرريّةً مع قطع النظر عن ملاحظه حال أشخاص المتبايعين؛ و لذا حدّوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث، كما عرفت عن بعض العامّة (٣).

و ظاهر حديث نفى الضرر (٤) ملاحظه الضرر بالنسبه إلى شخص الواقعة؛ و لذا استدّلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثيرٍ

ص: ١٧٠

١-١) التذكرة ٥٢٣: ١.

٢-٢) سيجىء فى الصفحه ١٧٣.

٣-٣) و هو مالك، كما تقدم عن التذكرة آنفاً، و لكنّ المحكى عنه فى المغنى (٣: ٥٨٤): التحديد بالثلث.

٤-٤) فى «ش» زياده: «المستدلّ عليه فى أبواب الفقه».

إذا أضرَّ بالمكلف ووجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضرُّ به ذلك (١)، مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملةً ضروريةً في حقِّ الكلِّ.

والحاصل: أن العبرة إن كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، وإن كانت بالضرر الحالى تعين التفصيل فى خيار الغبن بين ما يضرُّ بحال المغبون وغيره.

[الأظهر اعتبار الضرر المالى]

و الأظهر اعتبار الضرر المالى؛ لأنه ضررٌ فى نفسه من غير مدخليةٍ لحال الشخص. و تحمّله فى بعض المقامات كالتيّم (٢) إنما خرج بالنصّ؛ و لذا أجاب فى المعتبر عن الشافعى المنكر لوجوب الوضوء فى الفرض المذكور:- بأنّ الضرر لا يعتبر مع معارضه النصّ (٣).

و يمكن أيضاً أن يلتزم الضرر المالى فى مقام التكليف، لا لتخصيصٍ عموم نفي الضرر بالنصّ، بل لعدم كونه ضرراً بملاحظه ما يازائه من الأجر، كما يشير إليه قوله عليه السلام بعد شرائه صلوات الله عليه ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إنّ ما يشتري به مالٌ كثيرٌ» (٤).

نعم، لو كان الضرر مجحفاً بالمكلف انتفى بأدله نفي الحرج، لا دليل

ص: ١٧١

١- ١) كما استدللّ به الفاضل المقداد فى التنقيح ١:١٣٢، و السيد الطباطبائى فى الرياض ٢:٢٩٣.

٢- ٢) لا يخفى ما فى المثال، و لذا أسقطه مصحح «ش».

٣- ٣) المعتبر ١:٣٦٩، ٣٧٠.

٤- ٤) التهذيب ١:٤٠٦، الحديث ١٢٧٦، و عنه فى الوسائل ٢:٩٩٨، الباب ٢٦ من أبواب التيمّم، ذيل الحديث الأوّل.

نفى الضرر، فنفي (١) الضرر المالي في التكاليف لا يتحقق (٢) إلا إذا كان تحمّله حرجاً.

[تصوير الغبن من الطرفين و الإشكال فيه]

إشكال:

ذكر في الروضه و المسالك تبعاً لجامع المقاصد في أقسام الغبن:

أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما (٣)، انتهى.

فيقع الإشكال في تصوّر غبن كلّ من المتبايعين معاً. والمحكي عن بعض (٤) الفضلاء في تعليقه على الروضه ما حاصله استحاله ذلك، حيث قال: قد عرفت أنّ الغبن في طرف البائع إنّما هو إذا باع بأقلّ من قيمه السوقية، و في طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، و لا- يتفاوت الحال بكون الثمن و المثل من الأثمان أو العروض أو مختلفين، و حينئذٍ فلا يعقل كونهما معاً مغبونين، و إلاّ لزم كون الثمن أقلّ من قيمه السوقية و أكثر، و هو محال، فتأمل، انتهى.

[الوجه المذكوره في تصوير ذلك]

و قد تعرّض غير واحدٍ ممّن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض:

منها: ما ذكره المحقّق القمي صاحب القوانين

في جواب من سأله

ص: ١٧٢:

١- ١) في «ق» بدل «فنفى»: «فيبقى»، لكنّه لا يلائم السياق.

٢- ٢) في «ش» بدل «لا يتحقّق»: «لا يكون».

٣- ٣) الروضه ٤٦٧: ٣، و المسالك ٢٠٥: ٣، و جامع المقاصد ٢٩٥: ٤.

٤- ٤) و هو المولى أحمد بن محمّد التوني أخو المولى عبد الله التوني صاحب الوافيه، ذكره في تعليقه على الروضه ذيل قول الشارح: «و المغبون إمّا البائع أو المشتري»، راجع الروضه البهية (الطبعة الحجرية) ٣٧٨: ١.

عن هذه العبارة من الروضة قال: إنَّها تفرض فيما إذا باع متاعه بأربعة توأمين من الفلوس على أن يعطيه عنها ثمانية دنانير معتقداً أنَّها تسوى أربعة توأمين، ثمَّ تبيَّن أنَّ المتاع يسوى خمسة توأمين و أنَّ الدنانير تسوى خمسة توأمين إلَّا خمساً، فصار البائع مغبوناً من كون الثمن أقلَّ من قيمته السوقيَّة بخمس تومان، و المشتري مغبوناً من جهة زيادة الدنانير على أربعة توأمين، فالبائع مغبونٌ في أصل البيع، و المشتري مغبونٌ فيما التزمه من إعطاء الدنانير عن الثمن و إن لم يكن مغبوناً في أصل البيع (١)، انتهى.

أقول: الظاهر أنَّ مثل هذا البيع المشروط بهذا الشرط يلاحظ فيه حاصل ما يصل إلى البائع بسبب مجموع العقد و الشرط، كما لو باع شيئاً يسوى خمسة دراهم بدرهمين على أن يخيظ له ثوباً مع فرض كون أجره الخياطه ثلاثه دراهم، و من هنا يقال: إنَّ للشروط قسطاً من العوض. و إن أبيت إلَّا عن أنَّ الشرط معاملهٌ مستقلَّة فلا (٢) مدخل له في زياده الثمن، خرج ذلك عن فرض غبن كلِّ من المتبايعين في معاملهٍ واحده. لكن الحقَّ ما ذكرنا: من وحده معامله و كون الغبن من طرفٍ واحدٍ.

و منها: ما ذكره بعض المعاصرين،

من فرض المسأله فيما إذا باع شيئين في عقدٍ واحدٍ بثمانين، فغبن البائع في أحدهما و المشتري في الآخر (٣).

ص: ١٧٣

١-١) جامع الشتات ٥٩:٢، ٦٠، المسأله ٤٨.

٢-٢) في «ش»: «و لا».

٣-٣) ذكره صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٤٤.

و هذا الجواب قريبٌ من سابقه في الضعف؛ لأنه إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصّة حتّى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصّة، فهما معاملتان مستقلّتان كان الغبن في كلّ واحدٍ منهما (١) لأحدهما خاصّة، فلا وجه لجعل هذا قسمًا ثالثًا لقسمي غبن البائع خاصّة و المشتري خاصّة. و إن لم يجر التفكيك بينهما لم يكن غبنٌ أصلاً مع تساوى الزيادة في أحدهما للنقيضه في الآخر، و مع عدم المساواه فالغبن من طرفٍ واحدٍ.

و منها: أن يراد بالغبن في المقسم معناه الأعم

الشامل لصوره خروج العين المشاهده سابقاً على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره، و قد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعمّ العلّامه في القواعد (٢) و الشهيد في اللمعه (٣)، و على هذا المعنى الأعمّ تحقّق الغبن في كلّ منهما.

و هذا حسنٌ، لكن ظاهر عبارته الشهيد (٤) و المحقّق (٥) الثانيين إرادته ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الأخصّ على ما فسّروه به.

و منها: ما ذكره بعضٌ: من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد في مكانين،

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمه الطعام خارج البلد

ص: ١٧٤

١- ١) في «ش»: «منها».

٢- ٢) القواعد ٢: ٢٢.

٣- ٣) اللمعه الدمشقيّه: ١١٣.

٤- ٤) المسالك ٣: ٢٠٣.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤: ٢٩٤.

ضعف قيمته في البلد، فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاماً من العسكر بثمنٍ متوسطٍ بين القيمتين، فالمشترى مغبونٌ لزيادته الثمن على قيمة الطعام في مكانه، والبائع مغبونٌ لنقصانه عن القيمة في مكانه (١).

ويمكن ردّه بأنّ المبيع بعد العقد باقٍ على قيمته حين العقد، ولا- غبن فيه للمشترى ما دام في محلّ العقد، وإنّما نزلت قيمته بقبض المشتري و نقله إياه إلى مكان الرخص. وبالجملة، الطعام عند العقد لا يكون إلّا في محلٍّ واحدٍ له قيمةٌ واحدةٌ.

ومنها: ما ذكره في مفتاح الكرامه: من فرضه فيما إذا ادعى كلُّ من المتبايعين الغبن،

كما إذا بيع ثوبٌ بفرسٍ بظنّ المساواه، ثمّ ادعى كلُّ منهما نقص ما في يده عمّا في يد الآخر، ولم يوجد المقوم ليرجع إليه، فتحالفاً، فيثبت الغبن لكلِّ منهما في ما وصل إليه، قال: ويتصوّر غنهما في أحد العوضين، كما لو تبايعا شيئاً بمائه درهم، ثمّ ادعى البائع كونه يسوى بمأتين و المشتري كونه لا- يسوى إلّا بخمسين، ولا- مقومٌ يرجع إليه فتحالفاً، ويثبت الفسخ لكلِّ منهما (٢)، انتهى.

و فيه: أنّ الظاهر أنّ لازم التحالف عدم الغبن لأحدهما (٣)، مع أنّ الكلام في الغبن الواقعي دون الظاهري.

□
و الأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث، والله العالم.

ص: ١٧٥

١-١) لم نعثر على هذا البعض.

٢-٢) مفتاح الكرامه ٥٧٤:٤.

٣-٣) في «ش» بدل «الأحدهما»: «في المعامله أصلاً».

مسأله ظهور الغبن شرط شرعي لحدوث الخيار، أو كاشف عقلي عن ثبوته حين العقد؟

وجهان، منشؤهما اختلاف كلمات العلماء في فتاويهم و معاهد إجماعهم و استدلالاتهم.

فظاهر عباره المبسوط و الغنيه و الشرائع (١) و غيرها هو الأول، و في الغنيه: الإجماع على أنّ ظهور الغبن سبب للخيار.

و ظاهر كلمات آخرين (٢) الثاني. و في التذكرة: أنّ الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا (٣). و قولهم: «لا يسقط هذا الخيار بالتصرّف» (٤) فإنّ المراد التصرف قبل العلم بالغبن، و عدم السقوط (٥) ظاهر في ثبوته.

ص: ١٧٦

١-١) راجع المبسوط ٢:٨٧، و الغنيه: ٢٢٤، و الشرائع ٢:٢٢.

٢-٢) مثل ظاهر المختصر ١:١٢١، و الرياض ٨:١٩٠.

٣-٣) التذكرة ١:٥٢٢.

٤-٤) كما في الشرائع ٢:٢٢، و الإرشاد ١:٣٧٤، و القواعد ٢:٦٧، و غايه المراد ٢:٩٩، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٧٢.

٥-٥) في «ش»: «عدم سقوطه».

و مما يؤيد الأول: أنهم اختلفوا (١) في صحته التصرفات الناقله في زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعه من الغابن حين جهل المغبون، بل صرح بعضهم (٢) بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل.

و يؤيده أيضاً: الاستدلال في التذكرة (٣) و الغنيه (٤) على هذا الخيار بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله فِي حَدِيثِ تَلَقَّى الرِّكْبَانَ: «إِنَّهُمْ بِالْخِيَارِ إِذَا دَخَلُوا السُّوقَ» (٥) فَإِنَّ ظَاهِرَهُ حَدُوثَ الْخِيَارِ بَعْدَ الدَّخُولِ الْمَوْجِبِ لظهور الغبن.

هذا، و لكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهراً في المعنى الآخر.

و توضيح ذلك (٦): أنه إن أُريد بالخيار السلطنه الفعلية التي يقتدر بها على الفسخ و الإمضاء قولاً أو فعلاً، فلا يحدث إلّا بعد ظهور الغبن.

و إن أُريد به ثبوت حقّ للمغبون لو علم به لقيام بمقتضاه، فهو ثابتٌ قبل العلم، و إنّما يتوقف على العلم إعمال هذا الحقّ، فيكون حال

ص: ١٧٧

-
- ١-١) راجع تفصيل الأقوال في جامع المقاصد ٤:٢٩٥، و الروضه ٣:٤٦٦، و الرياض ١:٥٢٥، و مفتاح الكرامه ٤:٥٧٢.
 - ١-٢) لم نعر على من صرح بذلك، نعم صرح في المسالك ٣:٢٠٦ و ٢٠٧، و الجواهر ٥٠:٢٣، و غيرهما: بعدم سقوط خيار المغبون بتصرف الغابن، بل يفسخ و يرجع إلى المثل أو قيمه.
 - ١-٣) التذكرة ١:٥٢٢، و لكن لم يذكر فيه لفظ الحديث.
 - ١-٤) الغنيه: ٢٢٤.
 - ١-٥) راجع السنن الكبرى للبيهقي ٥:٣٤٨، باب النهي عن تلقى السلع.
 - ١-٦) شُطب في «ف» على هذه العبارة، و كتب بدلها في الهامش: «فالأولى أن يقال».

الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرهما (١).

ثم إن الآثار المجعوله للخيار:

بين ما يترتب على (٢) السلطنة الفعلية، كالسقوط بالتصرف، فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن، فلا يسقط قبله كما سيجىء، و منه التلف؛ فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقاً و لو قلنا بعموم قاعده «كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له» لمثل خيار الغبن، كما جزم به بعض (٣) و تردّد فيه آخر (٤).

و بين ما يترتب على المعنى الثانى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره.

و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقله، فإنّ تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحقّ ذى الخيار من الغبن ظاهرٌ فى ترتب المنع على وجود نفس الحقّ و إن لم يعلم به.

و حكمٌ بعض (٥) من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون، يظهر منه أنّ المنع لأجل التسلّط الفعلى.

و المتّبع دليل كل واحدٍ من تلك الآثار، فقد يظهر منه ترتب الأثر

ص: ١٧٨

١- ١) كذا فى «ش»، و فى «ق»: «غيرها».

٢- ٢) فى «ش» زياده: «تلك».

٣- ٣) لم نعثر عليه.

٤- ٤) تردّد فيه المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٢٩٧: ٤ و ٣١٨.

٥- ٥) لم نقف عليه.

على نفس الحقّ الواقعي و لو كان مجهولاً لصاحبه، و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية.

و تظهر ثمره الوجهين أيضاً فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحاً أو بظنّ وجود سببٍ معدومٍ في الواقع فصادف الغبن.

ثمّ إنّ ما ذكرناه في الغبن من الوجهين جارٍ في العيب.

و قد يستظهر من عبارته القواعد في باب التدليس الوجه الأول، قال: و كذا يعني لا ردّ لو تعيبت الأمه المدلّسه [عنده (1)] قبل علمه بالتدليس (2) (انتهى)، فإنّه ذكر في جامع المقاصد: أنّه لا فرق بين تعيبتا قبل العلم و بعده؛ لأنّ العيب مضمون على المشتري. ثمّ قال: إلّا أن يقال: إنّ العيب بعد العلم غير مضمونٍ على المشتري لثبوت الخيار (3).

و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب؛ لكون العيب في زمان الخيار مضموناً على من لا خيار له. لكن الاستظهار المذكور مبنيّ على شمول قاعده التلف ممّن لا خيار له لخيار العيب، و سيّجىء عدم العموم (4) إن شاء الله تعالى.

و أمّا خيار الرؤية: فسيأتي أنّ ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها (5).

ص: ١٧٩

١-١ (١) عنده «من» و «ش» و المصدر.

٢-٢ (٢) القواعد ٧٧:٢.

٣-٣ (٣) راجع جامع المقاصد ٣٥٤:٤.

٤-٤ (٤) انظر الجزء السادس، الصفحة ١٧٩ ١٨١.

٥-٥ (٥) انظر الصفحة ٢٥٨.

مسأله يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: إسقاطه بعد العقد،

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن، و لا (1) إشكال في صحته إسقاطه بلا- عوض مع العلم بمرتبته الغبن، و لا (2) مع الجهل بها إذا أسقط الغبن المسبب عن أي مرتبه كان، فاحشاً كان أو أفحش.

و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائه، ففي السقوط إشكال (3): من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق، كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف، فتبين كونه قذفاً. و من أن الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذي لا يتسامح به و لا تعدد فيه، فيسقط بمجرد الإسقاط، و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان.

ص: ١٨٠

١-١) في «ش»: «فلا».

٢-٢) في «ن» شطب على «لا».

٣-٣) في «ش»: «وجهان».

و أما الإسقاط بعوضٍ بمعنى المصالحة عنه به، فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبه الغبن أو التصريح بعموم المراتب.

و لو أطلق و كان للإطلاق منصرفٌ، كما لو صالح عن الغبن المحقق في المتاع المشتري بعشرين بدرهم، فإن المتعارف من الغبن المحتمل في مثل هذه المعامله هو كون التفاوت أربعة أو خمسة في العشرين، فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم.

فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر، و أنّ المبيع يسوى درهمين، ففي بطلان الصلح؛ لأنه لم يقع على الحق الموجود.

أو صحته مع لزومه؛ لما ذكرنا: من أنّ الخيار حقّ واحد له سببٌ واحد و هو التفاوت الذي له أفرادٌ متعدّدة فإذا أسقطه سقط.

أو صحته مترلزلاً؛ لأنّ الخيار الذي صالح عنه باعتقاد أنّ عوضه المتعارف درهمٌ تبين كونه ممّا يبذل في مقابله أزيد من الدرهم، ضروره أنّه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل في مقابله أزيد ممّا يبذل في مقابله لو كان أقلّ [فيحصل الغبن في المصالحة (١)]، و لا (٢) فرق في الغبن بين كونه للجهل بمقدار مائتته مع العلم بعينه، و بين كونه لأجل الجهل بعينه.

[وجوه (٣)]، و هذا هو الأقوى [فتأمل (٤)].

و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن، فالظاهر أيضاً

ص: ١٨١

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) في «ش»: «إذ لا».

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) تقدّم في الجزء الثالث: ١٧٢ ١٧٣.

جوازه، ولا يقدح عدم تحقّق شرطه بناءً على كون ظهور الغبن شرطاً لحدوث الخيار؛ إذ يكفي في ذلك تحقّق السبب المقتضى للخيار، وهو الغبن الواقعي وإن لم يعلم به. وهذا كافٍ في جواز إسقاط المسبّب قبل حصول شرطه، كإبراء المالك الودعيّ المفرط عن الضمان، وكبراءه البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحقّ المسبّب عن وجودها قبل العلم بها.

ولا يقدح في المقام أيضاً كونه إسقاطاً لما لم يتحقّق؛ إذ لا مانع من ذلك إلّا التعليق و عدم الجزم الممنوع عنه في العقود فضلاً عن الإيقاعات، وهو غير قادح هنا، فإنّ الممنوع منه هو التعليق على ما لا يتوقّف تحقّق مفهوم الإنشاء عليه، وأمّا ما نحن فيه و شبهه -مثل طلاق مشكوك الزوجيّة، وإعتاق مشكوك الرقيّة منجزاً، وإبراء عمّا احتمل الاشتغال به فقد تقدّم في شرائط الصيغ (١): أنّه لا مانع منه (٢)، ومنه البراءة عن العيوب المحتملة في المبيع و ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير.

نعم، قد يشكل الأمر من حيث العوض المصالح به، فإنّه لا بدّ من وقوع شيء بإزائه و هو غير معلوم، فالأولى ضمّ شيء إلى المصالح عنه المجهول التحقّق، أو ضمّ سائر الخيارات إليه بأن يقول: «صالحتك عن كلّ خيار لي بكذا»، ولو تبين عدم الغبن لم يقسّط العوض عليه؛ لأنّ المعدوم إنّما دخل على تقدير وجوده، لا منجزاً باعتقاد الوجود.

ص: ١٨٢

١-١) تقدّم في الجزء الثالث: ١٧٢-١٧٣.

٢-٢) في «ش» زياده: «لأنّ مفهوم العقد معلق عليها في الواقع من دون تعليق المتكلم».

الثانى من المسقطات: اشتراط سقوط الخيار فى متن العقد،

و الإشكال فيه من الجهات المذكوره هنا، أو المتقدمه فى إسقاط الخيارات المتقدمه قد علم التفصلى عنها.

نعم، هنا وجه آخر للمنع مختص (١) بهذا الخيار و خيار الرؤيه، و هو لزوم الغرر من اشتراط إسقاطه.

قال فى الدروس فى هذا المقام ما لفظه: و لو اشتراط رفعه أو رفع خيار الرؤيه، فالظاهر بطلان العقد للغرر (٢)، انتهى. ثم احتمل الفرق بين الخيارين: بأن الغرر فى الغبن سهل الإزاله.

و جزم الصيمرى فى غايه المرام ببطلان العقد و الشرط (٣)، و تردد فيه المحقق الثانى، إلا أنه استظهر الصحه (٤).

و لعلّ توجيه كلام الشهيد هو: أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالىه المبيع كالجهل بصفاته؛ لأنّ وجه كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه إلى الجهل بمقدار مالىته؛ و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التى لا مدخل لها فى القيمه.

لكن الأقوى الصحه؛ لأنّ مجرد الجهل بمقدار المالىه لو كان غرراً

ص: ١٨٣

١-١ فى «ش»: «يختص».

٢-٢ الدروس ٣:٢٧٦، مع تقديم و تأخير فى بعض الألفاظ.

٣-٣ غايه المرام (مخطوط) ١:٢٨٨، و فيه: «و لو شرط فى العقد سقوط هذه الثلاثه (أى خيار العيب و الغبن و الرؤيه) بطل الشرط و العقد على الخلاف».

٤-٤ جامع المقاصد ٣٠٢:٣٠٣ ٤:٣٠٣.

لم يصحّ البيع مع الشكّ في قيمه، و أيضاً فإنّ ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لأجل الخيار حتّى يكون إسقاطه موجباً لثبوته، و إنّ لم يصحّ البيع، إذ لا يجدى في الإخراج عن الغرر ثبوت الخيار؛ لأنّه حكمٌ شرعيّ لا يرتفع به موضوع الغرر، و إنّما لصحّ كلّ بيعٍ غرريّ على وجه التزلزل و ثبوت الخيار، كبيع المجهول وجوده و المتعذّر تسليمه.

و أمّا خيار الرؤية، فاشتراط سقوطه راجعٌ إلى إسقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف في العين الغير المرئيه، فكأنهما تبايعا سواءً وجد فيها تلك الأوصاف أم لا، فصحّ البيع موقوفهً على اشتراط تلك الأوصاف، و إسقاط الخيار في معنى إلغائها الموجب للبطلان.

مع احتمال الصحّ هناك أيضاً؛ لأنّ مرجع إسقاط خيار الرؤية إلى التزام عدم تأثير تخلف تلك الشروط، لا إلى عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف، و لا تنافي بين أن يُقدم على اشتراء العين بانياً على وجود تلك الأوصاف، و بين الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت، فتأمل.

و سيجيء تمام الكلام في خيار الرؤية (١).

و كيف كان، فلا أرى إشكالاً في اشتراط سقوط خيار الغبن [من حيث لزوم الغرر (٢)]؛ إذ لو لم يشرع الخيار في الغبن أصلاً لم يلزم منه غررٌ.

الثالث: تصرّف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمه بعد علمه بالغبن.

ص: ١٨٤

١-١) سيجيء في الصفحه ٢٥٨ و ما بعدها.

٢-٢) لم يرد في «ق».

و يدلّ عليه ما دلّ على سقوط خيارى المجلس و الشرط به-مع عدم ورود نصّ فيهما و اختصاص النصّ بخيار الحيوان و هو: إطلاق بعض معاهد الإجماع بأنّ تصرّف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازةً و فيما انتقل عنه فسخّ (١)، و (٢) العلة المستفاده من النصّ فى خيار الحيوان المستدلّ بها فى كلمات العلماء على السقوط، و هى الرضا بلزوم العقد.

مع أنّ الدليل هنا إمّا نفي الضرر و إمّا الإجماع، و الأوّل منتفٍ، فإنّه كما لا يجرى مع الإقدام عليه كذلك (٣) لا يجرى مع الرضا به بعده.

و أمّا الإجماع فهو غير ثابتٍ مع الرضا.

إلّا أن يقال: إنّ الشكّ فى الرفع لا-الدفع، فيستصحب، فتأمّل. أو ندعى أنّ ظاهر قولهم فيما نحن فيه: «إنّ هذا الخيار لا يسقط بالتصرّف» شموله للتصرّف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخيار من بين الخيارات بذلك.

لكنّ الإنصاف عدم شمول التصرّف فى كلماتهم لما بعد العلم بالغبن، و غرضهم من تخصيص الحكم بهذا الخيار أنّ التصرّف مسقطٌ لكلّ خيارٍ و لو وقع قبل العلم بالخيار كما فى العيب و التدليس سوى هذا الخيار.

و يؤيد ذلك ما اشتهر بينهم: من أنّ التصرّف قبل العلم بالعيب و التدليس ملزمٌ؛ لدلالته على الرضا بالبيع فيسقط الردّ، و إنّما يثبت الأرش فى خصوص العيب لعدم دلالة التصرّف على الرضا بالعيب.

ص: ١٨٥

١-١) كما ادّعاه فى الجواهر ٢٣:٦٨، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٨٨ و ٦٠٠.

٢-٢) فى «ش» زياده: «عموم».

٣-٣) فى «ش»: «فكذلك».

و كيف كان، فاختصاص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل العلم لا يكاد يخفى على المتتبع في كلماتهم.

نعم، لم أجد لهم تصريحاً بذلك عدا ما حكي عن صاحب المسالك (١) و تبعه جماعة (٢)، مع أنه إذا اقتضى الدليل للسقوط فلا ينبغي الاستشكال من جهة ترك التصريح (٣). بل ربما يستشكل في حكمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حكمهم بسقوط خيار التدليس و العيب بالتصرف قبل العلم. و الاعتذار بالنص إنما يتم في العيب دون التدليس، فإنه مشترك مع خيار الغبن في عدم النص، و مقتضى القاعده في حكم التصرف قبل العلم فيهما واحد.

و التحقيق أن يقال: إن مقتضى القاعده عدم السقوط؛ لبقاء الضرر، و عدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا بلزوم العقد و تحمّل الضرر.

نعم، قد ورد النص في العيب على السقوط (٤)، و ادعى عليه الإجماع (٥)، مع أن ضرر السقوط فيه متدارك بالأرش و إن كان نفس إمساك

ص: ١٨٦

١-١) المسالك ٣:٢٠٧.

٢-٢) صرح به النراقى في المستند ١٤:٣٩٥، و لم نعثر على غيره، نعم جاء في مجمع الفائدة ٨:٤٠٤: «و أما تصرف المغبون في مال الغابن فيحتمل ذلك أيضاً؛ لأنّ الجهل عذر»، و نحوه ما ورد في الرياض ١:٥٢٥.

٣-٣) كذا وردت العبارة في «ق»، و وردت في «ش» هكذا: «لكن الاستشكال من جهة ترك التصريح مع وجود الدليل ممّا لا ينبغي».

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

٥-٥) ادّعه في الغنيه: ٢٢٢، و المختلف ٥:١٨٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٦٢٦.

المعيب (١) قد يكون ضرراً، فإن تمّ دليلٌ في التدليس أيضاً قلنا به، وإلّا وجب الرجوع إلى دليل خياره.

ثمّ إنّ الحكم بسقوط الخيار بالتصرّف بعد العلم بالغبن مبنئٌ على ما تقدّم في الخيارات السابقة: من تسليم كون التصرّف دليلاً على الرضا بلزوم العقد، وإلّا كان اللازم في غير ما دلّ فعلاً على الالتزام بالعقد من أفراد التصرّف، الرجوع إلى أصاله بقاء الخيار.

الرابع من المسقطات: تصرّف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن – تصرّفًا مخرجاً عن الملك على وجه اللزوم كالبيع و العتق.

فإنّ المصرّح به في كلام المحقّق (٢) و من تأخّر عنه (٣) هو سقوط خياره حينئذٍ، وقيل: إنّه المشهور (٤). و هو كذلك بين المتأخّرين.

نعم، ذكر الشيخ في خيار المشتري مرابحةً عند كذب البائع: أنّه لو هلك السلعة أو تصرّف فيها، سقط الردّ (٥).

و الظاهر اتّحاد هذا الخيار مع خيار الغبن، كما يظهر من جامع

ص: ١٨٧.

١-١) في «ش»: «العين».

٢-٢) الشرائع ٢: ٢٢.

٣-٣) مثل العلّامة في التذكرة ١: ٥٢٣، والشهيد في غايه المراد ٢: ٩٩، والفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٤٨، وابن فهد الحلّي في المهذب البارع ٢: ٣٧٦، وانظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٢.

٤-٤) قاله الشهيد الثاني في الروضه ٣: ٤٦٥، والمحدث الكاشاني في المفاتيح ٣: ٧٤، والسيد الطباطبائي في الرياض ١: ٥٢٥.

٥-٥) المبسوط ٢: ١٤٣.

المقاصد في شرح قول الماتن: «و لا يسقط (١) الخيار بتلف العين» فراجع (٢).

و استدلل على هذا الحكم في التذكرة (٣) بعدم إمكان استدراكه مع الخروج عن الملك. و هو بظاهرة مشكل؛ لأن الخيار غير مشروط عندهم بإمكان رد العين.

و يمكن أن يوجه بأن حديث «نفي الضرر» لم يدل على الخيار، بل المتيقن منه جواز رد العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز فسخ العقد، و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل، فإن دفع الضرر من الطرفين إنما يكون بتسلط المغبون على رد العين، فيكون حاله من حيث إن له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة في أن له أن يشتري و أن يترك، و ليس هكذا بعد خروج العين عن ملكه؛ مع أن إخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر، و لو جهلاً منه به.

هذا، و لكن اعترض عليهم شيخنا الشهيد قدس روحه السعيدة - في اللمعة (٤) بما توضيحه: أن الضرر الموجب للخيار قبل التصرف ثابت مع التصرف، و التصرف مع الجهل بالضرر ليس إقداماً عليه؛ لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفي الضرر ليس إلا صورة الإقدام عليه عالمًا به، فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العين مع بقائها على ملكه و بدلها مع عدمه، و فوات خصوصيته العين

ص: ١٨٨

١-١ (١) في «ش»: «و لا يبطل».

٢-٢ (٢) جامع المقاصد ٣١٨:٤.

٣-٣ (٣) التذكرة ٥٢٣:١.

٤-٤ (٤) راجع اللمعة الدمشقية: ١٢٨.

على الغابن ليس ضرراً؛ لأنّ العين (١) إن كانت مثليّة فلا ضرر بتبدّلها بمثلها، وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادته قيمتها، فلا ضرر أصلاً، فضلاً عن أن يعارض به ضرر زياده الثمن على قيمه، خصوصاً مع الإفراط في الزيادة.

و الإنصاف أنّ هذا حسنٌ جداً، لكن قال في الروضة: إن لم يكن الحكم إجماعاً (٢).

أقول: و الظاهر عدمه؛ لأنك عرفت عدم عنوان المسألة في كلام من تقدّم على المحقّق فيما تتبعت.

ثمّ إنّ مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرّف بين البائع و المشتري.

قال في التحرير بعد أن صرح بثبوت الخيار للمغبون بائعاً كان أو مشترياً: «و لا يسقط الخيار بالتصرّف مع إمكان الردّ» (٣)، و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الناقل اللازم، و بين فكّ الملك كالعتق و الوقف، و بين المانع عن الردّ مع البقاء على الملك كالاستيلاء، بل و يعمّ التلف.

و عن جماعه: تخصيص العبارة بالمشتري (٤). فإن أرادوا قصر

ص: ١٨٩

١- ١) في «ش» زياده: «المبيعه».

٢- ٢) راجع الروضة البهيّة ٣: ٤٦٦، و لكن لم نعثر فيه على دعوى الإجماع، و لعلّها تستفاد من عبارته: «لكن لم أقف على قائل به».

٣- ٣) التحرير ١: ١٦٦.

٤- ٤) قال السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٢: «و قد صرح الأكثر بأن المراد به المشتري»، و لم نعثر على غيره، و راجع الشرائع

٢: ٢٢، و المهذب البارع ٢: ٣٧٦، و اللمعه ١٢٨، و الرياض ٨: ١٩٢.

الحكم عليه فلا يُعرف له وجهٌ، إلا أن يبنى على مخالفته لعموم دليل الخيار، أعني نفى الضرر، فيقتصر على مورد الإجماع.

ثم إن ظاهر التقييد بصوره امتناع الردّ، و ظاهر التعليل بعدم إمكان الاستدراك ما صرح به جماعة (١): من أنّ الناقل الجائر لا يمنع الردّ بالخيار إذا فسخه، فضلاً عن مثل التدبير و الوصيّه من التصرفات الغير الموجبه للخروج عن الملك فعلاً. و هو حسن؛ لعموم نفى الضرر، و مجرد الخروج عن الملك لا يسقط تدارك ضرر الغبن.

و لو اتفق زوال المانع كموت ولد أمّ الولد و فسخ العقد اللازم لعيبٍ أو غبنٍ ففى جواز الردّ وجهان: من أنّه متمكّن حينئذٍ، و من استقرار البيع. و ربما يُبينان على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزُل أو كالذى لم يعد. و كذا الوجهان فيما لو عاد إليه بناقلٍ جديد، و عدم الخيار هنا أولى؛ لأنّ العود هنا بسببٍ جديد، و فى الفسخ برفع السبب السابق.

و فى لحوق الإجاره بالبيع قولان:

من امتناع الردّ، و هو مختار الصيمرى (٢) و أبى العباس (٣).

و من أنّ مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملك، و هو المحكى عن ظاهر الأكثر (٤).

ص: ١٩٠

١ - ١) منهم: ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع ٢: ٣٧٦، و الشهيد الثانى فى الروضه ٣: ٤٧١-٤٧٢، و الصيمرى فى غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٩١-٢٩٢.

٢ - ٢) اختاره فى غايه المرام (مخطوط) ١: ٢٩١، و فيه: «سواء كان وارداً على العين.. أو على المنافع كالإجاره».

٣ - ٣) اختاره فى المهذب البارع ٢: ٣٧٧.

٤ - ٤) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٥.

و لو لم يعلم بالغبن إلّا بعد انقضاء الإجاره توجّه الردّ؛ و كذا لو لم يعلم به حتّى انفسخ البيع.

و فى لحوق الامتزاز مطلقاً أو فى الجملة بالخروج عن الملك وجوه، أقواها اللحوق؛ لحصول الشركه، فيمتنع ردّ العين الذى هو مورد الاستثناء، و كذا لو تغيّرت العين بالنقيصه، و لو تغيّرت بالزيادة العيبيّه أو الحكميّه أو من الجهتين، فالأقوى الردّ فى الوسطى بناءً على حصول الشركه فى غيرها المانع عن ردّ العين (1). هذا كلّه فى تصرّف المغبون.

و أمّا تصرّف الغابن، فالظاهر أنّه لا وجه لسقوط خيار المغبون به، و حينئذٍ فإنّ فسخ و وجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بالعتق أو الوقف أو البيع اللازم، ففى تسلّطه على إبطال ذلك من حينها (2) أو من أصلها كالمرتهن و الشفيع أو رجوعه إلى البدل، وجوه:

من وقوع العقد فى متعلّق حقّ الغير، فإنّ حقّ المغبون ثابتٌ بأصل المعامله الغبيّيه، و إنّما يظهر له بظهور السبب، فله الخيار فى استرداد العين إذا ظهر السبب، و حيث وقع العقد فى ملك الغابن، فلا وجه لبطالانه من رأسٍ.

و من أنّ وقوع العقد فى متعلّق حقّ الغير يوجب تزلزله من رأسٍ - كما فى بيع الرهن - و مقتضى فسخ البيع الأوّل تلقى الملك من الغابن الذى وقع البيع معه، لا من المشتري الثانى.

و من أنّه لا وجه للتزلزل، إمّا لأنّ التصرّف فى زمان خيار

ص: ١٩١

١ - ١) فى «ش» زياده: «فتأمل».

٢ - ٢) فى «ش»: «حينه».

غير (١) المتصرّف صحيحٌ لازم كما سيجيء في أحكام الخيار (٢) - فيستردّ الفاسخ البدل، وإما لعدم تحقّق الخيار قبل ظهور الغبن فعلاً - على وجه يمنع من تصرّف من عليه الخيار، كما هو ظاهر الجماعه هنا و في خيار العيب قبل ظهوره، فإنّ غير واحد ممن منع من تصرّف غير ذى الخيار بدون إذنه أو استشكاله (٣) فيه حكم بلزوم العقود الواقعه قبل ظهور الغبن و العيب (٤). و هذا هو الأقوى، و ستأتى تتمّه لذلك في أحكام الخيار (٥).

و كذا الحكم لو حصل مانع من ردّه كالاستيلاء، و يحتمل هنا تقديم حقّ الخيار؛ لسبق سببه على الاستيلاء.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم في خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائر؛ لأنّ معنى جوازه تسلّط أحد المتعاقدين على فسخته، أمّا تسلّط الأجنبيّ و هو المغبون، فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحاً.

و في المسالك: لو كان الناقل ممّا يمكن إبطاله كالبيع بخيار الزم

ص: ١٩٢

١- ١) في «ش»: الغير، و في «ف»: شطب على «المتصرّف».

٢- ٢) انظر الجزء السادس، الصفحة ١٤٤-١٥٠.

٣- ٣) في «ش»: «استشكل».

٤- ٤) لم نعثر على قائل به صراحةً، نعم يظهر ممّن حكم بعدم سقوط خيار المغبون بتصرّف الغابن و أنّه يلزمه المثل أو قيمه بعد الفسخ، كما في المهذب البارع ٢: ٣٧٧، و جامع المقاصد ٤: ٢٩٥، و المسالك ٣: ٢٠٦ و غيرها.

٥- ٥) انظر الجزء السادس، الصفحة ١٥٤.

بالفسخ، فإن امتنع فسّخه الحاكم، فإن امتنع (١) فسّخه المغبون (٢).

ويمكن النظر فيه: بأنّ فسخ المغبون إمّا بدخول العين في ملكه، وإمّا بدخول بدلها، فعلى الأوّل لا حاجة إلى الفسخ حتّى يتكلّم في الفاسخ، وعلى الثانى فلا وجه للعدول عمّا استحقّه بالفسخ إلى غيره.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه لا منافاه؛ لأنّ البدل المستحقّ بالفسخ إنّما هو للحيلولة، فإذا أمكن ردّ العين وجب على الغابن تحصيلها، لكن ذلك إنّما يتمّ مع كون العين (٣) على ملك المغبون، وأمّا مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

ثمّ على القول بعدم وجوب الفسخ في الجائر، لو اتّفق عود الملك إليه لفسخ في العقد الجائر أو اللّازم (٤) فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجوب ردّ العين. وإن كان بعده، فالظاهر عدم وجوب ردّه؛ لعدم الدليل بعد تملك البدل.

و لو كان العود بعقدٍ جديد فالأقوى عدم وجوب الردّ مطلقاً؛ لأنّه ملكٌ جديد تلقّاه من مالكه، و الفاسخ إنّما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل.

و لو تصرّف الغابن تصرّفًا مغيّراً للعين، فإنّما أن يكون بالنقيصه أو بالزيادة أو بالامتراج.

ص: ١٩٣

١- ١) في «ش»: «و إن تعذّر».

٢- ٢) المسالك ٣: ٢٠٦، مع تفاوت في بعض الألفاظ.

٣- ٣) في «ش»: «زياده: «باقية»».

٤- ٤) لم ترد عبارته «في العقد الجائر أو اللّازم» في «ش».

فإن كان بالنقيصه: فإما أن يكون نقصاً يوجب الأرش، وإما أن يكون ممّا لا يوجبه.

فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش، كما هو مقتضى الفسخ؛ لأنّ الفأئ مضمونٌ بجزءٍ من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب ردّ مجموع المعوّض، فيتدارك الفأئ [منه] (١) ببدله، و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين.

و إن كان ممّا لا يوجب شيئاً، ردّه بلا شيءٍ. و منه ما لو وجد العين مستأجرةً، فإنّ على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضى مدّه الإجاره، و لا يجب على الغابن بذل [عوض (٢) المنفعه المستوفاه بالنسبه إلى بقيه المدّه بعد الفسخ؛ لأنّ المنفعه من الزوائد المنفصله المتخلله بين العقد و الفسخ، فهى ملكٌ للمفسوخ عليه، فالمنفعه الدائمه تابعه للملك المطلق، فإذا تحقّق فى زمانٍ مَلَكَك منفعه العين بأسرها. و يحتمل انفساخ الإجاره فى بقيه المدّه؛ لأنّ ملك منفعه الملك المترزل مترزل، و هو الذى جزم به المحقّق القمى فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع (٣). و فيه نظر؛ لمنع تزلزل ملك المنفعه.

نعم، ذكر العلّامه فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين: أنّه إذا وجد البائع العين مستأجرةً كانت الأجره للمشتري الموجر و وجب عليه للبائع أجره المثل للمدّه الباقيه بعد الفسخ (٤)، و قرره

ص: ١٩٤

١- ١) و (٢) لم يردا فى «ق».

٢- ٢) لم يردا فى «ق»

٣- ٣) راجع جامع الشتات ٣: ٤٣١، ٤٣٢، المسأله ٢٠٣.

٤- ٤) القواعد ٢: ٩٦.

على ذلك شرح الكتاب (١)، وسيجيء ما يمكن أن يكون فارقاً بين المقامين.

وإن كان التغيير بالزيادة: فإن كانت حكمية محضه كقصاره الثوب و تعليم الصنعه، فالظاهر ثبوت الشركه فيه بنسبه تلك الزيادة، بأن تقوم العين معها و لا معها و تؤخذ النسبه. و لو لم يكن للزيادة مدخل في زياده قيمه، فالظاهر عدم شيء لمحدثها؛ لأنه إنما عمل في ماله، و عمله لنفسه غير مضمون على غيره، و لم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال و لو في ضمن العين.

و لو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس:

ففي تسلط المغبون على القلع بلا أرش، كما اختاره في المختلف في الشفعه (٢) أو عدم تسلطه عليه مطلقاً، كما عليه المشهور، فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسه بعد تفليس المشتري.

أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره في المسالك هنا (٣) و قيل به في الشفعه و العاربه (٤) وجوه:

من أن صفه كونه منصوباً المستلزمه لزياده قيمته إنما هي عبارة

ص: ١٩٥

١-١) راجع إيضاح الفوائد ١:٥٢١، و جامع المقاصد ٤:٤٤٦، و مفتاح الكرامه ٤:٧٦٠.

٢-٢) راجع المختلف ٥:٣٥٦.

٣-٣) لم نعثر عليه في المسالك، نعم صرح به في الروضه ٣:٤٦٩.

٤-٤) راجع الشرائع ٢:١٧٣، و ٣:٢٦٠، و مفتاح الكرامه ٦:٦١ و ٣:٣٨٣.

عن كونه في مكانٍ صار ملكاً للغير، فلا حق للغرس، كما إذا باع أرضاً مشغولة بماله و كان ماله في تلك الأرض أزيد قيمه، مضافاً إلى ما في المختلف في مسأله الشفعه: من أن الفاتئ لَمَّا حدث في محلٍّ مُعرضٍ للزوال لم يجب تداركه (١).

و من أن الغرس المنصوب الذي هو مالٌ للمشتري مالٌ مغايرٌ للمقلوع عرفاً، و ليس كالمتاع الموضوع في بيتٍ بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان، مضافاً إلى مفهوم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله: «ليس لعرقٍ ظالمٍ (٢) حقٌّ» (٣) فيكون كما لو باع الأرض المغروسة.

و من أن الغرس إنما وقع في ملكٍ متزلزلٍ، و لا دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء: و قياس الأرض المغروسة على

ص: ١٩٦

(١-١) راجع المختلف ٣٥٦:٥

(٢-٢) قال ابن الأثير في النهاية: «و في حديث إحياء الموات: "ليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ" هو أن يجيء الرجل إلى أرضٍ قد أحيها رجل قبله فيغرس فيها غرساً غصباً ليستوجب به الأرض. و الروايه "لعرقٍ" بالتنوين، و هو على حذف المضاف: أي لذي عرقٍ ظالمٍ، فجعل العرق نفسه ظالماً، و الحق لصاحبه، أو يكون الظالم من صفة صاحب العرق، و إن روى "عرقٍ" بالإضافه فيكون الظالم صاحب العرق، و الحق للعرق، و هو أحد عروق الشجره». انظر النهاية لابن الأثير: مادّه «عرق»، و انظر مجمع البحرين: المادّه نفسها.

(٣-٣) عوالي اللآلي ٢٥٧:٢، الحديث ٦، و رواه في الوسائل ٣١١:١٧، الباب ٣ من أبواب الغصب، الحديث الأول عن الصادق عليه السلام.

الأرض المستأجره حيث لا- يفسخ إجارتها و لا تغرم لها اجره المثل فاسدٌ؛ للفرق بتملك المنفعه فى تمام المدّه قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه، فإنّ المستحقّ هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكانٍ فى الأرض.

فالتحقيق: أنّ كلاً من المالكين يملك ماله لا بشرط حقّ له على الآخر و لا عليه له، فلكلّ منهما تخليص ماله عن مال صاحبه. فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طمّ الحفر، و إن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس، أعنى تفاوت ما بين كونه منصوباً دائماً و كونه مقلوعاً. و كونه مالاً للمالك على صفة النصب دائماً ليس اعترافاً على عدم (1) تسلّطه على قلعه؛ لأنّ المال هو الغرس المنصوب، و مرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاصّ له، فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان، فافهم.

و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسأله التفليس، حيث ذهب الأ-كثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش. و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملكٍ متزلزلٍ فيما نحن فيه، فحقّ المغبون إنّما تعلق بالأرض قبل الغرس، بخلاف مسأله التفليس؛ لأنّ سبب التزلزل هناك بعد الغرس، فيشبهه بيع الأرض المغروسه و ليس للمشتري قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف، بل عرفت أنّ العلّامة قدّس سرّه فى المختلف جعل التزلزل موجّباً لعدم استحقاق أرش الغرس.

ثمّ إذا جاز القلع، فهل يجوز للمغبون مباشره القلع، أم له مطالبه

ص: ١٩٧

المالك بالقلع، و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه؟ وجوه، ذكروها (١) فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره. و يحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك، و لذا قيل فيه بعدم وجوب إجابته المالك الجار إلى القلع و إن جاز للجار قلعه بعد الامتناع أو قبله.

هذا كله حكم القلع (٢).

و أما لو اختار المغبون الإبقاء، فمقتضى ما ذكرنا من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجره على البقاء؛ لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس، لا بسبب لاحق له.

هذا كله حكم الشجر.

و أمّا الزرع: ففي المسالك: أنه يتعين إبقاؤه بالأجره (٣) لأن له أمداً ينتظر. و لعله لإمكان الجمع بين الحقيين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين، بخلاف مسأله الشجر، فإن في تعيين إبقائه بالأجره ضرراً على مالك الأرض، لطول مدّه البقاء، فتأمل.

و لو طلب مالك الغرس القلع، فهل لمالك الأرض منعه لاستنزام نقص أرضه، فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا يجوز تصرفه في مال غيره إلا بإذنه، أم لا؛ لأنّ التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله؟ وجهان: أقواهما الثاني.

ص: ١٩٨

١-١) راجع تفصيل الأقوال في مفتاح الكرامه ٥:٥٠٤، و المناهل: ٣٨٨ ٣٨٩، و الجواهر ٢٦٧:٢٦.

٢-٢) في «ش»: «التخليص».

٣-٣) لم نعر عليه في المسالك، نعم هو موجود في الروضه ٣:٤٦٩.

و لو كان التغير بالامتزاج: فإما أن يكون بغير جنسه، وإما أن يكون بجنسه.

فإن كان بغير الجنس، فإن كان على وجه الاستهلاك عرفاً بحيث لا يحكم في مثله بالشركة كما تزاج ماء الورد المبيع بالزيت فهو في حكم التالف يرجع إلى قيمته. وإن كان لا- على وجه يُعدّ تالفاً كالخلّ الممتزج مع الأنجبين ففي كونه شريكاً أو كونه كالمعدوم (١)، وجهان (٢).

و إن كان الامتزاج بالجنس، فإن كان بالمساوى يثبت الشركة، و إن كان بالأردإ فكذلك، و في استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداء من الجنس الممتزج أو من ثمنه، وجوه. و لو كان بالأجود احتمل الشركة في الثمن، بأن يُباع و يُعطى من الثمن بنسبه قيمته، و يحتمل الشركة بنسبه قيمه، فإذا كان الأجود يساوى قيمتى الردىء كان المجموع بينهما أثلاثاً، و ردّه الشيخ في مسأله رجوع البائع على المفلس بعين ماله بأنه يستلزم الربا (٣). قيل: و هو حسنٌ مع عموم الربا لكلّ معاوضه (٤).

بقى الكلام فى حكم تلف العوضين مع الغبن:

ص: ١٩٩

١-١ فى «ق»: «كالمعدومه».

٢-٢ فى «ش» زياده: «من حصول الاشتراك قهراً لو كانا لمالكين، و من تغير حقيقته، فيكون كالتلف الراجع للخيار».

٣-٣ المبسوط ٢٦٣: ٢.

٤-٤ قاله الشهيد الثانى فى المسالك ١١٣: ٤، بلفظ: «و هو يتم على القول بثبوتة فى كلّ معاوضه».

و تفصيله: أنّ التلف إمّا أن يكون فيما وصل إلى الغابن، أو فيما وصل إلى المغبون. و التلف، إمّا بآفه أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبيّ.

و حكمها: أنّه لو تلف ما فى يد المغبون، فإن كان بآفه فمقتضى ما تقدّم من التذكرة (١) فى الإخراج عن الملك من تعليل السقوط بعدم إمكان الاستدراك سقوط الخيار. لكنك قد عرفت الكلام فى مورد التعليل فضلاً عن غيره؛ و لذا اختار غير واحد بقاء الخيار (٢)، فإذا فسخ غرم قيمه (٣) يوم التلف أو يوم الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله.

و كذا لو كان بإتلافه.

و لو كان بإتلاف الأجنبيّ ففسخ المغبون، أخذ الثمن و رجع الغابن إلى المُتلف إن لم يرجع المغبون عليه. و إن رجع عليه بالبدل ثمّ ظهر الغبن ففسخ ردّ على الغابن قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ.

و لو كان بإتلاف الغابن فإن لم يفسخ المغبون أخذ قيمه من الغابن. و إن فسخ أخذ الثمن. و لو كان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامه ثمّ ظهر الغبن ففسخ و جب عليه ردّ قيمه؛ لأنّ ما أبرأه بمنزله المقبوض.

و لو تلف ما فى يد الغابن بآفه أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ

ص: ٢٠٠

١- ١) تقدّم فى الصفحة ١٨٨.

٢- ٢) كالشهيد الثانى فى الروضه ٣: ٤٧٣، و السيّد الطباطبائى فى الرياض ٨: ١٩٢، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٠٧.

٣- ٣) فى «ش» و «ف»: «قيمته».

البدل. و في اعتبار قيمه يوم التلف أو يوم الفسخ قولان، ظاهر الأكثر الأول.

و لكن صرّح في الدروس (١) و المسالك (٢) و محكّي حاشيه الشرائع (٣) للمحقّق الثاني و صاحب الحدائق (٤) و بعض آخر (٥): أنّه لو اشترى عيناً بعينٍ فقبض أحدهما دون الأخرى فباع المقبوض ثمّ تلف غير المقبوض:

أنّ البيع الأوّل يفسخ بتلف متعلّقه قبل القبض بخلاف البيع الثاني، فيغرم البائع الثاني قيمه ما باعه يوم تلف غير المقبوض.

و هذا ظاهرٌ بطل صريحٍ في أنّ العبره بقيمه يوم الانفساخ دون تلف العين. و الفرق بين المسألتين مشكّل، و تمام الكلام في باب الإقاله إن شاء الله تعالى.

و لو تلف بإتلاف الأجنبيّ رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن؛ لأنّه الذي يُردّ إليه العوض فيؤخذ منه المعوّض أو بدله، و لأنّه مَلِكُ القيمه على المُتلف. و يحتمل الرجوع إلى المُتلف؛ لأنّ المال في ضمانه و ما لم يدفع العوض فنفس المال في عهده؛ و لذا صرّح في الشرائع (٤)

ص: ٢٠١

١-١) الدروس ٣:٢١١.

٢-٢) المسالك ٣:٢٥٧.

٣-٣) لم نعثر على الحاكي، و لا توجد لدينا حاشيه الشرائع في هذا الموضوع.

٤-٤) الحدائق ١٩:١٨٩، ١٩٠.

٥-٥) كالمحقّق في الشرائع ٢:٣٢، و العلّامه في القواعد ٢:٨٧، و الإرشاد ١:٣٨١، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧١٨.

٦-٦) راجع الشرائع ٢:١٢٢.

بجواز المصالحة على ذلك المتلف بما لو صالح به على قيمته لزم الربا، و صرح العلامة (1) بأنه لو صالحه على نفس المتلف بأقل من قيمته لم يلزم الربا، وإن صالحه على قيمته بالأقل لزم الربا، بناءً على جريانه في الصلح. و يحتمل التخيير أمّا الغابن فلأنه ملك البدل، و أمّا المتلف فلأنّ المال المتلف في عهده قبل أداء قيمه.

و إن كان بإتلاف المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله، و لو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ، ردّ الثمن و أخذ قيمه المتلف؛ لأنّ المبرأ منه كالمقبوض.

هذا قليلٌ من كثير ما يكون هذا المقام قابلاً له من الكلام، و ينبغي إحاله الزائد على ما ذكره في غير هذا المقام، و الله العالم بالأحكام و رسوله و خلفاؤه الكرام صلوات الله عليه و عليهم إلى يوم القيام.

ص: ٢٠٢

(١-١) راجع التحرير ١:٢٢٩ ٢٣٠.

مسأله الظاهر ثبوت خيار الغبن في كل معاوضه ماليه؛

بناءً على الاستناد في ثبوته في البيع إلى نفي الضرر. نعم، لو استند إلى الإجماعات المنقوله أمكن الرجوع في غير البيع إلى أصله اللزوم.

و مَمَّن حكي عنه التصريح بالعموم فخر الدين قدس سره في شرح الإرشاد (١) و صاحب التنقيح (٢) و صاحب إيضاح النافع (٣)، و عن إجاره جامع المقاصد: جريانه فيها مستنداً إلى أنه من توابع المعاوضات (٤).

نعم، حكي عن المهذب البارع عدم جريانه في الصلح (٥). و لعله لكون الغرض الأصلي فيه قطع المنازعه، فلا يشرع فيه الفسخ. و فيه ما لا يخفى.

ص: ٢٠٣

١- (١) حكاه عنه و عمَّن بعده السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٧٠:٤ ٥٧١.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢:٤٧.

٣- (٣) إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا.

٤- (٤) جامع المقاصد ٧:٨٦.

٥- (٥) المهذب البارع ٢:٥٣٨.

و فى غايه المرام:التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضه فيجرى فيه،و بين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيّه ما يدعيه و كان مغبوناً فيما صالح به،و الواقع على ما فى الذمم و كان مجهولاً ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأملٍ (١).و لعله للإقدام فى هذين على رفع اليد عمّا صالح عنه كائناً ما كان،فقد أقدم على الضرر.

و حكى عن بعض (٢)التفصيل بين كلّ عقدٍ وقع شخصه على وجه المسامحه و كان الإقدام على المعامله فيه مبيّياً على عدم الالتفات إلى النقص و الزياده بيعاً كان أو صلحاً أو غيرهما فإنّه لا يصدق فيه اسم الغبن،و بين غيره.

و فيه مع أنّ منع صدق الغبن محلّ نظرٍ:- أنّ الحكم بالخيار لم يعلّق فى دليلٍ على مفهوم لفظ «الغبن»حتى يتّبع مصاديقه،فإنّ الفتاوى مختصّه بغبن البيع،و حديث نفي الضرر عامٌّ لم يخرج منه إلّا ما استثنى فى الفتاوى من صورته الإقدام على الضرر عالمّاً به.نعم،لو استدلّ بآيه التجاره عن تراضٍ أو النهى عن أكل المال بالباطل أمكن اختصاصهما بما إذا أقدم على المعامله محتملاً للضرر مسامحاً فى دفع ذلك الاحتمال.

و الحاصل:أنّ المسأله لا تخلو عن إشكالٍ

ص: ٢٠٤

١- ١) انظر غايه المرام(مخطوط)١:٢٩٦،و فيه تصريح بعدم ثبوت الخيار فى الفرضين الأخيرين.

٢- ٢) لم نعثر عليه.

من جهة أصاله اللزوم، واختصاص معقد الإجماع و الشهرة بالبيع، و عدم تعرّض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع كما تعرّضوا لجريان خيار الشرط (١)، و تعرّضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع لكونه محلّ خلافٍ لبعض العامّة في بعض أفراد ما عدا البيع (٢)، فلا يدلّ على عموم غيره لما عدا البيع.

و من دلالته حديث نفى الضرر على عدم لزوم المعامله المغبون فيها و لو في صورته امتناع الغابن عن بذل التفاوت (٣)، و قد استدلّ به الأصحاب على إثبات كثيرٍ من الخيارات، فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوّه.

نعم، يبقى الإشكال في شموله للصورة المتقدّمة، و هي ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعامله بيعاً كان أو غيره على عدم المغابنه و المكايسه من حيث المائنه، كما إذا احتاج المشتري إلى قليلٍ من شىءٍ مبتدلٍ لحاجهٍ عظيمه دنيئيه أو دنيويّه، فإنّه لا يلاحظ في شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه، فإنّ في شمول الأدلّه لمثل هذا خفاءً، بل منعاً (٤)، و الله العالم.

ص: ٢٠٥

-
- ١-١) كما تقدّم عنهم في الصفحة ١٤٧ ١٤٨.
 - ٢-٢) راجع الشرح الكبير (المطبوع ضمن المغنى لابن قدامه) ٤:٦١، و فيه: «أحدها خيار المجلس و يثبت في البيع و الصلح بمعناه و الإجاره و يثبت في الصرف و السلم»، و راجع الخلاف ٣:١٤، المسأله ١٤ من كتاب البيوع.
 - ٣-٣) في «ش» زياده: «بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب».
 - ٤-٤) في «ش» زياده: «إلّا أن يتمّ بعدم القول بالفصل».

مسأله اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى

على قولين:

و استند للقول الأوّل و هو المشهور ظاهراً إلى كون الخيار على خلاف الأصل (١)، فيقتصر فيه على المتيقّن. و قرّره فى جامع المقاصد بأنّ العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمّنه، و إلّا لم ينتفع بعمومه (٢)، انتهى.

و للقول الثانى [إلى (٣)] الاستصحاب. و ذكر فى الرياض ما حاصله:

أنّ المستند فى هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول أتجه التمسّك بالاستصحاب، و إن كان نفي الضرر و جب الاقتصار على الزمان الأوّل، إذ به يندفع الضرر (٤).

ص: ٢٠٦

١-١) راجع الحقائق ١٩:٤٣، و مفتاح الكرامه ٤:١٠٤، و المناهل: ٣٢٧.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٨.

٣-٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤) راجع الرياض ١:٥٢٥.

أقول: ويمكن الخدشه في جميع الوجوه المذكوره.

أما في وجوب الاقتصار على المتيقن، فلأنه غير متجه مع الاستصحاب.

و أمّا ما ذكره في جامع المقاصد من عموم الأزمنه فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبه إلى زمانه الراجع بدليل الحكمه إلى استمراره في جميع الأزمنه، فلا يخفى أنّ هذا العموم في كلّ فردٍ من موضوع الحكم تابعٌ لدخوله تحت العموم، فإذا فرض خروج فردٍ منه، فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العامّ دائماً أو في زمانٍ ما؛ إذ ليس في خروجه دائماً زياده تخصيصٍ في العامّ حتّى يقتصر عند الشكّ فيه على المتيقن، نظير ما إذا ورد تحريم فعلٍ بعنوان العموم و خرج منه فردٌ خاصٌّ من ذلك الفعل، لكن وقع الشكّ في أنّ ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختصٌّ ببعض الأزمنه أو عامٌّ لجميعها، فإنّ اللازم هنا استصحاب حكم الخاصّ أعني الحليّه لا الرجوع فيما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم، وليس هذا من معارضه العموم للاستصحاب؛ و السرّ فيه ما عرفت: من تبعيه العموم الزماني للعموم الأفرادي، فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزماني فيه حتّى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن، بل الفرد الخارج واحد، دام زمان خروجه أو انقطع.

نعم، لو فرض إفاده الكلام للعموم الزماني على وجه يكون الزمان مكثراً لأفراد العامّ، بحيث يكون الفرد في كلّ زمانٍ مغايراً له في زمانٍ آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فردٍ في زمانٍ ما [الاقتصار (1)].

ص: ٢٠٧

(١ - ١) لم يرد في «ق».

على المتيقن؛ لأنَّ خروج غيره من الزمان مستلزمٌ لخروج فردٍ آخر من العامِّ غير ما عُلمَ خروجه، كما إذا قال المولى لعبده: «أكرم العلماء في كلِّ يوم» بحيث كان إكرام كلِّ عالم في كلِّ يوم واجباً مستقلاً غير إكرام ذلك العالم في اليوم الآخر، فإذا علم بخروج زيدٍ العالم وشكَّ في خروجه عن العموم يوماً أو أزيد، وجب الرجوع في ما بعد اليوم الأوَّل إلى عموم وجوب الإكرام، لا إلى استصحاب عدم وجوبه، بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسُّك بالاستصحاب، بل يجب الرجوع إلى أصلٍ آخر؛ كما أنَّ في الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجِّيه الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم، فما أوضح الفرق بين الصورتين! ثمَّ لا يخفى أنَّ مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان في الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمه و كونه في الصورة الثانيه عمومًا لغويًا، بل المنطوق كون الزمان في الأولى ظرفاً للحكم و إن فرض عمومه لغويًا، فيكون الحكم فيه حكماً واحداً مستمراً لموضوع واحد، فيكون مرجع الشكِّ فيه إلى الشكِّ في استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب. و الزمان في الثانيه مكثراً لأفراد موضوع الحكم، فمرجع الشكِّ في وجود الحكم في الآن الثاني إلى ثبوت حكم الخاصِّ لفردٍ من العامِّ مغايرٍ للفرد الأوَّل، و معلومٌ أنَّ المرجع فيه إلى أصله العموم، فافهم و اغتنم.

و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد: بأنَّ آيه أوفوا..

و غيرها مطلقه لا عامه، فلا تنافي الاستصحاب (1) إلا أن يدعى أن

ص: ٢٠٨

العموم الإطلاقي لا يرجع إلّا إلى العموم الزماني على الوجه الأوّل.

و قد (1) ظهر أيضاً ممّا ذكرنا من تغاير موردى الرجوع إلى الاستصحاب و الرجوع إلى العموم-فساد ما قيل في الأصول: من أنّ الاستصحاب قد يخصّص العموم، ومثّل له بالصورة الأولى، زعماً منه أنّ الاستصحاب قد خصّص العموم (2). و قد عرفت أنّ مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب، و مقام جريان العموم لا يجوز فيه الرجوع إلى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم، فليس شيءٌ منهما ممنوعاً بالآخر في شيءٍ من المقامين.

إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأوّل؛ لأنّ العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به في زمانٍ واحدٍ و بين عدم وجوبه رأساً، نظير العقد الجائز دائماً، فليس الأمر دائراً بين قلّه التخصيص و كثرته حتّى يتمسّك بالعموم فيما عدا المتيقّن، فلو فرض عدم جريان الاستصحاب في الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسّك بالعموم أيضاً. نعم، يتمسّك فيه حينئذٍ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات.

و أمّا استناد القول بالتراخي إلى الاستصحاب، فهو حسنٌ على ما اشتهر من المسامحة في تشخيص الموضوع في استصحاب الحكم الشرعي الثابت بغير الأدلّة اللفظيّة المشخّصة للموضوع، مع كون الشكّ

ص: ٢٠٩

١- ١) في «ش»: «فقد».

٢- ٢) راجع فرائد الأصول ٢٧٣: ٣، التنبيه العاشر من تنبيهات الاستصحاب.

من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أمّا على التحقيق من عدم إحراز الموضوع في مثل ذلك على وجه التحقيق، فلا- يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب؛ فإنّ المتيقن سابقاً ثبوت الخيار لمن لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ، فإذا فرضنا ثبوت (١) الحكم من الشرع على هذا الوجه (٢) فلا- معنى لانسحابه في الآذن اللاحق مع كون الشخص قد تمكّن من التدارك و لم يفعل؛ لأنّ هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرّم.

نعم، لو أحرز الموضوع من دليلٍ لفظيٍّ على المستصحب أو كان الشكّ في رافع الحكم حتّى لا يحتمل أن يكون الشكّ لأجل تغيير الموضوع اتّجه التمسك بالاستصحاب.

و أمّا ما ذكره في الرياض (٣)، ففيه: أنّه إن بنى الأمر على التدقيق في موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا و حقّقناه في الأصول- فلا يجرى الاستصحاب و إن كان المدرك للخيار الإجماع. و إن بنى على المسامحة فيه كما اشتهر جرى الاستصحاب و إن استند في الخيار إلى قاعده الضرر، كما اعترف به ولده قدّس سرّهما في المناهل (٤) مستنداً

ص: ٢١٠

١-١) في «ش» زياده: «هذا».

٢-٢) لم ترد «على هذا الوجه» في «ش».

٣-٣) المتقدّم عنه في الصفحة ٢٠٦.

٤-٤) قاله فيما لو بذل الغابن التفاوت، في تقويه ما اختاره من عدم سقوط الخيار بالبذل و تعرّض لمسأله الفور و التراخي، لكن لم يتعرّض لهذا المستند، راجع المناهل: ٣٢٧.

إلى احتمال أن يكون الضرر علّة محدثه يكفي في بقاء الحكم وإن ارتفع.

إلّا أن يدعى أنّه إذا استند الحكم إلى الضرر فالموضوع للخيار هو المتضرر العاجز عن تدارك ضرره و هو غير محقق في الزمان اللاحق، كما أشرنا.

ثمّ إنّه بنى المسألة بعض المعاصرين (١) على ما لا- محصل له، فقال ما لفظه: إنّ المسألة مبتنية على أنّ لزوم العقد معناه: أنّ أثر العقد مستمرّ إلى يوم القيامة و أنّ عموم الوفاء بالعقود عمومٌ زمنيّ؛ للقطع بأن ليس المراد بالآيه الوفاء بالعقود آناً ما، بل على الدوام، وقد فهم المشهور منها ذلك، و (٢) باعتبار أنّ الوفاء بها العمل بمقتضاها و لا- ريب أنّ مفاده عرفاً و بحسب قصد المتعاقدين الدوام، فإذا دلّ دليل على ثبوت خيارٍ من ضررٍ، أو إجماع، أو نصّ في ثبوته في الماضي أو مطلقاً بناءً على الإهمال لا الإطلاق في الأخبار فيكون استثناءً من ذلك العامّ و يبقى العامّ على عمومه، كاستثناء أيام الإقامه و الثلاثين و وقت المعصيه و نحوها من حكم السفر.

أو أنّ اللزوم ليس كالعموم و إنّما يثبت ملكاً سابقاً و يبقى حكمه مستصحباً إلى المزيل، فتكون المعارضه بين استصحابين، و الثاني واردٌ على الأوّل، فيقدم عليه، و الأوّل أقوى؛ لأنّ حدوث الحادث مع زوال علته السابقه يقضى بعدم اعتبار السابق، أمّا مع بقائها فلا يلغو اعتبار

ص: ٢١١

١- ١) و هو الشيخ على آل كاشف الغطاء في تعليقه على اللعمه (مخطوط)، مبحث خيار التأخير.

٢- ٢) لم ترد «و» في «ش».

و لا يخفى أنّ ما ذكره من المبني للرجوع إلى العموم - وهو استمرار اللزوم مبنئاً لطح العموم و الرجوع إلى الاستصحاب.

و أمّا ما ذكره أخيراً لمبني الرجوع إلى الاستصحاب، و حاصله:

أنّ اللزوم إنّما يثبت بالاستصحاب، فإذا ورد عليه استصحاب الخيار قُدّم عليه.

ففيه: أنّ الكلّ متفقون على الاستناد في أصالة اللزوم إلى عموم آية الوفاء و إن أمكن الاستناد فيه إلى الاستصحاب أيضاً، فلا وجه للإعراض عن الآيه و ملاحظه الاستصحاب المقتضى للزوم مع استصحاب الخيار.

ثمّ إنه قد علم من تضاعيف ما أوردناه على كلمات الجماعه: أنّ الأقوى كون الخيار هنا على الفور؛ لأنّه لما لم يجز التمسك في الزمان الثاني بالعموم لما عرفت سابقاً: من أنّ مرجع العموم الزماني في هذا المقام إلى استمرار الحكم في الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دليل على العود إليه، كما في جميع الأحكام المستمرّة إذا طرأ عليها الانقطاع - و لا باستصحاب الخيار لما عرفت: من أنّ الموضوع غير محرز؛ لاحتمال كون موضوع الحكم عند الشارع هو من لم يتمكّن من تدارك ضرره بالفسخ، فلا - يشمل الشخص المتمكّن منه التارك له، بل قد يُستظهر ذلك من حديث نفى الضرر [تعيّن \(1\)](#) الرجوع إلى أصالة فساد فسخ المغبون و عدم ترتب الأثر عليه و بقاء آثار العقد، فيثبت اللزوم من

ص: ٢١٢

هذه الجهة. وهذا ليس كاستصحاب الخيار؛ لأن الشك هنا في الرفع، فالموضوع محرزٌ كما في استصحاب الطهاره بعد خروج المذي، فافهم و اغتنم، و الحمد لله.

هذا، مضافاً إلى ما قد يقال هنا و فيما يشبهه من إجازة عقد الفضولي و نكاحه و غيرهما-: من أن تجوز التأخير فيها ضرراً على من عليه الخيار، و فيه تأملٌ.

ثم إن مقتضى ما استند إليه للفوريه عدا هذا المؤيد الأخير- هي الفوريه العرفيه؛ لأنّ الاقتصار على الحقيقته حرجٌ على ذى الخيار، فلا ينبغي تدارك الضرر به، و الزائد عليها لا دليل عليه عدا الاستصحاب المتسالم على رده بين أهل هذا القول.

لكن الذى يظهر من التذكرة فى خيار العيب على القول بفوريته ما هو أوسع من الفور العرفي، قال: خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم، خلافاً للشافعي، فإنه اشترط الفوريه و المبادره بالعاده، فلا يؤمر بالعدو و لا الركض ليرد، و إن كان مشغولاً بصلاهٍ أو أكلي أو قضاء حاجهٍ فله الخيار إلى أن يفرغ، و كذا لو أطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعاً، و كذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً. و لو أطلع على العيب ليلاً فله التأخير إلى أن يُصبح و إن لم يكن عذر (1)، انتهى.

و قد صرح فى الشفعه على القول بفوريته بما يقرب من ذلك و جعلها من الأعذار. و صرح فى الشفعه بأنه لا يجب المبادره على

ص: ٢١٣

(١-١) التذكرة ٥٢٩: ١.

خلاف العاده، ورجع (١) في ذلك كله إلى العرف، فكل ما لا يُعدّ تقصيراً لا يبطل به الشفعه، وكل ما يُعدّ تقصيراً و توائماً في الطلب فإنه مسقط لها (٢)، انتهى.

و المسأله لا تخلو عن إشكالٍ، لأن جعل حضور وقت الصلاه أو دخول الليل عذراً في ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله: «فسخت» لا- دليل عليه. نعم، لو توقّف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد، توجه ما ذكر في الجملة، مع أنّ قيام الدليل عليه مشكّل، إلّا أن يُجعل الدليل على الفورىّه لزوم الإضرار لمن عليه الخيار، فدفع (٣) ذلك بلزوم المبادره العرفيه بحيث لا يُعدّ متوائماً فيه، فإنّ هذا هو الذى يضرّ بحال من عليه الخيار من جهه عدم استقرار ملكه و كون تصرّفاته فيه فى معرض النقص (٤). لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل.

فالإنصاف: أنّه إن تمّ الإجماع الذى تقدّم (٥) عن العلّامه عليّ عدم البأس بالأمر المذكوره و عدم قدح أمثالها فى الفورىّه، فهو، و إلّا وجب الاقتصار على أول مراتب إمكان إنشاء الفسخ، والله العالم.

ثمّ إنّ الظاهر أنّه لا خلاف فى معذوريّه الجاهل بالخيار فى ترك

ص: ٢١٤

١- ١) كذا فى النسخ، و الصواب: «يرجع»، كما فى المصدر.

٢- ٢) التذكره ٦٠٤: ١.

٣- ٣) فى «ش»: «فيدفع».

٤- ٤) فى «ش»: «النقص».

٥- ٥) المتقدّم عنه فى الصفحه الماضيه.

المبادره، لعموم نفي الضرر؛ إذ لا- فرق بين الجاهل بالغبن و الجاهل بحكمه، و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعي منافياً لمعدوريته، كترك الفحص عن الغبن و عدمه.

و لو جهل الفوريه فظاهر بعض الوفاق على المعدوريه. و يشكل بعدم جريان نفي الضرر هنا؛ لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر، فيرجع إلى ما تقدم من أصاله بقاء آثار العقد و عدم صحه فسخ المغبون بعد الزمان الأول. و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعدوريه في خيار التأخير (1)، و المناط واحد.

و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول، إلا أن يكون ممّا لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعي إلا لعارض، ففيه نظر.

و قال في التذكرة في باب الشفعه: إنه لو قال: «لم أعلم ثبوت حقّ الشفعه» أو قال: «أخّرت لأنني لم أعلم أنّ الشفعه على الفور» فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بريّه لا يعرفون الأحكام قبل قوله و له الأخذ بالشفعه، و إلا فلا (2)، انتهى.

فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل في حقّه الجهل، فلا حاجه إليه؛ لأن أكثر العوامّ و كثيراً من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام. و إن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر في حقّه عدم العلم، ففيه: أنه لا- داعى إلى اعتبار الظهور، مع أنّ الأصل العدم.

و الأقوى: أنّ الناسي في حكم الجاهل. و في سماع دعواه النسيان

ص: ٢١٥

(١-١) لم نعثر عليه، و لا على الحاكي.

(٢-٢) التذكرة ١: ٦٠٥، مع تقديم و تأخير في بعض العبارات.

نظرٌ: من أنه مدّع، و من تعرّس إقامه البيّنه عليه و أنّه لا يُعرف إلّا من قبله.

و أما الشاكّ في ثبوت الخيار فالظاهر معذوريّته. و يحتمل عدم معذوريّته؛ لتمكّنه من الفسخ بعد الاطّلاع على الغبن ثمّ السؤال عن صحّته شرعاً، فهو متمكّن من الفسخ العرفي، إذ الجهل بالصّحّه لا يمنع عن الإنشاء، فهو مقصّرٌ بترك الفسخ لا لعذرٍ، فافهم، و الله العالم.

ص: ٢١٦

إشاره

قال فى التذكره: من باع شيئاً و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه لزم البيع ثلاثه أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثه فهو أحقّ بالعين. و إن مضت الثلاثه و لم يأتِ بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا أجمع (١).

و الأصل فى ذلك قبل الإجماع المحكى (٢) عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها (٣) المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها فى التذكره (٤).

ص: ٢١٧

-
- ١- ١) التذكره ٥٢٣: ١.
 - ٢- ٢) حكاه عنهم السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٦، و راجع الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩، و الخلاف ٣: ٢٠، المسأله ٢٤، و جواهر الفقه: ٥٤، المسأله ١٩٣.
 - ٣- ٣) مثل: الحدائق ١٩: ٤٤، و الرياض ١: ٥٢٥، و مستند الشيعه ١٤: ٣٩٧، و الجواهر ٢٣: ٥١.
 - ٤- ٤) تقدم التخرىج عنها آنفاً، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٧٦ - ٥٧٧.

و الظاهره من غيرها، و بما ذكره في التذكرة: من أنّ الصبر أبداً مظنه الضرر المنفَى بالخبر (١)، بل الضرر هنا أشدّ من الضرر في الغبن؛ حيث إنّ المبيع هنا في ضمانه و تلفه منه و ملكٌ لغيره لا يجوز له التصرف فيه - الأخبار المستفيضة، منها:

روايه عليّ بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البع و لا - يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال: الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض (٢) بيعه، و إلّا فلا بيع بينهما» (٣).

و روايه إسحاق بن عمّار عن العبد الصالح، قال: «من اشترى بيعاً فمضت ثلاثه أيام و لم يجيء، فلا بيع له» (٤).

و روايه ابن الحجّاج قال: «اشترت محملاً و أعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه، ثمّ احتبست أياماً، ثمّ جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته، فضحكت، ثمّ قلت: لا - و الله! لا - أدعك أو أفاضيك، فقال: أترضى بأبي بكر بن عيّاش؟ قلت: نعم، فأتيناه فقصصنا عليه قصّةنا، فقال أبو بكر: بقول من تحبّ أن يُقضى (٥) بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام، و إلّا فلا بيع له» (٦).

ص: ٢١٨

١ - ١) التذكرة ٥٢٣: ١.

٢ - ٢) كذا في «ش»، و في «ق»: «قبضه»، و هو من سهو القلم.

٣ - ٣) الوسائل ٣٥٧: ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٤ - ٤) نفس المصدر، الحديث ٤.

٥ - ٥) كذا في «ق»، و في «ش» و المصدر: «أن أقضى».

٦ - ٦) الوسائل ٣٥٦: ١٢، ٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

و صحیحہ زرارہ عن أبی جعفر علیہ السلام: «قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: آتيك بثمانه؟ قال: إن جاء ما بينه وبين ثلاثه أيام، وإلا فلا بيع له» (١).

و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع، كما فهمه في المبسوط حيث قال: روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمان معلومٍ و قال للبائع أجيئك بالثمان و مضى، فإن جاء في مدّه الثلاثه كان البيع له، و إن لم يرتجع بطل البيع (٢)، انتهى.

و ربما يُحكى (٣) عن ظاهر الإسكافي (٤) المعبر بلفظ الروايات، و توقّف فيه المحقّق الأردبيلي (٥)، و قوّاه صاحب الكفايه (٦)، و جزم به في الحدائق طاعناً على العلّامه في المختلف، حيث إنّه اعترف بظهور الأخبار في خلاف المشهور ثم اختار المشهور مستدلاً بأن الأصل بقاء صحّه العقد، و حَمَلَ الأخبار على نفى اللزوم (٧).

أقول: ظهور الأخبار في الفساد في محلّه، إلا أنّ فهم العلماء

ص: ٢١٩

-
- ١- (١) الوسائل ١٢:٣٥٦، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.
 - ٢- (٢) المبسوط ٢:٨٧، و فيه بدل «و إن لم يرتجع»: «و إن لم يجيء».
 - ٣- (٣) في «ش» و هامش «ف» زياده: «هذا».
 - ٤- (٤) حكاة الشهيد في الدروس ٣:٢٧٤، و راجع المختلف ٥:٧٠.
 - ٥- (٥) راجع مجمع الفائده ٤٠٥:٤٠٦.
 - ٦- (٦) الكفايه: ٩٢، و فيه بعد نقل الخيار عن جماعه-: «و عن ظاهر ابن الجنيد و الشيخ بطلان البيع، و لعلّ الأقرب الثاني».
 - ٧- (٧) الحدائق ١٩:٤٧، و راجع المختلف ٥:٧١.

وَحَمَلَهُ الْأَخْبَارِ نَفَى الزُّومِ (١) مِمَّا يَقْرَبُ هَذَا الْمَعْنَى؛ مِضَافاً إِلَى مَا يُقَالُ:

مِنْ أَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي أَكْثَرِ تِلْكَ الْأَخْبَارِ: «لَا بَيْعَ لَهُ» ظَاهِرٌ فِي انْتِفَاءِ الْبَيْعِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُشْتَرَى فَقَطْ، وَلَا يَكُونُ إِلَّا نَفَى الزُّومِ مِنْ طَرَفِ الْبَائِعِ، إِلَّا أَنَّ فِي رِوَايَةِ ابْنِ يَقْطِينِ: «فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا».

وَكَيْفَ كَانَ، فَلَا أَقَلَّ مِنَ الشُّكِّ فَيَرْجِعُ إِلَى اسْتِصْحَابِ الْآثَارِ الْمَتْرُتِّبَةِ عَلَى الْبَيْعِ.

تَوْهَمٌ: كَوْنُ الصَّحِّهَ سَابِقاً فِي ضَمَنِ الزُّومِ، فَتَرْتَفِعُ بَارْتِفَاعَهُ، مَنْدَفَعٌ: بِأَنَّ الزُّومَ لَيْسَ مِنْ قَبِيلِ الْفِصْلِ لِلصَّحِّهَ، وَإِنَّمَا هُوَ حَكْمٌ مُقَارِنٌ لَهُ فِي خُصُوصِ الْبَيْعِ الْخَالِي مِنَ الْخِيَارِ.

ثُمَّ إِنَّهُ يَشْتَرَطُ فِي هَذَا الْخِيَارِ أُمُورٌ:

أَحَدُهَا: عَدَمُ قَبْضِ الْمُبِيعِ،

وَلَا خِلَافٍ فِي اشْتِرَاطِهِ ظَاهِراً، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مِنَ الرِّوَايَاتِ الْمَتَقَدِّمَةِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي صَحِيحِهِ عَلِيُّ بْنُ يَقْطِينِ الْمَتَقَدِّمَةِ: «فَإِنْ قَبْضَ بَيْعِهِ، وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا» (٢) بِنَاءً عَلَى أَنَّ «الْبَيْعَ» هُنَا بِمَعْنَى الْمُبِيعِ.

لَكِنْ فِي الرِّيَاضِ: إنْكَارُ دَلَالَةِ الْأَخْبَارِ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ (٣)، وَتَبَعَهُ بَعْضُ الْمَعَاصِرِينَ (٤). وَلَا أَعْلَمُ لَهُ وَجْهًا غَيْرَ سَقُوطِ هَذِهِ الْفَقْرَةِ عَنْ

ص: ٢٢٠

١-١) فِي «ش»: «وَحَمَلَهُمُ الْأَخْبَارَ عَلَى نَفَى الزُّومِ».

٢-٢) تَقَدَّمَتْ فِي الصَّفْحَةِ ٢١٨.

٣-٣) رَاجِعِ الرِّيَاضَ ٥٢٥: ١.

٤-٤) وَهُوَ صَاحِبُ الْجَوَاهِرِ، انْظُرِ الْجَوَاهِرَ ٥٣: ٢٣، وَجَاءَ فِي الْمُسْتَدْرَكِ ٣٩٨: ١٤: «وَ أَكْثَرُ تِلْكَ الْأَخْبَارِ وَإِنْ كَانَتْ مُطْلَقَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى إِقْبَاضِ الْمُبِيعِ وَ عَدَمِهِ..».

النسخه المأخوذ منها الروايه، أو احتمال قراءه «قَبْضٌ» بالتخفيف، و«بَيْعُهُ» بالتشديد، يعنى: قَبْضٌ بَائِعُهُ الثَّمَنَ. ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال؛ لأنَّ استعمال «البَيْع» بالتشديد مفرداً نادر، بل لم يوجد، مع إمكان إجراء أصاله عدم التشديد، نظير ما ذكره فى الروضه: من أصاله عدم المدِّ فى لفظ «البكاء» الوارد فى قواطع الصلاه (١).

ثمَّ إنَّه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع بأن بذله (٢) الثمن فامتنع من أخذه و إقباض المبيع فالظاهر عدم الخيار؛ لأنَّ ظاهر النصِّ و الفتوى كون هذا الخيار إرفاقاً للبائع و دفعاً لتضرُّره، فلا يجرى فيما إذا كان الامتناع من قبَّله.

و لو قبضه المشتري على وجه يكون للبائع استرداده كما إذا كان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففى كونه ك«لا قبض» مطلقاً، أو مع استرداده، أو كونه قبضاً، وجوه، رابعها: ابتناء المسأله على ما سيجىء فى أحكام القبض، من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه (٣).

و لعله الأقوى؛ إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر على البائع إلَّا من جهه وجوب حفظ المبيع لمالكه و تضرُّره بعدم وصول ثمنه إليه، و كلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصَّةً. و أمَّا مع عدم ارتفاع الضمان بذلك فيجرى دليل الضرر بالتقريب المتقدِّم و إن ادَّعى انصراف

ص: ٢٢١

١- (١) الروضه البهية ٥٦٥: ١.

٢- (٢) فى «ش»: «بذل له».

٣- (٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ٢٧٤ ٢٧٥.

الأخبار إلى غير هذه الصورة (١).

و لو مكن المشتري من القبض فلم يقبض، فالأقوى أيضاً ابتناء المسأله على ارتفاع الضمان و عدمه.

و ربما يستظهر من قول السائل في بعض الروايات: «ثم يدعه عنده» (٢) عدم كفايه التمكين. و فيه نظرٌ. و الأقوى عدم الخيار؛ لعدم الضمان.

و في كون قبض بعض المبيع كـ «لا قبض» لظاهر الأخبار، أو كالقبض، لدعوى انصرافها إلى صورته عدم قبض شيء منه، أو تبعض الخيار بالنسبه إلى المقبوض و غيره استناداً مع تسليم الانصراف المذكور إلى تحقق الضرر بالنسبه إلى غير المقبوض لا غير، وجوه.

الشرط الثاني: عدم قبض مجموع الثمن،

و اشتراطه مجمّع عليه نصّاً و فتوى.

و قبض البعض كـ «لا قبض»؛ لظاهر الأخبار المعتضد بفهم أبي بكر ابن عياش في روايه ابن الحجاج المتقدمه (٣)، و ربما يستدلّ بها (٤) تبعاً للتذكرة (٥). و فيه نظرٌ.

و القبض بدون الإذن كعدمه؛ لظهور الأخبار في اشتراط وقوعه

ص: ٢٢٢

١-١) في «ش» زياده: «لكنه مشكل، كدعوى شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان».

٢-٢) الوارد في صحيحه زراه المتقدمه في الصفحه ٢١٩.

٣-٣) تقدّمت في الصفحه ٢١٨.

٤-٤) في «ش» بدل «بها»: «بتلك الروايه»، و استدللّ بها في الجواهر ٥٣: ٢٣.

٥-٥) التذكرة ٥٢٣: ١.

بالإذن في بقاء البيع على اللزوم، مع أنّ ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باقٍ. نعم، لو كان القبض بدون الإذن حقاً كما إذا عرض المبيع على المشتري فلم يقبضه - فالظاهر عدم الخيار؛ لعدم دخوله في منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير.

و ربما يقال بكفايه القبض هنا مطلقاً مع الاعتراف باعتبار الإذن في الشرط السابق أعني قبض المبيع نظراً إلى أنّهم شرطوا في عناوين المسألة في طرف المبيع عدم إقباض المبيع إياه، و في طرف الثمن عدم قبضه. و فيه نظر؛ لأنّ هذا النحو من التعبير من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع، فيعبّر في طرف الثمن و المضمن بما هو فعلٌ له، و هو القبض في الأوّل و الإقباض في الثاني، فتأمل.

و لو أجاز المشتري قبض الثمن بناءً على اعتبار الإذن كانت في حكم الإذن. و هل هي كاشفه أو مثبته؟ أقواهما الثاني. و يترتب عليه ما لو قبض قبل الثلاثه فأجاز المشتري بعدها.

الشرط الثالث: عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين؛

لأنّ المتبادر من النصّ غير ذلك، فيقتصر في مخالفه الأصل على منصرف النصّ، مع أنّه في الجملة إجماعيّ.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عيناً أو شبهه،

كصاعٍ من صبره.

نصّ عليه الشيخ في عبارته المتقدّمة (1) في نقل مضمون روايات أصحابنا. و ظاهره كونه مفتيّ به عندهم، و صرح به في التحرير (2).

ص: ٢٢٣

١-١) المتقدّمة في الصفحة ٢١٩.

٢-٢) التحرير ١٦٧: ١.

والمهذب البارع (١) و غايه المرام (٢)، و هو ظاهر جامع المقاصد، حيث قال:

لا فرق في الثمن بين كونه عيناً أو في الذمه (٣).

و قال في الغنيه: و روى أصحابنا أنّ المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال: «أجيتك بالثمن» و مضى، فعلى البائع الصبر عليه ثلاثاً، ثمّ هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن. هذا إذا كان المبيع ممّا يصحّ بقاؤه، فإن لم يكن كذلك كالخضروات فعليه الصبر يوماً واحداً ثمّ هو بالخيار. ثمّ ذكر أنّ تلف المبيع قبل الثلاثه من مال المشتري و بعده من مال البائع. ثمّ قال: و يدلّ على ذلك كلّ إجماع الطائفة (٤)، انتهى.

و في معقد إجماع الانتصار و الخلاف و ما وجدته في نسخه (٥) جواهر القاضى: «لو باع شيئاً معيّناً بثمن معيّن» (٦) لكن في بعض نسخ الجواهر: «لو باع شيئاً غير معيّن»، و قد أخذ عنه في مفتاح الكرامه و غيره (٧) و نسب إلى القاضى دعوى الإجماع على غير المعيّن، و أظنّ

ص: ٢٢٤

١- (١) المهذب البارع ٢:٣٨٢.

٢- (٢) غايه المرام (مخطوط) ١:٢٩٢.

٣- (٣) جامع المقاصد ٤:٢٩٨.

٤- (٤) الغنيه: ٢١٩، ٢٢٠.

٥- (٥) لم ترد «ما وجدته في نسخه» في «ش».

٦- (٦) راجع الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩، و الخلاف ٣:٢٠، المسأله ٢٤ من البيوع، و لم نعثر على نسخه جواهر الفقه المشار إليها في

كلام المؤلف، نعم كتب في المطبوعه ضمن الجوامع الفقهيّه: ٤٢٠ فوق كلمه «غير»: ز.ظ.

٧- (٧) جواهر الفقه: ٥٤، المسأله ١٩٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٧٩، و لم نعثر على عبارته في غيره.

و الظاهر أنّ المراد بـ«الثلث المعين» (١) هو المعلوم في مقابل المجهول؛ لأنّ تشخّص الثمن غير معتبر إجماعاً؛ ولذا وصف في التحرير (٢) تبعاً للمبسوط (٣) المبيع بـ«المعين» و الثمن بـ«المعلوم»، و من البعيد اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف (٤) إلى إجماع الفرقه و أخبارهم مع ما نسبه في المبسوط إلى روايات أصحابنا.

مع أنّنا نقول: إنّ ظاهر «المعين» في معاهد الإجماعات التشخّص العيني، لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كلياً، خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبه إلى الثمن؛ للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه، مع أنّه فرق بين «الثلث المعين» و «الشئ المعين»؛ فإنّ الثاني ظاهرٌ في الشخصي بخلاف الأوّل.

و أمّا معقد إجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسأله (٥) فهو مختصّ بالشخصي؛ لأنّه ذكر في معقد الإجماع «أنّ المشتري لو جاء بالثلث في الثلاثه فهو أحقّ بالعين» و لا يخفى أنّ «العين» ظاهرٌ في الشخصي. هذه حال معاهد الإجماعات.

و أمّا حديث نفى الضرر، فهو مختصّ بالشخصي؛ لأنّه المضمون

ص: ٢٢٥

١- ١) في «ش» و هامش «ف» زياده: «في معقد إجماعهم».

٢- ٢) التحرير ١٦٧: ١.

٣- ٣) المبسوط ٢: ٨٧، و تقدّم في الصفحه ٢١٩ أيضاً.

٤- ٤) تقدّم عنه في الصفحه ٢٢٤.

٥- ٥) المتقدّمه في الصفحه ٢١٧.

على البائع قبل القبض، فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه، بخلاف الكلّي.

و أمّا النصوص، فروايتا ابن يقطين (1) و ابن عمّار (2) مشتملتان على لفظ «البيع» المراد به المبيع الذى يطلق قبل البيع على العين المعرضه للبيع، و لا مناسبة فى إطلاقه على الكلّي، كما لا يخفى.

و روايه زراره (3) ظاهرة أيضاً فى الشخصى من جهة لفظ «المتاع» و قوله: «يدعه عنده»، فلم يبق إلّا قوله عليه السلام فى روايه أبى بكر بن عياش: «من اشترى شيئاً» (4) فإنّ إطلاقه و إن شمل المعين و الكلّي، إلّا أنّ الظاهر من لفظ «الشيء» الموجود الخارجى، كما فى قول القائل:

«اشتريت شيئاً» (5). و الكلّي المبيع ليس موجوداً خارجيّاً؛ إذ ليس المراد من الكلّي هنا الكلّي الطبيعى الموجود فى الخارج؛ لأنّ المبيع قد يكون معدوماً عند العقد، و الموجود منه قد لا يملكه البائع المملّك له (6)، بل هو أمرٌ اعتبارى يعامل (7) العرف و الشرع معه معامله الأملاك، و هذه المعاملة و إن اقتضت صحّه إطلاق لفظ «الشيء» عليه أو على ما يعمّه، إلّا أنّه ليس بحيث لو أُريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود

ص: ٢٢٦

١-١ المتقدّمتان فى الصفحة ٢١٨.

٢-٢ المتقدّمتان فى الصفحة ٢١٨.

٣-٣ المتقدّمة فى الصفحة ٢١٩.

٤-٤ المتقدّمة فى الصفحة ٢١٨.

٥-٥ فى «ش» زياده: «و لو فى ضمن أمور متعدّده، كصاع من صبره».

٦-٦ فى «ش» بدل «المملّك له»: «حتى يملكه».

٧-٧ فى «ش» زياده: «فى».

الخارجى الشخصى احتيج إلى قرينه على التقييد، فهو نظير المجاز المشهور و المطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرفاً لا يحوج إرادته المطلق إلى القرينه.

فلا يمكن هنا دفع احتمال إرادته خصوص الموجود الخارجى بأصالة عدم القرينه، فافهم.

فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ليس فى أدلّه المسأله من النصوص و الإجماعات المنقوله و دليل الضرر ما يجرى فى المبيع الكلى.

و ربما يُنسب التعميم إلى ظاهر الأكثر (1)؛ لعدم تقييدهم البيع بالشخصى.

و فيه: أنّ التأويل فى عباراتهم، مع الإنصاف يُعطى الاختصاص بالمعین، أو الشكّ فى التعميم، مع أنّه معارضٌ بعدم تصريح أحدٍ بكون المسأله محلّ الخلاف من حيث التعميم و التخصيص. نعم (2)، إلّا الشهيد فى الدروس، حيث قال: «إنّ الشيخ قدّس سرّه قيّد فى المبسوط هذا الخيار بشراء المعین» (3) فإنّه ظاهرٌ فى عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقى الأصحاب، لكنّك عرفت أنّ الشيخ قدّس سرّه قد أخذ هذا التقييد فى مضمون روايات أصحابنا (4).

ص: ٢٢٧

١- ١) لم نعثر على النسبه، نعم نسب فى مفتاح الكرامه ٤:٥٧٩، و الجواهر ٢٣: ٥٥ الإطلاق إلى الأكثر.

٢- ٢) لم ترد «نعم» فى «ش».

٣- ٣) الدروس ٣: ٢٧٣.

٤- ٤) راجع الصفحه ٢٢٣.

و كيف كان،فالتأمل فى أدله المسأله و فتاوى الأصحاب يُشرف الفقيه على القطع باختصاص الحكم بالمعین.

ثم إن هنا أموراً قبل باعتبارها فى هذا الخيار:

منها: عدم الخيار لأحدهما أو لهما،

قال فى التحرير: «و لا- خيار للبائع لو كان فى المبيع خيار لأحدهما» (١) و فى السرائر قَيّد الحكم فى عنوان المسأله بقوله: «و لم يشترط خياراً لهما أو لأحدهما» (٢) و ظاهره الاختصاص بخيار الشرط. و يحتمل أن يكون الاقتصار عليه لعنوان المسأله فى كلامه بغير الحيوان و هو المتاع.

و كيف كان،فلا أعرف وجهاً معتمداً فى اشتراط هذا الشرط سواء أُريد (٣) ما يعمّ خيار الحيوان أم خصوص خيار الشرط، و سواء أُريد مطلق الخيار و لو اختصّ بما قبل انقضاء الثلاثه أم أُريد خصوص الخيار المحقّق فيما بعد الثلاثه، سواء حدث (٤) فيها أم بعدها.

و أوجه ما يقال (٥) فى توجيه هذا القول مضافاً إلى دعوى انصراف النصوص إلى غير هذا الفرض -: أن شرط الخيار فى قوه اشتراط التأخير، و تأخير المشتري بحق الخيار ينفى خيار البائع.

و توضيح ذلك ما ذكره فى التذكرة فى أحكام الخيار: من أنه

ص: ٢٢٨

١-١) التحرير ١٦٧:١.

٢-٢) السرائر ٢٧٧:٢.

٣-٣) فى «ش»: «أراد».

٤-٤) فى «ش»: «أحدث».

٥-٥) قاله السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥٧٩:٤ ٥٨٠.

لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار، و لو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يطل خياره و لا يُجبر الآخر على تسليم ما فى يده (١) و له استرداد المدفوع قضيةً للخيار. و قال بعض الشافعية: ليس له استرداده، و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع (٢)، انتهى.

و حيثئذ فوجه هذا الاشتراط: أنّ ظاهر الأخبار كون عدم مجيء المشتري بالثمن بغير حقّ التأخير، و ذو الخيار له حقّ التأخير، و ظاهرها أيضاً كون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا- لحقّ له فى عدم الإقباض. و الحاصل: أنّ الخيار بمنزلة تأجيل أحد العوضين.

و فيه- بعد تسليم الحكم فى الخيار و تسليم انصراف الأخبار إلى كون التأخير بغير حقّ-: أنّه ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرّق و كون هذا الخيار مختصّاً بغير الحيوان، مع اتّفاقهم على ثبوته فيه كما يظهر من المختلف (٣)، و إن (٤) ذهب الصدوق إلى كون الخيار فى الجارية بعد شهر (٥)، إلّا أن يراد بما فى التحرير:

عدم ثبوت خيار التأخير ما دام الخيار ثابتاً لأحدهما (٦)، فلا ينافى

ص: ٢٢٩

١- ١) فى «ش» زياده: «الآخر».

٢- ٢) التذكرة ٥٣٧: ١.

٣- ٣) راجع المختلف ٥٦٨: ٥١٧.

٤- ٤) لم ترد «إن» فى «ش».

٥- ٥) راجع المقنع: ٣٦٥.

٦- ٦) التحرير ١٦٧: ١.

ثبوتَه في الحيوان بعد الثلاثه.

و قد يفصل (١) بين ثبوت الخيار للبائع من جهه أُخرى فيسقط معه هذا الخيار لأنّ خيار التأخير شُرِعَ لدفع ضرره و قد اندفع بغيره، و لدلاله النصّ و الفتوى على لزوم البيع في الثلاثه فيختصّ بغير صورته ثبوت الخيار له، قال: و دعوى أنّ المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهه، مدفوعه بأنّ التأخير سبب الخيار (٢) و لا- يتقيّد الحكم بالسبب- و بين ما إذا كان الخيار للمشتري فلا- وجه لسقوطه، مع أنّ اللازم منه عدم ثبوت هذا الخيار في الحيوان (٣).

و وجه ضعف هذا التفصيل: أنّ ضرر الصبر بعد الثلاثه لا يندفع بالخيار في الثلاثه. و أمّا ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب، فلا يمنع من كون نفي الخيار في الثلاثه من جهه التضرّر بالتأخير، و لذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس.

و منها

و منها (٤): تعدّد المتعاقدين؛

لأنّ النصّ مختصّ بصوره التعدّد، و لأنّ هذا الخيار ثبت بعد خيار المجلس، و خيار المجلس باقٍ مع اتّحاد العاقد إلّا مع إسقاطه.

و فيه: أنّ المناط عدم الإقباض و القبض، و لا إشكال في تصوّره

ص: ٢٣٠

١-١) فضله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٧٩:٤ ٥٨٠.

٢-٢) في «ش»: «للخيار».

٣-٣) انتهى ما قاله المفصّل نقلاً بالمعنى.

٤-٤) أى من الأمور التي قيل باعتبارها في هذا الخيار، و قد تقدّم أولها في الصفحه ٢٣٠.

من المالكين مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أمّا خيار المجلس، فقد عرفت أنه غير ثابت للوكيل في مجرد العقد، و على تقديره فيمكن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم، لو كان العاقد ولياً بيده العوضان لم يتحقق الشرطان الأولان أعني عدم الإقباض و القبض و ليس ذلك من جهة اشتراط التعدّد.

و منها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية،

فإن المحكي عن الصدوق في المقنع أنه إذا اشترى [جاريه (١)] فقال: أجيئك بالثمن، فإن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر، و إلا فلا بيع له (٢).

و ظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق في مطلق الحيوان (٣).

و المستند فيه روايه ابن يقطين عن رجل اشترى جاريه فقال: أجيئك بالثمن، فقال: «إن جاء فيما بينه و بين شهر، و إلا فلا بيع له» (٤).

و لا دلالة فيها (٥) على صوره عدم إقباض الجارية و لا قرينه على حملها عليها، فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر في متن العقد، فيثبت الخيار عند تخلّف الشرط، و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه إلى شهر. و كيف كان، فالروايه مخالفة لعمل المعظم، فلا بدّ من حملها على بعض الوجوه.

ص: ٢٣١

١-١ (١) لم يرد في «ق».

٢-٢ (٢) راجع المختلف ٥:٧٠، و المقنع: ٣٦٥.

٣-٣ (٣) انظر المختلف ٥:٧٠.

٤-٤ (٤) الوسائل ١٢:٣٥٧، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

٥-٥ (٥) في «ق»: «فيه».

ثم إنَّ مبدأ الثلاثة من حين التفرّق أو من حين العقد؟ وجهان:

من ظهور قوله: «فإن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيام» في كون مدّة الغيبة ثلاثة، و من كون ذلك كنايةً عن عدم التقابض ثلاثة أيام، كما هو ظاهر قوله عليه السلام في روايه ابن يقطين: «الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض بيعه و إلّا فلا بيع بينهما» (1) و هذا هو الأقوى.

ص: ٢٣٢

١ - ١) الوسائل ٣٥٧: ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

مسأله يسقط هذا الخيار بأمر:

أحدها: إسقاطه بعد الثلاثة بلا إشكال و لا خلاف،

و فى سقوطه بالإسقاط فى الثلاثة وجهان: من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير، فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة؛ و لذا صرح فى التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفريق إذا قلنا بكون مبدئه بعده (١) مع أنه أولى بالجواز، و من أن العقد سبب الخيار، فيكفى وجوده فى إسقاطه، مضافاً إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه فى متن العقد (٢).

الثانى: اشتراط سقوطه فى متن العقد،

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد (٣)، و لعله لعموم أدله الشروط.

ص: ٢٣٣

١-١) التذكرة ٥٢٠:١.

٢-٢) فى «ش»: «ضمن العقد».

٣-٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٨١، و راجع الدروس ٣:٢٧٦، و جامع المقاصد ٤:٣٠٢ ٣:٣٠٣، و فيه بعد احتمال الصحه: «أنه أظهر»، و حاشيه الإرشاد (مخطوط)، الصفحه ٢٦٠.

و يشكل على عدم جواز إسقاطه في الثلاثه بناءً على أن السبب في هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد، فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط، ولا يوجب شرعيته سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط، فإن كان إجماع على السقوط بالشرط - كما حكاه بعض (1) قلنا به، بل بصحة الإسقاط بعد العقد؛ لفحواه، وإلا فللنظر فيه مجالاً.

الثالث: بذل المشتري للثمن بعد الثلاثه،

فإن المصرح به في التذكرة سقوط الخيار حينئذ (2). وقيل بعدم السقوط بذلك استصحاباً (3).

و هو حسن لو استند في الخيار إلى الأخبار، وأما إذا استند فيه إلى الضرر، فلا شك في عدم الضرر حال بذل الثمن، فلا ضرر ليتدارك بالخيار، ولو فرض تضرره سابقاً بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك، وإنما يتدارك به الضرر المستقبل.

و دعوى: أن حدوث الضرر قبل البذل يكفي في بقاء الخيار، مدفوع بأن الأحكام المترتبة على نفي الضرر تابعة للضرر الفعلي، لا مجرد حدوث الضرر في زمان، ولا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى

ص: ٢٣٤

١-١) لم نعثر على حكاية الإجماع.

٢-٢) التذكرة ٥٢٣:١.

٣-٣) قاله السيد الطباطبائي في المصابيح (مخطوط): ١٣١، وفيه: «و لا يسقط بإسقاطه فيها و لا بإحضار الثمن بعدها إلى أن قال: و إن حصل الشك به فيستحب» و جعله في الرياض ٨:١٩٥، و مستند الشيعة ١٤:٤٠٠ أظهر الوجهين.

صوره التضرّر فعلاً بلزوم العقد، بأن يقال: بأن عدم حضور المشتري علّة لانتفاء اللزوم يدور معها وجوداً و عدماً.

و كيف كان، فمختار التذكرة لا يخلو عن قوّه.

الرابع: أخذ الثمن من المشتري بناءً على عدم سقوطه بالبذل،

و إلما لم يحتج إلى الأخذ به و السقوط به؛ لأنّه التزم فعليّاً بالبيع و رضاً بلزومه. و هل يشترط إفاده العلم بكونه لأجل الالتزام أو يكفى الظنّ، فلو احتمل كون الأخذ بعنوان العاربه أو غيرها لم ينفع، أم لا يعتبر الظنّ أيضاً؟ وجوه: من عدم تحقّق موضوع الالتزام إلما بالعلم، و من كون الفعل مع إفاده الظنّ أماره عرفيه على الالتزام كالقول، و ممّا تقدّم من سقوط خيار الحيوان أو الشرط بما كان رضاً نوعياً بالعقد و هذا من أوضح أفراده، و قد بيّنا (١) عدم اعتبار الظنّ الشخصى فى دلالة التصرّف على الرضا. و خير الوجوه أوسطها، لكنّ الأقوى الأخير.

و هل يسقط الخيار بمطالبه الثمن؟ المصرّح به فى التذكرة (٢) و غيرها (٣) العدم؛ للأصل و عدم الدليل.

و يحتمل السقوط؛ لدلالته على الرضا بالبيع.

و فيه: أنّ سبب الخيار هو التضرّر فى المستقبل، لما عرفت: من أنّ الخيار لا يتدارك به ما مضى من ضرر الصبر، و مطالبه الثمن لا تدلّ على التزام الضرر المستقبل حتّى يكون التزاماً بالبيع، بل مطالبه

ص: ٢٣٥

١-١) بيّنه فى الصفحة ١٠٤، ذيل البحث عن مسقطيه خيار الحيوان بالتصرّف.

٢-٢) التذكرة ٥٢٣:١.

٣-٣) كالدروس ٢٧٤:٣، و جامع المقاصد ٢٩٨:٤، و المسالك ٢٠٨:٣.

الثلث إنما هو استدفاع للضرر المستقبلي كالفسخ، لا التزم بذلك الضرر لیسقط الخيار. و لیس الضرر هنا من قبیل الضرر فی بیع الغبن و نحوه ممّا كان الضرر حاصلًا بنفس العقد، حتّى یكون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزمًا بالضرر الذی هو سبب الخيار.

و بالجمله، فالمسقط لهذا الخيار لیس إلّا دفع الضرر المستقبلي ببذل الثمن، أو التزمه بإسقاطه، أو اشتراط سقوطه، و ما تقدّم من سقوط الخيارات المتقدّمه بما یدلّ علی الرضا فإنّما هو حیث یكون نفس العقد سببًا للخيار و لو من جهه التضرّر بلزومه، و ما نحن فیه لیس من هذا القبیل، مع أنّ سقوط تلك الخيارات بمجرّد مطالبه الثمن أيضًا محلّ نظر؛ لعدم كونه تصرّفًا، و اللّٰه العالم.

مسأله فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى قولان،

و قد تقدّم ما يصلح أن يستند إليه لكلّ من القولين فى مطلق الخيار مع قطع النظر عن خصوصيات الموارد، و قد عرفت أنّ الأقوى الفور (١).

و يمكن أن يقال فى خصوص ما نحن فيه: إنّ ظاهر قوله عليه السلام:

«لا بيع له» (٢) نفى البيع رأساً، و الأنسب بنفى الحقيقه بعد عدم إرادته نفى الصّحّه هو نفى لزومه رأساً، بأن لا يعود لازماً أبداً، فتأمل.

ثمّ على تقدير إهمال النصّ و عدم ظهوره فى العموم يمكن التمسّك بالاستصحاب هنا؛ لأنّ اللزوم إذا ارتفع عن البيع فى زمانٍ، فعوده يحتاج إلى دليل. و ليس الشكّ هنا فى موضوع المستصحب نظير ما تقدّم فى استصحاب الخيار لأنّ الموضوع مستفادٌ من النصّ، فراجع.

و كيف كان، فالقول بالتراخى لا يخلو عن قوّه، إمّا لظهور النصّ و إمّا للاستصحاب.

ص: ٢٣٧

١-١) راجع الصفحه ٢١٢.

٢-٢) فى روايه ابن عمّار المتقدّمه فى الصفحه ٢١٨.

مسأله لو تلف المبيع بعد الثلاثه كان من البائع إجماعاً مستفيضاً،

بل متواتراً كما في الرياض (1). و يدلّ عليه النبويّ المشهور و إن كان في كتب روايات أصحابنا غير مسطور:- «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (2)، و إطلاقه كمعاهد الإجماعات [يعمّ (3)] ما لو تلف في حال الخيار أم تلف بعد بطلانه، كما لو قلنا بكونه على الفور فبطل بالتأخير، أو بذل المشتري الثمن فتلف العين في هذا الحال.

و قد يُعارض النبويّ بقاعده «الملازمه بين النماء و الدرك» المستفاده من النصّ (4) و الاستقراء و القاعده المجمع عليها: «بأنّ (5) التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له».

ص: ٢٣٨

١-١) الرياض ١٩٥: ٨.

٢-٢) عوالي اللآلي ٣: ٢١٢، الحديث ٥٩١.

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) مثل «الخراج بالضمّان» الوارد في عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩.

٥-٥) في «ش»: «من أنّ».

لكن النبويّ أخصّ من القاعده الأولى فلا معارضه، والقاعده الثانيه لا عموم فيها يشمل جميع أفراد الخيار ولا جميع أحوال البيع حتى قبل القبض، بل التحقيق فيها كما سيجيء (١) إن شاء الله - اختصاصها بخيار المجلس و الشرط و الحيوان مع كون التلف بعد القبض.

و لو تلف في الثلاثه، فالمشهور كونه من مال البائع أيضاً، و عن الخلاف: الإجماع عليه (٢).

خلافاً لجماعه من القدماء منهم المفيد (٣) و السيدان (٤) - مدّعين عليه الإجماع، و هو مع قاعده «ضمان المالك لماله» يصحّ حجّه لهذا القول.

لكن الإجماع معارضٌ بل موهونٌ. و القاعده مخصّصه بالنبويّ المذكور (٥) المنجبر من حيث الصدور، مضافاً إلى روايه عقبه بن خالد:

«في رجل اشترى متاعاً من رجلٍ و أوجه غير أنّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض»

ص: ٢٣٩

١- ١) انظر الجزء السادس، الصفحة ١٧٩ ١٨١.

٢- ٢) حكاه السيد الطباطبائي في الرياض ٥٢٦:١، و السيد بحر العلوم في المصايح (مخطوط): ١٣٠، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٥٨، لكنّ الموجود في الخلاف الذي بأيدينا: «أنّ التلف في الثلاثه من المبتاع» راجع الخلاف ٣:٢٠، المسأله ٢٤ من البيوع.

٣- ٣) المقنعه: ٥٩٢.

٤- ٤) الانتصار: ٤٣٧، المسأله ٢٤٩، و الغنيه: ٢١٩ ٢٢٠.

٥- ٥) المذكور في الصفحة السابقه.

المال و يخرجهُ من بيته، فإذا أخرجهُ من بيته فالمبتاع ضامنٌ لحقّه حتّى يردّ إليه حقّه (١).

و لو مكّنه من القبض فلم يتسلّم، فضمان البائع مبنّى على ارتفاع الضمان بذلك، و هو الأقوى.

قال الشيخ فى النهايه: إذا باع الإنسان شيئاً و لم يقبض المتاع و لا قبض الثمن و مضى المبتاع، فإنّ العقد موقوفٌ ثلاثه أيام، فإن جاء المبتاع فى مدّه ثلاثه أيام كان المبيع له، و إن مضت ثلاثه أيام كان البائع أولى بالمتاع، فإن هلك المتاع فى هذه الثلاثه أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع، و إن كان قبضه إياه ثم هلك فى مدّه الثلاثه أيام كان من مال المبتاع، و إن هلك بعد الثلاثه أيام كان من مال البائع على كلّ حال (٢)، انتهى المحكّي فى المختلف، و قال بعد الحكايه:

و فيه نظر، إذ مع القبض يلزم البيع (٣)، انتهى.

أقول: كأنه جعل الفِقره الثالثه مقابله للفِقرتين، فيشمل ما بعد القبض و ما قبله، خصوصاً مع قوله: «على كلّ حال» لكنّ التعميم - مع أنّه خلاف الإجماع منافٍ لتعليل الحكم بعد ذلك بقوله: «لأنّ الخيار له بعد الثلاثه أيام» فإنّ من المعلوم أنّ الخيار إنّما يكون له مع عدم القبض، فيدلّ ذلك على أنّ الحكم المعلّل مفروضٌ فيما قبل القبض.

ص: ٢٤٠

١- (١) الوسائل ٣٥٨:١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، و فيه حديثٌ واحد.

٢- (٢) النهايه: ٣٨٥ ٣٨٦. و فى «ش» و المصدر زياده: «لأنّ الخيار له بعدها».

٣- (٣) المختلف ٦٩:٥ ٧٠.

مسأله لو اشترى ما يفسد من يومه، فإن جاء بالثمن ما بينه وبين الليل، وإلا فلا بيع له،

كما في مرسله محمد بن أبي حمزه (١). والمراد من نفي البيع نفى لزومه. ويدل عليه قاعده «نفي الضرر»؛ فإنَّ البائع ضامنٌ للمبيع ممنوعٌ عن التصرف فيه محرومٌ عن الثمن.

و من هنا يمكن تعديده الحكم إلى كلِّ موردٍ يتحقَّق فيه هذا الضرر، وإن خرج عن مورد النصِّ، كما إذا كان المبيع ممَّا يفسد في نصف يومٍ أو في يومين، فيثبت فيه الخيار في زمانٍ يكون التأخير عنه ضرراً على البائع.

لكن ظاهر النصِّ يوهم خلاف ما ذكرنا؛ لأنَّ الموضوع فيه «ما يفسد من يومه» والحكم فيه بثبوت الخيار من أوَّل الليل، فيكون الخيار في أوَّل أزمته الفساد، ومن المعلوم أنَّ الخيار حينئذٍ لا يجدى للبائع شيئاً، لكن المراد من «اليوم»: اليوم و ليله، فالمعنى: أنه لا يبقى على صفه الصلاح أزيد من يوم بليلته (٢)، فيكون المفسد له المبيت

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل ٣٥٩:١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث الأوَّل.

٢- (٢) في «ش»: «بليله».

لا- مجرد دخول الليل، فإذا فسخ البائع أول الليل أمكن له الانتفاع به وبيدله، ولأجل ذلك عبّر في الدروس عن هذا الخيار بـ«خيار ما يفسده المبيت» وأنه ثابت عند دخول الليل (١)، وفي معقد إجماع الغنية: أنّ على البائع الصبر يوماً (٢) ثم هو بالخيار (٣). وفي محكي الوسيله: أنّ خيار الفواكه للبائع، فإذا مرّ على المبيع يومٌ ولم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار (٤). ونحوها عبارته جامع الشرائع (٥).

نعم، عبارات جماعه من الأصحاب لا يخلو عن اختلال في التعبير، لكن الإجماع على عدم الخيار للبائع في النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الدروس. وأحسن تلك العبارات عبارته الصدوق في الفقيه التي أسندها في الوسائل إلى روايه زراره، قال: «العهده فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يومٌ إلى الليل» (٦) فإنّ المراد بالعهده عهدته البائع.

وقال في النهايه: وإذا باع الإنسان ما لا يصحّ عليه البقاء من الخضر و غيرها و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً،

ص: ٢٤٢

١-١) الدروس ٣:٢٧٤، وفيه: «و هو ثابت للبائع عند انقضاء النهار».

٢-٢) في «ش» زياده: «واحداً».

٣-٣) الغنيه: ٢١٩.

٤-٤) الوسيله: ٢٣٨.

٥-٥) الجامع للشرائع: ٢٤٧.

٦-٦) الفقيه ٣:٢٠٣، ذيل الحديث ٣٧٦٧، و راجع الوسائل ١٢:٣٥٩، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم، وإلا فلا بيع له (١)، انتهى. و نحوها عبارته السرائر (٢).

و الظاهر أنّ المراد بالخيار اختيار المشتري في تأخير القبض و الإقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم.

و أمّا المتأخرون، فظاهر أكثرهم يوهم كون الليل غايةً للخيار، و إن اختلفوا بين من عبّر بكون الخيار يوماً (٣) و من عبّر بأنّ الخيار إلى الليل (٤). و لم يُعلم وجهٌ صحيحٌ لهذه التعبيرات مع وضوح المقصد إلاّ متابعه عبارته الشيخ في النهاية، لكنك عرفت أنّ المراد بالخيار فيه اختيار المشتري، و أنّ له تأخير القبض و الإقباض. و هذا الاستعمال في كلام المتأخرين خلاف ما اصطَلحوا عليه لفظ «الخيار» فلا يحسن متابعه هنا في التعبير، و الأولى تعبير الدروس كما عرفت (٥).

ثمّ الظاهر أنّ شروط هذا الخيار شروط خيار التأخير؛ لأنّه فردٌ من أفرادها، كما هو صريح عنوان الغنية (٦) و غيرها (٧)، فيشترط فيه جميع

ص: ٢٤٣

١- ١) سقطت العبارة المذكورة من كتاب النهاية المطبوع مستقلاً، نعم وردت في المطبوع ضمن الجوامع الفقهيّة: ٣٣٦، و المطبوع مع نكت النهاية (للمحقّق الحلّي) ١٤٢: ٢، و محلّها باب الشرط في العقود من كتاب المتاجر.

٢- ٢) السرائر ٢٨٢: ٢.

٣- ٣) مثل العلّامة في التحرير ١٦٧: ١.

٤- ٤) كما في الجامع للشرائع: ٢٤٧، و القواعد ٦٧: ٢، و الإرشاد ٣٧٤: ١.

٥- ٥) في الصفحة السابقة.

٦- ٦) الغنية: ٢١٩.

٧- ٧) راجع الشرائع ٢٣: ٢، و القواعد ٦٧: ٢، و الإرشاد ٣٧٤: ١ و غيرها.

ما سبق من الشروط. نعم، لا ينبغي التأمل هنا في اختصاص الحكم بالمبيع (١) الشخصى أو ما فى حكمه كالصاع من الصبره، و قد عرفت هناك (٢) أن التأمل فى الأدله و الفتاوى يشرف (٣) على القطع بالاختصاص أيضاً.

و حكم الهلاك فى اليوم هنا و فيما بعده حكم المبيع هناك فى كونه من البائع فى الحالين. و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا، كما صرح به فى الغنيه حيث جعله قبل الليل من المشتري (٤).

ثم إن المراد بالفساد فى النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقى؛ لأنّ موردهما هو الخُصَر و الفواكه و البقول، و هذه لا تضيع بالمبيت و لا تهلك، بل المراد ما يشمل تغيّر العين نظير التغيّر الحادث فى هذه الأمور بسبب المبيت.

و لو لم يحدث فى البيع إلّا فوات السوق، ففى إلحاقه بتغيّر العين و جهان: من كونه ضرراً، و من إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرراً (٥).

ص: ٢٤٤

١- ١) فى «ش»: «بالبيع».

٢- ٢) راجع الصفحه ٢٢٨.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «الفقيه».

٤- ٤) الغنيه: ٢١٩، ٢٢٠.

٥- ٥) فى «ق»: «لا دفع ضرر»، و شطب عليها فى «ف»، و صحّحت فى «ن» بما أثبتناه.

و المراد به الخيار المسبب عن رؤيه المبيع على خلاف ما اشترطه فيه المتبايعان.

و يدلّ عليه قبل الإجماع المحقّق و المستفيض - حديث نفي الضرر. و استدلّ عليه أيضاً بأخبار:

□

منها: صحيحه جميل بن درّاج قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى ضيعهً و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلمّا أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلّبها ثمّ رجع فاستقال صاحبه، فلم يُقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنّه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعاً ثمّ بقى منها قطعاً لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية» (١). و لا بدّ من حملها على صورهِ يصحّ معها بيع الضيعه، إمّا بوصف القطعه الغير المرئيه، أو بدلاله ما رآه منها على ما لم يره.

□

و قد يستدلّ أيضاً بصحيحه زيد الشحام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم، فقال عليه السلام

ص: ٢٤٥

لا يشتري شيئاً حتى يعلم أين يخرج السهم، فإن اشترى شيئاً فهو بالخيار إذا خرج» (١).

قال في الحدائق (٢): و توضيح معنى هذا الخبر ما رواه في الكافي و التهذيب في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القصباب - و هو مجهول قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري الغنم أو يشتري الغنم جماعة، ثم تُدخَل داراً، ثم يقوم رجلٌ على الباب فيُعِدُّ واحداً و اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم؟ قال: لا- يصلح هذا، إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمه.. الخبر» (٣).

أقول: لم يُعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه؛ لأنَّ المشتري لسهم القصباب إن اشتراه مشاعاً فلا مورد لخيار الرؤية، و إن اشترى سهمه المعين الذي يخرج فهو شراء فردٍ غير معين، و هو باطل، و على الصحح فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع.

و يمكن حمله على شراء عددٍ معين نظير الصاع من الصبره، و يكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم.

ثم إنَّ صحيحه جميل مختصه بالمشتري، و الظاهر الاتفاق على أنَّ هذا الخيار يثبت للبائع أيضاً إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره فتبين كونه زائداً على ما وصف.

ص: ٢٤٦

١- (١) الوسائل ٣٦٢:١٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢- (٢) راجع الحدائق ١٩:٥٧.

٣- (٣) راجع الكافي ٥:٢٢٣، الحديث ٢، و التهذيب ٧:٧٩، الحديث ٣٣٩، و عنهما في الوسائل ١٢:٢٦٥، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث ٨.

و حكى عن بعض (١): أنه يحتمل في صحيحه جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشتري، و حينئذ فيكون الجواب عاماً بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال. و لا يخفى بعده، و أبعد منه دعوى عموم الجواب حينئذ (٢)، و الله العالم.

ص: ٢٤٧

١-١) حكاة المحدث البحراني في الحقائق ١٩:٥٨.

٢-٢) لم ترد «حينئذ» في «ش».

مسأله مورد هذا الخيار بيع العين الشخصيه الغائبه.

و المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع التي يرتفع بها الجهاله الموجبه للغرر؛ إذ لولاها لكان غرراً. و عبّر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه، كما في الوسيله (1) و جامع المقاصد (2) و غيرهما (3). و آخر بما يعتبر في صحته السلم (4). و آخرون كالشيخين (5) و الحلّي (6) -اقتصروا على اعتبار ذكر الصفه.

و الظاهر أنّ مرجع الجميع واحد، و لذا ادّعى الإجماع على كلّ

ص: ٢٤٨

-
- ١- (١) الوسيله: ٢٤٠.
 - ٢- (٢) جامع المقاصد ٣٠١: ٤.
 - ٣- (٣) مثل المسالك ٣: ٢١٩، و مجمع الفائده ٨: ٤١٠، و الحدائق ١٩: ٥٨.
 - ٤- (٤) كما في التذکره ١: ٤٦٧ و ٥٢٤، و النهايه ٢: ٤٩٩، و ٥٠٠، و مفتاح الكرامه ٤: ٢٩٠، ٢٩١.
 - ٥- (٥) راجع المقنعه: ٥٩٤ و ٦٠٩، و المبسوط ٢: ٧٦.
 - ٦- (٦) السرائر ٢: ٢٤١.

واحدٍ منها.

ففى موضع من التذكرة: يشترط فى بيع خيار الرؤيه وصف المبيع وصفاً يكفى فى السلم عندنا. و عنه فى موضع آخر من التذكرة: أن شرط صحه بيع الغائبه وصفها بما يرفع الجهاله عند علمائنا أجمع، و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس. ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز، و ذلك بذكر جميع الصفات التى يختلف الأثمان باختلافها و يتطرق الجهاله بترك بعضها (١)، انتهى.

و فى جامع المقاصد: ضابط ذلك أن كل وصفٍ تتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه و تتفاوت به قيمه تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح به يجب ذكره، فلا بد من استقصاء أوصاف السلم، انتهى (٢).

و ربما يترأى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه و كفايه ذكر أوصاف السلم من جهه أنه قد يتسامح فى السلم [فى (٣)] ذكر بعض الأوصاف، لإفضائه إلى عزه الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق.

و هذا المانع مفقودٌ فيما نحن فيه.

قال فى التذكرة فى باب السلم: لا- يشترط وصف كل عضوٍ من الحيوان بأوصافه المقصوده و إن تفاوت به الغرض و القيمه؛ لإفضائه إلى عزه الوجود (٤)، انتهى.

ص: ٢٤٩

١-١) راجع التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٢٣.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٠١.

٣-٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤) التذكرة ١:٥٥٢.

وقال في السلم في الأحجار المتخذة للبناء: إنه يذكر نوعها و لونها و يصف عظمها، فيقول: ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على سبيل التقريب دون التحقيق، لتعذر التحقيق (١).

ويمكن أن يقال: إن المراد ما يعتبر في السلم في حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة في بعض أفراد السلم، وإن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك: أن الاستقصاء في الأوصاف شرط في السلم غير مقيّد بحال التمكن، فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه، و تمام الكلام في محلّه.

ثم إن الأوصاف التي يختلف الثمن من أجلها غير محصوره، خصوصاً في العبيد و الإماماء؛ فإن مراتبهم الكماله التي تختلف بها أثمانهم غير محصوره جداً، و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول، بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم؛ لانتفاء الغرر عرفاً بذلك، مع أننا علمنا أن الغرر العرفي أخص من الشرعي.

و كيف كان، فالمسألة لا تخلو عن إشكالٍ و أشكالٍ من ذلك أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققه في بيع العين الحاضره، و على هذا فيجب أن يعتبر في الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعبره في العين الغائبه ممّا يختلف الثمن باختلافه.

قال في التذكرة: يشترط رؤيه ما هو مقصودٌ بالبيع كداخل

ص: ٢٥٠

الثوب، فلو باع ثوباً مطويّاً أو عيناً حاضرةً لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب، يبطل إن لم يوصف وصفاً يرفع الجهالة (١)، انتهى.

و حاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهده على ما يعتبر فى صحّحه السلم و بيع الغائب. و من المعلوم من السيره عدم اعتبار الاطلاع بالرؤيه على جميع الصفات المعتبره فى السلم و بيع العين الغائبه، فإنّه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهده على سنّ الجاربه، بل و لا على نوعها و لا غيرها من الأمور التى لا يعرفها إلّا أهل المعرفة بها، فضلاً عن مرتبه كمالها الإنسانى المطلوبه فى الجوارى المبذول بإزائها الأموال، و يبعد كلّ البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك فى المشاهده، بل يلزم من ذلك عدم صحّحه شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعه إلى نوعه أو صنفه أو شخصه، بل هو بالنسبه إلى الأوصاف التى اعتبروها كالأعمى، لا بدّ من مراجعته لبصيرٍ عارفٍ بها.

و لا أجد فى المسأله أو ثق من أن يقال: إنّ المعتبر هو الغرر العرفى فى العين الحاضره و الغائبه الموصوفه، فإنّ دلّ على اعتبار أزيد من ذلك حجّة معتبره أخذ به.

و ليس فيما ادّعاه العلّامه فى التذكره من الإجماع حجّة، مع استناده فى ذلك إلى كونه غرراً عرفاً، حيث قال فى أوّل مسأله اشتراط العلم بالعوضين: أنّه أجمع علماؤنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما الذى ملك بإزاء ما بذل فينتفى الغرر، فلا يصحّ بيع العين الغائبه ما لم يتقدّم

ص: ٢٥١

رؤيته أو يوصف وصفاً يرفع الجهالة (١)، انتهى.

ولا ريب أنّ المراد بمعرفه ما ملك معرفته على وجهٍ وسطٍ بين طرفي الإجمال والتفصيل.

ثمّ إنّهُ يمكن الاستشكال في صحّهُ هذا العقد بأنّ ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غرراً؛ لأنّ الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع، فإذا أخذت فيه مقيّداً بها صار مشكوك الوجود؛ لأنّ العبد المتّصف بتلك الصفات مثلاً لا يعلم وجوده في الخارج و الغرر فيه أعظم.

و يمكن أن يقال: إنّ أخذ الأوصاف في معنى الاشتراط لا التقييد، فيبيع العبد مثلاً ملتزماً بكونه كذا و كذا، و لا غرر فيه حينئذٍ عرفاً. وقد صرح في النهاية و المسالك في مسأله ما لو رأى المبيع ثمّ تغير عمّا رآه: - أنّ الرّويه بمنزله الاشتراط (٢). و لازمه كون الوصف القائم مقام الرّويه اشتراطاً (٣).

و يمكن أن يقال بناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره في إخباره بأنّ الصفات المذكوره، كما يجوز الاعتماد عليه في الكيل و الوزن؛ و لذا ذكروا أنّه يجوز مع جهل المتبايعين بصفه العين الغائبه المبايعه بوصفٍ ثالثٍ لهما (٤).

ص: ٢٥٢

١- (١) التذكرة ٤٦٧: ١.

٢- (٢) نهاية الأحكام ٥٠١: ٢.

٣- (٣) المسالك ١٧٨: ٣.

٤- (٤) كما في الشرائع ٢٥: ٢، و القواعد ٢٦: ٢، و الدروس ٢٧٦: ٣، و الروضه ٣: ٤٦٢.

و كيف كان، فلا غرر عرفاً في بيع العين الغائبه مع اعتبار الصفات الرافعه للجهااله، و لا دليل شرعاً أيضاً على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات، فيتعين الحكم بجوازه؛ مضافاً إلى الإجماع عليه ممن عدا بعض العامه (١).

ثم إن الخيار بين الردّ و الإمساك مجاناً هو المشهور بين الأصحاب.

و صريح السرائر: تخييره بين الردّ و الإمساك بالأرث و أنه لا يجبر على أحدهما (٢). و يضعف بأنه لا دليل على الأرث.

نعم لو كان للوصف المفقود دخل في الصحه توجه أخذ الأرث، لكن بخيار العيب، لا خيار رؤيه المبيع على خلاف ما وصفه؛ إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضاً. و سيجيء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعه إلى وصف الصحه.

و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعه و النهايه و المراسم (٣):

من بطلان البيع إذا وجد على خلاف ما وصف. لكن الموجود في المقنعه و النهايه أنه: «إن لم يكن على الوصف كان البيع مردوداً» و لا- يبعد كون المراد بالمردود القابل للردّ، لا الباطل فعلاً. و قد عبّر في النهايه عن خيار الغبن بذلك فقال: و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعاً بأكثر

ص: ٢٥٣

١- ١) حكاه في التذكره ١:٤٦٧ عن أحمد و الشافعي في أحد الوجهين، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٨٦.

٢- ٢) السرائر ٢:٢٤٢.

٣- ٣) نسب إليها صريحاً في مفتاح الكرامه ٤:٥٨٦، و الجواهر ٢٣:٩٤. أنظر المقنعه: ٥٩٤، و النهايه: ٣٩١، و المراسم: ١٨٠.

مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة، فإن لم يكن كذلك كان البيع مردوداً (١).

و على تقدير وجود القول بالبطلان، فلا يخفى ضعفه؛ لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحاً، عدا ما فى مجمع البرهان، و
حاصله:

وقوع العقد على شىء مغاير للموجود، فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه (٢).

و يضعف: بأن محلّ الكلام فى تخلف الأوصاف التى لا- توجب مغايره الموصوف للموجود عرفاً، بأن يقال: إن المبيع فاقد
للأوصاف المأخوذه فيه، لا- أنه مغاير للموجود. نعم، لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل فى حقيقه المبيع عرفاً، فالظاهر عدم
الخلاف فى البطلان و لو أخذ فى عباره العقد على وجه الاشتراط كأن يقول: بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان حماراً
وحشياً.

إلما أن يقال: إن الموجود و إن لم يعد مغايراً للمعقود عليه عرفاً، إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف فى معنى كون القصد إلى بيعه
بانياً على تلك الأوصاف، فإذا فُقد ما بُنى عليه العقد، فالمقصود غير حاصل، فينبغى بطلان البيع؛ و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد
العقد بفساد شرطه (٣)، فإن قصد الشرط إن كان مؤثراً فى المعقود عليه

ص: ٢٥٤

١-١) النهاية: ٣٩١.

٢-٢) مجمع الفائدة ١٨٣: ٨.

٣-٣) منهم: العلامه فى القواعد ٩٣: ٢، و الشهيد فى الدروس ٢١٤: ٣، ٢١٥، و الشهيد الثانى فى المسالك ٢٧٣: ٣، و راجع تفصيل
القائلين بالبطلان فى مفتاح الكرامه ٧٣٢: ٤.

فالواجب كون تخلفه موجباً لبطلان العقد، وإلا لم يوجب فساده فساد العقد، بل غاية الأمر ثبوت الخيار.

□
و من هنا يظهر: أنّ دفع ما ذكر (١) في وجه البطلان-الذى جعله المحقق الأردبيلي موافقاً للقاعده (٢)، واحتمله العلامة رحمه الله في النهايه (٣) فيما إذا ظهر ما رآه سابقاً على خلاف ما رآه، بأنّه اشتباه ناشئ عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين في (٤) الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى، و أنّ أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشاره و الوصف و الإشاره أقوى مجازفةً لا محصل لها.

و أمّا كون الإشاره أقوى من الوصف عند التعارض، فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتباراً بالوصف، فينبغى لزوم العقد و إثبات الخيار من جهه كونه وصفاً لشخص لا مشخصاً لكلّي حتى يتقوم به، و كونه عرضياً لا ذاتياً إعادةً للكلام السابق.

و يمكن أن يقال: إنّ الاستفادة من النصوص و الإجماعات فى الموارد

ص: ٢٥٥

١ - ١) قال الشهيدى: «و أمّا الدافع، ففى بعض الحواشى: أنّه صاحب الجواهر، و الظاهر أنّه اشتباه من المحشى؛ لأنّ الموجود فيه خالٍ عن قوله: "و إنّ أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشاره و الوصف" - إلى أن قال: - و الظاهر أنّ الدافع هو الشيخ على آل كاشف الغطاء قدّس سرّه فى محكّي تعليقه على خيارات اللمعه، فإنّه عين عبارته المحكيه عنه، هدايه الطالب: ٤٩٤، و راجع الجواهر ٢٣: ٩٤ أيضاً.

٢ - ٢) مجمع الفائدة ٨: ١٨٣.

٣ - ٣) نهايه الأحكام ١: ٥٠١.

٤ - ٤) فى ظاهر «ق» بدل «فى»: «من».

المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفه المقصوده الغير المقومه للمبيع، سواء علم القصد إليها من الخارج أم اشترطت في العقد، كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلّا إلى الصحيح، ومنه المصراه.

و كالحكم في النصّ و الفتوى بتبعض (١) الصفقه إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك، فتأمل (٢).

نعم هنا إشكالٌ آخر من جهة تشخيص الوصف الداخِل في الحقيقة عرفاً الموجب ظهور خلافه لبطلان البيع، و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار، فإنّ الظاهر دخول المذكوره و الأنوثة في المماليك في حقيقة المبيع لا في مثل الغنم، و كذا الرومي و الزنجي حقيقتان عرفاً، و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف، كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنّه من الغنم فبان من الجاموس، و كذا لو باعه حلّ الزبيب فبان من التمر. و يمكن إحاله اتحاد الجنس و مغايرته على العرف و إن خالف ضابطه التغاير المذكوره في باب الربا، فتأمل.

ص: ٢٥٦

١- ١) في «ش»: «بتبعيض».

٢- ٢) في «ش» زياده: «و سيجيء بعض الكلام في مسأله الشرط الفاسد إن شاء الله» و راجع تفصيل المسأله في الجزء الثالث من المكاسب: ٥١٣ و ٥٣١.

مسأله الأكثر على أن الخيار عند الرؤيه فورى،

بل نسب إلى ظاهر الأصحاب (١)، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد، حيث جعله ممتداً بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤيه (٢)، و احتمله فى نهايه الأحكام (٣).

و لم أجد لهم دليلاً صالحاً على ذلك، إلا وجوب الاقتصار فى مخالفه لزوم العقد على المتيقن، و يبقى على القائلين بالتراخى فى مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين، مع أن صحيحه جميل المتقدمه فى صدر المسأله (٤) مطلقه يمكن التمسك بعدم بيان مدّه الخيار فيها على عدم الفوريه و إن كان خلاف التحقيق، كما تبهنا عليه فى بعض الخيارات المستنده إلى النصّ.

و قد بينا سابقاً (٥) ضعف التمسك بالاستصحاب فى إثبات التراخى و إن استندوا إليه فى بعض الخيارات السابقه.

ص: ٢٥٧

-
- ١-١) نسبه فى الحدائق ١٩:٥٩ إلى ظاهر كلام أكثر الأصحاب، و لم نعثر على غيره.
 - ٢-٢) التذكرة ١:٤٦٧.
 - ٣-٣) نهايه الأحكام ٢:٥٠٨.
 - ٤-٤) تقدّمت فى الصفحه ٢٤٥.
 - ٥-٥) بينه فى خيار الغبن، راجع الصفحه ٢٠٩ ٢١٢.

مسأله يسقط هذا الخيار بترك المبادره عرفاً

على الوجه المتقدم في خيار الغبن (١)، و بإسقاطه بعد الرؤيه، و بالتصرف بعدها، و لو تصرف قبلها ففي سقوط الخيار وجوه، ثالثها: ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولاً قبل الرؤيه، بناءً على أنّ التصرف إسقاطاً فعلياً.

و في جواز إسقاطه قبل الرؤيه وجهان مبيّتان على أنّ الرؤيه سبب أو كاشف.

قال في التذكرة: لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤيه لم يلزم؛ لتعلق الخيار بالرؤيه (٢)، انتهى. و حكى ذلك عن غيرها أيضاً (٣).

و ظاهره: أنّ الخيار يحدث بالرؤيه، لا أنّه يظهر بها، و لو جعلت الرؤيه شرطاً لا سبباً أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقّق السبب و هو

ص: ٢٥٨

١-١) راجع الصفحة ٢١٣ و ما بعدها.

٢-٢) التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٣٣.

٣-٣) حكاة السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٥٨٦ بلفظ «و في التذكرة و غيرها» و لكن لم نعثر على غير التذكرة.

العقد. ولا يخلو عن قوّه.

و لو شرط سقوط هذا الخيار، ففي فسادهِ وإفساده للعقد، كما عن العلامه (١) و جماعه (٢)، أو عدمهما، كما عن النهايه (٣) و بعض (٤)، أو الفساد دون الإفساد (٥)، وجوه، بل أقوال:

من كونه موجِباً لكون العقد غرراً، كما في جامع المقاصد: من أنّ الوصف قام مقام الرؤيه، فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئياً و لا موصوف (٦).

و من أنّ دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتّى يثبت بارتفاعه، فإنّ الخيار حكم شرعيّ لو أثر في دفع الغرر جاز بيع كلّ مجهول متزلزلاً، و العلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفه، فإنّ الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبه على أيّ صفه كانت، و لو كان الالتزام المذكور مؤدياً إلى الغرر لكان اشتراط البراءه من العيوب أيضاً مؤدياً إليه؛ لأنّه بمنزله بيع الشيء

ص: ٢٥٩

١-١) راجع التذكره ١:٤٦٧.

٢-٢) كالشهيد في الدروس ٣:٢٧٦، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤:٣٠٣، و المحقّق النراقي في المستند ١٤:٤٠٨، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٩٢.

٣-٣) نهايه الأحكام ٢:٥٠٧.

٤-٤) و هو المحدّث الكاشاني في المفاتيح ٣:٧٢.

٥-٥) لم نعر على القائل به في هذا المبحث، نعم قال به جماعه في مبحث الشرط الفاسد، منهم الفاضل الآبي في كشف الرموز ١:٤٧٤، بعد نقله عن الشيخ في المبسوط، راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٣٢.

٦-٦) جامع المقاصد ٤:٣٠٣.

صحيحاً أو معيباً بأي عيب كان، ولا شك أنه غرر، وإنما جاز بيع الشيء غير مشروط بالصحة اعتماداً على أصله الصحة، لا من جهة عدم اشتراط ملاحظه الصحة و العيب في المبيع؛ لأنّ تخالف أفراد الصحيح و المعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح، و اقتصارهم في بيان الأوصاف المعتبره في بيع العين الغائبه على ما عدا الصفات الراجعه إلى العيب إنّما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصله الصحة، لا لجواز إهمالها عند البيع.

فحينئذٍ، فإذا شرط البراءة من العيوب، كان ذلك راجعاً إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها، فيلزم الغرر، خصوصاً على ما حكاه في الدروس عن ظاهر الشيخ و أتباعه (١): من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا- قيمه لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين كذلك، حيث إنّ مرجعه على ما ذكره هنا في اشتراط سقوط خيار الرؤية- إلى اشتراط عدم الاعتداد بماليه المبيع؛ و لذا اعترض عليهم الشهيد و أتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط (٢).

لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمه؛ لأنّ مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحاً أو معيباً بأي عيب، و الغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفاً بأي وصف كان.

ص: ٢٦٠

١- (١) الدروس ٣: ١٩٨، و راجع المبسوط ٢: ١٣٨، و الوسيله: ٢٤٧ و ٢٥٥، و إصباح الشيعه: ٢٢٤، و المهذب ١: ٣٩٢.

٢- (٢) راجع المبسوط ٣: ١٩٨.

ثم إنه قد يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر في البيع حتى يلزم فساد البيع و لو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد، بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق، بناءً على ما عرفت: من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية، فلا يجوز إسقاطه قبلها، فاشتراط الإسقاط لغو، وفساده من هذه الجهة لا يؤثر في فساد العقد، فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمه.

لكن الإنصاف: ضعف وجه هذا القول.

و أقوى الأقوال أولها؛ لأن دفع الغرر عن هذه المعامله و إن لم يكن لثبوت (1) الخيار، لأن الخيار حكم شرعي لا دخل له في الغرر العرفي المتحقق في البيع، إلا أنه لأجل سبب الخيار، و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدي بوجود هذه الصفات، لأنها إما شروط للبيع و إما قيود للمبيع كما تقدم سابقاً و اشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقدير وجود تلك الصفات و عدمها، و التنافي بين الأمرين واضح.

و أما قياس هذا الاشتراط باشتراط البراءه، فيدفعه الفرق بينهما:

بأن نفي العيوب ليس مأخوذاً في البيع على وجه الاشتراط أو التقييد، و إنما اعتمد المشتري فيهما على أصاله الصحه، لا على تعهد البائع لانقائها حتى ينافي ذلك اشتراط براءه البائع عن عهده انتفائها، بخلاف الصفات فيما نحن فيه، فإن البائع يتعهد لوجودها في المبيع و المشتري يعتمد على هذا التعهد، فاشتراط البائع على المشتري عدم تعهد لها

ص: ٢٤١

(١ - ١) في ظاهر «ق» أو محتمله: «بثبوت».

و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاه لذلك.

نعم، لو شاهدته المشتري و اشتراه معتمداً على أصاله بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقد عليه و عدم الفسخ لو ظهرت المخالفه، كان نظير اشتراط البراءه من العيوب. كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشتري فاشترط عدم الخيار لو ظهر النقص، كان مثل ما نحن فيه، كما يظهر من التحرير في بعض فروع الإخبار بالكيل (١).

و الضابط في ذلك: أن كل وصف تعهده البائع و كان رفع الغرر بذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده، و كل وصف اعتمد المشتري في رفع الغرر على أماره أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده، كالأصل أو غلبه مساواه باطن الصبره لظاهرها أو نحو ذلك.

و مما ذكرنا ظهر وجه فرق الشهيد (٢) و غيره (٣) في المنع و الجواز بين اشتراط البراءه من الصفات المأخوذه في بيع العين الغائبه و بين اشتراط البراءه من العيوب في العين المشكوك في صحته و فساده (٤).

و ظهر أيضاً أنه لو تيقن المشتري بوجود الصفات المذكوره في العقد في المبيع، فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها؛

ص: ٢٤٢

١-١) راجع التحرير ١:١٧٧.

٢-٢) راجع الدروس ٣:١٩٨ و ٢٧٦، حيث حكم ببطلان العقد لو تبرأ البائع أو شرط رفع الخيار في خيار الرؤيه، و الصفحه ٢٨٢ حيث حكم بأن من مسقطات خيار العيب التبري من العيب.

٣-٣) راجع مفتاح الكرامه ٤:٢٩٢ و ٦٢٤.

٤-٤) كذا في النسخ، و المناسب: «صحتها و فسادها».

لأنّ دفع (١) الغرر ليس بالتزام تلك الصفات، بل لعلمه بها، وكذا لو اطمأنّ بوجودها و لم يتيقن. والضابط كون اندفاع الغرر باشتراط الصفات و تعهدها من البائع و عدمه (٢).

و ظهر أيضاً ضعف ما يقال: من أنّ الأقوى في محلّ الكلام الصحّة، لصدق تعلّق البيع بمعلوم غير مجهول، و لو أنّ الغرر ثابتٌ في البيع نفسه لم يُجد في الصحّة ثبوت الخيار، و إلّا لصحّ ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار، و هو معلوم العدم. و إقدامه (٣) بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه (٤)، انتهى.

توضيح الضعف: أنّ المجدى في الصحّة ما هو سبب الخيار، و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار. و أمّا كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصة في البيع الغررى. و المسألة موضع إشكال.

ص: ٢٦٣

١- ١) في «ش»: «رفع».

٢- ٢) في «ش» زياده: «هذا مع إمكان التزام فساد اشتراط عدم الخيار، على تقدير فقد الصفات المعتر علمها في البيع، خرج اشتراط التبرّي من العيوب بالنصّ و الإجماع، لأنّ قاعده «نفى الغرر» قابله للتخصيص، كما أشرنا إليه سابقاً».

٣- ٣) في «ش» و المصدر زياده: «على الرضا».

٤- ٤) الجواهر ٩٦: ٢٣.

مسأله لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين؛

لأنّ العقد إنّما وقع على الشخصى، فتملك غيره يحتاج إلى معاوضه جديده.

و لو شرط فى متن العقد الإبدال لو ظهر على خلاف الوصف، ففي الدروس: أنّ الأقرب الفساد (1). و لعلّه لأنّ البذل المستحقّ عليه بمقتضى الشرط:

إن كان بإزاء الثمن فمرجه إلى معاوضه جديده على تقدير ظهور المخالفه، بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفه، و ينعقد بيع آخر، فيحصل بالشرط انفساخ عقده و انعقاد عقده آخر، كلّ منهما معلق على ظهور المخالفه، و من المعلوم عدم نهوض الشرط لإثبات ذلك.

و إن كان بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف، فمرجه أيضاً إلى انعقاد معاوضه تعليقيه غرريه؛ لأنّ المفروض جهاله المبدل.

و على أىّ تقدير، فالظاهر عدم مشروعيه الشرط المذكور، فيفسد و يفسد العقد.

ص: ٢٦٤

و بذلك ظهر ضعف ما فى الحدائق: من الاعتراض على الشهيد قدس سرّه، حيث قال بعد نقل عباره الدروس و حكمه بالفساد ما لفظه:

إنّ ظاهر كلامه أنّ الحكم بالفساد أعمّ من أن يظهر على الوصف أو لا.

و فيه: أنّه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط، و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم ظهور (1) الوصف لا يصلح سبباً للفساد؛ لعموم الأخبار المتقدمه. نعم، لو ظهر مخالفاً فإنّه يكون فاسداً من حيث المخالفه، و لا يجبره هذا الشرط، لإطلاق الأخبار فى الخيار.

و الأظهر رجوع الحكم بالفساد فى عباره إلى الشرط المذكور حيث لا- تأثير له مع الظهور و عدمه. و بالجمله، فإنّنى لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصوره المذكوره على الإطلاق وجهاً يحمل عليه (2)، انتهى (3).

ص: ٢٦٥

١- ١) فى «ش»: «عدم الظهور على الوصف».

٢- ٢) الحدائق ١٩: ٥٩.

٣- ٣) فى «ق» بعد كلمات شطب عليها زياده: «و لا يخفى ضعفه».

مسأله الظاهر ثبوت خيار الرؤبه في كل عقد واقع على عين شخصيه موصوفه كالصلح و الإجاره؛

لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفه، فإما أن يحكم ببطلان العقد؛ لما تقدم (1) عن الأردبيلي في بطلان بيع العين الغائبه. و إما أن يحكم بلزومه من دون خيار.

و الأول مخالف لطريقه الفقهاء في تخلف الأوصاف المشروطه في المعقود عليه.

و الثاني فاسد من جهه أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقض، و معلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقد له للصفات المشترطه فيها ليس نقضاً للعقد، بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاءً و عملاً بالعقد حتى يجوز، بل هو تصرف لم يدل عليه العقد، فيبطل.

و الحاصل: أن الأمر في ذلك دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار، و الأول منافٍ لطريقه الأصحاب في غير باب، فتعين الثاني.

ص: ٢٦٦

١-١) تقدم في الصفحه ٢٥٤.

مسأله لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته

مسأله لو اختلفا، فقال البائع: لم يختلف صفته (1)، وقال المشتري: قد اختلفت،

ففى التذكرة: قُدم قول المشتري؛ لأصله براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه ما لم يقرّ به أو يثبت بالبينه (2). و ردّه فى المختلف فى نظير المسأله بأنّ إقراره بالشراء إقراراً بالاشتغال بالثمن (3). و يمكن أن يكون مراده ببراءه الذمه عدم وجوب تسليمه إلى البائع؛ بناءً على ما ذكره فى أحكام الخيار من التذكرة: من عدم وجوب تسليم الثمن و لا المثلن فى مدّه الخيار و إن تسلّم الآخر (4).

و كيف كان، فيمكن أن يחדش بأنّ المشتري قد أقرّ باشتغال ذمته بالثمن سواءً اختلف صفه المبيع أم لم يختلف، غايه الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أنّ البائع التزم على نفسه اتّصاف البيع (5) بأوصافٍ

ص: ٢٦٧

١- ١) فى «ش»: «صفه».

٢- ٢) التذكرة ٤٦٧: ١.

٣- ٣) المختلف ٢٩٧: ٥.

٤- ٤) التذكرة ٥٣٧: ١.

٥- ٥) كذا فى النسخ، و الظاهر: «المبيع».

مفقوده، كما لو اختلفا في اشتراط كون العبد كاتباً، وحيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه، فيبقى الاشتغال لازماً غير قابل للإزالة بفسخ العقد.

هذا، ويمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات في المبيع وإن كان في معنى الاشتراط، إلا أنه بعنوان التقييد، فمرجع الاختلاف إلى الشك في تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقوده، أو تعلقه بعينٍ لوحظ فيها الصفات الموجوده أو ما يعمها (1)، وال لزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثاني، والأصل عدمه.

و منه يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين الاختلاف في اشتراط كتابه العبد، وقد تقدم توضيح ذلك و بيان ما قيل أو يمكن أن يقال في هذا المجال في مسأله ما إذا اختلفا في تغيير (2) ما شاهدها قبل البيع.

ص: ٢٦٨

١-١) في ظاهر «ق»: «يعمهما».

٢-٢) في «ش»: «تغيير».

مسأله لو نسج بعض الثوب، فاشتره على أن ينسج الباقي كالأول بطل،

كما عن المبسوط (١) والقاضى (٢) و ابن سعيد (٣) قدس سرهما و العلامه فى كتبه (٤) و جامع المقاصد (٥). و استدلل عليه فى التذكره و جامع المقاصد: بأن بعضه عين حاضره و بعضه فى الذمه مجهول.

و عن المختلف: صحته (٦). و لا يحضرنى الآن حتى أتأمل فى دليله، و الذى ذكر للمنع لا ينهض مانعاً.

فالذى يقوى فى النظر: أنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه، و كذا إذا ضم

ص: ٢٦٩

١-١) المبسوط ٢:٧٧.

٢-٢) المهذب ١:٣٥٢.

٣-٣) الجامع للشرائع: ٢٥٦ ٢٥٧.

٤-٤) القواعد ٢:٦٨، و التحرير ١:١٦٧، و التذكره ١:٥٢٤.

٥-٥) جامع المقاصد ٢:٣٠٢.

٦-٦) المختلف ٥:٧٣.

معه مقداراً معيناً كلياً من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك؛ إذ لا- مانع من ضم الكلي إلى الشخصي، وإليه ينظر بعض كلمات المختلف في هذا المقام، حيث جعل اشتراط نسج الباقي كاشتراط الخياطه و الصنع. وكذا إذا باعه أذرعاً معلومه منسوجه مع هذا المنسوج بهذا المنوال.

و لو لم ينسجه في صورتين الأوليين على ذلك المنوال ثبت الخيار، لتخلف الشرط. و لو لم ينسجه كذلك في الصورة الأخيره لم يلزم القبول، وبقى على مال البائع، و كان للمشتري الخيار في المنسوج؛ لتبعض الصنفه عليه، والله العالم.

السابغ (١) فى خيار العيب

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبيئاً على سلامه العين من العيب، و إنما تُترك اشتراطه صريحاً اعتماداً على أصله السلامه، و إلا لم يصحّ العقد من جهه الجهل بصفه العين الغائبه، و هى صحتها التى هى من أهمّ ما يتعلّق به الأغراض.

و لذا اتفقوا فى بيع العين الغائبه على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها، و لم يذكروا اشتراط صفه الصّحه، فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل، فإنّ من يشتري عبداً لا يعلم أنّه صحيح سوى أم فالسجّ مُقعد، لا يعتمد فى صّحته إلا على أصله السلامه، كما يعتمد من شاهد المبيع سابقاً على بقائه على ما شاهده، فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات فى العقد، و كما يعتمد على إخبار البائع بالوزن.

قال فى التذكرة: الأصل فى المبيع من الأعيان و الأشخاص السلامه من العيوب و الصّحه، فإذا أقدم المشتري على بذل ماله فى

ص: ٢٧١

مقابله تلك العين، فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصاله السلامه (١)، انتهى.

وقال في موضع آخر: إطلاق العقد و اشتراط السلامه يقتضيان السلامه على ما مر: من أنّ القضاء العرفي يقتضى (٢) أنّ المشتري إنّما بذل ماله بناءً على أصاله السلامه، فكأنها مشروطه في نفس العقد (٣)، انتهى.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه:

أولاً: منع الانصراف؛ و لذا لا يجرى في الأيمان و النذور.

و ثانياً: عدم جريانه فيما نحن فيه؛ لعدم كون المبيع مطلقاً، بل هو جزئى حقيقى خارجى.

و ثالثاً: بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب، فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتّى يثبت التخيير بينهما.

و دفع جميع هذا: بأن وصف الصحه قد أخذ شرطاً في العين الخارجيه نظير معرفه الكتابه أو غيرها من الصفات المشروطه في العين الخارجيه، و إنّما استغنى عن ذكر وصف الصحه لاعتماد المشتري في وجودها على الأصل، كالعين المرئيه سابقاً حيث يعتمد في وجود أصلها و صفاتها على الأصل.

ص: ٢٧٢

١- (١) التذكرة ٥٢٤: ١.

٢- (٢) في «ق»: «أن يقتضى».

٣- (٣) التذكرة ٥٣٨: ١.

و لقد أجاد في الكفايه حيث قال: إنَّ المعروف بين الأصحاب أنَّ إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامه (١).

و لو باع كلياً حالاً- أو سَلِمَ كان الانصراف [إلى الصحيح (٢)] من جهه ظاهر الإقدام أيضاً (٣). و يحتمل [كونه (٤)] من جهه الإطلاق المنصرف إلى الصحيح فى مقام الاشتراء، و إن لم ينصرف إليه فى غير هذا المقام (٥).

ثمَّ إنَّ المصرَّح به فى كلمات جماعه (٤): أنَّ اشتراط الصحه فى متن العقد يفيد التأكيد؛ لأنَّه تصریح بما يكون الإطلاق منزلاً عليه، و إنَّما ترك لاعتماد المشتري على أصله السلامه، فلا- يحصل من أجل هذا الاشتراط خياراً آخر غير خيار العيب، كما لو اشترط كون الصبره كذا و كذا صاعاً، فإنَّه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على إخبار البائع بالكيل، أو اشترط بقاء الشئ على الصفه السابقه المرثيه فإنَّه فى حكم ما لو ترك ذلك اعتماداً على أصله بقائها.

ص: ٢٧٣

١- ١) كفايه الأحكام: ٩٣، و لكن فيه: «لا أعرف خلافاً بينهم فى أنَّ إطلاق...».

٢- ٢) لم يرد فى «ق».

٣- ٣) فى «ق» زياده كلمه غير مقرّوه، و لعلها «لا الإطلاق».

٤- ٤) لم يرد فى «ق».

٥- ٥) فى «ش» زياده: «فتأمل».

٦- ٦) منهم: الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٨٢، و المحدّث البحرانى فى الحقائق ١٩: ٧٩، و فى الجواهر ٢٣: ٢٣٥ بعد نسبته إلى صريح جماعه قال: «بل لم أجد قائلاً بغيره».

و بالجمله، فالخيار خيار العيب اشترط الصحه أم لم يشترط.

و يؤيده ما ورد من روايه يونس «فى رجل اشترى جاريه على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء؟ قال: يرّد عليه فضل قيمه» (1) فإنّ اقتصاره عليه السلام على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الرّد يدلّ على أنّ الخيار خيار العيب، و لو كان هنا خيار تخلف الاشرط لم يسقط الرّد بالتصرّف فى الجاربه بالوطء أو مقدّماته. و منه يظهر ضعف ما حكاه فى المسالك:

من ثبوت خيار الاشرط هنا، فلا يسقط الرّد بالتصرّف (2).

و دعوى: عدم دلالة الروايه على التصرّف أو عدم دلالة على اشترط البكاره فى متن العقد، ممنوعه (3).

ص: ٢٧٤

١-١) الوسائل ١٢:٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل.

٢-٢) المسالك ٣:٢٨٢.

٣-٣) فى «ش» بدل «ممنوعه»: «كما ترى».

مسأله ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش بلا خلاف،

و يدلّ على الردّ الأخبار المستفيضة الآتية (١).

و أمّا الأرش فلم يوجد في الأخبار ما يدلّ على التخيير بينه و بين الردّ، بل ما دلّ على الأرش يختصّ بصوره التصرف المانع من الردّ (٢)، فيجوز أن يكون الأرش في هذه الصوره لتدارك ضرر المشتري، لا لتعيين أحد طرفي التخيير بتعدّد الآخر.

نعم، في الفقه الرضوي: «فإن خرج السلعه معيباً (٣) و علم المشتري، فالخيار إليه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمه أرش العيب» (٤)، و ظاهره كما في الحدائق (٥) التخيير بين الردّ و أخذه بتمام

ص: ٢٧٥

١- ١) انظر الصفحه ٢٨٠ و ٢٩٣ و ما بعدها.

٢- ٢) راجع الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، و الصفحه ٤١٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٣- ٣) كذا، و المناسب: «معيبه»، و في المصدر: «فإن خرج في السلعه عيب».

٤- ٤) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٥٣.

٥- ٥) الحدائق ١٩:٦٤.

الثلث و أخذ الأرش. و يحتمل زياده الهمزه فى لفظه «أو» و يكون «واو» العطف، فيدلّ على التخيير بين الردّ و الأرش.

و قد يتكلّف لاستنباط هذا الحكم من سائر الأخبار، و هو صعبٌ جدّاً. و أصعب منه جعله مقتضى القاعدة، بناءً على أنّ الصّحّه و إن كانت وصفاً، فهى بمنزله الجزء، فيتدارك فائته باسترداد ما قابله من الثمن، و يكون الخيار حينئذٍ لتبعض الصّفقه.

و فيه: منع المنزله عرفاً و لا (١) شرعاً، و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبه، بل لا يستحقّ المطالبه بعين ما قابله على ما صرّح به العلّامه (٢) و غيره (٣). ثمّ منع كون الجزء الفسائت يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده فى المبيع الشخصى على وجه الشرطيّه، كما فى بيع الأرض على أنّها جربانٌ معيّنه، و ما نحن فيه من هذا القبيل.

و بالجمله، فالظاهر عدم الخلاف فى المسأله بل الإجماع على التخيير بين الردّ و الأرش. نعم، يظهر من الشيخ فى غير موضع من المبسوط: أنّ أخذ الأرش مشروطٌ باليأس عن الردّ (٤)، لكنّه -مع مخالفته لظاهر كلامه فى النهايه (٥) و بعض مواضع المبسوط (٦) - ينافيه

ص: ٢٧٦

١- ١) كذا فى النسخ، و الأولى حذف «لا».

٢- ٢) التذكره ٥٢٨: ١.

٣- ٣) كصاحب الجواهر فى الجواهر ٢٩٤: ٢٣.

٤- ٤) راجع المبسوط ١٣١: ٢ ١٣٢.

٥- ٥) راجع النهايه: ٣٩٣.

٦- ٦) راجع المبسوط ١٢٦: ٢ ١٤٠.

إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش (١)، فافهم.

ثم إن في كون ظهور العيب مثبتاً للخيار أو كاشفاً عنه ما تقدّم في خيار الغبن. وقد عرفت أنّ الأظهر ثبوت الخيار بمجرد العيب و الغبن واقعا، وإن كان ظاهر كثير من كلماتهم يوهم حدوثه بظهور العيب، خصوصاً بعد كون ظهور العيب بمنزله رؤيه المبيع على خلاف ما اشترط.

وقد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خيار الرؤيه قبلها، معللاً بأن الخيار إنما يثبت بالرؤيه (٢). لكن المتفق عليه هنا نصاً و فتوى جواز التبري و إسقاط خيار العيب.

و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب: أنّ استحقاق المطالبه بالأرش الذي هو أحد طرفي الخيار لا معنى لثبوته بظهور العيب، بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحه.

هذا، مضافاً إلى أنّ الظاهر من بعض أخبار المسأله أنّ السبب هو نفس العيب. لكنّها لا تدلّ على العليه التامه، فلعلّ الظهور شرط.

و كيف كان، فالتحقيق ما ذكرنا في خيار الغبن: من وجوب الرجوع في كلّ حكم من أحكام هذا الخيار إلى دليله و أنّه يفيد ثبوته بمجرد العيب أو بظهوره، و المرجع فيما لا يستفاد من دليله أحد الأمرين

ص: ٢٧٧

١ - ١) لم نعر على الأخبار المطلقه، بل الأخبار كما ذكره الشيخ في الصفحه ٢٧٥ مخصوصه بالأرش في صورته التصرف المانع عن الرد، نعم نقل في الموضوع المذكور عن الفقه الرضوي ما يدلّ على التخيير.

٢ - ٢) راجع التذكرة ١: ٤٦٧ و ٥٣٣.

هى القواعد، فافهم.

ثم إنه لا- فرق فى هذا الخيار بين الثمن و المئمن، كما صرح به العلامة (1) و غيره (2)، هنا و فى باب الصرف فيما إذا ظهر أحد عوضى الصرف معيماً (3). و الظاهر أنه ممّـ لا- خلاف فيه و إن كان مورد الأخبار ظهور العيب فى المبيع، لأنّ الغالب كون الثمن نقداً غالباً و المئمن متاعاً فيكثر فيه العيب، بخلاف النقد.

ص: ٢٧٨

١-١) راجع التذكرة ١:٥٣٢، و المختلف ٥:١٨٨.

٢-٢) كالشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢٨٦، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣:٢٣٧.

٣-٣) راجع الشرائع ٢:٤٩، و التذكرة ١:٥١٣، و القواعد ٢:٣٩، و المختلف ٥: ١١٩ ١٢٠.

إشاره

بطرفيه أو أحدهما.

مسأله يسقط الردّ خاصه بأمر:

أحدها: التصريح بالالتزام بالعقد وإسقاط الردّ واختيار الأرش،

و لو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش، و لو أسقط الخيار فلا يبعد سقوطه.

الثاني: التصرف في المعيب عند علمائنا

كما في التذكرة (١)، و في السرائر: الإجماع على أنّ التصرف يسقط الردّ بغير خلافٍ منهم (٢)، و نحوه المسالك (٣)، و سيأتي الخلاف في الجملة من الإسكافي و الشيخين

ص: ٢٧٩

١-١ (١) التذكرة ٥٢٥:١.

٢-٢ (٢) السرائر ٣٠٢:٢.

٣-٣ (٣) راجع المسالك ٢٨٣:٣، و لكن ليس فيه دعوى الإجماع أو نفي الخلاف، نعم قال في الصفحة ٢٠١ في خيار الحيوان: «لا خلاف في سقوطه بالتصرف».

و ابن زهره و ظاهر المحقق، بل المحقق الثاني (١).

و استدلل [عليه (٢)] في التذكرة أيضاً تبعاً للغنية (٣) - بأنّ تصرّفه فيه رضاً منه به على الإطلاق، و لو لا ذلك كان ينبغي له الصبر و الثبات حتّى يعلم حال صحّته و عدمها، و بقول أبي جعفر عليه السلام في الصحيح:

«أئما رجل اشترى شيئاً و به عيبٌ أو عوارٌ و لم يتبرأ إليه و لم يبيّنه (٤) فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و (٥) علم بذلك العوار و بذلك العيب، فإنّه يمضى عليه البيع، و يردّ عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» (٦).

□
و يدلّ عليه مرسله جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً؟ قال: إن كان الثوب قائماً بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب» (٧).

هذا، و لكنّ الحكم بسقوط الردّ بمطلق التصرف، حتّى مثل قول

ص: ٢٨٠

١-١) انظر الصفحة ٢٨٦ ٢٨٩.

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) راجع الغنية: ٢٢٢.

٤-٤) في «ش»: «و لم يتبيّن له»، و اختلفت المصادر الحديثية فيها.

٥-٥) في «ش» بدل «و»: «ثم».

٦-٦) التذكرة ٥٢٥: ١، و الرواية أوردها في الوسائل ٣٦٢: ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٧-٧) الوسائل ٣٦٣: ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المشترى للعبد المشتري «ناولنى الثوب» أو «أغلق الباب» على ما صرح به العلامة فى التذكرة (١) فى غاية الإشكال؛ لإطلاق قوله عليه السلام:

«إن كان الثوب قائماً بعينه رده» المعتضد بإطلاق الأخبار فى الرد خصوصاً ما ورد فى ردّ الجارية بعد ما لم تحض سته أشهر عند المشتري (٢)(٣) و نحو ذلك ممّا يبعد التزام التقييد فيه بصوره عدم التصرف فيه بمثل «أغلق الباب» و نحوه و عدم (٤) ما يصلح للتقييد ممّا استدلّ به للسقوط، فإنّ مطلق التصرف لا يدلّ على الرضا، خصوصاً مع الجهل بالعيب.

و أمّا المرسله (٥) فقد عرفت إطلاقها لما يشمل لبس الثوب و استخدام العبد، بل و طء الجارية لولا النصّ المسقط للخيار به.

و أمّا الصحيحه (٦) فلا يُعلم المراد من «إحداث شىء فى المبيع» لكن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغه و لا عرفاً لمثل استخدام العبد و شبهه ممّا مرّ من الأمثله، فلا يدلّ على أزيد ممّا دلّ عليه ذيل المرسله: من أنّ العبره بتغير العين و عدم قيامها بعينها. اللهم إلّا أن

ص: ٢٨١

١-١ (١) التذكرة ٥٣٠:١.

٢-٢ (٢) راجع الوسائل ١٢:٤١٣، الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب، و فيه حديث واحد.

٣-٣ (٣) فى «ش» زياده: «و ردّ المملوك فى أحداث السنه».

٤-٤ (٤) عطف على قوله: «لإطلاق».

٥-٥ (٥) يعنى مرسله جميل المتقدمه فى الصفحه السابقه.

٦-٦ (٦) يعنى صحيحه زراره المتقدمه فى الصفحه السابقه أيضاً.

يستظهر بمعونه ما تقدّم في خيار الحيوان: من النصّ الدالّ على أنّ المراد بإحداث الحدث في المبيع هو: أن ينظر إلى ما حرم النظر إليه قبل الشراء (١)، فإذا كان مجرد النظر المختصّ بالمالك حدثاً دلّ على سقوط الخيار هنا و في الحيوان (٢) بكلّ تصرّف، فيكون ذلك النصّ دليلاً على المراد بالحدث هنا. وهذا حسنٌ، لكن إقامه البينه على اتّحاد معنى الحدث في المقامين مع عدم مساعده العرف على ظهور الحدث في هذا المعنى مشكله (٣).

ثمّ إنّه إذا قلنا بعموم الحدث في هذا المقام لمطلق التصرّف، فلا دليل على كونه من حيث الرضا بالعقد (٤) وإن كان النصّ في خيار الحيوان دالاً على ذلك، بقريته التعليل المذكور فيه على الوجوه المتقدمه (٥) في المراد من التعليل (٦). لكن كلمات كثيرٍ منهم في هذا المقام أيضاً تدلّ على سقوط هذا الخيار بالتصرّف من حيث الرضا، بل عرفت من التذكرة والغنيه: أنّ عله السقوط دلالة التصرّف نوعاً على الرضا (٧).

ص: ٢٨٢

-
- ١- (١) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣١، و راجع الصفحه ٩٧ ٩٨.
 - ٢- (٢) لم ترد «و في الحيوان» في «ش».
 - ٣- (٣) في «ق»: «مشكل».
 - ٤- (٤) في «ش» زياده: «فلا يتقيّد بالتصرّف الدالّ عليه».
 - ٥- (٥) في «ش» زياده: «هناك».
 - ٦- (٦) تقدّمت في الصفحه ١٠٠ ١٠٢.
 - ٧- (٧) راجع الصفحه ٢٨٠.

و نحوه فى الدلاله على كون السقوط بالتصرف من حيث دلالة على الرضا كلمات جماعه ممن تقدم عليه و من تأخر عنه.

قال فى المقنعه: فإن لم يعلم المبتاع بالعيب حتى أحدث فيه حدثاً لم يكن له الرد، و كان له أرش العيب خاصه، و كذلك حكمه إذا أحدث فيه حدثاً بعد العلم، و لا يكون إحداثه الحدث بعد معرفه بالعيب رضاً به منه (١)، انتهى.

فإن تعليقه عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الأحداث على الرضا بالعيب ظاهر خصوصاً بملاحظه ما يأتى من كلام غيره فى أن سقوط الرد بالحدث لدلالته على الرضا بأصل البيع، و مثلها عباره النهايه من غير تفاوت (٢).

و قال فى المبسوط: إذا كان المبيع بهيمه فأصاب بها عيباً كان له ردها، فإذا كان فى طريق الرد جاز له ركوبها و علفها و سقيها و حلبها و أخذ لبنها، و إن نتجت كان له نتاجها؛ كل هذا لأنه ملكه و له فائدته و عليه مؤنته، و الرد لا يسقط، لأنه إنما يسقط الرد بالرضا بالمعيب أو ترك الرد بعد العلم به أو بأن يحدث فيه عيب عنده، و ليس هنا شيء من ذلك (٣)، انتهى.

و قال فى الغنيه: و لا يسقط بالتصرف بعد العلم بالعيب حق المطالبه بالأرش؛ لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب (٤)، انتهى.

ص: ٢٨٣

١-١) المقنعه: ٥٩٧.

٢-٢) راجع النهايه: ٣٩٣، لكن مع تفاوت فى الألفاظ.

٣-٣) المبسوط ١٣٩: ٢.

٤-٤) الغنيه: ٢٢٢.

و فى السرائر، قال فى حكم من ظهر على عيبٍ فيما اشتراه:

و لا يجبر على أحد الأمرين يعنى الردّ و الأرش قال: هذا إذا لم يتصرّف فيه تصرّفًا يؤذن بالرضا فى العاده، أو ينقص قيمته بتصرّفه (١)، انتهى.

و فى الوسيله: و يسقط الردّ بأحد ثلاثه أشياء: بالرضا، و بترك الردّ بعد العلم به و المعرفه (٢) إذا عرف أنّ له الخيار (٣)، و بحدوث عيبٍ آخر عنده (٤)، انتهى.

و هى بعينه كعباره المبسوط المتقدمه ظاهره فى أنّ التصرّف ليس بنفسه مسقطاً إلّا إذا دلّ على الرضا.

و قال فى التذكره: لو ركبها ليسقيها ثم يردّها لم يكن ذلك رضاً منه بامساکها، و لو حلبها فى طريق الردّ فالأقوى أنّه تصرّف يؤذن بالرضا بها. و قال بعض الشافعيه: لا يكون رضاً بامساکه؛ لأنّ اللبن ماله قد استوفاه فى حال الردّ (٥)، انتهى.

و فى جامع المقاصد و المسالك فى ردّ ابن حمزه القائل بأنّ التصرّف بعد العلم يسقط الأرش أيضاً: أنّ التصرّف لا يدلّ على إسقاط الأرش، نعم يدلّ على الالتزام بالعقد (٦).

ص: ٢٨٤

١-١ (١) السرائر ٢:٢٧٧.

٢-٢ (٢) لم ترد «و المعرفه» فى «ش» و المصدر.

٣-٣ (٣) فى «ش» و المصدر: «الردّ».

٤-٤ (٤) الوسيله: ٢٥٦.

٥-٥ (٥) التذكره ١:٥٢٩.

٦-٦ (٦) جامع المقاصد ٤:٣٣٢، و المسالك ٣:٢٨٣، ٢٨٤.

و فى التحرير: لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد (١)، انتهى.

و قد ظهر من جميع ذلك: أن التصرف من حيث هو ليس مسقطاً، وإنما هو التزام و رضاً بالعقد فعلاً، فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط، و ما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به، كما لو وقع نسياناً أو للاختبار، و مقتضى ذلك: أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط، خصوصاً إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار، إلا أن المعروف خصوصاً بين العلامه و من تأخر عنه (٢) - عدم الفرق فى السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده.

و الذى ينبغى أن يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه -: إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالاً بنوعه على الرضا كدلاله اللفظ على معناه، لا مطلق التصرف، و الدليل على إسقاطه مضافاً إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ -: ما تقدم فى خيار الحيوان (٣) من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاً بالبيع، و لذا تعدينا إلى خيار المجلس و الشرط و حكمنا بسقوطهما بالتصرف، فكذلك خيار العيب.

و أما التصرف قبل العلم بالعيب، فإن كان مغيّراً للعين بزياده أو

ص: ٢٨٥

١-١) التحرير ١:١٨٤.

٢-٢) راجع التحرير ١:١٨٣، و القواعد ٢:٧٤، و الدروس ٣:٢٨٣.

٣-٣) تقدم فى الصفحه ٩٧.

نقيصه أو تغيّر هيئه أو ناقلاً لها بنقلٍ لازمٍ أو جائزٍ وبالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضاً؛ لمرسله جميل المتقدّمه (١).

و يلحق بذلك تعذّر الردّ بموتٍ أو عتقٍ أو إجاره أو شبه ذلك.

و ظاهر المحقّق في الشرائع الاقتصار على ذلك، حيث قال في أوّل المسأله: يسقط الردّ بإحداثه فيه حدثاً كالتعق و قطع الثوب سواءً كان قبل العلم بالعيب أو بعده (٢). و في مسأله ردّ المملوك من أحداث السنه: فلو أحدث ما يغيّر عينه أو صفته ثبت الأرش (٣)، انتهى.

و هو الظاهر من المحكّي عن الإسكافي، حيث قال: فإن وجد بالسلعه عيباً و قد أحدث فيه ما لا يمكن [معه (٤)] ردّها إلى ما كانت عليه قبله، كالوطء للأمه و القطع للثوب أو تعذّر الردّ بموتٍ أو نحوه، كان له فضل ما بين الصّحه و العيب (٥)، انتهى.

و هذا هو الذي ينبغي أن يقتصر عليه من التصرّف قبل العلم، و أمّا ما عدا ذلك من التصرّف قبل العلم كحلب الدابّه و ركوبها و شبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث تطمئنّ به النفس، أقصى (٦).

ص: ٢٨٦

١-١) تقدّمت في الصفحه ٢٨٠.

٢-٢) الشرائع ٢:٣٦.

٣-٣) الشرائع ٢:٤٠.

٤-٤) لم يرد في «ق».

٥-٥) حكاة العلّامه في المختلف ١٧٨:٥، ١٧٩.

٦-٦) في «ش»: «و أقصى».

ما يوجد لذلك صحيحه زواره المتقدمه (١) بضميمه ما تقدم (٢) في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و اللمس، و قيام النص (٣) و الإجماع على سقوط ردّ الجاربه بوطنها قبل العلم، مع عدم دلالتها على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين، و إطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العبائر، كالتذكرة و السرائر و الغنيه و غيرها (٤).

و في نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الردّ خصوصاً ما كان هذا التقييد فيه في غايه البعد، كالنصّ بردّ الجاربه بعد ستّه أشهر (٥)، و ردّ الجاربه إذا لم يطأها (٦) و ردّ المملوك من أحداث السنه (٧) نظرًا، بل منع، خصوصاً معاقد الإجماع؛ فإنّ نقله الإجماع كالعلمه و الحلّي و ابن زهره قد صرّحوا في كلماتهم المتقدمه بأنّ العبره بالرضا بالعقد، فكأنّ دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدلّ على الرضا من التصرف، خصوصاً ابن زهره في الغنيه حيث إنّ اختار

ص: ٢٨٧

١-١) تقدّمت في الصفحه ٢٨٠ ضمن كلام العلماه.

٢-٢) راجع الصفحه ٩٧ ٩٨.

٣-٣) راجع الوسائل ١٢:٤١٤، ٤١٥، الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب.

٤-٤) تقدّم عن التذكرة و السرائر في الصفحه ٢٧٩، و راجع الغنيه: ٢٢٢، و مفتاح الكرامه ٤:٦٢٦.

٥-٥) الوسائل ١٢:٤١٣، الباب ٣ من أبواب العيوب، و فيه حديث واحد.

٦-٦) لم نعثر على هذا النصّ، نعم يستفاد ممّا ورد باشتراط ردّ الجاربه بعدم الوطاء، راجع الوسائل ١٢:٤١٤، ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٧-٧) راجع الوسائل ١٢:٤١١، الباب ٢ من أبواب العيوب.

ما قوينا من التفصيل بين صورتى العلم والجهل والمغير وغيره (١).

قال قدس سره: وخامسها يعنى مسقطات الرد التصرف فى المبيع الذى لا يجوز مثله إلاً بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب، فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب، ولا يسقط حق المطالبه بالأرش، لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب، وكذا حكمه لو (٢) كان قبل العلم بالعيب و كان مغيراً للعين بزياده فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع (٣). و إن لم يكن كذلك فله الرد بالعيب إذا علم ما لم يكن أمه فيطأها (٤) فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلاً الحبل (٥)، انتهى كلامه. وقد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدله.

و حكى من المبسوط أيضاً: أن التصرف قبل العلم لا- يسقط به الخيار (٦). لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد (٧). فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير.

و ظاهر المقنعه و المبسوط (٨): أنه إذا وجد العيب بعد عتق العبد

ص: ٢٨٨

١- ١) فى «ش» زياده: «حيث».

٢- ٢) فى «ش» و المصدر بدل «لو»: «إن».

٣- ٣) فى «ش» زياده: «للثوب».

٤- ٤) العبارة فى «ش» هكذا: «إذا علمه ما لم يكن وطء الجاربه».

٥- ٥) الغنيه: ٢٢٢.

٦- ٦) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٦، و لم نعثر عليه فى المبسوط.

٧- ٧) المبسوط ١٣٩: ٢.

٨- ٨) صرح به فى المقنعه: ٥٩٧ ٥٩٨، و لم نعثر على جميع ما ذكر فى المبسوط، نعم ذكر فيه حكم العيب بعد العتق، راجع

المبسوط ١٣٢: ٢، و لكن ذكره تماماً و صريحاً فى النهايه: ٣٩٣ ٣٩٤.

و الأُمة لم يكن له ردُّهما، وإذا وجدته بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيراً بين الردِّ و (١) أرش العيب، و فرّقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق.

و يرده مع أنّ مثلهما تصرّف يؤذن بالرضا مرسله جميل (٢)؛ فإنّ العين مع الهبة و التدبير غير قائمه، و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له في ذلك؛ و لذا اعترض عليهما الحلّي بالنقض بما لو باعه بخيارٍ مع أنّه لم يقل أحدٌ من الأُمة بجواز الردِّ حينئذٍ (٣) بعد ما ذكر: أنّ الذي يقتضيه أصول المذهب أنّ المشتري إذا تصرّف في المبيع فإنّه لا يجوز له رده، و لا خلاف [في (٤)] أنّ الهبة و التدبير تصرّف (٥).

و بالجملة، فتعميم الأكثر لأفراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله مشكلاً. و العجب من المحقّق الثاني أنّه تنظر في سقوط الخيار بالهبة الجائزه، مع تصريحه في مقام آخر بما عليه الأكثر (٦).

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف،

فإنّه يسقط الخيار هنا، بخلاف الخيارات المتقدّمة الغير الساقطه بتلف العين.

و المستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطه الردِّ في المرسله السابقه (٧).

ص: ٢٨٩

١-١) في «ش» زياده: «أخذ».

٢-٢) المتقدّمة في الصفحه ٢٨٠.

٣-٣) في «ش» زياده: «و قال».

٤-٤) من «ش».

٥-٥) السرائر ٢٩٩:٢.

٦-٦) راجع جامع المقاصد ٤:٣٤٢ و ٢٩١.

٧-٧) و هي مرسله جميل المتقدّمة في الصفحه ٢٨٠.

بقيام العين، فإنَّ الظاهر منه اعتبار بقائها في ملكه، فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشتري، فلا رد.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّ عدّ انعتاق العبد على المشتري مسقطاً برأسه كما في الدروس (١) لا- يخلو عن شيءٍ نعم، ذكر أنّه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف، وهو أيضاً لا يخلو عن شيءٍ، والأولى ما ذكرناه.

ثمّ إنّه لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز رده؛ للأصل، خلافاً للشيخ (٢)، بل المفيد (٣) قدّس سرهما.

«فرع»:

لا خلاف نصّاً (٤) و فتوى في أنّ وطء الجارية يمنع عن ردها بالعيب،

سواء قلنا بأنّ مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشيء قائماً بعينه، غايه الأمر كون الوطء على هذا القول مستثنى عن التصرف الغير المغير للعين كما عرفت (٥) من عبارته الغنيه مع أنّ العلامة قدّس سره علّل المنع في موضع من التذكرة بأنّ الوطء جنايته، ولهذا يوجب غرامه جزء من قيمه كسائر جنایات المملوك (٦).

ص: ٢٩٠:

١-١) الدروس ٢٨٦:٣.

٢-٢) المبسوط ١٣١:٢.

٣-٣) لم نعثر عليه.

٤-٤) راجع الوسائل ٤١٤:١٢، ٤١٥، الباب ٤ من أبواب العيوب.

٥-٥) راجع الصفحه ٢٨٨.

٦-٦) التذكرة ٥٢٦:١.

و قد تقدّم (١) في كلام الإسكافي أيضاً: أنّ الوطء ممّا لا يمكن معه ردّ المبيع إلى ما كان عليه قبله، ويشير إليه ما سيجيء في غير واحدٍ من الروايات من قوله: «معاذ الله أن يجعل لها أجراً!» (٢) فإنّ فيه إشارةً إلى أنّه لو ردّها لا بدّ أن يردّ معها شيئاً تداركاً للجناية؛ إذ لو كان الوطء مجرد استيفاء منفعه لم يتوقّف ردّها على ردّ عوض المنفعة، فإطلاق الأجر عليه في الرواية على طبق ما يتراءى في نظر العرف [من كون هذه الغرامة كأنّها اجرة للوطء (٣)].

و حاصل معناه: أنّه إذا حكمت بالردّ مع أرش جنائتها كان ذلك في الأنظار بمنزلة الأجره و هي ممنوعه شرعاً؛ لأنّ إجاره الفروج غير جائزه. و هذا إنّما وقع من أمير المؤمنين عليه السلام مبيّناً على تقرير رعيته على ما فعله الثاني من تحريم العقد المنقطع، فلا يقال: إنّ المتعه مشروعه، و قد ورد «أنّ المنقطعات مستأجرات» (٤) فلا وجه للاستعاذه بالله من جعل الأجره للفروج. هذا ما يخطر عاجلاً بالبال في معنى هذه الفجره، و الله العالم.

و كيف كان، ففي النصوص المستفيضة الواردة في المسأله كفايه:

□
ففي صحيحه ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جاريةً فوقع عليها؟ قال: إن وجد فيها عيباً فليس له أن

ص: ٢٩١

١-١ (١) تقدّم في الصفحه ٢٨٤.

٢-٢ (٢) يجيء في الصفحه الآتية، في صحيحه ابن مسلم و روايه ميسر.

٣-٣ (٣) لم يرد في «ق».

٤-٤ (٤) راجع الوسائل ١٤:٤٤٦، الباب ٤ من أبواب المتعه، الحديث ٢ و ٤.

يردّها، ولكن يردّ عليه بقيمه ما نقصها العيب. قلت: هذا قول أمير المؤمنين عليه السلام؟ قال: نعم» (١).

و صحّحه ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «أنّه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها، فيجد بها عيباً بعد ذلك؟ قال: لا يردّها على صاحبها، ولكن يقوم ما بين العيب والصحة، ويردّ على المبتاع، معاذ الله أن يجعل لها أجراً» (٢).

و رواه ميسّر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان عليّ لا يردّ الجارية بعيب إذا وطئت، ولكن يرجع بقيمه العيب، و كان يقول: معاذ الله! أن أجعل لها أجراً.. الخبر» (٣).

و في روايه طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها، ثم رأى فيها عيباً، قال: تُقوّم و هي صحّحه، و تُقوّم و بها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين القيمتين» (٤) (٥).

و ما عن حمّاد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، يقول: «قال عليّ بن الحسين عليه السلام: كان القضاء الأول في الرجل إذا اشترى الأمه فوطأها، ثم ظهر على عيب: أنّ البيع لازم، و له أرش العيب» (٦) إلى

ص: ٢٩٢

- ١- (١) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل ١٢: ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.
- ٤- (٤) في «ش» و المصدر: «ما بين الصحة و الداء».
- ٥- (٥) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.
- ٦- (٦) الوسائل ١٢: ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

غير ذلك مما سيحىء.

ثم إن المشهور استثنوا من عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل، فإنه عيبٌ إجماعاً، كما فى المسالك (١). إلا أن الوطاء لا يمنع من الردّ به، بل يردّها و يردّ معها العُشر أو نصفه على المشهور بينهم.

و استندوا فى ذلك إلى نصوصٍ مستفيضه:

□
منها: صحيحه ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: «عن رجلٍ اشترى جاريةً حُبلى و لم يعلم بحَبْلِها، فوطأها؟ قال: يردّها على الذى ابتاعها منه، و يردّ عليها (٢) نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها، و قد قال علىّ عليه السلام: لا- تُردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها، و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» (٣).

□
و رواه عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا تردّ التى ليست بحُبلى إذا وطأها صاحبها و له أرش العيب، و تردّ الحُبلى و يردّ معها نصف عشر قيمتها» (٤). و زاد فى الكافى، قال: و فى روايه اخرى:

«إن كانت بكرًا فعشر قيمتها، و إن كانت ثيبًا فنصف عشر قيمتها» (٥).

ص: ٢٩٣

١- ١) المسالك ٢٨٧: ٣، ٢٨٨، و فيه بعد بيان المقدّمه الخامسه من مقدّمات تحرير المسأله التى منها: أن الحمل فى الأمه عيب-: «و هذه المقدّمات كلّها إجماعية».

٢- ٢) كذا، و فى الوسائل: «معها»، و فى الكافى و التهذيب و الاستبصار: عليه.

٣- ٣) الوسائل ٤١٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل، و الصفحه ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل أيضاً.

٤- ٤) الوسائل ٤١٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

٥- ٥) الكافى ٢١٤: ٥، ذيل الحديث ٣، و عنه فى الوسائل ٤١٦: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٤.

و مرسله ابن أبي عمير عن سعيد بن يسار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع جاريةً حُبلى و هو لا يعلم فنكحها الذى اشترى؟ قال: يردّها و يردّ نصف عشر قيمتها» (١).

و روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية، فيقع عليها فيجدها حُبلى؟ قال: تردّ و يردّ معها شيئاً» (٢).

و صحيحه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «فى الرجل يشتري الجارية الحُبلى فينكحها؟ قال: يردّها و يكسوها» (٣).

و روايه عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يشتري الجارية و هى حُبلى فيطأها؟ قال: يردّها و يردّ عشر قيمتها» (٤).

هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات، و قد عمل بها المشهور، بل ادعى على ظاهرها الإجماع فى الغنيه (٥) كما عن الانتصار (٦)، و عدم الخلاف فى السرائر (٧).

ص: ٢٩٤

١-١) الوسائل ١٢:٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٩.

٢-٢) الوسائل ١٢:٤١٦، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٥.

٣-٣) الوسائل ١٢:٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٦.

٤-٤) الوسائل ١٢:٤١٧، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

٥-٥) الغنيه: ٢٢٢.

٦-٦) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٣٤، و راجع الانتصار: ٤٣٩، المسأله ٢٥١.

٧-٧) السرائر ٢:٢٩٨.

خلافاً للمحكّي عن الإسكافي فحكم بالردّ مع كون الحمل من المولى؛ لبطلان بيع أمّ الولد، حيث قال: فإن وجد في السلعه عيباً كان عند البائع وقد أحدث المشتري في السلعه ما لا يمكن ردّها إلى ما كانت عليه قبله كالوطء للأمه أو القطع للثوب أو تلف السلعه بموتٍ أو غيره كان للمشتري فضل ما بين الصّحّه و العيب دون ردّها، فإن كان العيب ظهور حملٍ من البائع وقد وطأها المشتري من غير علمٍ بذلك، كان عليه ردّها و نصف عشر قيمتها (١)، انتهى.

و اختاره في المختلف (٢): وهو ظاهر الشيخ في النهاية حيث قال:

فإن وجد بها عيباً بعد أن وطأها لم يكن له ردّها و كان له أرش العيب خاصّةً، [اللهم (٣)] إلا أن يكون العيب من حبلٍ فيلزمه ردّها على كلّ حالٍ وطأها أو لم يطأها و يردّ معها إذا وطأها نصف عشر قيمتها (٤)، انتهى.

و يمكن استفاده هذا من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطء من الردّ (٥)؛ فإن من البعيد عدم استثناء وطء الحامل و عدم تعرّضه لحكمه مع اشتها المسألة في الروايات و ألسنه القدماء.

و قال في الوسيله: إذا وطأ الأمه ثم علم بها عيباً لم يكن له

ص: ٢٩٥

١-١) حكاها عنه العلّامة في المختلف ١٧٨: ٥، ١٧٩.

٢-٢) المختلف ١٧٩: ٥.

٣-٣) من «ش» و المصدر.

٤-٤) النهاية: ٣٩٣.

٥-٥) المبسوط ١٢٧: ٢.

ردّها، إلّا إذا كان العيب حملاً و كان حرّاً، فإنّه وجب عليه ردّها و يردّ معها نصف عشر قيمتها، و إن كان الحمل مملوكاً لم يجب ذلك (١)، انتهى.

و ظاهر الرياض (٢) اختيار هذا القول (٣).

أقول (٤): ظاهر الأخبار المتقدّمة في بادئ النظر و إن كان ما ذكره المشهور، إلّا أنّ العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفه الظاهر من وجوه (٥):

أحدها: من حيث مخالفه ظهورها في وجوب ردّ الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى، حتّى تكون الجملة الخبريّة واردة في مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار المتقدّمة المانعه من ردّ الجارية بعد الوطء؛ إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبريّة في مقام دفع توهم الحظر؛ إذ لا منشأ لتوهم حظر ردّ الحامل حتّى أمّ الولد، فلا بدّ إمّا من التقييد، أو من مخالفه ظاهر الجملة الخبريّة.

الثاني: مخالفه لزوم العقر على المشتري لقاعده: «عدم العقر في وطء الملك»، أو قاعده: «كون الردّ بالعيب فسحاً من حينه»، لا من أصله.

ص: ٢٩٦

-
- ١- (١) الوسيله: ٢٥٦.
 - ٢- (٢) في «ش» زياده: «أيضاً».
 - ٣- (٣) الرياض ٢٦٤: ٨، ٢٦٥.
 - ٤- (٤) في «ش» بدل «أقول»: «و الإنصاف أنّ».
 - ٥- (٥) في «ش» زياده: «أخر».

الثالث: مخالفته لما دلّ على كون التصرف عموماً (١) و الوطاء بالخصوص (٢) مانعاً من الردّ.

الرابع: أنّ الظاهر من قول السائل في مرسله ابن أبي عمير المتقدّمه: «رجلٌ باع جارياً حُبلى و هو لا يعلم» (٣) وقوع السؤال عن بيع أمّ الولد، وإلّا لم يكن لذكر جهل البائع في السؤال فائدة. ويشير إليه ما في بعض الروايات المتقدّمه من قوله: «يكسوها» (٤)، فإنّ في ذلك إشارة إلى تشبّثها بالحريه للاستيلاء، فنسب الكسوه إليها تشبيهاً (٥) بالحرائر، و لم يصرح ب«العقر» الذى هو جزء من القيمة.

الخامس: ظهور هذه الأخبار في كون الردّ بعد تصرف المشتري في الجاربه بغير الوطاء من نحو «اسقنى ماءً» أو «أغلق الباب» و غيرهما ممّا قلّ أن تنفك عنه الجاربه، و تقيدها بصوره عدم هذه التصرفات تقييداً بالفرض النادر، و إنّما دعى إلى هذا التقييد في غير هذه الأخبار ممّا دلّ على ردّ الجاربه بعد مدّه طويله (٦) الدليل الدالّ على اللزوم بالتصرف (٧). لكن لا- دعى هنا لهذا التقييد، إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك، و غايه الأمر تعارض

ص: ٢٩٧

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٤١٤، ١٢:٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٣-٣) المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٤-٤) الوارد في صحيحه ابن مسلم المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٥-٥) في «ش»: «تشبّهاً».

٦-٦) راجع الوسائل ١٢:٤١١، الباب ٢ من أبواب العيوب.

٧-٧) راجع الوسائل ١٢:٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار.

هذه الأخبار مع ما دلّ على منع الوطء عن الردّ (١) بالعموم من وجه، فيبقى ما عدا الوجه الثالث مرجّحاً لتقييد هذه الأخبار.

و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدّم و بين إطلاق الحمل في هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى، وجب الرجوع إلى عموم ما دلّ على أنّ إحداث الحدث مسقط؛ لكونه رضاً بالبيع (٢)، و يمكن الرجوع إلى ما دلّ على جواز الردّ مع قيام العين (٣).

نعم، لو خُذش في عموم ما دلّ على المنع عن (٤) الردّ بمطلق التصرف و جب الرجوع إلى أصاله جواز الردّ الثابت قبل الوطء لكن يبقى لزوم العقر ممّا لا دليل عليه إلّا الإجماع المركّب و عدم الفصل بين الردّ و العقر، فافهم.

ثمّ إنّ المحكّي عن المشهور إطلاق الحكم بوجوب ردّ نصف العشر (٥)، بل عن الانتصار و الغنيه: الإجماع عليه (٦). إلّا أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و معقد الإجماع كالنصوص إلى الغالب: من كون الحامل ثيباً، فلا يشمل فرض حمل البكر بالسّحق أو بوطء الدّبّر؛ و لذا ادّعى عدم الخلاف في السرائر على اختصاص نصف العشر بالثيب

ص: ٢٩٨

١-١) راجع الوسائل ١٢:٤١٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٣٥٠، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٣-٣) راجع الوسائل ١٢:٣٦٣، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٤-٤) في «ش»: «من».

٥-٥) حكاة المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٤:٣٣٧.

٦-٦) تقدّم عنهما في الصفحة ٢٩٤.

و ثبوت العشر في البكر (١).

بل معقد إجماع الغنيه بعد التأمل موافقٌ للسرائر أيضاً، حيث ذكر في الحامل: أنه يردّ معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفه (٢). و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقاً مدّعياً عليه الإجماع: من أنه إذا وطأ المشتري في مده خيار البائع ففسخ يردّ معها العشر إن كانت بكرةً و نصف العشر إن كانت ثيباً (٣).

و أما الانتصار فلا يحضرني حتى أراجعه؛ و قد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب.

و حينئذ فتكون مرسله الكافي المتقدّمه (٤) بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنيه دليلاً على التفصيل في المسأله، كما اختاره جماعة من المتأخرين (٥)، مضافاً إلى ورود العشر في بعض الروايات المتقدّمه المحموله على البكر، إلا أنه بعيد؛ و لذا نسبه الشيخ قدس سرّه إلى سهو الراوى في إسقاط لفظ «النصف» (٦)، و في الدروس: أن الصدوق ذكرها بلفظ «النصف» (٧).

ص: ٢٩٩

١-١) السرائر ٢٩٨:٢.

٢-٢) الغنيه: ٢٢٢.

٣-٣) الغنيه: ٢٢١.

٤-٤) المتقدّمه في الصفحه ٢٩٣.

٥-٥) منهم: المحقق الثاني في جامع المقاصد ٣٣٧:٤، و الشهيد الثاني في المسالك ٢٨٨:٣.

٦-٦) راجع التهذيب ٦٣:٧، ذيل الحديث ٢٧٢.

٧-٧) الدروس ٢٨٠:٣، و راجع الفقيه ١٣١:٣، الحديث ٣٨٢٠.

و أما ما تقدّم ممّا دلّ على أنّه يردّ معها شيئاً (١)، فهو بإطلاقه خلاف الإجماع، فلا بدّ من جعله وارداً في مقام ثبوت أصل العقر لا مقداره.

و أما ما دلّ على أنّه يكسوها (٢)، فقد حمل على كسوه تساوى العشر أو نصفه، ولا بأس به في مقام الجمع.

ثمّ إنّ مقتضى الإطلاق جواز الردّ و لو مع الوطء في الدُّبُر، و يمكن دعوى انصرافه إلى غيره، فيقتصر في مخالفه العمومات على منصرف اللفظ.

و في لحوق التقبيل و اللمس بالوطء و جهان: من الخروج عن مورد النصّ، و من الأولويّه.

و لو انضمّ إلى الحمل عيبٌ آخر، فقد استشكل في سقوط الردّ بالوطء: من صدق كونها معيبةً بالحمل، و كونها معيبةً بغيره.

و فيه: أنّ كونها معيبةً بغير الحمل لا يقتضى إلّا عدم تأثير ذلك العيب في الردّ مع التصرف، لا نفى تأثير عيب الحمل.

ثمّ إنّ صريح بعض (٣) النصوص و الفتاوى (٤) و ظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل بالعيب، فلو وطأ عالماً به سقط الردّ. لكن إطلاق كثيرٍ من الروايات يشمل العالم.

ص: ٣٠٠

١- ١) و هي روايه عبد الرحمن المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٢- ٢) تدلّ عليه صحيحه ابن مسلم المتقدّمه في الصفحه ٢٩٤.

٣- ٣) و هو صريح صحيحه ابن سنان المتقدّمه في الصفحه ٢٩٣.

٤- ٤) و هو صريح الانتصار: ٤٣٩، المسأله ٢٥١، و الغنيه: ٢٢٢، و الدروس ٣: ٢٧٩، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٣٤.

الرابع (١) من المسقطات: حدوث عيبٍ عند المشتري.

و تفصيل ذلك: أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب، فإما أن يحدث قبل القبض، وإما أن يحدث بعده في زمان خيارٍ يضمن فيه البائع المبيع أعني خيار المجلس و الحيوان و الشرط و إما أن يحدث بعد مضي الخيار. و المراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير.

و أمّا الأول: فلا خلاف ظاهراً في أنه لا يمنع الرد، بل في أنه (٢) هو كالموجود قبل العقد حتّى في ثبوت الأرش فيه، على الخلاف الآتي (٣) في أحكام القبض.

و أما الحادث في زمن الخيار: فكذلك لا -خلاف في أنه غير مانع عن الرد، بل هو سبب مستقل موجب للرد، بل الأرش على الخلاف الآتي (٤) فيما قبل القبض بناءً على اتحاد المسألتين، كما يظهر من بعض.

ص: ٣٠١

-
- ١-١) من هنا إلى قوله: «و استدللّ العلّامة في التذكرة على أصل الحكم» في الصفحة ٣٠٤، مفقود من نسخه «ق».
- ٢-٢) قال الشهيدى قدّس سرّه: «الظاهر أنّ قوله: "في أنه" في الموضوع الثاني غلط في العبارة؛ إذ قضيتته عدم الخلاف في ثبوت الأرش فيه، و هو منافٍ لقوله: "على الخلاف" الآتي في أحكام القبض»، هدايه الطالب: ٥١٣.
- ٣-٣) في غير «ش»: «المتقدّم»، إلّا أنّه صحّح في «ن» بما أثبتناه. و المظنون: أنّ ما في الأصل مطابق لما في أكثر النسخ. و لعلّ المؤلّف قدّس سرّه كتب «أحكام القبض» قبل «القول في الخيارات»، ثمّ نضدت الأوراق كذلك.
- ٤-٤) في غير «ش»: «السابق»، و الكلام فيه و فيما يأتي أيضاً نفس الكلام المتقدّم في الهامش السابق.

و يدلّ على ذلك ما يأتي (١): من أنّ الحدث في زمان الخيار مضمونٌ على البائع و من ماله، و معناه: ضمانه على الوجه الذي يضمّنه قبل القبض بل قبل العقد، إلّا أنّ المحكّي عن المحقّق في درسه فيما لو حدث في المبيع عيبٌ -: أنّ تأثير العيب الحادث في زمن الخيار و كذا عدم تأثيره في الرّد بالعيب القديم إنّما هو ما دام الخيار، فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشتري (٢).

قال في الدروس: لو حدث في المبيع عيبٌ غير مضمونٍ على المشتري لم يمنع من الرّد إن كان قبل القبض أو في مدّه خيار المشتري المشتراط أو بالأصل، فله الرّد ما دام الخيار، فإن خرج الخيار ففي الرّد خلافٌ بين ابن نما و تلميذه المحقّق قدّس سرّهما، فجوّزه ابن نما لأنّه من ضمان البائع، و منعه المحقّق قدّس سرّهما؛ لأنّ الرّد لمكان الخيار، و قد زال. و لو كان حدوث العيب في مبيعٍ صحيحٍ في مدّه الخيار فالباب واحدٌ (٣)، انتهى.

لكن الذي حكاه في اللمعه عن المحقّق هو الفرع الثاني، و هو

ص: ٣٠٢

(١ - ١) في غير «ش»: «ما تقدّم».

(٢ - ٢) المراد من الحكايه ما سينقله عن الدروس، و ليس فيه النقل عن المحقّق في درسه، بل فيه الخلاف بين ابن نما و تلميذه المحقّق في المسأله، و يبدو أنّ منشأ هذه النسبه ما نقله صاحب الحقائق (١٩: ١١٠) حيث قال: «المنقول عن المحقّق في الدرس على ما نقله في الدروس..»، نعم قال الشهيد في غايه المراد (٢: ٦٣) بعد أن نقل قول المحقّق -: «و نقل عن شيخه ابن نما في الدرس، الثاني..».

(٣ - ٣) الدروس ٣: ٢٨٩.

حدوث العيب في مبيع صحيح (١). ولعل الفرع الأول مترتب عليه؛ لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضموناً على البائع حتى يكون سبباً للخيار -غايه الأمر كونه غير مانع عن الرد كخيار (٢) الثلاثه كان مانعاً عن الرد بالعيب السابق؛ إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشتري، فيكون الرد في زمان الخيار بالخيار، لا بالعيب السابق.

فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث؛ ولذا ذكر في اللمعه: أن هذا من المحقق منافٍ لما ذكره في الشرائع: من أن العيب الحادث في الحيوان مضمون على البائع، مع حكمه بعدم الأرش (٣).

□
ثم إنّه ربما يجعل (٤) قول المحقق عكساً لقول شيخه، و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار، وفيه: أن قول ابن نما رحمه الله لا يأبى عن التعدد، كما لا يخفى.

و أما الثالث أعنى العيب الحادث في يد المشتري بعد القبض و الخيار -فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام (٥) و في ظاهر الغنيه (٦) الإجماع عليه.

ص: ٣٠٣

١- ١) اللمعه الدمشقيه: ١١٨، ١١٩.

٢- ٢) في «ش»: «بالخيارات»، و في مصححه «ن»: «بخيار عيب».

٣- ٣) اللمعه: ١١٩، و راجع الشرائع ٥٧: ٢، و فيه: «و لو حدث فيه من غير جهه المشتري لم يكن ذلك العيب مانعاً من الرد بأصل الخيار، و هل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، و الظاهر لا».

٤- ٤) جعله صاحب الجواهر في الجواهر ٢٤٢: ٢٣.

٥- ٥) حكاه السيّد العاملی في مفتاح الكرامه ٤٢٦: ٤.

٦- ٦) الغنيه: ٢٢٢.

و المراد بالعيب هنا مجرد النقص، لا خصوص ما يوجب الأرش، فيعم عيب الشركه و تبعض الصفقه إذا اشترى اثنان شيئاً فأراد أحدهما رده بالعيب، أو اشترى واحداً صفقه و ظهر العيب في بعضه فأراد ردّ المعيب خاصه؛ و نحوه نسيان العبد الكتابه كما صرح به في القواعد (١) و غيره (٢)، و نسيان الدايه للطحن كما صرح به في جامع المقاصد (٣).

و يمكن الاستدلال على الحكم في المسأله بمرسله جميل المتقدمه (٤)؛ فإن «قيام العين» و إن لم ينافِ بظاهره مجرد (٥) نقص الأوصاف، كما اعترف به بعضهم (٦) في مسأله تقديم قول البائع في قدر الثمن مع قيام العين، إلّا أنّ الظاهر منه بقرينه التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشاً، كصنع الثوب و خياطته.

نعم، قد يتوهم شموله لما يقابل الزياده، كالتسمن و تعلم الصنعه.

لكنه يندفع: بأن الظاهر من قيام العين بقاؤه بمعنى أن لا ينقص ماله، لا بمعنى أن لا يزيد و لا ينقص، كما لا يخفى على المتأمل.

و استدلل العلامة في التذكرة على أصل الحكم قبل المرسله (٧) :-

ص: ٣٠٤

١- (١) القواعد ٧٥:٢.

٢- (٢) مثل جامع المقاصد ٣٤١:٤، و مفتاح الكرامه ٦٤٠:٤.

٣- (٣) جامع المقاصد ٣٤٢:٤.

٤- (٤) تقدّمت في الصفحه ٢٨٠.

٥- (٥) في «ف»: «لمجرد».

٦- (٦) اعترف به الشهيد الثاني في المسالك ٢٦٢:٣.

٧- (٧) يعنى مرسله جميل المشار إليها آنفاً.

بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزءٍ من المبيع، فيكون مضموناً على المشتري، فيسقط رده؛ للنقص الحاصل في يده؛ فإنه ليس تحمّل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمّل المشتري به للعيب الحادث (١).

و المرسله (٢) لا تشمل جميع أفراد النقص، مثل نسيان الدابّة للطحن و شبهه.

و الوجه المذكور بعدها (٣) قاصرٌ عن إفاده المدعى؛ لأنّ المرجع بعد عدم الأولويّه من أحد الطرفين إلى أصله ثبوت الخيار و عدم ما يدلّ على سقوطه، غايه الأمر أنّه لو كان الحادث عيباً كان عليه الأرش للبائع إذا رده، كما لو تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين.

أمّا مثل نسيان الصنعه و شبهه فلا يوجب أرشاً بل يردّه؛ لأنّ النقص حدث في ملكه و إنّما يضمن وصف الصّحّه لكونه كالجزيء التالف، فيرجع (٤) بعد الفسخ ببدله.

نعم، لو علّل الردّ بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضرراً، أمكن أن يقال: إنّ تدارك ضرر المشتري بجواز الردّ مع تضرّر البائع بالصبر على العيب الحادث ممّا لا يقتضيه قاعده نفى الضرر. لكنّ العمده في دليل الردّ هو النصّ و الإجماع، فاستصحاب الخيار عند الشكّ في المسقط لا بأس به.

ص: ٣٠٥

١-١ (١) التذكرة ٥٣٠:١.

٢-٢ (٢) في «ش»: «هذا»، و لكنّ المرسله.

٣-٣ (٣) في «ش» بدل «بعدها»: «في التذكرة».

٤-٤ (٤) في «ش» زياده: «البائع».

إلّا أنّ الإنصاف أنّ الاستفادة من التمثيل في الرواية بالصنغ و الخياطه هو إناطه الحكم بمطلق النقص.

توضيح ذلك: أنّ المراد ب«قيام العين» هو ما يقابل الأعمّ من تلفها و تغييرها، على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثله على ذلك. لكنّ المراد من التغيير هو الموجب للنقص لا- الزيادة، لأنّ مثل السّمّن لا يمنع الردّ قطعاً، و المراد بالنقص هو الأعمّ من العيب الموجب للأرّش، فإنّ النقص الحاصل بالصنغ و الخياطه إنّما هو لتعلّق حقّ المشتري بالثوب من جهه الصنغ و الخياطه، و هذا ليس عيباً اصطلاحياً.

و دعوى: اختصاصه بالتغيير الخارجى الذى هو مورد الأمثله فلا يعمّ مثل نسيان الدابّه للطحن.

يدفعه: أنّ المقصود مجرد النقص، مع أنّه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث و إن لم يكن عيباً اصطلاحياً، ثبت فى المعير و غيره؛ للقطع بعدم الفرق، فإنّ المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيباً اصطلاحياً لا يجوز ردّ العين إلّا مع أرشه، و كونه مجرد نقص لا- يوجب أرشاً كنسيان الكتابه و الطحن. أمّا الفرق فى (1) أفراد النقص الغير الموجب للأرّش بين معير العين حساً و غيره فلا مجال لاحتماله.

ثمّ إنّ ظاهر المفيد فى المقنعه المخالفه فى أصل المسأله، و أنّ حدوث العيب لا يمنع عن الردّ (2). لكنّه شاذٌّ على الظاهر.

ثمّ مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب

ص: ٣٠٦

١- ١) فى «ق» بدل «فى»: «بين»، و الظاهر أنّه من سهو القلم.

٢- ٢) راجع المقنعه: ٥٩٧.

الحادث و زواله، فلا يثبت بعد زواله؛ لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط.

قال في التذكرة: عندنا أنّ العيب المتجدد مانع عن الردّ بالعيب السابق، سواءً زال أم لا (١).

لكن في التحرير: لو زال العيب الحادث عند المشتري و لم يكن بسببه كان له الردّ و لا أرش عليه (٢)، انتهى.

و لعلّ وجهه: أنّ الممنوع هو رده معيوباً لأجل تضرر البائع و ضمان المشتري لما يحدث، و قد انتفى الأمران.

و لو رضى البائع برده مجبوراً بالأرش أو غير مجبورٍ جاز الردّ، كما في الدروس (٣) و غيره (٤)؛ لأنّ عدم الجواز لحقّ البائع، و إلّا فمقتضى قاعده خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب، غايه الأمر ثبوت قيمه العيب، و إنّما منع من الردّ هنا للنصّ (٥) و الإجماع، أو للضرر.

و ممّا ذكرنا يعلم: أنّ المراد بالأرش الذي يغرمه المشتري عند الردّ قيمه العيب، لا الأرش الذي يغرمه البائع للمشتري عند عدم الردّ؛ لأنّ العيب القديم مضمونٌ بضمان المعاوضه و الحادث مضمونٌ بضمان اليد.

ص: ٣٠٧

١-١) التذكرة ٥٣٠:١.

١-٢) التحرير ١٨٣:١.

٣-٣) الدروس ٢٨٤:٣.

٤-٤) الروضه البهيّه ٤٩٦:٣، و راجع مفتاح الكرامه ٦٢٧:٤.

٥-٥) و هو مرسله جميل المتقدّمه في الصفحه ٢٨٠.

ثم إن صريح المبسوط: أنه لو رضى البائع بأخذه معيوباً لم يجز مطالبته بالأرش (١). وهذا أحد المواضع التي أشرنا (٢) في أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد، وينافيه إطلاق الأخبار في أخذ (٣) الأرش (٤).

تنبيه:

ظاهر التذكرة (٥) و الدروس (٦): أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع.

و توضيح الكلام في فروع هذه المسألة: أن التعدد المتصور فيه التبعض إما في العوض (٧) ثمناً كان أو مثنياً و إما في البائع، و إما في المشتري.

فالأول: كما إذا اشترى شيئاً واحداً أو شيئين بثمانٍ واحدٍ من مشترٍ (٨) واحدٍ فظهر بعضه معيباً، و كذا [لو (٩)] باع شيئاً بثمانٍ، فظهر بعض الثمن معيباً.

ص: ٣٠٨

١- (١) المبسوط ١٣٢:٢.

٢- (٢) أشار إليه في الصفحة ٢٧٦.

٣- (٣) في «ش»: «بأخذ».

٤- (٤) راجع الوسائل ٤١٤:١٢، ٤١٥، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

٥- (٥) راجع التذكرة ٥٣٦:١.

٦- (٦) الدروس ٢٨٤:٣.

٧- (٧) في «ش»: «في أحد العوضين».

٨- (٨) كذا في «ق»، و الظاهر: «من باع»، كما في «ش».

٩- (٩) لم يرد في «ق».

و الثاني: كما إذا باع اثنان من واحدٍ شيئاً واحداً فظهر معيياً، و أراد المشتري أن يرّد على أحدهما نصيبه دون الآخر.

و الثالث: كما إذا اشترى اثنان من واحدٍ شيئاً فظهر معيياً، فاختر أحدهما الرّد دون الآخر، و ألحق بذلك الوارثان لمشتري واحدٍ للمعيب.

و أما التعدّد في الثمن: بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمانٍ و بعضه الآخر بثمانٍ آخر، فلا إشكال في كون هذا عقدين، و لا إشكال في جواز التفريق بينهما.

أمّا الأول: فالمعروف أنّه لا يجوز التبويض فيه من حيث الرّد، بل الظاهر المصرّح به في كلمات بعض الإجماع عليه (1)؛ لأنّ المردود إن كان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقصٌ من حيث حدوث الشركه، و إن كان معيئاً فهو ناقصٌ من حيث حدوث التفريق فيه، و كلّ منهما ناقصٌ يوجب الخيار لو حدث في المبيع الصحيح، فهو أولى بالمنع عن الرّد من نسيان الدابّه الطحن.

و هذا الضرر و إن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقه حيواناً فرده المشتري بخيار الثلاثه إلّا أنّه يوجب الضرر على المشتري؛ إذ قد يتعلّق غرضه بامساك الجزء الصحيح. و يدلّ عليه النصّ المانع عن الرّد بخياطه الثوب و الصبغ (2)، فإنّ المانع فيهما ليس

ص: ٣٠٩

١- ١) صرّح به الشيخ في الخلاف ٣: ١١٠، المسأله ١٨٠ من كتاب البيوع، و السيّد ابن زهره الحلبي في الغنيه: ٢٢٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٩، ٦٣٠.

٢- ٢) تدلّ عليه مرسله جميل المتقدّمه في الصفحه ٢٨٠.

إلّا حصول الشركة [فى الثوب (1)] بنسبه الصبغ و الخياطه لا مجرد تغيّر الهيئه؛ و لذا لو تغيّر بما يوجب الزيادة كالسّمّن لم يمنع عن الرّد قطعاً.

و قد يستدلّ (2) بعد ردّ الاستدلال بتبعّض الصفقه بما ذكرناه مع دفعه (3) بظهور الأدله فى تعلق حقّ الخيار بمجموع المبيع لا كلّ جزء منه؛ لا أقلّ من الشكّ؛ لعدم إطلاق موثوقٍ به، و الأصل للزوم.

و فيه مضافاً إلى أنّ اللازم من ذلك عدم جواز ردّ المعيب منفرداً و إن رضى البائع؛ لأنّ المنع حينئذٍ لعدم المقتضى للخيار فى الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتّى ينتفى برضا البائع -؛ أنّه لا يشكّ أحدٌ فى أنّ دليل هذا الخيار كغيره من أدله جميع الخيارات صريحٌ (4) فى ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا كلّ جزء؛ و لذا لم يجوز أحدٌ تبعيض ذى خيارٍ بين (5) أجزاء ما له فيه الخيار، و لم يحتمل هنا أحدٌ ردّ الصحيح دون المعيب، و إنّما وقع الإشكال فى أنّ محلّ الخيار هو هذا الشىء المعيوب غايه الأمر أنّه يجوز ردّ الجزء الصحيح معه إمّا لئلا يتبعّض الصفقه عليه، و إمّا لقيام الإجماع على جواز رده، و إمّا لصدق المعيوب على المجموع كما تقدّم أو أنّ محلّ الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوباً و لو من حيث بعضه؟

ص: ٣١٠

١-١) لم يرد فى «ق».

٢-٢) استدللّ به صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣:٢٤٨.

٣-٣) فى «ش»: «مع جوابه».

٤-٤) فى «ق»: «صريحه».

٥-٥) فى «ش» بدل «ذى خيار بين»: «ذى الخيار أجزاء».

و بعبارة أخرى: الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب في الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب الخيار (١) أم لا؟ بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة في الرد (٢) في رد المبيع (٣) الظاهر في تمام ما وقع عليه العقد، لكن موردها المبيع الواحد العرفي المتصف بالعيب، نظير أخبار خيار الحيوان، وهذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المبيع إلى غيره، بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفاً باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقي كبعض الثوب، لا جزئه الاعتباري كأحد الشئيين الذي هو محل الكلام.

و منه يظهر عدم جواز التشبث في المقام بقوله في مرسله جميل:

«إذا كان الشيء قائماً بعينه» (٤) لأن المراد ب«الشيء» هو المبيع، و لا شك في قيامه هنا بعينه.

و بالجملة، فالعمد في المسألة مضافاً إلى ظهور الإجماع - ما تقدم (٥): من أن مرجع جواز الرد منفرداً إلى إثبات سلطته للمشتري

ص: ٣١١

١- ١) في «ش»: «للخيار».

٢- ٢) راجع النصوص الواردة في الرد، الوسائل ٤١١: ١٢، ٤١٩، الباب ٢ و ٣ و ٧، وغيرها من أبواب أحكام العيوب.

٣- ٣) كذا في ظاهر «ق»، و في «ش»: البيع.

٤- ٤) تقدمت المرسله في الصفحة ٢٨٠.

٥- ٥) قال الشهيدى قدس سره: «لم يتقدم لهذا ذكر في السابق، و لعل في النسخة تقديمها و تأخيرا و كان العبارة في الأصل هكذا: فالعمد في المسألة مضافاً إلى ما تقدم من ظهور الإجماع أن مرجع.. إلخ»، هدايه الطالب: ٥٢٠.

على الجزء الصحيح من حيث إمساكه ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، و منع سلطنته على الردّ أولاً- أولى، ولا- أقلّ من التساوى، فيرجع إلى أصله اللزوم. و الفرق بينه و بين خيار الحيوان الإجماع، كما أنّ للشفيع أن يأخذ بالشفعه فى بعض الصفقه. و بالجملة، فالأصل كافٍ فى المسأله.

ثم إن مقتضى ما ذكره: من إلحاق تبعض الصفقه بالعيب الحادث:

أنه لو رضى البائع بتبعض الصفقه جاز الردّ، كما فى التذكره معللاً بأنّ الحق لا يعدوهما (١). و هذا ممّا يدلّ على أنّ محلّ الخيار هو الجزء المعيب، إلّا أنّه منع من رده نقضه بالانفراد عن باقى المبيع، إذ لو كان محلّه المجموع لم يجز ردّ المعيب وحده إلّا بالتفاسخ المجوّز لردّ (٢) الصحيح منفرداً أيضاً.

و أمّا الثانى: و هو تعدّد المشتري (٣) بأن اشترى شيئاً واحداً فظهر فيه عيبٌ، فإنّ الأقوى فيه عدم جواز انفراد أحدهما على المشهور كما عن جماعه (٤). و استدللّ عليه فى التذكره (٥) و غيرها (٦) بأنّ التشقيص عيبٌ

ص: ٣١٢

١- (١) التذكره ٥٣٦: ١.

٢- (٢) فى «ش» بدل «المجوّز لردّ»: «و معه يجوز ردّ».

٣- (٣) كذا فى «ق»، و لا- يخفى أنّ الصوره الثانیه بحسب التقسيم المتقدم فى أول البحث إنّما كانت صوره تعدّد البائع، لكن المؤلف قدّس سرّه عكس الترتيب، و أمّا مصحح «ش» فقد عكس العدد فكتب هنا: «و أمّا الثالث»، و فى الصوره الآتیه: «و أمّا الثانى».

٤- (٤) حكاها السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤:٦٣٠) عن المختلف و إيضاح النافع و المسالك و المفاتيح. راجع المختلف ٥:١٨٦، و المسالك ٣:٢٨٦، و المفاتيح ٣:٧١، و إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا.

٥- (٥) راجع التذكره ٥٣٦: ١.

٦- (٦) المسالك ٣:٢٨٦.

مانع من الردّ. خلافاً للمحكّي عن الشيخ في باب الشركة (١) و الإسكافي (٢) و القاضي (٣) و الحلّي (٤) و صاحب البشري (٥)، فجوزوا الافتراق.

و في التذكرة: ليس عندي فيه بُعد؛ إذ البائع أخرج العبد إليهما مشقّصاً، فالشركة حصلت بإيجابه (٤). و قوّاه في الإيضاح (٧) لما تقدّم من التذكرة.

و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفريق بصوره علم البائع بتعدّد المشتري. و استجوده في التحرير (٨) و قوّاه جامع المقاصد (٩) و صاحب المسالك (١٠).

و قال في المبسوط: إذا اشترى الشريكان عبداً بمال الشركة، ثمّ

ص: ٣١٣

-
- ١-١) راجع الخلاف ٣:٣٣٣، المسأله ١٠ من كتاب الشركة، و المبسوط ٢:٣٥١.
 - ٢-٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥:١٨٧، و الشهيد في الدروس ٣:٢٨٥.
 - ٣-٣) لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتبه، نعم حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥:١٨٧، و الشهيد في الدروس ٣:٢٨٥.
 - ٤-٤) السرائر ٢:٣٤٥.
 - ٥-٥) و هو جمال الدين أحمد بن موسى بن جعفر، أخو السيّد ابن طوس، و أمّا كتابه البشري فلا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه الفاضل الآبي في كشف الرموز ١:٤٧٧.
 - ٦-٦) التذكرة ١:٥٣٦.
 - ٧-٧) الإيضاح ١:٤٩٤.
 - ٨-٨) التحرير ١:٢٧٤.
 - ٩-٩) جامع المقاصد ٤:٣٣٤، و فيه: «لا يبعد الفرق بين...».
 - ١٠-١٠) المسالك ٣:٢٨٦.

أصابا به عيباً كان لهما أن يردها و كان لهما أن يمساها، فإن أراد أحدهما الردّ و الآخر الإمساك كان لهما ذلك.

ثم قال: لو اشترى أحد الشريكين للشركة ثم أصابا به عيباً كان لهما أن يردها و أن يمساها، فإن أراد أحدهما الردّ و الآخر الإمساك نُظِرَ: فإن أطلق العقد و لم يخبر البائع أنه قد اشترى للشركة لم يكن له الردّ؛ لأنّ الظاهر أنه اشترى لنفسه، فإذا ادّعى أنه اشترى له و لشريكه، فقد ادّعى خلاف الظاهر، فلم يقبل قوله و كان القول قول البائع مع يمينه.

إلى أن قال: و إن أخبر البائع بذلك، قيل: فيه وجهان: أحدهما و هو الصحيح أنّ له الردّ؛ لأنّ الملك بالعقد وقع لاثنين، فقد علم البائع أنه يبيعه من اثنين و كان لأحدهما أن ينفرد بالردّ دون الآخر، و قيل: فيه وجه آخر، و هو أنه ليس له الردّ، لأنّ القبول في العقد كان واحداً (١)، انتهى.

و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا كان القبول في العقد واحداً عن اثنين، أمّا إذا تحقّق القبول من الشريكين، فلا كلام في جواز الافتراق. ثمّ الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصيل بين علم البائع و جهله.

لكن التأمّل في تمام كلامه قد يعطى التفصيل بين كون القبول في الواقع لاثنين أو لواحد، فإنّه قدّس سرّه علّل عدم جواز الردّ في صورته عدم إخبار المشتري بالاشتراك: بأنّ الظاهر أنه اشترى لنفسه، لا بعدم علم

ص: ٣١٤

البائع بالتعدّد. وكذا حكمه قدّس سرّه بتقدّم قول البائع بيمينه المستلزم لقبول البيّنه من المشتري على أنّ الشراء بالاشتراك دليلٌ على أنّه يجوز التفريق بمجرد ثبوت التعدّد في الواقع بالبيّنه و إن لم يعلم به البائع، إلّا أن يحمل «اليمين» على يمين البائع على نفى العلم، ويراد من «البيّنه» البيّنه على إعلام المشتري للبائع بالتعدّد. وكيف كان، فمبنى المسأله على ما يظهر من كلام الشيخ على تعدّد العقد بتعدّد المشتري و وحدته.

و الأقوى في المسأله: عدم جواز الافتراق مطلقاً؛ لأنّ الثابت من الدليل هنا خيارٌ واحدٌ متقوّمٌ باثنين، فليس لكلّ منهما الاستقلال، و لا دليل على تعدّد الخيار هنا إلّا إطلاق الفتاوى و النصوص: من أنّ «من اشترى معيماً فهو بالخيار» (١) الشامل لمن اشترى جزءاً من المعيب.

لكن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلى غير المقام، و لو سلّمنا الظهور لكن لا ريب في أنّ ردّ هذا المبيع منفرداً عن المبيع الآخر نقصٌ حدث فيه، بل ليس قائماً بعينه و لو بفعل الممسك لحصّته، و هو مانعٌ من الردّ. و من ذلك يعلم قوّه المنع و إن قلنا بتعدّد العقد.

و ما ذكره تبعاً للتذكرة (٢) -: من أنّ التشقيص حصل بإيجاب البائع (٣)، فيه: أنّه أخرجّه غير مبعضٍ و إنّما تبعض بالإخراج، و المقصود

ص: ٣١٥

١- ١) لم ترد العبارة بعينها في النصوص، بل هي مستفاده من الروايات، راجع الوسائل ١٢: ٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، وغيره من أبواب أحكام العيوب.

٢- ٢) التذكرة ٥٣٦: ١.

٣- ٣) الإيضاح ١: ٤٩٤، و مجمع الفائدة ٨: ٤٣٦، و المسالك ٣: ٢٨٦.

حصوله فى يد البائع كما كان قبل الخروج، و خلاف ذلك ضررٌ عليه، و علمُ البائع بذلك ليس فيه إقدامٌ على الضرر إلا على تقدير كون حكم المسأله جواز التبعض، و هو محل الكلام.

و الحاصل: أن الفرق بين هذه المسأله و المسأله الأولى غير وجيه.

و أما الثالث (١): و هو تعدد البائع، فالظاهر عدم الخلاف فى جواز التفريق؛ إذ لا ضرر على البائع بالتفريق.

و لو اشترى اثنان من اثنين عبداً واحداً فقد اشترى كلٌّ من كلِّ ربعاً، فإن أراد أحدهما ردَّ ربعٍ إلى أحد الباعين دخل فى المسأله الثانيه (٢) و لذا لا يجوز؛ لأنَّ المعيار تبعض الصفقه على بائع الواحد.

ص: ٣١٦

١- ١) فى «ش»: «الثانى»، و قد تقدّم الكلام فى وجه ذلك فى الهامش (٣) من الصفحه ٣١٢.

٢- ٢) فى «ش»: «الثالثه».

مسأله يسقط الأرش دون الرد في موضعين:

أحدهما: إذا اشترى ربوياً بجنسه فظهر عيب في أحدهما،

فلا أرش حذراً من الربا.

و يحتمل جواز أخذ الأرش، نفى (1) عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاه وجهاً ثالثاً لبعض الشافعية، موجّهاً له بأن المماثلة في مال الربا إنما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت، و الأرش حقٌ ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق (2)، انتهى.

ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين؛ لأنّ الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس، لأنّه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيءٍ آخر (3)، انتهى.

و عن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا (4)

ص: ٣١٧

١- ١) في «ش»: «و نفى».

٢- ٢) التذكرة ٥٣١: ١.

٣- ٣) التذكرة ٥٣١: ١.

٤- ٤) الجامع للشرائع: ٢٦٨.

المتقدم على العلامة، وحاصل وجهه: أن صفه الصّحّه لم تُقابل بشيءٍ من الثمن حتّى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصّحّه أنقص منه قدرًا، بل لم تُقابل بشيءٍ أصلاً و لو من غير الثمن و إلّا لثبت في ذمّه البائع و إن لم يختر المشتري الأرش، بل الصّحّه وصفٌ التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيءٍ من المال كسائر الصفات المشترطه في المبيع، إلّا أن الشارع جوّز للمشتري مع تبيّن فقده أخذ ما يخصّه بنسبه المعاوضه من الثمن أو غيره. و هذه غرامه شرعيّه حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع.

هذا، و لكن يمكن أن يدعى: أن الاستفادة من أدلّه تحريم الربا و حرمة المعاوضه إلّا مثلاً بمثلٍ بعد ملاحظه أن الصحيح و المعيب جنسٌ واحدٌ أن وصف الصّحّه في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوضٍ، و من المعلوم: أن الأرش عوضٌ وصف الصّحّه عرفاً و شرعاً، فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سبباً لاستحقاق أحدهما على الآخر زائداً على ما يساوى الجنس الآخر. و بالجملة، فبناء معاوضه المتجانسين على عدم وقوع مالٍ في مقابل الصّحّه المفقوده في أحدهما.

□
و المسأله في غايه الإشكال، و لا بدّ من مراجعه أدلّه الربا و فهم حقيقه الأرش، و سيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله.

الثاني: ما لو لم يوجب العيب نقصاً في قيمه،

فإنّه لا يتصور هنا أرشٌ حتّى يحكم بثبوته، و قد مثّلوا لذلك بالخصاء في العيب (1).

ص: ٣١٨

(١-١) كما مثل به في الدروس ٣:٢٨٨، و المسالك ٣:٢٨٤، و الجواهر ٢٣:٢٤٣.

وقد يناقش في ذلك: بأن الخصاص موجبٌ في نفسه لنقص قيمه لفوات بعض المنافع عنه كالفحوله، وإنما يرغب في الخصي قليلاً من الناس لبعض الأغراض الفاسده، أعنى: عدم تستر النساء منه (١) فيكون واسطه في الخدمات بين المرء و زوجته، وهذا المقدار لا يوجب زياده في أصل المائيه، فهو كعنبٍ معيوب يُرغب فيه لجوده خمره.

لكن الإنصاف: أن الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيراً لا نادراً بحيث لا يقدح في قيمته المتعارفه لولا هذا الغرض، صح أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقداراً لمائيه الخصي، فكأن هذا الغرض صار غرضاً مقصوداً متعارفاً، وصحّ الغرض و فساده شرعاً لا دخل لها في المائيه العرفيه، كما لا يخفى.

و بالجمله، فالعبره في مقدار المائيه برغبه الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه، سواء كان من جهه أغراض أنفسهم أم من جهه بيعه على من له غرضٌ فيه مع كثره ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

ص: ٣١٩

١-١) في «ق»: «منهن»، و لعله من سهو القلم.

مسأله يسقط الردّ و الأرش معاً بأمر:

أحدها: العلم بالعيب قبل العقد بلا خلافٍ و لا إشكال؛

لأنّ الخيار إنّما ثبت مع الجهل.

و قد يستدلّ بمفهوم صحيحه زرارته المتقدّمه (١). و فيه نظر.

و حيث لا يكون العيب المعلوم سبباً لخيارٍ، فلو اشترط العالم ثبوت خيار العيب مريداً به الخيار الخاصّ الذي له أحكامٌ خاصّةٌ فسد الشرط و أفسد؛ لكونه مخالفاً للشرع. و لو أراد به مجرّد الخيار كان من خيار الشرط و لحقه أحكامه، لا أحكام خيار العيب.

الثاني: تبرّي البائع عن العيوب إجماعاً في الجملة

على الظاهر المصرّح به في محكي الخلاف (٢) و الغنيه (٣)، و نسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع (٤).

ص: ٣٢٠

١-١) تقدمت في الصفحه ٢٨٠، و استدل به في الجواهر ٢٣٨:٢٣.

٢-٢) الخلاف ١٢٧:٣، المسأله ٢١٣ من كتاب البيوع.

٣-٣) الغنيه: ٢٢١ ٢٢٢.

٤-٤) التذكرة ٥٢٥:١.

و الأصل فى الحكم قبل الإجماع، مضافاً إلى ما فى التذكرة: من أن الخيار إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامه، فإذا صرح البائع بالبراءه فقد ارتفع الإطلاق صحيحه زواره المتقدمه (١) و مكاتبه جعفر ابن عيسى الآتيه (٢).

و مقتضى إطلاقهما كمعقد الإجماع المحكى عدم الفرق بين التبرى تفصيلاً و إجمالاً و لا- بين العيوب الظاهره و الباطنه؛ لا شراك الكلى فى عدم المقتضى للخيار مع البراءه.

خلافاً للمحكى فى السرائر عن بعض أصحابنا: من عدم كفايه التبرى إجمالاً (٣) و عن المختلف نسبه إلى الإسكافى (٤)، بل (٥) إلى صريح آخر كلام القاضى المحكى فى المختلف (٦)، مع أن المحكى عن كامل القاضى موافقه المشهور (٧)، و فى الدروس نسب المشهور إلى أشهر القولين (٨).

ثم إن ظاهر الأدله هو التبرى من العيوب الموجوده حال العقد.

ص: ٣٢١

١- ١) تقدمت فى الصفحه ٢٨٠.

٢- ٢) الآتيه فى الصفحه ٣٤٩ ٣٥٠، و راجع الوسائل ١٢:٤٢٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب، و فيه حديث واحد.

٣- ٣) السرائر ٢:٢٩٦ ٢٩٧.

٤- ٤) المختلف ١٧٠:٥.

٥- ٥) فى «ش» و مصححه «ف»: و قد ينسب إلى.

٦- ٦) نسبه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٢٥، و راجع المختلف ١٧٠:٥ ١٧١.

٧- ٧) حكاه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٢٥، و فيه: «مع أن القاضى فى الكامل وافق».

٨- ٨) الدروس ٢٨٢:٣.

و أما التبرّي من العيوب المتجدّده الموجبه للخيار، فيدلّ على صحّته و سقوط الخيار به عموم «المؤمنون عند شروطهم» (١).

قال في التذكرة بعد الاستدلال بعموم «المؤمنون»: لا يقال:

إنّ التبرّي ممّا لم يوجد يستدعي البراءة ممّا لم يجب؛ لأننا نقول: التبرّي إنّما هو من الخيار الثابت بمقتضى العقد، لا من العيب (٢)، انتهى.

أقول: المفروض أنّ الخيار لا يحدث إلّا بسبب حدوث العيب، و العقد ليس سبباً لهذا الخيار، فإسناد البراءة إلى الخيار لا ينفع، و قد اعترف قدّس سرّه في بعض كلماته بعدم جواز إسقاط خيار الرّؤية بعد العقد و قبل الرّؤية (٣). نعم، ذكر في التذكرة جواز اشتراط نفي خيار الرّؤية في العقد (٤)، لكنّه مخالفٌ لسائر كلماته و كلمات غيره كالشهيد (٥) و المحقّق الثاني (٦).

و بالجملة، فلا- فرق بين البراءة من خيار العيوب و البراءة من خيار الرّؤية، بل الغرر في الأوّل أعظم، إلّا أنّه لما قام النصّ و الإجماع على صحّحه التبرّي من العيوب الموجوده فلا مناص عن التزام صحّته.

مع إمكان الفرق بين العيوب و الصفات المشترطه في العين الغائبه باندفاع الغرر في الأوّل بالاعتماد على أصاله السلامه فلا يقدر عدم التزام البائع

ص: ٣٢٢

١- ١) الوسائل ١٥:٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٢- ٢) التذكرة ١:٥٢٥.

٣- ٣) راجع التذكرة ١:٤٦٧ و ٥٣٣، و تقدم في الصفحه ٢٥٨ أيضاً.

٤- ٤) لم نعر عليه فيها، و نقل عنها سابقاً في خيار الرّؤية: «أنّه فاسد و مفسد»، راجع الصفحه ٢٥٩.

٥- ٥) الدروس ٣:٢٧٦.

٦- ٦) جامع المقاصد ٤:٣٠٣.

بعدها، بخلاف الثاني فإنَّ الغرر لا يندفع فيه إلَّا بالتزام البائع بوجودها فإذا لم يلتزم بها لزم الغرر.

و أمّا البراءة (١) عن العيوب المتجدّده فلا يلزم من اشتراطها غررٌ في البيع حتّى يحتاج إلى دفع الغرر بأصالة عدمها؛ لأنّها غير موجوده بالفعل في المبيع حتّى يوجب جهالاً.

ثمّ إنّ البراءة في هذا المقام يحتمل إضافتها إلى أمور:

الأول: عهده العيوب، ومعناه (٢): عدم (٣) تعهّد سلامته من العيوب، فيكون مرجعه إلى عدم التزام سلامته، فلا يترتب على ظهور العيب ردٌّ ولا أرش، فكأنه باعه على كلّ تقدير.

الثاني: ضمان العيب، وهذا أنسب بمعنى البراءة، ومقتضاه عدم ضمانه بمالٍ، فتصير الصّحّه كسائر الأوصاف المشترطه في عقد البيع - لا توجب إلّا تخبيراً بين الردّ والإمضاء مجاناً، و مرجع ذلك إلى إسقاط أرش العيوب في عقد البيع، لا خيارها.

الثالث: حكم العيب، ومعناه: البراءة من الخيار الثابت بمقتضى العقد بسبب العيب.

ص: ٣٢٣

١-١ (١) شطب على كلمه «البراءة» في «ق».

٢-٢ (٢) قال الشهيدى قدس سره: «ضمير "معناه" راجع إلى "العهد"، و يجوز تذكير الضمير إذا كانت التاء في المرجع مصدرية. و أما ضمير "مرجعه" فهو راجع إلى "التبرّي" لا إلى "العهد"، هذا بناءً على كون النسخه: "و معناه تعهّد سلامته من العيوب"، و أمّا بناءً على كونها: "و معناه عدم تعهّد سلامته من العيوب" فضمير معناه راجع إلى التبرّي، هدايه الطالب: ٥٢٤.

٣-٣ (٣) لم ترد «عدم» في «ش».

و الأظهر فى العرف هو المعنى الأول، و الأنسب بمعنى البراءة هو الثانى.

و قد تقدّم عن التذكرة المعنى الثالث (١)، و هو بعيدٌ عن اللفظ، إلا أن يرجع إلى المعنى الأول. و الأمر سهلٌ.

ثم إن تبرى البائع عن العيوب مطلقاً أو عن عيبٍ خاصٍ إنما يسقط تأثيره من حيث الخيار. أما سائر أحكامه فلا، فلو تلف بهذا العيب فى أيام خيار المشتري لم يزل ضمان البائع لعموم النص (٢).

لكن فى الدروس: أنه لو تبرأ من عيبٍ فتلف به فى زمن خيار المشتري فالأقرب عدم ضمان البائع، و كذا لو علم المشتري به قبل العقد أو رضى به بعده و تلف فى زمان خيار المشتري. و يحتمل الضمان؛ لبقاء علاقه الخيار المقتضى لضمان العين معه. و أقوى إشكالاً ما لو تلف به و بيع آخر تجدد فى الخيار (٣)، انتهى كلامه رفع مقامه.

ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش بها:

منها: زوال العيب قبل العلم به، كما صرح به فى غير موضعٍ من التذكرة (٤)، و مال إليه فى جامع المقاصد (٥)، و اختاره فى المسالك (٦).

ص: ٣٢٤

١-١) تقدّم فى الصفحة ٣٢٢.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٣٥١ و ٣٥٥، الباب ٥ و ٨ من أبواب الخيار.

٣-٣) الدروس ٣:٢٨٣.

٤-٤) التذكرة ١:٥٢٧ و ٥٤١.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٣٥٢.

٦-٦) المسالك ٣:٢٩٣.

بل و كذا لو زال بعد العلم به قبل الردّ، وهو ظاهر التذكرة حيث قال في أواخر فصل العيوب: لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم أقْبضه و قد زال عيبه فلا ردّ، لعدم موجهه. و سبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق على العقد ثم زال قبله، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ سقط حق الردّ (١)، انتهى.

و هو صريح في سقوط الردّ و ظاهر في سقوط الأرش كما لا يخفى على المتأمل، خصوصاً مع تفرّيعه في موضع آخر قبل ذلك عدم الردّ و الأرش معاً على زوال العيب، حيث قال: لو اشترى عبداً و حدث في يد المشتري نكتة بيضاء في عينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما، فقال البائع: الزائله هي القديمة فلا ردّ و لا- أرش، و قال المشتري: بل الحادثه و لى الردّ، قال الشافعي يتحالفان.. إلى آخر ما حكاه عن الشافعي (٢).

و كيف كان، ففي سقوط الردّ بزوال العيب وجه؛ لأنّ ظاهر أدلّه الردّ- خصوصاً بملا- حظه أنّ الصبر على العيب ضررٌ هو ردّ المعيوب و هو المتلبس بالعيب، لا ما كان معيوباً في زمانٍ، فلا يتوهم هنا استصحاب الخيار.

و أمّا الأرش، فلمّا ثبت استحقاق المطالبه به لفوات وصف الصّحّه عند العقد فقد استقرّ بالعقد، خصوصاً بعد العلم بالعيب، و الصّحّه إنّما حدثت في ملك المشتري، فبراءه ذمّه البائع عن عهده العيب المضمون عليه يحتاج إلى دليل، فالقول بثبوت الأرش و سقوط الردّ قويٌّ لو لم يكن تفصيلاً

ص: ٣٢٥

١- (١) التذكرة ٥٤١: ١.

٢- (٢) التذكرة ٥٣٠: ١.

مخالفاً للإجماع.و لم أجد من تعرّض لهذا الفرع قبل العلّامة أو بعده (١).

و منها: التصرّف بعد العلم بالعيب،

فإنّه مسقطّ للأمرين عند ابن حمزه في الوسيله (٢).و لعلّه لكونه علامه الرضا بالمبيع بوصف العيب، و النصّ المثبت للأرش بعد التصرّف ظاهرٌ فيما قبل العلم.و ردّ بأنّه دليل الرضا بالمبيع لا بالعيب.

و الأولى أن يقال:إنّ الرضا بالعيب لا- يوجب إسقاط الأرش، و إنّما المسقط له إبراء البائع عن عهده العيب،و حيث لم يدلّ التصرّف عليه فالأصل بقاء حقّ الأرش الثابت قبل التصرّف،مع أنّ اختصاص النصّ بصوره التصرّف قبل العلم ممنوعٌ،فليراجع.

و منها: التصرّف في المعيب الذي لم ينقص قيمته بالعيب،كالبغل الخصى بل العبد الخصى على ما عرفت (٣)،فإنّ الأرش منتفٍ لعدم تفاوت القيمة،و الردّ لأجل التصرّف.

و قد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب (٤).

ص: ٣٢٦

١- ١) في «ش» زياده ما يلي: «نعم،هذا داخل في فروع القاعده التي اخترعها الشافعي،و هو: أنّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد.لكن عرفت مراراً أنّ المرجع في ذلك هي الأدلّه و لا منشأ لهذه القاعده».

٢- ٢) الوسيله:٢٥٧.

٣- ٣) عرف في الصفحه ٣١٨.

٤- ٤) استشكل فيه الشهيدان في الدروس ٣:٢٨٨،و المسالك ٣:٢٨٤،و راجع مفتاح الكرامه ٤:٦١٣.

و فيه: أن العيب في مثله لا يُعدّ ضرراً مالياً بالفرض، فلا بأس بأن [يكون (١)] الخيار فيه كالثابت بالتدليس في سقوطه بالتصرف مع عدم أرشٍ فيه.

و حلّه: أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلى ما هو أزيد ماله من الموجود، وإما أن يكون من حيث القصد إلى خصوصيته مفقوده في العين مع قطع النظر عن قيمته. والأول مفروض الانتفاء، والثاني قد رضى به و أقدم عليه المشتري بتصرفه فيه، بناءً على أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجيه، كما لو رضى بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه.

إلا أن يقال: إن المقدار الثابت من سقوط الردّ بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش، وإلا فمقتضى القاعده عدم سقوط الردّ بالتصرف كما في غير العيب و التدليس من أسباب الخيار، خصوصاً بعد تنزيل الصحه فيما نحن فيه منزله الأوصاف المشترطه التي لا يوجب فواتها أرشاً، فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به (٢). نعم، لو اقتصر في التصرف المسقط على ما يدلّ على الرضا كان مقتضى عموم ما تقدّم سقوط الردّ بالتصرف مطلقاً.

و منها: حدوث العيب في المعيب المذكور،

و الاستشكال هنا بلزوم الضرر في محلّه، فيحتمل ثبوت الردّ مع قيمه النقص الحادث لو كان

ص: ٣٢٧

(١-١) لم يرد في «ق».

(٢-٢) راجع الجواهر ٢٣:٩٦، و جاء فيه حول خيار تخلف الوصف: «و سقوطه بالتصرف قبل العلم به نحو ما سمعته في الغبن و بعده يسقط إن دلّ على الرضا، و إلا فلا»، و نسبه في مفتاح الكرامه (٤:٥٨٦) إلى ظاهر الأكثر.

موجباً له؛ لأنَّ الصَّحَّه في هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطه في البيع (١) التي لا يوجب فواتها أرشاً، والنصّ الدالّ على اشتراط الردّ بقيام العين و هي المرسله المتقدّمه (٢) مختصّ بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالأرش، والإجماع فيما نحن فيه غير متحقّق، مع ما عرفت من مخالفه المفيد في أصل المسأله (٣).

هذا كلّه، مضافاً إلى أصله جواز الردّ الثابت قبل حدوث العيب؛ و بها يدفع (٤). معارضه الضرر المذكور بتضرّر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلى ملكه بعد خروجه عن ملكه سليماً عن هذا العيب.

و كيف كان، فلو ثبت الإجماع أو استفيض نقله (٥) على سقوط الردّ بحدوث العيب و التغيير على وجهٍ يشمل المقام، و إلا فسقوط الردّ هنا محلّ نظرٍ بل منع.

و منها: ثبوت أحد مانعي الردّ

و منها: ثبوت أحد مانعي الردّ (٦) في المعيب

الذي لا يجوز أخذ

ص: ٣٢٨

١-١) في «ش»: «المبيع».

٢-٢) تقدمت في الصفحه ٢٨٠.

٣-٣) في الصفحه ٣٠٦.

٤-٤) في «ش» بدل «و بها يدفع»: «و هي المرجع بعد».

٥-٥) في «ش»: «بنقله».

٦-٦) قال الشهيدى قدس سرّه: «يعنى بهما: التصرف و حدوث العيب بعد القبض، و إنّما عبّر عنهما بمانعي الردّ مع أنّه جعل المسقطات أربعه، لأنّ الإسقاط "الذى هو أحدها إنّما هو من قبيل المسقط لا المانع، و" تلف العين "الذى هو ثالثها لا يبقى معه موضوع للردّ حتّى يُعدّ مانعاً؛ و جعل الأوّل أوّلاً لتقدّمه في كلامه، و الثانى ثانياً لتأخّره فيه»، هدايه الطالب: ٥٢٦.

أمّا المانع الأوّل، فالظاهر أنّ حكمه كما تقدّم في المعيب الذي لا ينقص ماله (١)؛ فإنّ المشتري لما أقدم على معاوضه أحد الربويين بالآخر أقدم على عدم مطالبه مالٍ زائدٍ على ما يأخذه بدلاً عن ماله وإن كان المأخوذ معيباً، فيبقى وصف الصحّة كسائر الأوصاف التي لا يوجب اشتراطها إلّا جواز الردّ بلا أرشٍ، فإذا تصرّف فيه خصوصاً بعد العلم تصرّفاً دالاً على الرضا بفاقد الوصف المشترك لزم عليه (٢)، كما في خيار التديس بعد التصرّف (٣).

و أمّا المانع الثاني، فظاهر جماعه كونه مانعاً فيما نحن فيه من الردّ أيضاً، وهو مبنيٌّ على عموم منع العيب الحادث من الردّ حتّى في صورته عدم جواز أخذ الأرش. وقد عرفت النظر فيه (٤).

و ذكر في التذكرة وجهاً آخر لامتناع الردّ، وهو: أنّه لو ردّ، فإنّما أن يكون مع أرش العيب الحادث، وإما أن يردّ بدونه، فإن ردّه بدونه كان ضرراً على البائع، وإن ردّ مع الأرش لزم الربا، قال: لأنّ المردود حينئذٍ يزيد على وزن عوضه (٥).

و الظاهر أنّ مراده من ذلك: أنّ ردّ المعيب لما كان بفسخ المعاوضه، ومقتضى المعاوضه بين الصحيح والمعيب من جنسٍ واحدٍ أن

ص: ٣٢٩

١-١) تقدّم في الصفحة ٣١٨.

٢-٢) في «ش»: «لزم العقد».

٣-٣) في «ش» زياده: «نعم، التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط، كما تقدّم».

٤-٤) راجع الصفحة ٣٢٧ ٣٢٨.

٥-٥) التذكرة ٥٣١: ١.

لا- يُضمن وصف الصحه بشيء؛ إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتري الأرش فيما نحن فيه، فيكون وصف الصحه في كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونه بالمال، فإذا حصل الفسخ وجب ترادّ العوضين من غير زياده ولا نقيصه؛ ولذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصه في أحد العوضين، فإذا استردّ المشتري الثمن لم يكن عليه إلّا ردّ ما قابله لا غير، فإن ردّ إلى البائع قيمه العيب الحادث عنده (1) لم يكن ذلك إلّا باعتبار كون ذلك العيب مضموناً عليه بجزء من الثمن، فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثلن و وصف صحته، فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا.

فمراد العلامة قدس سرّه بلزوم الربا: إمّا لزوم الربا في أصل المعاوضه، إذ لو لا ملاحظه جزء من الثمن في مقابله صفه الصحه لم يكن وجه لغرامه بدل الصفه و قيمتها عند استرداد الثمن، و إمّا لزوم الربا في الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثلن و زياده. و الأوّل أولى.

و ممّا ذكرنا ظهر ما في تصحيح هذا: بأنّ قيمه العيب الحادث غرامه لما فات في يده مضموناً عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب، فلا ينضمّ إلى المثلن حتى يصير أزيد من الثمن.

إذ فيه: وضوح الفرق؛ فإنّ المقبوض بالسوم إنّما يتلف في ملك مالكة فيضمنه القابض، و العيب الحادث في (2) المبيع لا يتصور ضمان المشتري له إلّا بعد تقدير رجوع العين في ملك البائع و تلف وصف

ص: ٣٣٠

١- ١) في «ش» زياده: «كما هو الحكم في غير الربويين إذا حصل العيب عنده».

٢- ٢) في «ق» زياده: «ملك»، و الظاهر أنّها من سهو القلم.

الصَّحَّه منه في يد المشتري، فإذا فرض أنَّ صفه الصَّحَّه لا- تقابل بجزءٍ من المال في عقد المعاوضه (١)، فيكون تلفها في يد المشتري كنسيان العبد الكتابه، لا يستحقَّ البائع عند الفسخ قيمتها.

و الحاصل: أنَّ البائع لا يستحقَّ من المشتري إلَّا ما وقع مقابلًا بالثمن، و هو نفس الثمن، من دون اعتبار صحَّته جزءً، فكأنه باع عبداً كاتباً فقبضه المشتري ثمَّ فسخ أو تفسخا بعد نسيان العبد الكتابه (٢).

ثمَّ إنَّ صريح جماعه من الأصحاب عدم الحكم على المشتري بالصبر على المعيب مجاناً فيما نحن فيه (٣)، فذكروا في تدارك ضرر المشتري وجهين، اقتصر في المبسوط على حكايتهما (٤).

أحدهما: جواز ردَّ المشتري للمعيب مع غرامه قيمه العيب الحادث؛ لما تقدّم (٥) إليه الإشاره: من أنَّ أرش العيب الحادث في يد المشتري نظير أرش العيب الحادث في المقبوض بالسوم، في كونها غرامه تالفٍ مضمونٍ على المشتري لا دخل له في العوضين حتى يلزم الربا.

الثاني: أن يفسخ البيع لتعدُّر إمضائه، و إلزام المشتري ببدله من

ص: ٣٣١

١- ١) في «ش» زياده: «الربويه».

٢- ٢) في «ش» زياده: «نعم هذا يصحَّ في غير الربويين؛ لأنَّ وصف الصَّحَّه فيه يقابل بجزءٍ من الثمن فيرد المشتري قيمه العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصَّحَّه».

٣- ٣) منهم العلّامه في القواعد ٢: ٧٩، و التذكرة ١: ٥٣١، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٣٦٣.

٤- ٤) المبسوط ١: ١٣٣.

٥- ٥) تقدم في الصفحه المتقدمه.

غير الجنس معيياً بالعيب القديم و سليماً عن الجديد، و يُجعل بمثابة التالف؛ لا امتناع رده بلا أرض و مع الأرض.

و اختار في الدروس تبعاً للتحريير (1) الوجه الأول مشيراً إلى تضعيف الثاني بقوله: لأنّ تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل (2). و تبعه المحقق الثاني معللاً بأنّ الربا ممنوعه في المعاوضات لا في الضمانات، و أنّه كأرض عيب العين المقبوضه بالسوم إذا حدث في يد المستام و إن كانت ربويّه، فكما لا يعدّ هنا رباً فكذا لا يعدّ في صوره النزاع (3).

أقول: قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين أرض عيب المقبوض بالسوم، فإنّه يحدث في ملك مالكة بيد قابضه، و العيب فيما نحن فيه يحدث في ملك المشتري و لا- يقدر في ملك البائع إلّا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشتري، و المفروض عدم المقابله بينه و بين جزء من المبيع (4).

و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار،

فإن ظاهر الغنيه إسقاطه للرد و الأرض كليهما حيث جعل المسقطات خمسه: التبري، و الرضا بالعيب، و ترك (5) الرد مع العلم؛ لأنه على الفور بلا- خلاف. و لم يذكر في هذه الثلاثة ثبوت الأرض. ثم ذكر حدوث العيب و قال: ليس له ها هنا إلّا الأرض. ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرض (6).

ص: ٣٣٢

١- (١) التحريير ١٨٣: ١.

٢- (٢) الدروس ٢٨٨: ٣.

٣- (٣) جامع المقاصد ٣٦٥: ٤.

٤- (٤) العبارة في «ش» هكذا: «بين شيء منه و بين صحه البيع».

٥- (٥) في «ش» و المصدر بدل «ترك»: «تأخير».

٦- (٦) الغنيه: ٢٢١-٢٢٢.

فإنّ في إلحاق الثالث بالأوليين في ترك ذكر الأرش فيه ثمّ ذكره في الأخيرين و قوله: «ليس (1) هاهنا»، ظهوراً في عدم ثبوت الأرش بالتأخير، مع أنّ هذا هو القول الآخر في المسألة على ما يظهر؛ حيث نسب إلى الشافعي القول بسقوط الردّ و الأرش بالتأخير (2)؛ ولعله لأنّ التأخير دليل الرضا.

و يردّه بعد تسليم الدلالة:- أنّ الرضا بمجرد لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت في التصرف. نعم، سقوط الردّ وحده له وجه، كما هو صريح المبسوط و الوسيله على ما تقدّم (3) من عبارتهما في التصرف المسقط، و يحتمله أيضاً عبارته الغنيه المتقدّمه (4)، بناءً على ما تقدّم في سائر الخيارات: من لزوم الاقتصار في الخروج عن أصله اللزوم على المتيقن السالمه عمّا يدلّ على التراخي، عدا ما في الكفايه: من إطلاق الأخبار و خصوص بعضها (5).

و فيه: أنّ الإطلاق في مقام بيان أصل الخيار، و أمّا الخبر الخاصّ فلم أفق عليه، و حينئذٍ فالقول بالفور وفاقاً لمن تقدّم للأصل لا يخلو

ص: ٣٣٣

١-١) في «ش» زياده: «له»، و شطب عليها في «ق».

٢-٢) العبارة من قوله: «مع أنّ..» إلى هنا وردت في «ش» هكذا: «و هذا أحد القولين منسوب إلى الشافعي»، راجع التذكرة ٥٢٩: ١ و ٥٣٠، و المغني ٤: ١٦٠.

٣-٣) تقدّم في الصفحة ٢٨٣ ٢٨٤.

٤-٤) تقدّمت في الصفحة ٢٨٣.

٥-٥) الكفايه: ٩٤، و فيه: «و مستنده عموم أدله الخيار من غير تقييد، و خصوص بعض الأخبار».

عن قوّه، مع ما تقدّم من نفى الخلاف في الغنيه في كونه على الفور (١).

و لا يعارضه ما في المسالك و الحدائق: من أنه لا نعرف فيه (٢) خلافاً (٣)؛ لأننا عرفناه و لذا جعله في التذكرة أقرب (٤). و كذا ما في الكفايه: من عدم الخلاف (٥)؛ لوجود الخلاف، بل نفى الخلاف (٦).

نعم (٧) ما في الرياض: من (٨) أنه ظاهر أصحابنا المتأخرين كافّه (٩).

و التحقيق رجوع المسأله إلى اعتبار الاستصحاب في مثل هذا المقام و عدمه؛ و لذا لم يتمسك في التذكرة للتراخي إلّا به (١٠)، و إلّا فلا يحصل من فتوى الأصحاب إلّا الشهره بين المتأخرين المستنده إلى الاستصحاب، و لا اعتبار بمثلها و إن قلنا بحجّيه الشهره أو حكايه نفى الخلاف من باب مطلق الظن؛ لعدم الظن كما لا يخفى، و الله العالم.

ص: ٣٣٤

١-١ (١) تقدم في الصفحة ٣٣٢.

٢-٢ (٢) أي: في عدم سقوط الخيار بالتراخي.

٣-٣ (٣) المسالك ٣:٣٠٢، و الحدائق ١١٧:١٩.

٤-٤ (٤) التذكرة ٥٢٩:١، و فيه: «لو علم بالعيب و أهمل المطالبه لحظه هل يسقط الرد؟ الأقرب أنه لا يسقط».

٥-٥ (٥) كفايه الأحكام: ٩٤.

٦-٦ (٦) لم ترد «بل نفى الخلاف» في «ش».

٧-٧ (٧) كذا، و المناسب: «و نعم».

٨-٨ (٨) في «ش»: «نعم في الرياض أنه».

٩-٩ (٩) الرياض ٨:٢٦٠.

١٠-١٠ (١٠) التذكرة ٥٢٩:١، و فيه: «لأن الأصل بقاء ما ثبت».

مسأله قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب لم يبيّنه فعل محظوراً

و كان المشتري بالخيار (١)، انتهى. و مثله ما عن الخلاف (٢).

و في موضع آخر من المبسوط: وجب عليه أن يبيّنه و لا- يكتمه أو يتبرأ إليه من العيوب، و الأوّل أحوط (٣). و نحوه عن فقه الراوندي (٤).

و مثلهما في التحرير، و زاد الاستدلال عليه بقوله: «لئلا يكون غاشياً» (٥).

و ظاهر ذلك كلّ عدم الفرق بين العيب الجليّ و الخفيّ.

و صريح التذكرة و السرائر (٦) كظاهر الشرائع (٧): الاستحباب مطلقاً،

ص: ٣٣٥

١-١) المبسوط ١٣٨:٢.

٢-٢) الخلاف ١٢٥:٣، المسأله: ٢١١.

٣-٣) المبسوط ١٢٦:٢.

٤-٤) فقه القرآن ٥٦:٢.

٥-٥) التحرير ١٨٣:١.

٦-٦) التذكرة ٥٢٥:١ و ٥٣٨، و السرائر ٢٩٦:٢.

٧-٧) الشرائع ٣٦:٢.

و ظاهر جماعه التفصيل بين العيب الخفى و الجلى، فيجب فى الأول مطلقاً كما هو ظاهر جماعه (1)، أو مع عدم التبرى كما فى الدروس (2).

فالمحصّل من ظواهر كلماتهم خمسة أقوال. و الظاهر ابتناء الكلّ على دعوى صدق الغشّ و عدمه.

و الذى يظهر من ملاحظه العرف و اللغه فى معنى الغشّ: أنّ كتمان العيب الخفى و هو الذى لا يظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البيع - غشّ، فإنّ الغشّ كما يظهر من اللغه خلاف النصح.

و أما العيب الظاهر، فالظاهر أنّ ترك إظهاره ليس غشّاً. نعم، لو أظهر سلامته عنه على وجه يعتمد عليه كما إذا فتح قرآناً بين يدي العبد الأعمى مظهرّاً أنّه بصيرٌ يقرأ، فاعتمد المشتري على ذلك و أهمل اختباره كان غشّاً.

قال فى التذكرة فى ردّ استدلال الشافعى على وجوب إظهار العيب مطلقاً بالغشّ -: إنّ الغشّ ممنوعٌ، بل يثبت فى كتمان العيب بعد سؤال المشتري و تبينه، و التقصير فى ذلك من المشتري (3)، انتهى.

و يمكن أن يحمل بقرينه ذكر التقصير على العيب الظاهر. كما أنّه يمكن حمل عبارته التحرير المتقدمه (4) المشتمله على لفظ «الكتمان»،

ص: ٣٣٦

١ - ١) منهم المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤: ٣٣٣، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٨٥، و راجع تفصيله فى مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٩.

٢ - ٢) الدروس ٣: ٢٨٧.

٣ - ٣) التذكرة ١: ٥٣٨.

٤ - ٤) تقدّمت الإشارة إليها فى الصفحه المتقدمه.

و على الاستدلال بالغش على العيب الخفي، بل هذا الجمع ممكن في كلمات الأصحاب مطلقاً. و من أقوى الشواهد على ذلك أنه حكى عن موضعٍ من السرائر: أن كتمان العيوب مع العلم بها حرامٌ و محظورٌ بغير خلافٍ (١)، مع ما تقدم من نسبة الاستحباب إليه، فلاحظ.

ثم التبرى من العيوب هل يسقط وجوب الإعلام في مورده كما عن المشهور (٢)، أم لا؟ فيه إشكال، منشؤه (٣): أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد في التزام البائع بالصحة، فإذا تبرأ من العيوب ارتفع الظهور، أو من جهة إدخال البائع للمشتري فيما يكرهه عامداً و التبرى لا يرفع اعتماد المشتري على أصالة الصحة، فالتغريب إنما هو لترك ما يصرفه عن الاعتماد على الأصل. و الأحوط الإعلام مطلقاً كما تقدم عن المبسوط (٤).

ثم إن المذكور في جامع المقاصد (٥) و المسالك (٦) و عن غيرهما (٧): أنه

ص: ٣٣٧

١-١) السرائر ٢: ٢٩٧، و لكن ليس فيه نفى الخلاف، و لعل المراد من عبارته هكذا: «بغير نقل خلاف»، و يؤيده أنه قال بعد الحكم في موضع منها بالاستحباب: «و قال بعض أصحابنا: بل ذلك واجب».

٢-٢) حكاية السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٦٢٩.

٣-٣) في «ش» بدل «منشؤه»: «نشأ»، و زياده: «من دعوى صدق الغش و من».

٤-٤) تقدم في الصفحه ٣٣٥.

٥-٥) جامع المقاصد ٤: ٣٣٣.

٦-٦) المسالك ٣: ١٢٩ و ٢٨٥.

٧-٧) حكاية السيد العاملي في مفتاح الكرامه (٤: ٦٢٩) عن إيضاح النافع و الميسيه، و حكم به في الجواهر ٢٣: ٢٤٦، أيضاً.

ينبغي بطلان البيع في مثل شوب اللبن بالماء؛ لأنّ ما كان من غير الجنس لا يصحّ العقد فيه، و الآخر مجهول. إلّا أن يقال: إنّ جهاله الجزء غير مانعٍ إن كانت الجملة معلومه، كما لو ضمّ ماله و مال غيره و باعهما ثم ظهر البعض مستحقاً، فإنّ البيع لا يبطل في ملكه و إن كان مجهولاً قدره وقت العقد (1)، انتهى.

أقول: الكلام في مزج اللبن بمقدارٍ من الماء يستهلك في اللبن و لا يُخرجه عن حقيقته كالملاح الزائد في الخبز، فلا وجه للإشكال المذكور. نعم، لو فرض المزج على وجهٍ يوجب تعيب الشيء من دون أن يستهلك فيه بحيث يخرج عن حقيقته إلى حقيقه ذلك الشيء - توجه ما ذكره في بعض الموارد.

ص: ٣٣٨

١-١) العبارة من جامع المقاصد.

اشاره

و هو تارةً في موجب الخيار، و أخرى في مسقطه، و ثالثهً في الفسخ.

أما الأول، [و هو الاختلاف في موجب الخيار] ففيه مسائل:

الأولى لو اختلفا في تعيب المبيع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه،

فالقول قول المنكر بيمينه.

الثانية لو اختلفا في كون الشيء عيباً و تعذر تبين الحال لفقد أهل الخبره

كان الحكم كسابقه. نعم، لو علم كونه نقصاً كان للمشتري الخيار في الردّ دون الأرش، لأصالة البراءه.

الثالثة لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع أو تأخره عن ذلك

بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخيار، كان القول قول منكر تقدّمه؛ للأصل حتّى لو علم تاريخ الحدوث و جهل تاريخ العقد؛ لأنّ أصاله عدم العقد حين حدوث العيب لا يثبت وقوع العقد على المعيب.

و عن المختلف: أنّه حكى عن ابن الجنيّد: أنّه إن ادّعى البائع أنّ العيب حدث عند المشتري حلف المشتري إن كان منكرًا (١)، انتهى (٢).

هذا إذا لم تشهد القرينه القطعيّه ممّا (٣) لا يمكن عادةً حصوله بعد وقت ضمان المشتري أو تقدّمه عليه، و إلّا عمل عليها من غير يمين.

قال في التذكرة: و لو أقام أحدهما بيّنه (٤) عمل بها. ثم قال: و لو أقاما بيّنه عمل بيّنه المشتري، لأنّ القول قول البائع لأنّه منكرٌ، فالبيّنه على المشتري (٥).

و هذا منه مبنيٌّ على سقوط اليمين عن المنكر بإقامه البيّنه، و فيه كلامٌ في محلّه و إن كان لا يخلو عن قوّه.

ص: ٣٤٠

١-١) المختلف ١٧٢: ٥.

٢-٢) في «ش» زياده: «و لعلّه لأصاله عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود، و عدم استحقاقه الثمن كلّاً و عدم لزوم العقد؛ نظير ما إذا ادّعى البائع تغيير العين عند المشتري و أنكر المشتري، و قد تقدّم في محلّه».

٣-٣) كذا في النسخ، و الظاهر: «بما».

٤-٤) لم ترد «بيّنه» في «ق».

٥-٥) التذكرة ٥٤١: ١.

و إذا حلف البائع فلا- بدّ من حلفه على عدم تقدّم العيب أو نفى استحقاق الردّ أو الأرش إن كان قد اختبر المبيع و اطلع على خفايا أمره، كما يشهد بالإعسار و العدالة و غيرهما ممّا يكتفى فيه بالاختبار الظاهر.

و لو لم يختبر، ففي جواز الاستناد في ذلك إلى أصاله عدمه إذا شكّ في ذلك وجهه، احتمله في جامع المقاصد (1) و حكى عن جماعه (2)، كما يُحلف على طهاره المبيع استناداً إلى الأصل. و يمكن الفرق بين الطهاره و بين ما نحن فيه: بأنّ المراد بالطهاره في استعمال المتشرّعه ما يعمّ غير معلوم النجاسه لا الظاهر الواقعي، كما أنّ المراد بالملكيه و الزوجيه ما استند إلى سبب شرعيّ ظاهريّ، كما تدلّ عليه روايه حفص الوارده في جواز الحلف على ملكيه ما أخذ من يد المسلمين (3).

و في التذكره بعد ما حكى عن بعض الشافعيه جواز الاعتماد على أصاله السلامه في هذه الصوره قال: و عندي فيه نظر، أقرببه الاكتفاء بالحلف على نفى العلم (4). و استحسّنه في المسالك، قال: لا اعتضاده بأصاله عدم التقدّم، فيحتاج المشتري إلى إثباته (5). و قد سبقه إلى ذلك في

ص: ٣٤١

١-١) جامع المقاصد ٣٥٥:٤.

٢-٢) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤٥٩:٤.

٣-٣) الوسائل ٢١٥:١٨، الباب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم، الحديث ٢.

٤-٤) التذكره ٥٤١:١.

٥-٥) المسالك ٢٩٩:٣.

الميسية (١)، و تبعه فى الرياض (٢).

أقول: إن كان مراده الاكتفاء بالحلف على نفي العلم فى إسقاط أصل الدعوى بحيث لا تسمع البيّنه بعد ذلك، ففيه إشكالٌ. نعم، لو أُريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البيّنه، فله وجهٌ و إن استقرب فى مفتاح الكرامه أن لا يكتفى بذلك منه، فيردّ الحاكم اليمين على المشتري، فيحلف (٣). و هذا أوفق بالقواعد.

ثمّ الظاهر من عبارته التذكّره اختصاص يمين نفي العلم-على القول به- بما إذا لم يختبر البائع المبيع، بل عن الرياض: لزوم الحلف مع الاختبار على البتّ قولاً واحداً (٤). لكن الظاهر أنّ المفروض فى التذكّره صورته الحاجه إلى يمين نفي العلم؛ إذ مع الاختبار يتمكّن من الحلف على البتّ، فلا-حاجه إلى عنوان مسأله اليمين على نفي العلم، لا أنّ اليمين على نفي العلم لا يكفى من البائع مع الاختبار، فافهم.

فرع:

لو باع الوكيل، فوجد به المشتري عيباً يوجب الردّ ردّه على الموكل؛
لأنّه المالك و الوكيل نائبٌ عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به، فلا عهده عليه.

ص: ٣٤٢

-
- ١- ١) لا يوجد لدينا، نعم حكاه عنه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٥٩.
 - ٢- ٢) الرياض ٨:٢٧٤.
 - ٣- ٣) مفتاح الكرامه ٤:٦٥٩.
 - ٤- ٤) الرياض ١:٥٤٠.

و لو اختلف الموكل و المشتري في قَدَم العيب و حدوثه، فيحلف الموكل على عدم التقدّم كما مرّ، و لا يُقبل إقرار الوكيل بقَدَمه؛ لأنّه أجنبيٌّ.

و إذا كان المشتري جاهلاً- بالوكاله و لم يتمكّن الوكيل من إقامه البينه فادّعى على الوكيل بقَدَم العيب، فإن اعترف الوكيل بالتقدّم لم يملك الوكيل ردّه على الموكل؛ لأنّ إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبه إلى الموكل لا تُقبل إلّا بالبينه، فله إحلاف الموكل على عدم السبق؛ لأنّه لو اعترف نَفَع الوكيل بدفع الظلامه عنه، فله عليه مع إنكاره اليمين. و لو ردّ اليمين على الوكيل فحلف على السبق الزم الموكل. و لو أنكر الوكيل التقدّم حلف ليدفع عن نفسه الحقّ اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكّن من الردّ على الموكل؛ لأنّه لو أقرّ ردّ عليه.

و هل للمشتري تحليف الموكل لأنّه مقرّ بالتوكيل؟ الظاهر لا؛ لأنّ دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته، و على الموكل يستلزم الاعتراف به. و احتمال في جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذهً له بإقراره (١).

ثمّ إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشتري اليمين المردوده و ردّ العين على الوكيل، فهل للوكيل ردّها على الموكل أم لا؟ وجهان، بناهما في القواعد على كون اليمين المردوده كالبينه فينفذ في حقّ الموكل، أو كإقرار المنكر، فلا ينفذ (٢). و نظر (٣) فيه في

ص: ٣٤٣

١- (١) جامع المقاصد ٣٥٩:٤.

٢- (٢) القواعد ٧٨:٢ ٧٩.

٣- (٣) في «ش»: «تنظر».

جامع المقاصد: بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل؛ لأن الوكيل معترفٌ بعدم سبق العيب، فلا تنفعه البينة القائمة على السبق الكاذب باعترافه، قال: اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استناداً إلى الأصل، بحيث لا ينافي ثبوته و لا دعوى ثبوته، كأن يقول:

«لا حق لك عليّ في هذه الدعوى» أو «ليس في المبيع عيبٌ يثبت لك به الردُّ عليّ» فإنه لا تمنع حينئذٍ تخريج المسألة على القولين المذكورين (1)، انتهى.

و في مفتاح الكرامة: أن اعتراضه مبنيٌّ على كون اليمين المردوده كيبته الراد، والمعروف بينهم أنه كيبته المدعى (2).

أقول: كونه كيبته المدعى لا ينافي عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل. و تمام الكلام في محله.

الرابعه لو ردّ سلعه بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته،

قُدّم قول البائع - كما في التذكرة (3) و الدروس (4) و جامع المقاصد (5) لأصالة عدم حق له عليه، و أصالة عدم كونها سلعته. و هذا بخلاف ما لو ردّها بخيارٍ فأنكر كونها

ص: ٣٤٤

١-١ (١) جامع المقاصد ٤:٣٦٠.

٢-٢ (٢) مفتاح الكرامة ٤:٦٦٤ ٤:٦٦٥.

٣-٣ (٣) التذكرة ١:٥٤١.

٤-٤ (٤) الدروس ٣:٢٨٩.

٥-٥ (٥) جامع المقاصد ٤:٣٦١.

له، فأحتمل هنا في التذكرة و القواعد تقديم قول المشتري (١)، و نسبه في التحرير إلى القيل (٢)؛ لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الأولى.

أقول: النزاع في كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف في الخيار و مع الاتفاق عليه، كما لا يخفى. لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف في ثبوت خيار العيب ناشئاً عن كون السلعة هذه المعيوبه أو غيرها، و الحكم بتقديم (٣) قول البائع مع يمينه. و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا في السلعة، فلذى الخيار حينئذٍ الفسخ من دون توقّفٍ على كون هذه السلعة هي المبيعه أو غيرها، فإذا فسخ و أراد ردّ السلعة فأنكرها البائع، فلا وجه لتقديم قول المشتري مع أصله عدم كون السلعة هي التي وقع العقد عليها.

نعم، استدللّ عليه في الإيضاح بعد ما قوّاه- بأنّ الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ، و الاختلاف في موضعين:

أحدهما: خيانه المشتري فيدّعيها البائع بتغيّر السلعة و المشتري ينكرها، و الأصل عدمها. الثاني: سقوط حقّ الخيار الثابت للمشتري، فالبائع يدّعيه و المشتري ينكره و الأصل بقاؤه (٤).

و تبعه في الدروس، حيث قال: لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه

ص: ٣٤٥

١-١) التذكرة ٥٤١:١، و القواعد ٧٩:٢.

٢-٢) التحرير ١٨٥:١.

٣-٣) في «ش»: «تقديم».

٤-٤) الإيضاح ٤٩٩:١.

حلف، و لو صدّقه على كون المبيع معيوباً و أنكر تعيين المشتري حلف المشتري (١)، انتهى.

أقول: أمّا دعوى الخيانه، فلو احتاجت إلى الإثبات و لو كان معها أصله عدم كون المال الخاصّ هو المبيع، لوجب القول بتقديم [قول (٢)] المشتري في المسأله الأولى و إن كانت هناك أصول متعدّده على ما ذكرها في الإيضاح و هي: أصله عدم الخيار، و عدم حدوث العيب، و صحّحه القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأنّ أصله عدم الخيانه مستندها ظهور حال المسلم، و هو واردٌ على جميع الأصول العدميه (٣)، نظير أصله الصّحه.

و أمّا ما ذكره: من أصله صحّحه القبض، فلم نتحقّق معناها و إن فسّرناها من قبله بما ذكرنا، لكن أصله الصّحه لا تنفع لإثبات لزوم القبض.

و أمّا دعوى سقوط حقّ الخيار فهي أنما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه في الدروس و إلّا فأكثر الخيارات ممّا أجمع على بقاءه مع التلف، مع أنّ أصله عدم سقوط الخيار لا تثبت إلّا بثبوته، لا وجوب قبول هذه السلعه إلّا من جهه التلازم الواقعي بينهما. و لعلّ نظر الدروس إلى ذلك (٤).

ص: ٣٤٦

١- (١) الدروس ٢٨٩: ٣.

٢- (٢) لم يرد في «ق».

٣- (٣) في «ش»: «العملية».

٤- (٤) في «ش»، و هامش «ف» زياده: «لكن للنظر في إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجارى في الآخر مجال، كما تبهنا عليه مراراً».

وَأَمَّا الثَّانِي (١) وَهُوَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْمَسْقُوطِ فِيهِ أَيْضًا مَسَائِلُ:

الأولى لو اختلفا في علم المشتري بالعيب و عدمه

قدّم منكر العلم، فيثبت الخيار.

الثانية لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده

على القول بأنّ زواله بعد العلم لا- يُسقط الأرش بل ولا الردّ ففي تقديم مدّعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه و عدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدّعى عدم ثبوت الخيار؛ لأنّ سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابتٍ فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار، وجهان، أقواهما الأوّل.

و العبارة المتقدّمة من التذكرة (٢) في سقوط الردّ بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الردّ تومئ إلى الثاني، فراجع.

و لو اختلفا بعد حدوث عيبٍ جديدٍ و زوال أحد العييين في كون الزائل هو القديم حتّى لا يكون خيارٌ أو الحادث حتّى يثبت الخيار، فمقتضى القاعده بقاء القديم الموجب للخيار. و لا يعارضه أصالة بقاء الجديد؛ لأنّ بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلّا من حيث

ص: ٣٤٧

١- (١) عدلٌ لقوله: «أما الأوّل» في الصفحة ٣٣٩.

٢- (٢) تقدّمت في الصفحة ٣٤٠، و راجع الصفحة ٣٢٥ أيضاً.

استلزامه لزوال القديم، وقد ثبت في الأصول: أن أصاله عدم أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليرتب عليه حكمه (١).

لكن المحكي في التذكرة عن الشافعي في مثله التحالف، قال:

لو اشترى عبداً و حدث في يد المشتري (٢) نكته بياض بعينه، و وجد نكته قديمه، ثم زالت إحداهما، فقال البائع: الزائله القديمه فلا ردّ و لا- أورش، و قال المشتري: بل الحادثه و لي الردّ، قال الشافعي: يحلفان على ما يقولان، فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الردّ و استفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش (٣)، انتهى.

الثالثه لو كان عيبً مشاهداً

الثالثه لو كان عيبً مشاهداً (٤) غير المتفق عليه،

فادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه، ففي الدروس: أنه كالعيب المنفرد (٥)، يعني أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا في السبق و التأخر.

و لعله لأصاله عدم التقدّم.

و يمكن أن يقال: إن عدم التقدّم هناك راجع إلى عدم سبب

ص: ٣٤٨

١- (١) راجع فرائد الأصول ٢:٦٠ و ٣٣٨.

٢- (٢) كذا في المصدر، و في «ش»: «في يده»، و في «ق»: «في يد المشتري في يده».

٣- (٣) التذكرة ١:٥٣٠.

٤- (٤) في «ش»: «مشاهد».

٥- (٥) الدروس ٣:٢٨٩.

الخيار، و أما هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط، بل المسقط هو حدوث العيب عند المشتري، وقد مرّ غير مرّة: أنّ أصله التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث في الزمان المتأخر، وإنما يثبت (١) عدم التقدّم الذي لا يثبت به التأخر.

ثمّ قال في الدروس: و لو ادّعى البائع زياده العيب عند المشتري و أنكر احتمال حلف المشتري لأنّ الخيار متيقّن و الزيادة موهومته، و يحتمل حلف البائع إجراءً للزيادة مجرى العيب الجديد (٢).

أقول: قد عرفت الحكم في العيب الجديد و أنّ حلف البائع فيه محلّ نظر.

ثمّ لا- بدّ من فرض المسأله فيما لو اختلفا في مقدارٍ من العيب موجودٍ زائدٍ على المقدار (٣) المتفق عليه أنّه كان متقدّمًا أو متأخرًا. و أمّا إذا اختلفا في أصل الزيادة، فلا إشكال في تقديم قول المشتري.

الرابعه لو اختلفا في البراءه قدّم منكرها،

فيثبت الخيار؛ لأصله عدمها الحاكمه على أصله لزوم العقد.

و ربّما يترأى من مكاتبه جعفر بن عيسى خلاف ذلك، قال:

«كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك! المتاع يباع في "من

ص: ٣٤٩

١- ١) في «ش» زياده: «بها».

٢- ٢) الدروس ٢٨٩: ٣.

٣- ٣) في «ق» كلمه غير واضحه، لعلها: «المتعين»، أو «المعّين».

يزيد¹ فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه: برىء من كل عيبٍ فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه و لم يبقَ إلّا نقد الثمن فرّبما زهد فيه، فإذا زهد فيه ادّعى عيوباً و أنّه لم يعلم بها، فيقول له المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أ يصدّق فلا يجب عليه، أم لا يصدّق؟ فكتب عليه السلام أنّ عليه الثمن.. الخبر» (١).

و عن المحقّق الأردبيلي: أنّه لا يلتفت الى هذا الخبر لضعفه مع الكتابه و مخالفه القاعده (٢)، انتهى.

و ما أبعد ما بينه و بين ما فى الكفايه: من جعل الروايه مؤيّدته لقاعده «البينه على المدّعى و اليمين على من أنكر» (٣)، و فى كلّ منهما نظر.

و فى الحدائق: أنّ المفهوم من مساق الخبر المذكور: أنّ إنكار المشتري إنّما وقع مدالسه؛ لعدم رغبته فى المبيع، و إلّا فهو عالمٌ بتبرّى البائع، و الإمام عليه السلام إنّما ألزمه بالثمن من هذه الجهه (٤).

□
و فيه: أنّ مراد السائل ليس حكم العالم بالتبرّى المنكر له فيما بينه و بين الله، بل الظاهر من سياق السؤال استعمال من يقدم قوله فى ظاهر الشرع من البائع و المشتري، مع أنّ حكم العالم بالتبرّى المنكر له مكابره معلومٌ لكلّ أحدٍ، خصوصاً للسائل، كما يشهد به قوله: «أ يصدّق أم لا يصدّق؟» الدالّ على وضوح حكم صورتى صدقه و كذبه.

ص: ٣٥٠

١- (١) الوسائل ١٢: ٤٢٠، الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب.

٢- (٢) مجمع الفائدة ٨: ٤٣٧.

٣- (٣) كفايه الأحكام: ٩٤.

٤- (٤) الحدائق ١٩: ٩١.

و الأولى توجيه الروايه: بأنّ الحكم بتقديم قول المنادى لجريان العاده بنداء الدلّال عند البيع بالبراءه من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري مخالفه للظاهر، نظير دعوى الغبن و الغفله عن قيمه ممّن لا يخفى عليه قيمه المبيع.

بقى في الروايه إشكال آخر؛ من حيث إنّ البراءه من العيوب عند نداء المنادى لا يجدى في سقوط خيار العيب، بل يعتبر وقوعه في متن العقد.

و يمكن التفصيلى عنه: إمّا بالتزام كفايه تقدّم الشرط على العقد بعد وقوع العقد عليه، كما تقدّم (1) في باب الشروط. و إمّا بدعوى أنّ نداء الدلّال بمنزله الإيجاب؛ لأنّه لا ينادى إلّا بعد أن يرغب فيه أحد الحضّار بقيمته، فينادى الدلّال و يقول: بعثك هذا الموجود بكلّ عيب، و يكرّر ذلك مراراً من دون أن يتمّ الإيجاب حتّى يتمكن من إبطاله عند زياده من زاد، و الحاصل: بجعل نداءه إيجاباً للبيع. و لو أبيت إلّا عن أنّ المتعارف في الدلّال كون نداءه قبل إيجاب البيع، أمكن دعوى كون المتعارف في ذلك الزمان غير ذلك، مع أنّ الروايه لا تصرّح فيها بكون البراءه في النداء قبل الإيجاب، كما لا يخفى.

ص: ٣٥١

١ - ١) كذا في «ق»، و في «ش»: «كما يأتي»، و هذا هو المناسب للترتيب الموجود في النسخ، حتّى نسخه الأصل و هي «ق» حيث إنّ «القول في الشروط» يأتي متأخراً في الجزء السادس الصفحه ١١-، و الظاهر أنّ المؤلّف قدس سرّه كتب «القول في الشروط» قبل هذا الموضوع، ثمّ حصل تقديم و تأخير في تنضيد الأوراق. و يؤيد هذا الاستظهار بدأ باب الشروط في نسخه «ق» بالتحميد.

ثمّ الحلف هنا على نفى العلم بالبراءة؛ لأنه الموجب لسقوط الخيار لا انتفاء البراءة واقعاً.

الخامسة لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار أو تصرّفه فيه أو حدوث عيب عنده،

حلف المشتري؛ لأصله عدم هذه الأمور.

و لو وُجد في المعيب عيبٌ اختلفا في حدوثه و قدّمه، ففي تقديم مدعى الحدوث؛ لأصله عدم تقدّمه كما تقدّم سابقاً في دعوى تقدّم العيب و تأخّره (١) أو مدعى عدمه؛ لأصله بقاء الخيار الثابت بالعقد على المعيب و الشك في سقوطه بحدوث العيب الآخر في ضمان المشتري، فالأصل عدم وقوع العقد على السليم من هذا العيب حتّى يضمّنه المشتري (٢)..

و أمّا الثالث

و أمّا الثالث (٣)، ففيه مسائل:

الأولى لو اختلفا في الفسخ، فإن كان الخيار باقياً فله إنشاؤه.

و في الدروس:

ص: ٣٥٢

١-١) راجع الصفحة ٣٣٩ ٣٤٠.

٢-٢) كذا في النسخ، و لا يخفى عدم مجيء جواب «لو»، و هو «وجهان».

٣-٣) و هو الاختلاف في الفسخ، و راجع المقسم في الصفحة ٣٣٩.

أنه يمكن جعل إقراره إنشاءً (١). ولعله لما اشتهر: من أن «مَنْ مَلَكَ شيئاً مَلَكَ الإقرار به» كما لو ادعى الزوج الطلاق. ويدل عليه بعض الأخبار الواردة فيمن أخبر بعق مملوكه ثم جاء العبد يدعى النفقه على أيتام الرجل و أنه رق لهم (٢). وسيجيء الكلام في (٣) هذه القاعده.

و إن كان بعد انقضاء زمان الخيار كما لو تلف العين -افتقر مدعيه إلى البينه، و مع عدمها حلف الآخر على نفي علمه بالفسخ إن ادعى عليه علمه بفسخه.

ثم إذا لم يثبت الفسخ فهل يثبت للمشتري المدعى للفسخ الأرش لئلا يخرج من الحقين، أم لا؛ لإقراره بالفسخ؟ و زاد في الدروس: أنه يحتمل أن يأخذ أقل الأمرين من الأرش و ما زاد على قيمه من الثمن إن اتفق؛ لأنه بزعمه يستحق استرداد الثمن و ردّ قيمه، فيقع التقاض

ص: ٣٥٣

١-١) الدروس ٢٨٦:٣.

٢-٢) لم نعثر على الخبر، و قال السيد اليزدي في حاشيته على الكتاب -في الصفحه ٩٥ ذيل قول المؤلف: «و يدل عليه بعض الأخبار»: «أقول الظاهر أن نظره إلى ما ورد بهذا المعنى فيمن أقر ببيع مملوكه ثم جاء و ادعى الرقيه، و إلا فلم نر خبراً في العتق على ما وصفه بعد الفحص، فيكون لفظ "العتق" غلطاً من النسخه أو سهواً من القلم بدلاً عن لفظ "البيع"، و أما ما أشرنا إليه فهو الخبر عن محمد بن عبد الله الكاهلي، قال: قلت لأبي عبد الله: كان.. إلخ»، راجع الوسائل ١٣:٥٣، الباب ٢٦ من أبواب بيع الحيوان، و فيه حديث واحد.

٣-٣) في «ش» زياده: «فروع».

فى القيمه (١) و يبقى قدر الأرش مستحقاً على التقديرين (٢)، انتهى.

الثانيه لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت

بناءً على فوريه الخيار ففى تقديم مدعى التأخر؛ لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فى أول الزمان، أو مدعى عدمه؛ لأصالة صحه الفسخ، وجهان.

و لو كان منشأ النزاع الاختلاف فى زمان وقوع العقد مع الاتفاق على زمان الفسخ، ففى الحكم بتأخر العقد لتصحيح الفسخ وجه، يُضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجع حقيقه إلى أصالة عدم تقدمه على الزمان المشكوك وقوعه فيه لا يُثبت وقوع الفسخ فى أول الزمان.

و هذه المسأله نظير ما لو ادعى الزوج الرجوع فى عدّه المطلقه و ادعت هى تأخره عنها.

الثالثه لو ادعى المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته بناءً على فوريته

- سُمع قوله إن احتمل فى حقه الجهل، للأصل. و قد يفصل بين الجهل بالخيار فلا يعذر إلّا إذا نشأ فى بلد لا يعرفون الأحكام و الجهل بالفوريه فيعذر مطلقاً؛ لأنه ممّا يخفى على العامه.

ص: ٣٥٤

١- ١) فى «ش» و المصدر: «قدر القيمه».

٢- ٢) الدروس ٢٨٧: ٣.

و ذكر بعض أفرادہ اعلم أنّ حكم الردّ و الأرش معلقٌ فى الروايات على مفهوم «العيب» و «العوار».

أمّا العوار، ففى الصحاح: أنّه العيب (١). و أمّا العيب، فالظاهر من اللغة و العرف: أنّه النقص عن مرتبه الصحّحه المتوسّطه بينه و بين الكمال.

فالصحّحه: «ما يقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشىء لو خُلّي و طبعه»، و العيب و الكمال يلحقان له لأمرٍ خارجٍ عنه.

ثمّ مقتضى حقيقه الشىء قد يُعلم (٢) من الخارج، كمقتضى حقيقه الحيوان-الأناسى و غيره فإنّه يعلم أنّ العمى عيبٌ، و معرفه الكتابه فى العبد و الطبخ فى الأمه كمالٌ فيهما. و قد يستكشف ذلك بملاحظه أغلب الأفراد، فإنّ وجود صفهٍ فى أغلب أفراد الشىء يكشف عن كونه مقتضى الماهية المشتركة بين أفرادہ، و كون التخلّف فى النادر لعارضٍ.

و هذا و إن لم يكن مطّرداً فى الواقع؛ إذ كثيراً ما يكون أغلب

ص: ٣٥٥

١- ١) الصحاح ٢: ٧٦١، ماده «عور».

٢- ٢) فى «ش»: «يعرف».

الأفراد متّصفهً بصفهٍ لأمرٍ عارضٍ أو لأمرٍ مختلفهٍ، إلّا أنّ بناء العرف و العاده على استكشاف حال الحقيقه عن حال أغلب الأفراد؛ و من هنا استمرّت العاده على حصول الظنّ بثبوت صفهٍ لفردٍ من ملاحظه أغلب الأفراد، فإنّ وجود الشئ في أغلب الأفراد لا يمكن (١) الاستدلال به على وجوده في فردٍ غيرها؛ لاستحاله الاستدلال و لو ظنّاً-بالجزئي على الجزئي، إلّا أنّه يستدلّ من حال الأغلب على حال القدر المشترك، ثمّ يستدلّ من ذلك على حال الفرد المشكوك.

إذا عرفت هذا تبيّن لك الوجه في تعريف العيب في كلمات كثيرٍ (٢) منهم ب«الخروج عن المجرى الطبيعي»، و هو ما يقتضيه الخلقه الأصليه.

و أنّ المراد بالخلقه الأصليه: ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع، و أنّ ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيبٌ، و ما خرج عنه بالمزيه فهو كمالٌ، فالضيعه إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها، فزياده الخراج على ذلك المقدار عيبٌ، و نقصه عنه كمالٌ، و كذا كونها مورد العساكر.

ثمّ لو تعارض مقتضى الحقيقه الأصليه و حال أغلب الأفراد التي يستدلّ بها على حال الحقيقه عرفاً رُجِحَ الثاني و حُكِمَ للشئ بحقيقه ثانويه اعتباريه يُعتبر الصحه و العيب و الكمال بالنسبه إليها. و من هنا لا يُعدّ ثبوت الخراج على الضيعه عيباً مع أنّ حقيقتها لا تقتضى ذلك،

ص: ٣٥٦

١- ١) في «ش»: «و إن لم يمكن».

٢- ٢) منهم العلامه في القواعد ٢:٧٢، و راجع جامع المقاصد ٤:٣٢٢ ٤:٣٢٣، و الحدائق ١١٣:١٩، و مفتاح الكرامه ٤:٦١٠.

و إنما هو شيءٌ عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانويه، فالعيب لا يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب. و لعل هذا هو الوجه في قول كثيرٍ منهم (١) بل عدم الخلاف بينهم في أن الثبوت ليس عيباً في الإماء.

و قد ينعكس الأمر فيكون العيب في مقتضى الحقيقة الأصليه، و الصحه (٢) من مقتضى الحقيقة الثانويه، كالعُلفه فإنها عيبٌ في الكبير؛ لكونها مخالفه لما عليه الأغلب. إلا أن يقال: إن العُلفه بنفسها ليست عيباً إنما العيب كون الأُلف مورداً للخطر بختانه؛ و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير.

و يمكن أن يقال: إن العبره بالحقيقه الأصليه و النقص عنها عيب و إن كان على طبق الأغلب، إلا أن حكم العيب لا يثبت مع إطلاق العقد حينئذ؛ لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامه، فيكون كما لو التزمه صريحاً في العقد، فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصليه لم يقتض إطلاق ذلك بل اقتضى عكسه، أعنى التزام البراءه من ذلك النقص. فإطلاق العقد على الجاربه بحكم الغلبه منزلاً على التزام البراءه من عيب الثبوتيه، و كذا العُلفه في الكبير، فهي

ص: ٣٥٧

١ - ١) منهم: المحقق في الشرائع ٣٧:٢، و المختصر النافع: ١٢٦، و العلامه في القواعد ٧٣:٢، و غيره من كتبه، و الفاضل الآبي في كشف الرموز ١:٤٨٠ مع ادعائه عدم الخلاف بين الأصحاب، راجع تفصيل الأقوال في مفتاح الكرامه ٤:٦١٨، و الجواهر ٢٣:٢٧٦.
٢ - ٢) في «ش» زياده: «بالخروج» مع تبديل «من» ب «إلى».

أيضاً عيبٌ في الكبير لكون العبد معها مورداً للخطر عند الختان، إلا أن الغالب في المجلوب من بلاد الشرك لما كان هي الغلفه لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب، بل اقتضى التزام البائع البراءه من هذا العيب.

فقولهم: «إنَّ الثيبوبه ليست عيباً في الإمام»، و قول العلامه قدس سرّه في القواعد: «إنَّ العُلفه ليست عيباً في الكبير المجلوب» (١) لا يبعد إرادتهم نفي حكم العيب من الردّ و الأرش، لا نفي حقيقته. و يدلّ عليه نفي الخلاف في التحرير عن كون الثيبوبه ليست عيباً (٢)، مع أنه في التحرير (٣) و التذكره (٤) اختار الأرش مع اشتراط البكّاره، مع أنه لا أرش في تخلف الشرط بلا خلافٍ ظاهر.

و تظهر الثمره فيما لو شرط (٥) المشتري البكّاره و الختان، فإنّه يثبت على الوجه الثاني حكم العيب من الردّ و الأرش؛ لثبوت العيب، غايه الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق؛ لتنزله منزله تبيّر البائع من هذا العيب، فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب. و أما على الوجه الأوّل، فإنّ الاشتراط لا يفيد إلا خيار تخلف الشرط دون الأرش.

ص: ٣٥٨

١ - ١) القواعد ٧٣: ٢، و العبارة من قوله بالمعنى، فإنّه قال عند عدّ العيوب -: «و عدم الختان في الكبير، دون الصغير و الأمه و المجلوب من بلاد الشرك».

٢ - ٢) التحرير ١٨٢: ١.

٣ - ٣) التحرير ١٨٦: ١.

٤ - ٤) التذكره ٥٣٩: ١.

٥ - ٥) في «ش»: «اشتراط».

لكنّ الوجه السابق أقوى، و عليه فالعيب إنّما يوجب الخيار إذا لم يكن غالباً في أفراد طبيعه بحسب نوعها أو صنفها، و الغلبه الصنفيّه مقدّمه على النوعيه عند التعارض، فالثبوت في الصغيره الغير المجلوبه عيب؛ لأنها ليست غالبه في صنفها و إن غلبت في نوعها.

ثمّ إنّ مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشيء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالاً، فإنّ الإنسان الخصى ناقص في نفسه و إن فرض زيادته من حيث كونه مالاً، و كذا البغل الخصى حيوان ناقص و إن كان زائداً من حيث المائيه على غيره؛ و لذا ذكر جماعة ثبوت الردّ دون الأرش في مثل ذلك (1).

و يحتمل قوياً أن يقال: إنّ المناط في العيب هو النقص المالي، فالنقص الخلقى الغير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيباً، إلّا أنّ الغالب في أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلاً على إقدام المشتري على الشيء (2) مع عدم هذا النقص اعتماداً على الأصل و الغلبه، فكانت السلامه عنه بمنزله شرط اشتراط في العقد، لا يوجب تخلفه إلّا خيار تخلف الشرط.

و تظهر الثمره في طرق موانع الردّ بالعيب بناءً على عدم منعها عن الردّ بخيار تخلف الشرط، فتأمل. و في صورته حصول هذا النقص قبل القبض أو في مدّه الخيار، فإنّه مضمون على الأوّل بناءً على إطلاق

ص: ٣٥٩

١ - ١) كما تقدّم عنهم في الصفحه ٣١٨ في الموضوع الثاني من الموضوعين اللذين يسقط فيهما الأرش دون الردّ، و راجع مفتاح الكرامه ٦١٣:٤٠٤٤.

٢ - ٢) في «ش» بدل «الشيء»: «الشراء».

كلماتهم: أن العيب مضمونٌ على البائع، بخلاف الثاني فإنه لا دليل على أن فقد الصفه المشترطه قبل القبض أو فى مدّه الخيار مضمونٌ على البائع، بمعنى كونه سبباً للخيار.

و للنظر فى كلا شقّى الثمره مجال.

و ربّما يستدلّ (١) لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسله السيارى الحاكيه لقضيّه (٢) ابن أبى ليلى، حيث قدّم إليه رجلٌ خصماً له، فقال: إنّ هذا باعنى هذه الجاريه فلم أجد على ركبها حين كشفها (٣) شعراً، و زعمت أنّه لم يكن لها قطّ، فقال له ابن أبى ليلى: إنّ الناس ليحتالون لهذا بالحيل حتّى يذهبوه، فما الذى كرهت؟ فقال له: أيها القاضى إن كان عيباً فاقض لى به، قال (٤) حتّى أخرج إليك فإنّى أجد أذى فى بطنى، ثم دخل بيته و خرج من بابٍ آخر، فأتى محمّد بن مسلم الثقفى، فقال له: أى شىء تروون عن أبى جعفر عليه السلام فى المرأه لا يكون على ركبها شعراً، أ يكون هذا عيباً؟ فقال له محمّد بن مسلم:

□
أمّا هذا نصّاً فلا- أعرفه، و لكن حدّثنى أبو جعفر عن أبيه، عن آبائه، عن النبى صلى الله عليه و آله، قال: «كلّ ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيبٌ» فقال له ابن أبى ليلى: حسبك هذا فرجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب (٥).

ص: ٣٦٠

١- (١) راجع الجواهر ٢٤٣:٢٣.

٢- (٢) فى «ش»: «لقصّه».

٣- (٣) كذا فى النسخ، و الصواب: «كشفتها»، كما فى الوسائل.

٤- (٤) فى «ش»: «زياده: (فاصبر)».

٥- (٥) الوسائل ١٢:٤١٠، الباب الأوّل من أحكام العيوب، و فيه حديث واحد.

فإنّ ظاهر إطلاق الروايه المؤيّد بفهم ابن مسلم من حيث نفى نصوصيّه الروايه في تلك القضيّه المشعر بظهورها فيها، و فهم ابن أبي ليلى من حيث قوله و عمله كون مجرّد الخروج عن المجرى الطبيعي عيباً (١) و إن كان مرغوباً فلا ينقص لأجل ذلك من عوضه، كما يظهر من قول ابن أبي ليلى: «إنّ الناس ليحتالون.. إلخ»، و تقرير المشتري له في ردّه.

لكنّ الإنصاف: عدم دلالة الروايه على ذلك.

أمّا أولاً: فلأنّ ظاهر الحكايه أنّ ردّ المشتري لم يكن لمجرّد عدم الشعر بل لكونها في أصل الخلقه كذلك، الكاشف عن مرض في العضو أو في أصل المزاج، كما يدلّ عليه عدم اكتفائه في عذر الردّ بقوله: «لم أجد على ركبها شعراً» حتّى ضمّ إليه دعواه «أنّه لم يكن لها قطّ».

و قول ابن أبي ليلى: «إنّ الناس ليحتالون في ذلك حتّى يذهبوه» لا يدلّ على مخالفه المشتري في كشف ذلك عن المرض، و إنّما هي مغالطه عليه تفضيلاً عن خصومته، لعجزه عن حكمها، و إلّا فالاحتيال لإذهاب شعر الركب لا يدلّ على أنّ عدمه في أصل الخلقه شيء مرغوب فيه، كما أنّ احتيالهم لإذهاب شعر الرأس لا يدلّ على كون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمراً مرغوباً فيه.

و بالجملة، فالثابت من الروايه هو كون عدم الشعر على الركب ممّا يُقطع أو يُحتمل كونه لأجل مرضٍ عيباً. و قد عُيّد من العيوب الموجبه للأرش ما (٢) هو أدون من ذلك.

ص: ٣٦١

١-١) في «ق»: «غالباً».

٢-٢) في «ش» و «محتمل» «ق»: «بما».

و أما ثانياً:فلأنّ قوله عليه السلام:«فهو عيبٌ»إنّما يراد به بيان موضوع العيب توطئهً لثبوت أحكام العيب له،و الغالب الشائع المتبادر فى الأذهان هو ردّ المعيوب؛و لذا اشتهر:كلّ معيوبٍ مردودٌ.و أمّا باقى أحكام العيب و خياره مثل عدم جواز ردّه بطرؤ موانع الردّ بخيار العيب،و كونه مضموناً على البائع قبل القبض و فى مدّه الخيار-فلا يظهر من الروايه ترتبها على العيب،فتأمّل.

و ثالثاً (١):فلأنّ (٢)الروايه لا- تدلّ على الزائد عما يدلّ عليه العرف؛لأنّ المراد بالزيادة و النقيصه على أصل الخلقه ليس مطلق ذلك قطعاً،فإنّ زياده شعر رأس الجاربه أو حدّه بصر العبد أو تعلّمهما للصنعه (٣)و الطبخ،و كذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس ليس عيباً قطعاً،فتعيّن أن يكون المراد بها الزيادة و النقيصه الموجبتين لنقصٍ فى الشىء من حيث الآثار و الخواصّ المترتبه عليه،و لازم ذلك نقصه من حيث المائيه؛لأنّ المال المبذول فى مقابل الأموال بقدر ما يترتّب عليها من الآثار و المنافع.

و رابعاً (٤):لو سلّمنا مخالفه الروايه للعرف فى معنى العيب،فلا ينهض لرفع اليد بها عن العرف المحكّم فى مثل ذلك لولا النصّ المعبر،لا مثل هذه الروايه الضعيفه بالإرسال و المرسل (٥)،فافهم.

ص: ٣٦٢

١-١) فى «ش»:«و أمّا ثالثاً».

٢-٢) فى «ف»و«ق»بدل «فلان»:«أن».

٣-٣) فى «ش»و محتمل «ق»:«للصيغه».

٤-٤) فى «ش»:«و أمّا رابعاً فلأنا».

٥-٥) لم ترد «و المرسل»فى «ش».

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ الأولى فى تعريف العيب ما فى التحرير و القواعد: من أنّه نقصٌ فى العين، أو زيادةٌ فيها تقتضى النقيصه المائيه فى عادات التجار (١). و لعلّه المراد بما فى الروايه كما عرفت و مراد كلّ من عبّر بمثلها؛ و لذا قال فى التحرير بعد ذلك: «و بالجمله كلّ ما زاد أو نقص عن أصل الخلقه». و القيد الأخير لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض، كما قد يقال ذلك فى العبد الخصىّ.

و لا ينافيه ما ذكره فى التحرير: من أنّ عدم الشعر على العانه عيبٌ فى العبد و الأمه (٢)؛ لأنّه مبنئٌ على ما ذكرنا فى الجواب الأوّل عن الروايه: من أنّ ذلك كاشفٌ أو موهّمٌ لمرضٍ فى العضو أو المزاج، لا على أنّه لا يعتبر فى العيب النقيصه المائيه.

و فى التذكره- بعد أخذ نقص المائيه فى تعريف العيب، و ذكر كثيرٍ من العيوب-: و الضابط أنّه يثبت الردّ بكلّ ما فى المعقود عليه من منقّص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرضٌ صحيحٌ بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه (٣)، انتهى كلامه.

و ما أحسنه! حيث لم يجعل ذلك تعريفاً للعيب، بل لما يوجب الردّ فيدخل فيه مثل خصاء العبد، كما صرّح به فى التذكره معللاً بأنّ الغرض قد يتعلّق بالفحوليه و إن زادت قيمته باعتبارٍ آخر، و قد دخل المشتري على ظنّ السلامه، انتهى (٤). و يخرج منه مثل الثيوبه و الغلفه فى المجلوب.

ص: ٣٦٣

١- ١) التحرير ١: ١٨٢، و القواعد ٢: ٧٢، و العبارة من التحرير.

٢- ٢) التحرير ١: ١٨٢، و فيه: «عدم الشعر على العانه فى الرجل و المرأه عيب».

٣- ٣) التذكره ١: ٥٤٠.

٤- ٤) التذكره ١: ٥٣٨.

و لعلّ من عمّم العيب لِمَا لا- يوجب نقص المَالِيه كما-فى المسالك (١)، و عن جماعه (٢) أراد به مجرد موجب الردّ، لا- العيب الذى يترتب عليه كثيرٌ من الأحكام و إن لم يكن فيه أرشٌ (٣)، كسقوط خياره بتصرّفٍ أو حدوث عيبٍ و غير ذلك.

و عليه يبنى قول جامع المقاصد، كما عن تعليق الإرشاد، حيث ذكر (٤): أنّ اللازم تقييد قول العلامة: «يوجب نقص المَالِيه» بقوله:

«غالباً» ليندرج مثل الخصاء و الجبّ (٥): لأنّ المستفاد من ذكر بعض الأمثله أنّ الكلام فى موجبات الردّ، لا خصوص العيب. و يدلّ على ذلك أنّه قيّد «كونَ عدم الختان فى الكبير المجلوب من بلاد الشرك ليس عيباً» ب«علم المشتري بجلبه»؛ إذ ظاهره أنّه مع عدم العلم عيبٌ، فلولا أنّه أراد بالعيب مطلق ما يوجب الردّ لم يكن معنىً لدخول علم المشتري و جهله فى ذلك.

ص: ٣٦٤

١-١) المسالك ٣:٢٩٠.

٢-٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦١١ عن الميسّيه، و قال: «و هو قضيه إطلاق المقنعه و النهايه و المبسوط و الخلاف و المراسم و فقه القرآن للراوندى و الوسيله و الغنيه..».

٣-٣) لم ترد عبارته «و إن لم يكن فيه أرش» فى «ش».

٤-٤) فى «ش»: «ذكر».

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٣٢٣ و حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢٦٢ و العبارة للأوّل.

مسأله لا إشكال و لا خلاف فى كون المرض عيباً،

و إطلاق كثير و تصريح بعضهم (١) يشمل حمى يوم، بأن يجده فى يوم البيع قد عرض له الحمى و إن لم يكن نوبه له فى الأسبوع.

قال فى التذكرة: الحُمى ذام و البَرَص و العَمَى و العَيُور و العَرَج و القَزَن و الفَتَق و الرتق و القرع (٢) و الصَّمَم و الخرس عيوبٌ إجماعاً. و كذا أنواع المرض، سواءً استمرّ كما فى الممراض، أو كان عارضاً و لو حُمى يوم.

و الإصبع الزائده و الحَوْل و الحَوْص و السبيل و استحقاق القتل فى الردّه أو القصاص و القطع بالسرقه أو الجنايه و الاستسعاء فى الدين عيوبٌ إجماعاً (٣).

ثم إن عد حمى اليوم المعلوم كونها حمى يوم يزول فى يومه و لا- يعود مبنى على عدّ موجبات الردّ لا- العيوب الحقيقيه؛ لأنّ ذلك ليس مُنقّصاً للقيمه.

ص: ٣٦٥

١- (١) مثل المحقق فى الشرائع ٣٧:٢، و العلّامه فى القواعد ٧٢:٢، و الشهيد فى الدروس ٢٨١:٣.

٢- (٢) فى محتمل «ق»: «الصرع».

٣- (٣) التذكرة ٥٤٠:١.

كما صرح به جماعة (١)، و في المسالك (٢):

الإجماع عليه، في مسألة ردّ الجارية الحامل بعد الوطء. ويدلّ عليه الأخبار الواردة في تلك المسألة (٣). و علّله في التذكرة باشتماله على تغرير النفس لعدم يقين سلامه بالوضع (٤). هذا مع عدم كون الحمل للبائع، وإلّا فالأمر أوضح. ويؤيّد عجز الحامل عن كثير من الخدمات و عدم قابليتها للاستيلاء إلّا بعد الوضع.

أمّا في غير الإمام من الحيوانات، ففي التذكرة: أنه ليس بعيب ولا يوجب الردّ بل [ذلك (٥)] زيادة في المبيع إن قلنا بدخول الحمل في

ص: ٣٦٦

-
- ١- ١) مثل العلامة في التذكرة ١:٥٤٠، والشهيد في الدروس ٣:٢٨١، والسيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٢٢.
 - ٢- ٢) المسالك ٣:٢٨٧ ٣:٢٨٨.
 - ٣- ٣) راجع الوسائل ٤١٥:١٢ ٤١٧، الباب ٥ من أبواب العيوب.
 - ٤- ٤) التذكرة ١:٥٤٠.
 - ٥- ٥) لم يرد في «ق».

بيع الحامل، كما هو مذهب الشيخ، وقال بعض الشافعيّين: يردّ به، وليس بشيء (١)، انتهى.

و رجّح المحقّق [الثاني (٢)] كونه عيباً و إن قلنا بدخول الحمل في بيع الحامل؛ لأنّه و إن كان زيادته من وجه، إلّا أنّه نقيصه من وجه آخر، لمنع الانتفاع بها عاجلاً، و لأنه لا يؤمن عليها من أداء الوضع إلى الهلاك (٣).

و الأقوى على قول الشيخ (٤) ما اختاره في التذكرة؛ لعدم النقص في المائيه بعد كونه زياده من وجه آخر، و أداء الوضع إلى الهلاك نادرٌ في الحيوانات لا يعبأ به. نعم، عدم التمكن من بعض الانتفاعات نقصٌ يوجب الخيار دون الأرش، كوجدان العين مستأجرة.

و كيف كان، فمقتضى كون الحمل عيباً في الإماء أنّه لو حملت الجارية المعيبه عند المشتري لم يجز ردّها؛ لحدوث العيب في يده (٥) سواءً نقصت بعد الولادة أم لا، لأنّ العيب الحادث مانعٌ و إن زال، على ما تقدّم من التذكرة (٦).

و في التذكرة: لو كان المبيع جاريةً (٧) فحبلت و ولدت في يد

ص: ٣٦٧

١-١) التذكرة ٥٤٠:١.

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) جامع المقاصد ٣٣١:٤.

٤-٤) و هو دخول الحمل في بيع الحامل.

٥-٥) في «ق»: «في يدها»، و هو سهو.

٦-٦) تقدّم في الصفحه ٣٠٧.

٧-٧) في «ش» زياده: «معيبه».

المشترى، فإن نقصت بالولادة سقط الردّ بالعيب القديم و كان له الأرش، و إن لم تنقص فالأولى جواز ردّها وحدها من دون الولد- إلى أن قال:- و كذا حكم الدائبة لو حملت و ولدت عند المشتري (١)، فإن نقصت بالولادة فلا ردّ، و إن لم تنقص ردّها دون ولدها (٢) لأنه للمشتري (٣)، انتهى.

و فى مقام آخر: لو اشترى جاريةً أو بهيمةً حائلاً- فحبلت عند المشتري فإن نقصت بالحمل فلا ردّ (٤)، و إن لم تنقص أو كان الحمل فى يد البائع فله الردّ (٥)، انتهى.

و فى الدروس: لو حملت إحداهما يعنى الجارية و البهيمه- عند المشتري لا- بتصرفه فالحمل له، فإن فسح ردّ الأمّ ما لم تنقص بالحمل أو الولاده. و ظاهر القاضى: أن الحمل عند المشتري يمنع الردّ، لأنّه إمّا بفعله أو إهمال المراعاة حتّى ضربها الفحل، و كلاهما تصرف (٦)، انتهى.

لكن صرح فى المبسوط باستواء البهيمه و الجارية فى أنه إذا حملت

ص: ٣٦٨

١- ١) فى «ش»: «لو حملت عند المشتري و ولدت».

٢- ٢) من «ش» و المصدر.

٣- ٣) التذكرة ٥٣٢: ١.

٤- ٤) العبارة فى «ش» و المصدر هكذا: «لو اشترى جاريةً حائلاً أو بهيمةً حائلاً فحبلت، ثمّ اطّلع على عيب، فإن نقصت بالحمل فلا ردّ إن كان الحمل فى يد المشتري، و به قال الشافعى».

٥- ٥) التذكرة ٥٣٢: ١.

٦- ٦) الدروس ٣: ٢٨٥، و فيه: «و أطلق القاضى».

إحداهما عند المشتري و ولدت و لم تنقص بالولاده فوجد فيها عيباً ردّ الأمّ دون الولد (١).

و ظاهر ذلك كلّه خصوصاً نسبه منع الردّ إلى خصوص القاضي و خصوصاً مع استدلاله على المنع بالتصرّف، لا حدوث العيب- تسالمهم على أنّ الحمل الحادث عند المشتري في الأمه ليس في نفسه عيباً بل العيب هو النقص الحاصل (٢) بالولاده. و هذا مخالفٌ للأخبار المتقدّمه في ردّ الجارية الحامل الموطوءه من عيب الحبل (٣)، و للإجماع المتقدّم عن المسالك (٤)، و تصريح هؤلاء بكون الحمل (٥) عيباً يُردّ منه لاشتماله على التغيرير بالنفس.

و الجمع بين كلماتهم مشكّلٌ، خصوصاً بملاحظه العبارة الأخيره المحكيه عن التذكرة: من إطلاق كون الحمل عند البائع عيباً و إن لم يُنقّص، و عند المشتري بشرط النقص فافهم - (٦) من غير فرقٍ بين الجارية و البهيمة، مع أنّ ظاهر العبارة الأولى كالتحرير و القواعد- الفرق، فراجع.

قال في القواعد: لو حملت غير الأمه عند المشتري من غير

ص: ٣٦٩

١- (١) المبسوط ١٢٧: ٢.

٢- (٢) في «ش»: «الحادث».

٣- (٣) تقدّم في الصفحه ٢٩٣ ٢٩٤.

٤- (٤) تقدّم في الصفحه ٣٦٦.

٥- (٥) في «ش»: «الحبل».

٦- (٦) لم ترد «فافهم» في «ش».

تصرّفٍ فالأقرب أنّ للمشتري الردّ بالعيب السابق، لأنّ الحمل زياده (١)، انتهى. وهذا بناءً منه على أنّ الحمل ليس عيباً في غير الأمه.

و في الإيضاح: أنّ هذا (٢) على قول الشيخ في كون الحمل تابعاً للحامل في الانتقال ظاهر (٣)، وأمّا عندنا فالأقوى ذلك؛ لأنّه كالثمره المتجدّده على الشجره، و كما لو أطارت الريح ثوباً للمشتري في الدار المبتاعه و الخيار له فلا- يؤثّر، و يحتمل عدمه؛ لحصول خطرٍ ما، و لنقص منافعها، فإنّها لا تقدر على الحمل العظيم (٤)، انتهى.

و ممّا ذكرنا ظهر الوهم فيما نسب إلى الإيضاح: من أنّ ما قرّبه في القواعد مبنئ على قول الشيخ: من دخول الحمل في بيع الحامل.

نعم، ذكر في جامع المقاصد: أنّ ما ذكره المصنّف قدس سرّه إن تمّ فإنّما يُخرَج على قول الشيخ: من كون المبيع في زمن الخيار ملكاً للبائع بشرط تجدد الحمل في زمان الخيار (٥).

و لعلّه فهم من العبارة ردّ الحامل مع حملها على ما يترأى من تعليقه بقوله: «لأنّ الحمل زياده» يعنى: أنّ الحامل رُدّت إلى البائع مع الزيادة، لا مع النقيصه. لكن الظاهر من التعليل كونه تعليلاً لعدم كون الحمل عيباً في غير الأمه.

ص: ٣٧٠

١-١) القواعد ٢:٧٥، و راجع التحرير ١:١٨٤ أيضاً.

٢-٢) في «ش» زياده: «بناء».

٣-٣) في «ق»: «ظاهراً».

٤-٤) الإيضاح ١:٤٩٥.

٥-٥) جامع المقاصد ٤:٣٤١.

و كيف كان، فالأقوى في مسأله حدوث حمل الأمه عدم جواز الردّ ما دام الحمل، و ابتناء حكمها بعد الوضع و عدم النقص على ما تقدّم:

من أنّ زوال العيب الحادث يؤثّر في جواز الردّ أم لا؟ و أمّا حمل غير الأمه فقد عرفت أنّه ليس عيباً موجِباً للأرّش؛ لعدم الخطر فيه غالباً، و عجزها عن تحمّل بعض المشاقّ لا يوجب إلّا فوات بعض المنافع الموجب للتخير في الردّ دون الأرّش.

لكنّ لَمّا كان المراد بالعيب الحادث المانع عن الردّ ما يعمّ نقص الصفات الغير الموجب للأرّش، [و (١)] كان متحقّقاً (٢) هنا مضافاً إلى نقص آخر و هو كون المبيع متضمّناً لمال الغير؛ لأنّ المفروض كون الحمل للمشتري - أتجه الحكم بعدم جواز الردّ حينئذٍ.

ص: ٣٧١

١- ١) لم يرد في «ق».

٢- ٢) في «ش»: «محقّقاً».

مسأله الأكثر على أن الثبوت ليس عيباً في الإمام،

بل في التحرير: لا نعلم فيه خلافاً (١)، و نسبه في المسالك (٢) كما عن غيره (٣) إلى إطلاق الأصحاب؛ لغلبتها فيهن، فكانت بمنزله الخلقه الأصلية. و استدلل عليه أيضاً بروايه سماعه المنجبره بعمل الأصحاب على ما ادّعاه المستدلّ - «عن رجلٍ باع جاريه على أنّها بكرٌ، فلم يجدها كذلك؟ قال: لا تردّ عليه، و لا يجب عليه شيءٌ؛ إنّه قد يكون تذهب في حال مرضٍ أو أمرٍ يصيبها» (٤).

و في كلا الوجهين نظر:

ففي الأول: ما عرفت سابقاً: من أنّ وجود الصفه في أغلب أفراد الطبيعه إنّما يكشف عن كونها بمقتضى أصل وجودها المعبر عنه بالخلقه الأصلية إذا لم يكن مقتضى الخلقه معلوماً كما (٥) نحن فيه، و إلّا فمقتضى

ص: ٣٧٢

١-١) التحرير ١:١٨٢.

٢-٢) المسالك ٣:٢٩٥.

٣-٣) مثل الحدائق ١٩:٩٨، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٦١٨.

٤-٤) الوسائل ١٢:٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث ٢.

٥-٥) في «ش»: «فيما».

الغالب لا يقدّم على ما علم أنّه مقتضى الخلقه الأصليّه و علم كون النقص عنها موجباً لنقص المائيه كما فيما نحن فيه، خصوصاً مع ما عرفت من إطلاق مرسله السّيارى (١)، غايه ما يفيد الغلبه المذكوره هنا عدم تنزيل إطلاق العقد على التزام سلامه المعقود عليه عن تلك الصفه الغالبه، ولا يثبت الخيار بوجودها وإن كانت نقصاً في الخلقه الأصليّه.

و أمّا روايه سماعه فلا دلالة لها على المقصود؛ لتعليله عليه السلام عدم الردّ مع اشتراط البكاره باحتمال ذهابها بعارضٍ، وقدح هذا الاحتمال إمّا لجريانه بعد قبض المشتري فلا يكون مضموناً على البائع، وإمّا لأنّ اشتراط البكاره كناية عن عدم وطء أحدٍ لها، فمجرد ثبوتها لا يوجب تخلف الشرط الموجب للخيار، بل مقتضى تعليل عدم الردّ بهذا الاحتمال أنّه لو فرض عدمه لثبت الخيار، فيعلم من ذلك كون البكاره صفه كمالٍ طبيعيّ، فعدمها نقصٌ في أصل الطبيعه فيكون عيباً.

و كيف كان، فالأقوى أنّ الشيوبه عيبٌ عرفاً و شرعاً، إلّا أنّها لما غلبت على الإماء لم يقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلك. و تظهر الثمره فيما لو اشترط في متن العقد سلامه المبيع عن العيوب مطلقاً أو اشترط خصوص البكاره، فإنّه يثبت بفقدتها التخيير بين الردّ و الأرش؛ لوجود العيب و عدم المانع من تأثيره. و مثله ما لو كان المبيع صغيره أو كبيره لم يكن الغالب على صنفها الشيوبه، فإنّه يثبت حكم العيب.

و الحاصل: أنّ غلبه الشيوبه مانعه عن حكم العيب لا موضوعه،

ص: ٣٧٣

فإذا وجد ما يمنع عن مقتضاها ثبت حكم العيب، و لعلّ هذا (١) مراد المشهور أيضاً. و يدلّ على ذلك ما عرفت (٢) من العلامة رحمه الله في التحرير:

من نفى الخلاف في عدم كون الثيبه عيباً، مع أنّه في كتبه (٣)، بل المشهور كما في الدروس (٤) على ثبوت الأرش إذا اشترط البكاره، فلولا أنّ الثيبه عيبٌ لم يكن أرشٌ في مجرّد تخلف الشرط.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ مستندهم في ثبوت الأرش ورود النصّ بذلك فيما رواه في الكافي و التهذيب عن يونس: «في رجلٍ اشترى جاريةً على أنّها عذراء، فلم يجدها عذراء؟ قال: يرّدّ عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق» (٥).

ثمّ إنّ نسب في التذكرة إلى أصحابنا عدم الردّ بمقتضى روايه سماعه المتقدمه، و أوّلّه بما وجّهنا به تلك الروايه (٦). و ذكر الشيخ في النهايه مضمون الروايه (٧) مع تعليلها الدالّ على تأويلها.

و لو شرط الثيبه فبانت بكرةً كان له الردّ؛ لأنّه قد يقصد الثيب لغرض صحيح.

ص: ٣٧٤

١- ١) في «ش» زياده: «هو».

٢- ٢) في الصفحه ٣٧٢.

٣- ٣) كما في المختلف ٥: ١٧٤، و التحرير ١: ١٨٦، و التذكرة ١: ٥٣٩.

٤- ٤) الدروس ٣: ٢٧٦.

٥- ٥) الكافي ٥: ٢١٦، الحديث ١٤، و التهذيب ٧: ٦٤، الحديث ٢٧٨، و عنهما في الوسائل ١٢: ٤١٨، الباب ٦ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل.

٦- ٦) التذكرة ١: ٥٣٩، و تقدّمت الروايه في الصفحه ٣٧٢.

٧- ٧) النهايه: ٣٩٤، ٣٩٥.

مسأله ذكر فى التذكرة و القواعد من جملة العيوب عدم الختان فى العبد الكبير؛

لأنه يخاف عليه من ذلك (١). و هو حسنٌ على تقدير تحقق الخوف على وجه لا- يرغب فى بادل ما يبذل لغيره بإزائه. و يلحق بذلك المملوك الغير المجدر، فإنه يخاف عليه، لكثرة موت المماليك بالجدري.

و مثل هذين و إن لم يكن نقصاً فى الخلقه الأصلية، إلا أن عروض هذا النقص أعنى الخوف مخالف لمقتضى ما عليه الأغلب فى النوع أو الصنف.

و لو كان الكبير مجلوباً من بلاد الشرك، فظاهر القواعد كون عدم الختان عيباً فيه مع الجهل دون العلم (٢). و هو غير مستقيم؛ لأن العلم و الجهل بكونه مجلوباً لا يؤثر فى كونه عيباً. نعم، لما كان الغالب فى المجلوب عدم الختان لم يكن إطلاق العقد الواقع عليه مع العلم بجلبه التزاماً بسلامته من هذا العيب، كما ذكرنا نظيره فى الثيب.

ص: ٣٧٥

١- (١) التذكرة ٥٣٩:١، و القواعد ٧٣:٢.

٢- (٢) القواعد ٧٣:٢.

و تظهر الثمره هنا أيضاً فيما لو اشترط الختان فظهر أغلف، فيثبت الرد و الأرش.

فإخراج العلامه قدس سرّه الثبوتيه و عدم الختان فى الكبير المجلوب مع العلم بجلبه من العيوب؛ لكونه قدس سرّه فى مقام عدّ العيوب الموجه فعلاً للخيار.

ص: ٣٧٤

مسأله عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السنّ و المكان و غيرهما من الخصوصيات التي لها مدخل

مسأله عدم الحيض ممن شأنها الحيض بحسب السنّ و المكان و غيرهما من الخصوصيات التي لها مدخل (١) في ذلك عيب

تردّ منه (٢) الجارية؛ لأنّه خروج عن المجرى الطبيعي، و لقول الصادق عليه السلام و قد سئل عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سنّه أشهر و ليس بها حمل، قال: «إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه» (٣) و ليس التقييد بمضى سنّه أشهر إلّا في مورد السؤال، فلا داعي إلى تقييد كونه عيباً بذلك، كما في ظاهر بعض الكلمات (٤).

ثمّ إنّ حمل الروايه على صورته عدم التصرف في الجارية حتّى بمثل قول المولى لها: «اسقني ماء» و «أغلقني الباب» في غايه البعد.

و ظاهر الحلّي في السرائر عدم العمل بمضمون الروايه رأساً (٥).

ص: ٣٧٧

١-١) في «ش»: «مدخلية».

٢-٢) في «ش»: «معه».

٣-٣) الوسائل ١٣:٤١٢، الباب ٣ من أبواب العيوب، و فيه حديث واحد.

٤-٤) مثل الشيخ في النهاية: ٣٩٥، و المحقق في الشرائع ٣٧:٢، و العلّامة في القواعد ٧٢:٢.

٥-٥) راجع السرائر ٣٠٤:٢:٣٠٥.

لأنه من أفحش العيوب.

و تدلّ عليه صحيحه أبي همام (١) الآتيه في عيوب السنّه (٢). لكن في روايه محمّد بن قيس: أنه «ليس في الإباق عهدة» (٣)، و يمكن حملها على أنه ليس كعيوب السنّه يكفي حدوثها بعد العقد، كما يشهد قوله عليه السلام في روايه يونس: «إنّ العهده في الجنون و البرص سنّه» (٤)، بل لا بدّ من ثبوت كونه كذلك عند البائع، و إلّا فحدوثه عند المشتري ليس في عهده البائع، و لا خلاف إذا ثبت وجوده عند البائع.

و هل يكفي المرّه عنده أو يشترط الاعتياد؟ قولان: من الشكّ في كونه عيباً. و الأقوى ذلك، وفاقاً لظاهر الشرائع (٥) و صريح

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل ١٢: ٤١١، الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢.

٢- (٢) لم نعثر عليها فيما يأتي.

٣- (٣) الوسائل ١٢: ٤٢٢، الباب ١٠ من أبواب العيوب، الحديث ٢.

٤- (٤) الوسائل ١٢: ٤١٢، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٥.

٥- (٥) الشرائع ٣٧: ٢.

التذكرة (١)؛ لكون ذلك بنفسه نقصاً بحكم العرف.

و لا يشترط إباقه عند المشتري قطعاً.

ص: ٣٧٩

١ - ١) التذكرة ١:٥٣٨، وفيه: «و المرّه الواحده فى الإباق تكفى..»، و أمّا القول بالاعتقاد فقد نسبه فى المسالك ٣:٢٩٦ إلى بعض الأصحاب، و قال: «و هو أقوى»، و قال فى الروضه ٣:٤٩٩: «و الأقوى اعتبار اعتياده».

مسألة الثفل الخارج عن العاده فى الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الردّ و الأرش؛ لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشىء.

□

و فى روايه ميسّر بن عبد العزيز، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يشتري زقّ زيتٍ يجد فيه دُردياً؟ قال: إن كان يعلم أنّ الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يردّه، و إن لم يكن يعلم فله أن يردّه» (١).

نعم، فى روايه السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى فى رجلٍ اشترى من رجلٍ عكّه فيها سمنٌ احتكرها حُكره، فوجد فيها رُبّاً، فخاصمه إلى عليّ عليه السلام، فقال له عليّ عليه السلام: لك بكيل الرُّبِّ سمناً، فقال له الرجل: إنّما بعته منه حُكره، فقال له عليّ عليه السلام:

إنّما اشترى منك سمناً و لم يشتر منك رُبّاً» (٢) قال فى الوافى: يقال

ص: ٣٨٠

١- ١) الوسائل ٤١٩:١٢، الباب ٧ من أبواب العيوب، الحديث الأوّل، نقله عن الكافى، و لكن الموجود فى المتن أقرب و أشبه لما فى التهذيب ٦٦:٧، الحديث ٢٨٣.

٢- ٢) الوسائل ٤١٩:١٢، الباب ٧ من أبواب العيوب، الحديث ٣.

«اشترى المتاع حُكْرَةً» أى جملةً (١).

و هذه الروايه بظاها منافع (٢) لحكم العيب من الردّ أو الأرش، و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل، و ربّما استشكل فى أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيراً و علم (٣)؛ للجهل بمقدار المبيع. و كفايه معرفه وزن السمن بطروفه خارجة بالإجماع كما تقدّم (٤) أو مفروضة فى صورته انضمام الظرف المفقود هنا؛ لأنّ الدردى غير متمول.

و الأولى أن يقال: إنّ وجود الدردى إن أفاد نقصاً فى الزيت من حيث الوصف و إن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكمّ - نظير الغشّ فى الذهب - كان الزائد منه على المعتاد عيباً و إن أفرط فى الكثرة، و لا إشكال فى صحه البيع حينئذٍ، لأنّ المبيع زيتٌ و إن كان معيوباً، و عليه يحمل ما فى التحرير: من أنّ الدردى فى الزيت و البذر عيبٌ موجبٌ للردّ أو الأرش (٥).

و إن لم ينفذ إلّا نقصاً فى الكم، فإن بيع (٦) ما فى العكّه بعد وزنها مع العكّه و مشاهدته شىء منه تكون أماره على باقيه و قال: «بعتك ما فى هذه العكّه من الزيت كلّ رطلٍ بكذا» فظهر امتزاجه بغيره الغير الموجب لتعيبه، فالظاهر صحه البيع و عدم ثبوت الخيار أصلاً؛ لأنّه

ص: ٣٨١

١- (١) الوافى ١٨:٧٣٩، ذيل الحديث ١٨٢٠٢.

٢- (٢) كذا، و المناسب: «منافيه».

٣- (٣) لم ترد «و علم» فى «ش».

٤- (٤) راجع الجزء الرابع، الصفحه ٣٢١ ٣٢٢.

٥- (٥) التحرير ١:١٨٢.

٦- (٦) فى «ش»: «باع».

اشترى السمن الموجود في هذه العُكَّة، و لا يقدح الجهل بوزنه؛ للعلم به مع الظرف، و المفروض معرفه نوعه بملاحظه شىء منها بفتح رأس العُكَّة، فلا- عيب و لا- تبعض صفقه، إلا أن يقال: إن إطلاق شراء ما في العُكَّة من الزيت في قوه اشتراط كون ما عدا العُكَّة سمنًا، فيلحق بما سيجىء في الصورة الثالثه من اشتراط كونه بمقدارٍ خاصّ.

و إن باعه بعد معرفه وزن المجموع بقوله: «بعتك ما في هذه العُكَّة» فتبين بعضه دُرديًا صحّ البيع في الزيت مع خيار تبعض الصفقه.

قال في التحرير: لو اشترى سمنًا فوجد فيه غيره تخير بين الرد و أخذ ما وجده من السمن بنسبه الثمن (١).

و لو باع (٢) ما في العُكَّة من الزيت على أنه كذا و كذا رطلًا، فتبين نقصه عنه لوجود الدردى، صحّ البيع و كان للمشتري خيار تخلف الوصف أو الجزء، على الخلاف المتقدم (٣) فيما لو باع الصبره على أنها كذا و كذا فظهر ناقصًا.

و لو باعه مع مشاهدته ممزوجاً بما لا- يتموّل بحيث لا- يعلم قدر خصوص الزيت، فالظاهر عدم صحّ البيع و إن عرف وزن المجموع مع العُكَّة؛ لأنّ كفايه معرفه وزن الظرف و المظروف إنّما هي من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا من انضمام مجهولٍ آخر غير قابلٍ للبيع، كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخره في الزيت مجهوله الوزن.

ص: ٣٨٢

١- (١) التحرير ١: ١٨٢.

٢- (٢) في «ق»: «و لو باعه».

٣- (٣) انظر الجزء السادس، الصفحه ٨١ ٨٢.

مسأله قد عرفت (١) أن مطلق المرض عيبٌ، خصوصاً الجنون و البرص و الجذام و القرن

و لكن تختص هذه الأربعة من بين العيوب بأنها لو حدثت إلى سنه من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الرد و الأرش. هذا هو المشهور، و يدل عليه ما استفيض عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام.

ففي روايه علي بن أسباط عنه في حديث خيار الثلاثة: «إن أحداث السنه ترد بعد السنه، قلت: و ما أحداث السنه؟ قال الجنون و الجذام و البرص و القرن، فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنه من يوم اشتراه» (٢).

و في روايه ابن فضال المحكيه عن الخصال: «في أربعة أشياء خيار سنه: الجنون و الجذام و القرن و البرص» (٣).

و في روايه أخرى له عنه عليه السلام قال: «ترد الجاربه من أربع

ص: ٣٨٣

١-١) في الصفحه ٣٦٥.

٢-٢) الوسائل ١٢:٤١٢، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٤.

٣-٣) الخصال: ٢٤٥، الحديث ١٠٤، و عنه في الوسائل ١٢:٤١٢، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث ٧.

خصال: من الجنون و الجُذام و البرص و القَرَن و الحِدَبه» (١) هكذا في التهذيب. و في الكافي: «القَرَن: الحَدَبه، إلّا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر و تخرج الصدر» (٢)، انتهى.

و مراده: أنّ الحَدَب ليس خامساً لها، لأنّ القَرَن يرجع إلى حَدَبٍ في الفرج. لكن المعروف أنّه عَظْمٌ في الفرج كاللسن يمنع الوطاء. و في الصحيح عن محمد بن علي قيل: و هو مجهول (٣)، و احتمال بعض (٤) كونه الحلبي عنه عليه السلام قال: «يرد المملوك من أحداث السنه، من الجنون و البرص و القرن، قال: قلت و كيف يرد من أحداث؟ فقال:

هذا أول السنه يعنى المحرم فإذا اشترت مملوكاً فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددت على صاحبه» (٥)، و هذه الروايه لم يذكر فيها الجذام (٦) مع ورودها في مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور،

ص: ٣٨٤

١- (١) الوسائل ١٢:٤١١، الباب ٢ من أبواب العيوب، الحديث الأول، و راجع التهذيب ٧:٦٤، الحديث ٢٧٧.

٢- (٢) الكافي ٥:٢١٦، الحديث ١٥.

٣- (٣) قاله المحدّث البحراني في الحقائق ١٩:١٠٤، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٦١.

٤- (٤) و هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائده ٨:٤٤٩، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٢٩٨.

٥- (٥) التهذيب ٧:٦٤، الحديث ٢٧٥، و عنه في الوسائل ١٢:٤١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب، ذيل الحديث ٢.

٦- (٦) وردت كلمه «الجذام» في الحديث المنقول في التهذيب و غيره-، بل وردت في كتب الفروع، مثل الحقائق و الجواهر أيضاً، نعم ذكر السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٦١، الحديث كما ذكره المصنف، و قال: «و قد ترك فيه الجذام»،

فيمكن أن يدعى معارضتها لباقي الأخبار المتقدمه.

و من هنا استشكل المحقق الأردبيلي في الجذام (١). و ليس التعارض من باب المطلق و المقيّد كما ذكره في الحدائق ردّاً على الأردبيلي رحمه الله (٢).

إلّا أن يريد أنّ التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيّد في وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمالاً يجرى في معارضه، و هو هنا احتمال سهو الراوى في ترك ذكر الجذام، فإنّه أقرب الاحتمالات المتطرّقه فيما نحن فيه.

و يمكن أن يكون الوجه في ترك الجذام في هذه الروايه انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام، فلا معنى للردّ، و حينئذٍ فيشكل الحكم بالردّ في باقي الأخبار.

و وجهه في المسالك: بأنّ عتقه على المشتري موقوفٌ على ظهور الجذام بالفعل، و يكفي في العيب الموجب للخيار وجود مادّته في نفس الأمر و إن لم يظهر، فيكون سبب الخيار مقدّماً على سبب العتق، فإن فسخ انعتق على البائع، و إن أمضى انعتق على المشتري (٣).

و فيه أوّلاً:

أنّ ظاهر هذه الأخبار: أنّ سبب الخيار ظهور هذه الأمراض؛ لأنّه المعنى بقوله: «فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجّه»، و لو لا ذلك لكفى وجود موادّها في السنه، و إن تأخر ظهورها عنها

(٤)

و الظاهر أنّ المصنّف أخذه منه.

ص: ٣٨٥

١- ١) لم نعثر عليه في مجمع الفائده، نعم استشكل في القرّن و البرص كما نقل عنه في الحدائق ١٠٥:١٩، ١٠٦، و راجع مجمع الفائده ٤٤٩:٨، ٤٥٠.

٢- ٢) راجع الحدائق ١٠٥:١٩، ١٠٦.

٣- ٣) المسالك ٣٠٥:٣.

و لو بقليلٍ بحيث يكشف عن وجود المادّه قبل انقضاء السنه. و هذا ممّا لا أظنّ (١) أحداً يلتزمه، مع أنّه لو كان الموجب للخيار هي موادّ هذه الأمراض كان ظهورها زيادهً في العيب حادثهً في يد المشتري، فلتكن مانعه من الردّ؛ لعدم قيام المال بعينه حينئذٍ، فيكون في التزام خروج هذه العيوب عن عموم كون النقص الحادث مانعاً عن الردّ تخصيصاً (٢) آخر للعمومات.

و ثانياً: أنّ سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطرّو سببه، بل ينبغي أن يكون الانعتاق القهري بسببه (٣) مانعاً شرعياً بمنزله المانع العقلي عن الردّ كالموت؛ و لذا لو حدث الانعتاق بسببٍ آخر غير الجذام فلا أظنّ أحداً يلتزم عدم الانعتاق إلّا بعد لزوم البيع، خصوصاً مع بناء العتق على التغليب.

هذا، و لكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيره المعتضده بالشهره المحققه و الإجماع المدعى في السرائر (٤) و الغنيه (٥) مشكّل، فيمكن العمل بها في موردها، أو الحكم من أجلها بأنّ تقدّم سبب الخيار يوجب توقّف الانعتاق على إمضاء العقد و لو في غير المقام. ثمّ لو فسخ المشتري فاعتاقه على البائع موقوفٌ على دلالة الدليل على عدم جواز تملك

ص: ٣٨٦

١-١) في ظاهر «ق»: «يظنّ».

٢-٢) في النسخ: «تخصيصاً».

٣-٣) في «ش»: «سببه».

٤-٤) السرائر ٢: ٣٠٢.

٥-٥) الغنيه: ٢٢٢ ٢٢٣.

المجذوم، لا أنّ جذام المملوك يوجب اعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام في ملكه.

ثمّ إنّ زياده «القرن» ليس في كلام الأكثر، فيظهر منهم العدم، فنسبه المسالك الحكم في الأربعه إلى المشهور (1) كأنه لاستظهار ذلك من ذكره في الدروس ساكتاً عن الخلاف فيه (2). و عن التحرير: نسبه إلى أبي عليّ (3)، و في مفتاح الكرامه: أنّه لم يظفر بقائل غير الشهيدين و أبي عليّ (4)؛ و من هنا تأمل المحقق الأردبيلي من عدم صحّه الأخبار و فقد الانجبار (5).

ثمّ إنّ ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقييد فيها - شمول الحكم لصوره التصرف. لكن المشهور تقييد الحكم بغيرها، و نسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف و تعيينه بعده (6)، و الأخبار خاليه عنه، و كلا الحكمين (7) مشكل، إلا أن الظاهر من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما. لكن كلام المفيد قدس سرّه مختصّ بالوطاء (8)، و الشيخ و ابن زهره لم

ص: ٣٨٧

١- (١) المسالك ٣:٣٠٥.

٢- (٢) الدروس ٣:٢٨١.

٣- (٣) التحرير ١:١٨٥.

٤- (٤) راجع مفتاح الكرامه ٤:٦٦٠ ٤:٦٦١، مع زياده نقله عن جامع الشرائع.

٥- (٥) مجمع الفائدة ٨:٤٤٩ ٨:٤٥٠.

٦- (٦) لم نعثر عليه بعينه، نعم في مجمع الفائدة (٨:٤٥٠): «و ثبت عندهم: أن الردّ يسقط مع التصرف في المبيع مطلقاً دون الأرش».

٧- (٧) في «ش»: «كلاهما».

٨- (٨) سيأتي في كلامه في الصفحه الآتية.

يذكر التصرف ولا الأرش (١).

نعم، ظاهر الحلّى الإجماع على تساويها (٢) مع سائر العيوب من هذه الجهة، وأن هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونه، إلا أنّ الفارق ضمان هذه إذا حدثت في السنة بعد القبض و انقضاء الخيار (٣).

ولو ثبت أنّ أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنه من ظهورها، و ثبت أنّ أخذ الأرش للعيوب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعده، ثبت الأرش هنا بملاحظه التعيب بماّده هذه الأمراض الكامنه فى المبيع، لا بهذه الأمراض الظاهره فيه.

قال فى المقنعه: ويردّ العبد و الأمه من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتاعهما و بين سنه واحده، و لا يُردّان بعد سنه، و ذلك أنّ أصل هذه الأمراض يتقدّم ظهورها بسنه و لا يتقدّم بأزيد، فإن وطأ المبتاع الأمه فى هذه السنه لم يجز له ردّها و كان له قيمه ما بينها صحيحه و سقيمه (٤)، انتهى.

و ظاهره: أنّ نفس هذه الأمراض تتقدّم بسنه؛ و لذا أورد عليه فى السرائر: أنّ هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصحّ البيع (٥).

و يمكن أن يريد به ما ذكرنا: من إرادته موادّ هذه الأمراض.

ص: ٣٨٨

١-١) راجع النهايه: ٣٩٤، و الغنيه: ٢٢٢.

٢-٢) فى «ق»: «تساويه».

٣-٣) راجع السرائر ٣٠١: ٣٠٢.

٤-٤) المقنعه: ٦٠٠.

٥-٥) السرائر ٣٠٢: ٢.

قال فى التذكرة: بأن (١) الكفر ليس عيباً فى العبد ولا فى الجاربه (٢).

ثم استحسن قول بعض الشافعيه بكونه عيباً فى الجاربه إذا منع الاستمتاع كالتمجس و التوثن دون التهؤد و التنصر. و الأقوى كونه موجباً للرد فى غير المجلوب و إن كان أصلاً فى المماليك، إلا أن الغالب فى غير المجلوب الإسلام، فهو نقص؛ (٣) لتنفّر الطباع عنه، خصوصاً بملاحظه نجاستهم المانعه عن كثير من الاستخدامات.

نعم، الظاهر عدم الأرش فيه؛ لعدم صدق العيب عليه عرفاً و عدم كونه نقصاً أو زياده فى أصل الخلقه.

و لو ظهرت الأيمه محرّمه على المشتري برضاع أو نسب فالظاهر عدم الردّ به؛ لأنه لا- يعدّ نقصاً بالنوع، و لا- عبره بخصوص المشتري.

و لو ظهر (٤) ممن ينعق عليه فكذلك، كما فى التذكرة (٥) معللاً: بأنه

ص: ٣٨٩

١- ١) فى «ش»: «إن».

٢- ٢) التذكرة ٥٣٩: ١.

٣- ٣) فى «ش»: زياده: «موجب».

٤- ٤) أى العبد، كما فى التذكرة.

٥- ٥) التذكرة ٥٤٠: ١.

ليس نقصاً عند كل الناس و عدم نقص مالئته عند غيره.

و فى التذكرة: لو ظهر أنّ البائع باعه وكالة أو ولاية أو وصاية أو أمانة، ففى ثبوت الردّ لخطر فساد النيابة احتمال (1). أقول: الأقوى عدمه.

و كذا لو اشترى ما عليه أثر الوقف. نعم، لو كان عليه أمانة قوية عليه لم يبعد كونه موجبا للردّ، لقله رغبة الناس فى تملك مثله، و تأثير ذلك فى نقصان قيمته عن قيمه أصل الشئ لو خلى و طبعه أثراً بيناً.

و ذكر فى التذكرة: أنّ الصيام و الإحرام و الاعتداد ليست عيوباً (2).

أقول: أمّا عدم إيجابها الأرش فلا إشكال فيه. و أمّا عدم إيجابها الردّ فيه إشكال إذا فات بها الانتفاع بها فى مدّة طويلة، فإنّه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً.

و قال أيضاً: إذا كان المملوك تماماً أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات أو شارباً للخمر أو مقامراً ففى كون هذه عيوباً إشكالاً، أقرب به العدم (3).

و قال: لو كان الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد زنا أو مغتياً أو حجّاماً أو أكولاً أو زهيداً، فلا ردّ.

و يردّ الدابة بالزهادة. و كون الأمة عقيماً لا يوجب الردّ؛ لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج أو لعارض، انتهى.

و مراده العارض الاتفاقي لا المرض العارضى.

قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الردّ: و الضابط أنّ الردّ يثبت بكلّ ما فى المعقود عليه من منقّص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه (4)، انتهى.

ص: ٣٩٠

١-١) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

٢-٢) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

٣-٣) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

٤-٤) التذكرة ٥٤٠:١، و العبارة الثالثة ثبتت فى الهامش، و كتب فى آخرها «صح».

و هو لغهٔ - كما فى الصحاح (١) و عن المصباح (٢) - :ديه الجراحات، و عن القاموس: أنه الديه (٣). و يظهر من الأولين أنه فى الأصل اسم للفساد.

و يُطلق فى كلام الفقهاء على مالٍ يؤخذ بدلاً عن نقصٍ مضمونٍ فى مالٍ أو بدنٍ (٤)، لم يقدر له فى الشرع مقدرٌ.

و عن حواشى الشهيد قدس سرّه: أنه يطلق بالاشتراك اللفظى على معانٍ:

منها: ما نحن فيه.

و منها: نقص القيمة لجنايه الإنسان على عبد غيره فى غير المقدر الشرعى.

ص: ٣٩١

١ - ١) الصحاح ٣: ٩٩٥، مادّه «أرش».

٢ - ٢) المصباح المنير: ١٢، مادّه «أرش».

٣ - ٣) القاموس المحيط ٢: ٢٤١، مادّه «أرش».

٤ - ٤) فى «ش» زياده: «و».

و منها: ثمن التالف المقدّر شرعاً بالجنايه، كقطع يد العبد.

و منها: أكثر الأمرين من المقدّر الشرعى و الأرش، و هو ما تلف بجنايه الغاصب (1)، انتهى.

و فى جعل ذلك من الاشتراك اللفظى إشارة إلى أنّ هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كلّ من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظته مناسبتها للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظته العلاقه بين كلّ منها و بين الآخر، فلا يكون مشتركاً معنوياً بينهما، و لا حقيقةً و مجازاً، فهى كلّها منقولاتٌ عن المعنى اللغوى بعلاقه الإطلاق و التقييد. و ما ذكرناه فى تعريف الأرش فهو كلّى انتزاعى عن تلك المعانى، كما يظهر بالتأمل.

و كيف كان، فقد ظهر من تعريف الأرش: أنّه لا يثبت إلّا مع ضمان النقص المذكور.

ثمّ إنّ ضمان النقص تابعٌ فى الكيفيه لضمان المنقوص، و هو الأصل.

فإن كان مضموناً بقيمته كالمغصوب و المستام و شبههما - و يسمّى ضمان اليد كان النقص مضموناً بما يخصّه من القيمة إذا وزّعت على الكلّ.

و إن كان مضموناً بعوض، بمعنى أن فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى فى المعاوضه و يسمّى ضمانه ضمان المعاوضه كان النقص مضموناً بما يخصّه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قيمه العيب؛ لأن الجزء تابع للكل فى الضمان؛ و لذا عرف جماعة الأرش فى عيب المثلن فيما نحن فيه: بأنّه جزءٌ من الثمن نسبته إليه

ص: ٣٩٢

كنسبه التفاوت بين الصحيح و المعيب إلى الصحيح (١)؛ وذلك لأنّ ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضه، بمعنى أنّ البائع ضامنٌ لتسليم المبيع تامّاً إلى المشتري، فإذا فاته تسليم بعضه ضَمِنَهُ بمقدار ما يخصّه من الثمن لا بقيمته.

نعم، ظاهر كلام جماعه من القدماء (٢) كأكثر النصوص -يوهم إرادته قيمه العيب كلّها، إلّا أنّها محموله على الغالب من مساواه الثمن للقيمه السوقية للمبيع، بقرينه ما فيها: من أنّ البائع يردّ على المشتري، و ظاهره كون المردود شيئاً من الثمن، الظاهر في عدم زيادته عليه بل في نقصانه. فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الأوقات، كما إذا اشترى جاريهً بدينارين و كانت (٣) معيبتها تسوى مائه و صحيحها تسوى أزيد، فيلزم استحقاق مائه دينارٍ، فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلاً بقرينه عدم صدق الردّ و الاسترجاع تعيّن كون هذا التعبير لأجل غلبه عدم استيعاب التفاوت للثمن، فإذا بُنى الأمر على ملاحظه الغلبه (٤) [فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها في أسواقها بقيمتها المتعارفه.

ص: ٣٩٣

١ - ١) كما في القواعد ٢:٧٤، و الإرشاد ١:٣٧٦، و جامع المقاصد ٤:١٩٢، و فيه: «لأنّ المعروف أنّ الأرش جزءٌ من الثمن..»، و مجمع الفوائد ٨:٤٢٦.

٢ - ٢) مثل عليّ بن بابويه و المفيد كما في الدروس ٣:٢٨٧، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٦٣١ ٤:٦٣٣.

٣ - ٣) في «ش»: «كان»، و هو الأنسب.

٤ - ٤) لم يرد في «ق».

وقد توهم بعض من لا تحصيل له: أن العيب إذا كان في الثمن كان أرشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب، ومنشأه ما يرى (١) في الغالب: من وقوع الثمن في الغالب نقداً غالباً مساوياً لقيمه المبيع، فإذا ظهر معيباً وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت، وإلا فلو فرض أنه اشترى عبداً بجاريه تسوى معيها أضعاف قيمته، فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيبها قطعاً.

و كيف كان، فالظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في ذلك وإن كان المتراعى من الأخبار خلافه، إلا أن التأمل فيها قاضٍ بخلافه.

نعم، يشكل الأمر في المقام من جهه أخرى، وهي: أن مقتضى ضمان وصف الصحه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد في ذلك المقدار؛ لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنه لم يقل به أحد، ويلزم من ذلك أيضاً تعيين أخذ الأرش من الثمن، مع أن ظاهر جماعه عدم تعيينه منه معللاً بأنه غرامه (٢).

و توضيحه: أن الأرش لتتميم المعيب حتى يصير (٣) مقابلاً للثمن، لا لنقص (٤) الثمن حتى يصير مقابلاً للمعيب؛ ولذا سُمي أرشاً كسائر الأروش المتداركه للنقائص، فضمن العيب على هذا الوجه خارج عن

ص: ٣٩٤

١- ١) كذا في ظاهر «ق»، و في «ش»: «ما يتراءى».

٢- ٢) صرح به العلامة في التذكرة ١: ٥٢٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢٩٤.

٣- ٣) في «ق»: «يصلح»، و الظاهر أنه من سهو القلم.

٤- ٤) في «ش»: «لا لتنقيص».

الضمانين المذكورين؛ لأنَّ ضمان المعاوضه يقتضى انفساخ المعاوضه بالنسبه إلى الفأنت المضمون و مقابله؛ إذ لا معنى له غير ضمان الشئ و أجزاءه بعوضه المسمى و أجزاءه، و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشئ ب قيمته الواقعيه.

فلا- أوثق من أن يقال: إنَّ مقتضى المعاوضه عرفاً هو عدم مقابله وصف الصّحّه بشئٍ من الثمن، لأنّه أمرٌ معنويٌّ كسائر الأوصاف؛ و لذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرأ حصل الربا من جهه صدق الزيادة و عدم عدّ العيب نقصاً يتدارك بشئٍ من مقابله، إلّا أنّ الدليل من النصّ و الإجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف (1)، بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن مُنضافٍ (2) إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتّصافه بوصف الصّحّه، فإنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف و إن لم يقابله شئٌ من الثمن، لكن له مدخلٌ في وجود مقدارٍ من الثمن و عدمه، فإذا تعهّده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بأداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله، و للمشتري أيضاً إسقاط هذا الالتزام عنه.

نعم، يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن، كما هو ظاهر تعريف الأرش في كلام الأكثر بأنّه جزءٌ من الثمن (3)، أو بمقداره، كما هو مختار العلّامه في صريح التذكرة (4) و ظاهر

ص: ٣٩٥

١- ١) في «ش» زياده: «و كونه في عهده البائع».

٢- ٢) في «ش»: «يُضاف».

٣- ٣) منهم العلّامه و المحقّق الثاني و غيرهما، و قد تقدّم عنهم في الصفحه ٣٩٣-٣٩٤.

٤- ٤) التذكرة ٥٢٨: ١، و فيه: «و الأقرب أنّه لا يتعيّن حقّ المشتري فيه بل للبائع إبداله».

غيرها و الشهيدين في كتبهما (1)؟ وجهان: تردّد بينهما في جامع المقاصد (2).

و أقواهما الثاني؛ لأصالة عدم تسلّط المشتري على شيءٍ من الثمن، و براءة ذمّه البائع من وجوب دفعه؛ لأنّ المتيقّن من مخالفه الأصل ضمان البائع لتدارك الفائت الذي التزم وجوده في المبيع بمقدارٍ وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة، لا في مقابلها، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام في روايتي حمّاد و عبد الملك:

إنّ (3) «له أرش العيب» (4)، و لا دليل على وجوب كون التدارك بجزءٍ من عين الثمن، عدا ما يتراءى من ظاهر التعبير في روايات الأرش عن تدارك العيب ب: «ردّ التفاوت إلى المشتري» (5) الظاهر في كون المردود شيئاً كان عنده أوّلاً، و هو بعض الثمن.

لكن التأمّل التامّ يقضى بأنّ هذا التعبير وقع بملاحظه أنّ الغالب

ص: ٣٩٦

١-١) راجع الدروس ٣:٢٨٧، و المسالك ٣:٢٩٩، و الروضه ٣:٤٧٤.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:١٩٤.

٣-٣) في «ش»: «إنّه».

٤-٤) راجع الوسائل ١٢:٤١٥، الباب ٤ من أبواب العيوب، الحديث ٧، و الصفحه ٤١٦، الباب ٥ من أبواب العيوب، الحديث ٣.

٥-٥) لم نعثر على العبارة بلفظها، نعم يدلّ على مفادها ما ورد في أبواب الخيار و أبواب أحكام العيوب، منها ما ورد في الوسائل

١٢:٤١٨، الباب ٦ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل، و فيه: «يرد عليه فضل قيمه»، و الصفحه ٣٦٢، الباب ١٦ من أبواب

الخيار، و الصفحه ٤١٣، الباب ٤ من أبواب أحكام العقود، و غيرهما.

وصول الثمن إلى البائع و كونه من النقدين، فالردّ باعتبار النوع، لا الشخص.

و من ذلك يظهر أنّ قوله عليه السلام في روايه ابن سنان: «و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها» (1) محمولٌ على الغالب: من كون الثمن كلياً في ذمّه المشتري، فإذا اشتغلت ذمّه البائع بالأرث حسب المشتري عند أداء الثمن ما في ذمته عليه.

ثمّ على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن، فالظاهر تعيينه من النقدين؛ لأنّهما الأصل في ضمان المضمونات، إلا أن يتراضى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضه.

و استظهر المحقّق الثانی من عبارہ القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما؛ حيث حكموا (2) في باب الصرف بأنّه لو وجد عيبٌ في أحد العوضين المتخالفين بعد التفريق جاز أخذ الأرث من غير النقدين و لم يجز منهما، فاستشكل ذلك بأنّ الحقوق الماليّه إنّما يرجع فيها إلى النقدين، فكيف الحقّ الثابت باعتبار نقصانٍ في أحدهما؟ (3).

و يمكن رفع هذا الإشكال: بأنّ المضمون بالنقدين هي الأموال المتعيّنه المستقرّه، و الثابت هنا ليس مالاً في الذمّه، و إلاّ بطل البيع فيما قابله من الصحيح؛ لعدم وصول عوضه قبل التفريق، و إنّما هو حقٌّ لو أعمله جاز له مطالبه المال، فإذا اختار الأرث من غير النقدين

ص: ٣٩٧

١- (١) الوسائل ١٢: ٤١٤، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث الأوّل.

٢- (٢) في «ش»: «حكما».

٣- (٣) جامع المقاصد ١٩٢: ٤١٩٤، و راجع القواعد ٢: ٣٩٩، و التحرير ١: ١٧٢، و الدروس ٣: ٣٠٤.

ابتداءً و رضى به الآخر فالمختار (١) نفس الأرش، لا- عوض عنه. نعم، للآخر الامتناع منه؛ لعدم تعيينه عليه، كما أن لدى الخيار مطالبه النقدين في غير هذا المقام و إن لم يكن للآخر الامتناع حينئذٍ.

و بالجمله، فليس هنا شيء معين ثابت في الذمه، إلا أن دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذى الخيار و يكون نفس الأرش، بخلاف دفع النقدين، فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين (٢) للأرشية.

ثم إنه قد تبين مما ذكرنا في معنى الأرش: أنه لا يكون إلا مقداراً مساوياً لبعض الثمن، و لا يعقل أن يكون مستغرقاً له، لأن المعيب إن لم يكن ممّا يتموّل و يبذل في مقابله شيء من المال بطل بيعه، و إلا فلا بدّ من أن يبقى له من الثمن قسطٌ.

نعم، ربما يتصور ذلك فيما إذا حدث قبل القبض أو في زمان الخيار عيبٌ يستغرق للقيمة مع بقاء الشيء على صفه التملك (٣)، بناءً على أن مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ العقد به، بل يأخذ المشتري أرش العيب، و هو هنا مقدار تمام الثمن. لكن عدم إلحاقه بالتلف مشكّل، بناءً على أن العيب إذا كان مضموناً على البائع بمقتضى قوله عليه السلام:

«إن حدث بالحيوان حدثٌ فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره» (٤)

ص: ٣٩٨

١- ١) في «ش»: «فمختاره».

٢- ٢) كذا في النسخ، لكن قال الشهيدى قدّس سرّه: «الصواب: فإنه إذا اختير أحدهما يتعين للأرشية» هدايه الطالب: ٥٤٨.

٣- ٣) في محتمل «ق»: «الملك».

٤- ٤) الوسائل ٣٥٢: ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و ليس فيه: «حتى ينقضى خياره».

كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع، والمفروض: أنه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان يبيعه باطلاً؛ لعدم كونه متمولاً يُبذل بإزائه شيء من المال، فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث (١) بعده مضموناً على البائع. إلا أن يمنع ذلك و أن ضمانه على البائع موجب (٢) الحكم بكون ذرّكه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا. مطلقاً حتى ينفسخ العقد به، ويرجع هذا الملك الموجود الغير المتمول إلى البائع. بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه أخرجه عن الملك فلا. دليل على إلحاقه بالتلف، بل تبقى العين الغير المملوكة حقاً للمشتري و إن لم يكن ملكاً له - كالخمر المتخذ للتخليل - و يأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرساً لا من باب انفساخ العقد.

هذا، إلا أن العلامة قدس سرّه في القواعد و التذكرة و التحرير (٣) و محكيّ النهايه (٤) يظهر منه الأرش المستوعب في العيب المتقدم على العقد الذي ذكرنا أنه لا يعقل فيه استيعاب الأرش للثمن.

قال في القواعد: لو باع العبد الجاني خطأ ضمن أقل الأمرين على رأى، و الأرش على رأى، و صح البيع إن كان موسراً، و إلا تخير المجنى عليه. و لو كان عمداً وقف على إجازته المجنى عليه، و يضمّن الأقلّ من الأرش و القيمة لا الثمن معها، و للمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع

ص: ٣٩٩

١- ١) في «ش» زياده: «مثل هذا».

٢- ٢) في «ش» بدل «موجب»: «بمعنى».

٣- ٣) ستأتى النصوص المنقوله عن هذه المصادر.

٤- ٤) نهايه الإحكام ٤٨٥: ٢: ٤٨٦.

بالثمن أو الأرش. فإن استوعبت الجنايه القيمه فالأرش ثمنه أيضاً، وإلما فقدر الأرش. و لا يرجع لو كان عالماً، و له أن يفديه كالمالك و لا- يرجع به عليه. و لو اقتص منه فلا- ردّ و له الأرش، و هو نسبه تفاوت ما بين كونه جانياً و غير جانٍ من الثمن (١)، انتهى.

و ذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب (٢). و قال في أوائل البيع من التذكرة في مسأله بيع العبد الجاني: و لو كان المولى معسراً لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبه ما لم يجر البيع أولاً، فإنّ البائع إنّما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه، و لا يحصل من ذمه المعسر، فيبقى حق المجنى عليه مقدماً على حق المشتري، و يتخير المشتري الجاهل في الفسخ، فيرجع بالثمن [معه (٣)] أو مع الاستيعاب، لأنّ أرش مثل هذا جميع ثمنه. و إن لم يستوعب يرجع بقدر أرشه. و لو كان عالماً بتعلق الحق [به (٤)] فلا رجوع إلى أن قال: و إن أوجبت الجنايه قصاصاً تخير المشتري الجاهل بين الردّ و الأرش، فإن اقتص منه احتمل تعيين الأرش، و هو قسط قيمه ما بينه جانياً و غير جانٍ. و لا يبطل البيع من أصله (٥)؛ لأنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم

ص: ٤٠٠

١-١ (١) القواعد ٢:٧٦.

٢-٢ (٢) التذكرة ١:٥٤٠.

٣-٣ (٣) أثبتناه من المصدر، و في «ش» بعد قوله: «بالثمن» زياده: «و به قال أحمد و بعض الشافعيه».

٤-٤ (٤) من «ش» و المصدر.

٥-٥ (٥) في المصدر زياده: «و به قال أحمد و بعض الشافعيه».

يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض و المرتدّ. و قال أبو حنيفة و الشافعي:

يرجع بجميع [ثمنه (١)]؛ لأنّ تلفه لمعنى (٢) استحقّ عليه عند البائع، فجرى إتلافه (٣)، انتهى.

و قال فى التحرير فى بيع الجنانى خطأ: و لو كان السيد معسراً لم يسقط حقّ المجنىّ عليه من (٤) رقبه العبد، فيتخيّر المشتري مع عدم علمه، فإن فسخ يرجع بالثمن؛ و كذا إن كانت الجنايه مستوعبه، و إن لم يستوعب رجوع بالأرش (٥)، انتهى.

و قال فى أوائل البيع فى هذه المسأله: و لو كان السيد معسراً لم يسقط حقّ المجنىّ عليه عن رقبه العبد، و للمشتري الفسخ مع عدم العلم (٦)، فإن فسخ يرجع بالثمن، و إن لم يفسخ و استوعبت الجنايه قيمته و انتزعت يرجع المشتري بالثمن أيضاً، و إن لم يستوعب رجوع بقدر الأرش. و لو علم المشتري بتعلّق الحقّ برقبه العبد لم يرجع بشيء. و لو اختار المشتري أن يفديه جاز و رجوع به على البائع مع الإذن، و إلّا فلا (٧)، انتهى.

ص: ٤٠١

١- ١) فى المصدر: «الثلث»، و الكلمه ساقطه من «ق».

٢- ٢) كذا فى ظاهر «ق»، و فى المصدر: «بمعنى»، و فى «ش»: «الأمر».

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٦٥، ٤٦٦.

٤- ٤) فى «ش» و المصدر: «عن».

٥- ٥) و (٧) التحرير ١: ١٨٥ و ١٦٥.

٦- ٦) فى «ش» بدل «فيتخيّر المشتري إلى مع عدم العلم»: «و للمشتري الفسخ مع عدم علمه».

قوله: «وانتزعت» إِمَّا راجِعٌ إلى رقبه العبد، أو إلى القيمة إذا باعه المجنّى عليه و أخذ قيمته، وهذا القيد غير موجودٍ في باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة.

و كيف كان: فالعبد المتعلق برقبته حَقٌّ للمجنّى عليه يستوعب قيمته، إِمَّا أن يكون له قيمةٌ تبذل بإزائه، أو لا، و على الأول: فلا بدّ أن يبقى شىءٌ من الثمن للبائع بإزائه، فلا يرجع بجميع الثمن عليه. و على الثانى: فينبغى بطلان البيع.

و لو قيل: إنّ انتزاعه عن ملك المشتري لحقّ كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك مع منعه (1) فى نفسه - أن يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجانى عمداً.

و قد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسطٍ من الثمن فيه.

و بالجمله، فالمسألة محلّ تأمّلٍ، و الله العالم.

ص: ٤٠٢

(١ - ١) فى «ش»: «مع بُعده».

مسأله يُعرف الأرش بمعرفه قيمته الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبه ذلك التفاوت.

و إذا لم تكن قيمه معلومه فلا بدّ من الرجوع إلى العارف بها.

و هو قد يخبر عن قيمه المتعارفه المعلومه المضبوطه عند أهل البلد أو أهل الخبره منهم لهذا المبيع المعين أو لمثله في الصفات المقصوده، كمن يخبر: بأنّ هذه الحنطه أو مثلها يباع في السوق بكذا، وهذا داخلٌ في الشهاده يعتبر فيها جميع ما يعتبر في الشهاده على سائر المحسوسات:

من العداله، و الإخبار عن الحسّ، و التعدّد.

و قد يخبر عن نظره و حدسه من جهه كثره ممارسته أشباه هذا الشيء و إن لم يتفق اطلاعه على مقدار رغبه الناس في أمثاله، و هذا يحتاج إلى الصفات السابقه و زياده المعرفه و الخبره بهذا الجنس، و يقال له بهذا الاعتبار: أهل الخبره.

و قد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصياتٍ في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحه، كالصائغ العارف بأصناف الذهب و الفضّه من حيث الجوده و الرداءه، مع كون

ص: ٤٠٣

قيمه الجيد و الردىء محفوظة عند الناس معروفه بينهم،فقوله:«هذا قيمته كذا» يريد به أنه من جنس قيمته كذا،و هذا فى الحقيقه لا يدخل فى المقوم،و كذا القسم الأول،فمرادهم بالمقوم هو الثانى.

لكن الأظهر عدم التفرقه بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول و إن احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحد:

إما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد.

و إما لاعتبار الظن فى مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالأقل -لأصالة براءة ذمه البائع - تضييع حق المشتري فى أكثر المقامات.

و إما لعموم ما دل على قبول قول العادل،خرج منه ما كان من قبيل الشهاده كالقسم الأول،دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى؛ لكونه ناشئاً عن حدس و اجتهاد و تتبع الأشباه و الأنظار و قياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغى أن يبذل بإزائه كذا و كذا و إن لم يوجد راغب يبذل له ذلك.

ثم لو تعدر معرفه قيمه لفقد أهل خبره أو توقّفهم فى كفايه الظن أو الأخذ بالأقل و جهان. و يحتمل ضعيفاً الأخذ بالأكثر؛ لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلّا به.

فيحتمل:

تقديم بينه الأقل؛ للأصل.

و بينه الأكثر؛ لأنها مثبتة.

و القرعة؛ لأنها لكل أمرٍ مشتبه.

و الرجوع إلى الصلح؛ لتثبت كل من المتبايعين بحججه شرعيه ظاهريه، و المورد غير قابل للحلف؛ لجهل كل منهما بالواقع.

و تخيير الحاكم؛ لامتناع الجمع و فقد المرجح.

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم (١): من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان؛ لأن كلا منهما حججه شرعيه (٢)، فإذا تعذر العمل به (٣) في

ص: ٤٠٥

١- ١) منهم المفيد في المقنعه: ٥٩٧، و المحقق في الشرائع ٢: ٣٨، و العلامة في القواعد ٢: ٧٥ و غيره من كتبه، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤: ٦٣٢-٦٣٣.

٢- ٢) في «ش» زياده: «يلزم العمل به».

٣- ٣) في «ق»: «بها».

تمام مضمونه وجب العمل به في بعضه، فإذا قومه أحدهما بعشره فقد قوم كلاً من نصفه بخمسه، وإذا قومه الآخر (١) بثمانيه فقد قوم كلاً من نصفه بأربعه، فيعمل بكل منهما في نصف المبيع. و قولهما (٢) وإن كانا متعارضين في النصف أيضاً كالكل، فيلزم مما ذكر طرح كلا القولين في النصفين، إنما أن طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر أولى في مقام امتثال أدله العمل بكل بينه من طرح كليهما أو إحداهما رأساً، وهذا معنى قولهم: «إن الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما - ولو من وجه - أولى من طرح أحدهما رأساً»؛ ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعده: الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيئتان في دار في يد رجلين يدعيها كل منهما (٣).

بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعده من الدليلين المتعارضين في أحكام الله تعالى؛ لأن الأخذ بأحدهما كلياً و طرح (٤) الآخر كذلك في التكليف الشرعي الإلهي لا ينقص عن التبعض من حيث مراعاة حق الله سبحانه؛ لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه، بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس، فإن في التبعض جمعاً بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو في الجملة؛ ولعل هذا هو السر في عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس في شيء من موارد الفقه (٥).

ص: ٤٠٦

١- ١) في «ق»: «الأخرى».

٢- ٢) في «ش»: «قولاهما».

٣- ٣) تمهيد القواعد: ٢٨٤.

٤- ٤) في «ش»: «ترك».

٥- ٥) في «ش» و مصححه «ف» بدل «موارد الفقه»: «الموارد».

وقد يُستشكل ما ذكرنا: تارةً بعدم التعارض بينهما عند التحقيق؛ لأنَّ مرجع بینه النفي إلى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة، فيبینه الإثبات المدّعيه للزيادة سليمة.

و أخرى بأنَّ الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البيّتين بمرجّح، و أصاله البراءه هنا مرجّحه للبيّنه الحاكمه بالأقلّ.

و ثالثه بأنَّ في الجمع مخالفه قطعيه و إن كان فيه موافقه قطعيه، لكنّ التخيير الذي لا يكون فيه إلّا مخالفه احتماليه أولى منه.

و يندفع الأول بأنَّ المفروض أنّ بيّنه النفي تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعاً، و أنّ بذل الزائد في مقابل المبيع سفّه.

و يندفع الثاني بما قرّرناه في الأصول (1): من أنّ الأصول الظاهريه لا تصير مرجّحه للأدله الاجتهاديّه، بل تصلح مرجعاً في المسأله لو تساقط الدليلان من جهه ارتفاع ما هو مناط الدلاله فيهما لأجل التعارض، كما في الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. و الحاصل: أنّ بيّنه الزيادة تثبت أمراً مخالفه للأصل، و معارضتها بالأخرى النافيه لها لا يوجب سقوطها بالمرّه لفقد المرجّح، فيجمع بين النفي و الإثبات في النصفين.

و يندفع الثالث بأنَّ ترجيح الموافقه الاحتماليه الغير المشتمله على المخالفه القطعيه على الموافقه القطعيه المشتمله عليها إنّما هو في مقام الإطاعه و المعصيه الراجعتين إلى الانقياد و التجري؛ حيث إنّ ترك

ص: ٤٠٧

١-١) راجع فرائد الأصول ١٥١:٤-١٥٢.

التجرى أولى من تحصيل العلم بالانقياد، بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس، فإنّ مراعاة الجميع (١) أولى من إهمال أحدهما رأساً و إن اشتمل على إعمال الآخر؛ إذ ليس الحقّ فيهما لواحدٍ (٢) كما فى حقوق الله سبحانه.

ثمّ إنّ قاعده الجمع حاكمه على دليل القرعه؛ لأنّ المأمور به هو العمل بكلّ من الدليلين لا بالواقع المرّد بينهما؛ إذ قد يكون كلاهما مخالفاً للواقع، فهما سببان مؤثران بحكم الشارع فى حقوق الناس، فيجب مراعاتها و إعمال أسبابها بقدر الإمكان، إذ لا ينفع توفيه حقّ واحدٍ مع إهمال حقّ الآخر رأساً (٣).

ثم إنّ المعروف فى الجمع بين البيّنات الجمع بينها (٤) فى قيمتى الصحيح، فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما و من الثلاث ثلثها (٥) و من الأربع ربعها (٦) و هكذا فى المعيب، ثم تلاحظ النسبه بين المأخوذ للصحيح و بين المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبه. فإذا كان إحدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الأخرى ستّه، و إحدى قيمتى المعيب أربعه (٧)

ص: ٤٠٨

١-١ فى محتمل «ق»: «الجمع».

٢-٢ فى «ش» زياده: «معين».

٣-٣ فى «ش» زياده: «على النهج الذى ذكرنا من التنصيف فى المبيع».

٤-٤ كذا فى ظاهر «ق»، و فى «ش»: «بينهما».

٥-٥ فى «ش»: «ثلثهما».

٦-٦ فى «ش»: «ربعهما».

٧-٧ فى «ق»: «ستّه»، و هو سهو.

و الأخرى اثنين، أخذ للصحيح تسعة و للمعيب ثلاثة، و التفاوت بالثلثين، فيكون الأرش ثلثي الثمن (١).

و يحتمل الجمع بطريق آخر، و هو: أن يرجع إلى البيئه في مقدار التفاوت و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظه القيم. و هذا منسوبٌ إلى الشهيد قدس سرّه على ما فى الروضه (٢).

و حاصله قد يتّحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور، فإنّ التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كلٍّ من البيئتين بالثلثين كما ذكرنا فى الطريق الأوّل.

و قد يختلفان، كما إذا كانت إحدى قيمتى [الصحيح (٣)] اثنى عشر و الأخرى ثمانيه، و قيمه المعيب على الأوّل عشره و على الثانى خمسّه.

فعلى الأوّل: يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح أعنى العشره، و نصف قيمتى المعيب و هو سبعة و نصف، فالتفاوت بالربع، فالأرش ربع الثمن، أعنى ثلاثه من اثنى عشر لو فرض الثمن اثنى عشر. و على الثانى:

يؤخذ التفاوت بين الصحيح و المعيب على إحدى البيئتين بالسدس و على

ص: ٤٠٩

١- ١) فى «ش» زياده ما يلى: «و يمكن أيضاً على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين، بأن تعمل فى نصفه بقول المثبت للزياده، و فى نصفه الآخر بقول النافى، فإذا قومه إحداهما باثنى عشر و الآخر بثمانيه أخذ فى نصف الأربعة بقول المثبت و فى نصفها الآخر بقول النافى، جمعاً بين حقى البائع و المشتري، لكنّ الأظهر هو الجمع على النهج الأوّل».

٢- ٢) الروضه البهيّه ٣: ٤٧٨.

٣- ٣) لم يرد فى «ق».

الأخرى ثلاثة أثمان، ويُنصف المجموع - أعنى ستة و نصف (١) من اثني عشر جزءاً - و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع، و قد كان في الأول ثلاثة.

و قد ينقص عن الأول، كما إذا اتفقا على أن قيمة المعيب ستة، و قال إحداهما: قيمة الصحيح ثمانية، و قال الأخرى: عشرة. فعلى الأول: يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما تسعه، و نسبته إلى الستة بالثلث.

و على الثاني: يكون التفاوت على إحدى البيئتين ربعاً و على الأخرى خمسين فيؤخذ نصف (٢) الربع و نصف الخمسين، فيكون ثُمناً و حُمساً، و هو ناقصٌ عن الثلث بنصف خمس.

توضيح هذا المقام: أن الاختلاف إما أن يكون في الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب، و إما أن يكون في المعيب فقط، و إما أن يكون فيهما.

فإن كان في الصحيح فقط - كما في المثال الأخير - فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائماً؛ لأنك قد عرفت أن الملحوظ على طريق المشهور نسبه المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح المجعول قيمةً منتزعةً، و على الطريق الآخر نسبه المعيب إلى كلٍّ من القيمتين المستلزمه لملاحظه أخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيئتين في العمل، و المفروض في هذه الصورة أن نسبه المعيب إلى مجموع نصفى قيمتى الصحيح التى هى طريقه المشهور مخالفةٌ لنسبه نصفه إلى كلٍّ من

ص: ٤١٠

١-١) كذا في «ق»، و المناسب: «نصفاً» كما في «ش».

٢-٢) من هنا إلى قوله: «و توهم أن حكم شراء شئٍ..» في الصفحة ٤١٤ مفقود من نسخه الأصل «ق».

النصفين؛ لأنَّ نسبة الكلِّ إلى الكلِّ تساوى نسبه نصفه إلى كلِّ من نصفى ذلك الكلِّ، وهو الأربعة و النصف فى المثال، لا إلى كلِّ من النصفين (١) المركَّب منهما ذلك الكلِّ كالأربعة و الخمسه، بل النصف المنسوب إلى أحد بعضى (٢) المنسوب إليه كالأربعة نسبةً مغايرةً لنسبته إلى البعض الآخر، أعنى الخمسه، و هكذا غيره من الأمثله.

و إن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين أبداً؛ لأنَّ نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتى المعيب-على ما هو طريق المشهور-مساويةً لنسبه نصفه إلى نصف إحداهما و نصفه الآخر إلى نصف الأخرى، كما إذا اتَّفقا (٣) على كون الصحيح اثنى عشر و قالت إحداهما: المعيب ثمانيه، و قالت الأخرى: ستّه، فإنَّ تفاوت السبعه و الاثنى عشر-الذى هو طريق المشهور مساوٍ لنصف مجموع تفاوتى الثمانيه مع الاثنى عشر و الستّه مع الاثنى عشر؛ لأنَّ نسبة الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع، و هذا بعينه تفاوت السبعه و الاثنى عشر.

و إن اختلفا فى الصحيح و المعيب، فإنَّ اتَّحدت النسبه بين الصحيح و المعيب على كلتا البيئتين (٤) فيتَّحد الطريقتان دائماً، كما إذا قومه إحداهما صحيحاً باثنى عشر و معيياً بستّه، و قومه الأخرى صحيحاً بستّه و معيياً

ص: ٤١١

١-١) فى «ف» بدل «النصفين»: «البعضين».

٢-٢) فى «ش»: «بعض».

٣-٣) كذا، و المناسب: «اتَّفقتا»، لرجوع الضمير إلى البيئتين.

٤-٤) فى نسخه بدل «ن»: «النسبتين».

بثلاثه، فإن نصف الصحيحين أعنى التسعه تفاوتته مع نصف مجموع المعيين - وهو الأربعة و نصف عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة و الستة مع الثلاثه.

و الحاصل: أن كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين.

و إن اختلفت النسبه، فقد يختلف الطريقان و قد يتحدان، و قد تقدم مثالهما فى أول المسأله (١).

ثم إن الأظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفاقاً للمحكى عن إيضاح النافع، حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد (٢)، و لم يذكر وجهه. و يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه، كما سيجىء (٣).

و وجه تعين هذا الطريق: أن أخذ القيمه من القيمتين على طريق المشهور أو النسبه المتوسّطه من النسبتين على الطريق الثانى، إمّا للجمع بين البيئتين بإعمال كل منهما فى نصف العين كما ذكرنا، و إمّا لأجل أن ذلك توسط بينهما لأجل الجمع بين الحقيين بتنصيف ما به التفاوت نفيًا و إثباتًا على النهج الذى ذكرناه أخيراً فى الجمع بين البيئتين، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المرّد بينهما من عند الودعى و لم تكن هنا بينه تشهد لأحدهما

ص: ٤١٢

١- ١) تقدم فى الصفحه ٤٠٩.

٢- ٢) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٣٣.

٣- ٣) يجىء فى الصفحه ٤١٦.

بالاختصاص، بل ولا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلى الأول فاللازم وإن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح والمعيب- كما فعله المشهور- بأن يُجمع الاثنا عشر و الثمانيه المفروضتان (1) قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم، و يؤخذ نصف أحدهما (2) قيمه نصف المبيع صحيحاً، و نصف الأخرى قيمه للنصف الآخر منه، و لازم ذلك كون تمامه بعشره، و يجمع قيمتا المعيب- أعنى العشره و الخمسه- و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما، و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعه و نصف (3)، إلّا أنه لا ينبغى ملاحظه نسبه المجموع من نصفى إحدى القيمتين- أعنى العشره إلى المجموع من نصف (4) الأخرى- أعنى سبعة و نصفاً- كما نسب إلى المشهور؛ لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمه تغاير قيمه النصف الآخر و جب ملاحظه التفاوت بالنسبه إلى كل من النصفين صحيحاً و معيماً و أخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه.

فالعشره ليست قيمه لمجموع الصحيح إلّا باعتبار أنّ نصفه مقوم، بستّه و نصفه الآخر بأربعه، و كذا السبعه و نصف (5) ليست قيمه لمجموع المعيب إلّا باعتبار أنّ نصفه مقوم بخمسه و نصفه الآخر باثنين و نصف،

ص: 413

1-1) فى «ف»: «المفروضتين».

2-2) فى «ش»: «إحدىهما».

3-3) فى «ف» بدل «المبيع بسبعه و نصف»: «المعيب بخمسه عشر».

4-4) فى «ف»: «نصفى».

5-5) فى «ش»: «و النصف».

فلا وجه لأخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و نصف (١)، بل لا بدّ من أخذ تفاوت ما بين الأربعة و الاثنين و نصف لنصفٍ منه، و تفاوت ما بين الستّة و الخمسه للنصف الآخر.

و توهم: أنّ حكم شراء شيءٍ تغيّر قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن [الواحد (٢)] مالين معيين مختلفين في القيمة صحيحاً و معيباً، بأن اشترى عبداً و جاريه [بائني عشر (٣)] فظهرها معيين، و العبد يسوى أربعة صحيحاً و اثنين و نصف (٤) معيباً، و الجاربه يسوى ستّة صحيحه و خمسّه معيبه، فإنّه لا شكّ في أنّ اللازم في هذه الصوره ملاحظه مجموع قيمتي الصفقه صحيحه و معيبه - أعني العشره و السبعه و نصف (٥) - و أخذ التفاوت و هو الربع من الثمن، و هو ثلاثه إذا فرض الثمن اثني عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه.

مدفوع: بأن الثمن في المثال لثما كان موزعاً على العبد و الجاربه بحسب قيمتهما، فإذا أخذ المشتري ربع الثمن أرشاً فقد أخذ للعبد ثلاثه أثمان قيمته و للجاربه سدسه (٦) كما هو الطريق المختار؛ لأنّه أخذ من مقابل الجاربه أعني سبعة و خمساً سدسه و هو واحد و خمس، و من مقابل العبد أعني أربعة و أربعه أخماس ثلاثه أثمان و هو واحد و أربعه

ص: ٤١٤

١-١) في «ش»: «و النصف».

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) كذا في «ق»، و المناسب: «نصفاً»، كما في «ش».

٥-٥) في «ش»: «النصف».

٦-٦) كذا في «ق»، و المناسب: «سدسها»، كما في «ش».

أخماس، فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبقاً على السدس و ثلاثة أثمان.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ المبدول في مقابل كلٍّ من النصفين المختلفين بالقيمه أمرٌ واحد، وهو نصف الثمن.

فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كلٍّ من الجاربه و العبد في المثال المفروض بثمان مساوٍ للآخر، بأن اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر في عقدٍ واحدٍ أو عقدين، فلا يجوز حينئذٍ أخذ الربع من اثني عشر، بل المتعين حينئذٍ أن يؤخذ من سته الجاربه سدس، و من سته العبد اثنان و ربع، فيصير مجموع الأرش ثلاثة و ربعاً (1)، و هو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني.

و قد ظهر ممّا ذكرنا: أنه لا فرق بين شهاده البيّنات بالقيم أو شهادتهم بنفس النسبه بين الصحيح و المعيب و إن لم يذكروا القيم.

هذا كله إذا كان مستند المشهور في أخذ القيمه الوسطى إلى (2) العمل بكلٍّ من البيّتين في جزءٍ من المبيع.

أما (3) إذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقين (4)، بأن تنزل القيمه الزائده و ترفع (5) الناقصه على حدٍّ سواء، فالمتعين الطريق الثاني [أيضاً (6)]،

ص: ٤١٥

١- ١) في «ق» بدل «ربعاً»: «أربعه»، و هو سهو ظاهراً.

٢- ٢) لم ترد «إلى» في «ش».

٣- ٣) في «ش»: «و أمّا».

٤- ٤) في «ش» زياده: «على ما ذكرناه أخيراً».

٥- ٥) في «ش»: «يرتفع».

٦- ٦) لم يرد في «ق».

سواءً شهدت البيئتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبه بين الصحيح و المعيب.

أما إذا شهدتا بنفس التفاوت، فلأنه إذا شهدت إحداهما بأنّ التفاوت بين الصحيح و المعيب بالسدس و هو الاثنان من اثني عشر، و شهدت الأخرى بأنّه بثلاثة أثمان و هو الثلاثة من ثمانية، زدنا على السدس ما تنقص من ثلاثة أثمان صار (1) كل واحد (2) سدساً و نصف سدس و ثمنه، و هو من الثمن المفروض اثني عشر ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقاً.

و إن شهدت البيئتان بالقيمتين، فمقتضى الجمع بين الحقيين في هذا المقام (3) تعديل قيمتي كل من الصحيح و المعيب بالزيادة و النقصان بأخذ (4) قيمه نسبه إلى المعيب دون نسبه القيمه الزائده و فوق نسبه الناقصه، فيؤخذ من الاثني عشر و العشر (5) و من الثمانية و الخمسه قيمتان للصحيح و المعيب نسبه إحداهما إلى الأخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة أثمان، فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس.

و من هنا يمكن إرجاع كلام الأكثر إلى الطريق الثاني، بأن يريدوا

ص: 416

١-١ (١) في «ش»: «و صار».

٢-٢ (٢) في «ش»: «زيادة»: «من التفاوتين بعد التعديل».

٣-٣ (٣) العبارة في «ش»: «هكذا»: «بين حقي البائع و المشتري في مقام إعطاء الأرش و أخذه تعديل».

٤-٤ (٤) في «ق»: «أخذ».

٥-٥ (٥) في «ش»: «العشره».

من «أوسط القيم المتعدده للصحيح و المعيب» القيمة المتوسّطه بين القيم لكلّ منهما من حيث نسبتها إلى قيمه الآخر، فيكون مرادهم من أخذ قيمتين للصحيح و المعيب [قيمة (1)] متوسّطه من حيث نسبه إحداهما إلى الأخرى بين أقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح و الفاسد. و ليس في كلام الأكثر أنّه تجمع قيم الصحيح و تنتزع منها قيمة—و كذلك قيم المعيب—ثمّ تنسب إحدى القيمتين المنتزعتين إلى الأخرى.

قال في المقنعه: فإن اختلف أهل الخبره عمل على أوسط القيم (2) و نحوه في النهايه (3). و في الشرائع عمل على الأوسط (4).

و بالجمله، فكلّ من عبّر بالأوسط يحتمل أن يريد الوسط من حيث النسبه لا من حيث العدد (5).

ص: 417

1-1) لم يرد في «ق».

2-2) المقنعه: 597.

3-3) النهايه: 393.

4-4) الشرائع 2:38.

5-5) في «ش» زياده ما يلي: «هذا، مع أن المستند في الجميع هو ما ذكرنا: من وجوب العمل بكل من البيتين في قيمه نصف المبيع. نعم، لو لم يكن بينه أصلاً لكن علمنا من الخارج أن قيمه الصحيح إما هذا و إما ذاك و كذلك قيمه المعيب و لم نقل حينئذ بالقرعه أو الأصل، فاللازم الاستناد في التصنيف إلى الجمع بين الحقين على هذا الوجه، و قد عرفت أن الجمع بتعديل التفاوت؛ لأنّه الحقّ، دون خصوص القيمتين المحتملتين. و الله العالم».

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 كiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

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
الغمامة اصحمان



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



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرافيية
عليه السلام

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

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

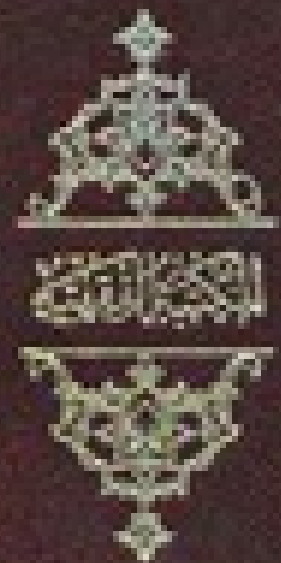
كُتُبُ الْمَكْتَبَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الشيخ محمد بن أبي بكر

١٢٩٤ - ١٣٥١ هـ



أعداد
لجنة تحقيق مكتب الشيخ الأكظم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المكاسب

كاتب:

مرتضى انصارى (اعظم انصارى)

نشرت فى الطباعة:

مجمع الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

سرشناسه: انصاری، مرتضی بن محمدامین، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ق.

عنوان و نام پدیدآور: المكاسب / المؤلف مرتضی الانصاری؛ اعداد لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم.

مشخصات نشر: قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۱۳ه.ق

مشخصات ظاهری: ۶ج.

فروست: مجمع الفكر الاسلامی؛ ۱۴؛ ۱۵؛ ۱۶؛ ۱۷؛ ۱۸؛ ۱۹.

شابک: دوره ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۷-۶؛ ج. ۱. ۹۶۴ ۵۶۶۲ ۱۱-۷؛ ج. ۲. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۲-۵؛ ج. ۳. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۳-۳؛ ج. ۴.

۹۶۴-۵۶۶۲-۱۴-۱؛ ج. ۵. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۵-X؛ ج. ۶. ۹۶۴-۵۶۶۲-۱۶-۸؛

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۴۱۹ق. = ۱۳۷۷.

یادداشت: کتاب حاضر به مناسبت دویستمین سالگرد تولد شیخ انصاری منتشر شده است.

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ سوم: ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۱ و ۲ (چاپ دهم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ دوم: ۱۴۲۰ق. = ۱۳۷۸).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ هشتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۳ (چاپ نهم: ۱۳۸۶).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هفتم: ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۴، ۵ و ۶ (چاپ هشتم: ۱۳۸۶).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی. لجنة تحقيق تراث الشيخ الاعظم

شناسه افزوده : مجمع الفكر الاسلامی

شناسه افزوده : کنگره جهانی بزرگداشت دوستمین سالگرد تولد شیخ انصاری (۱۳۷۴ : قم و دزفول)

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ / الف م ۸ ۱۳۰۰۷ ای الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۸-۱۹۳۷

ص : ۱

اشاره

ص: ٧

[تتمه القول فى الخيار]

[تتمه القول فى أقسام الخيار]

[تتمه القول فى خيار العيب]

إشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، و الصلاة و السلام على محمدٍ و آله الطاهرين، و لعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين (١).

ص: ٧

١-١) وردت الخطبه فى «ق»، و لم ترد فى سائر النسخ.

في الشروط التي يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحتها و فاسدها

اشاره

ص: ٩

فى الشروط (١) التى يقع عليها العقد و شروط صحتها و ما يترتب على صحتها و فاسدها

الشرط يطلق فى العرف على معينين:

أحدهما: المعنى الحدى،

و هو بهذا المعنى مصدر «شَرَطَ»، فهو شارطُ للأمر الفلانى، و ذلك الأمر مشروطٌ، و فلانٌ مشروط له أو عليه.

و فى القاموس: «أنه إلزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره» (٢) و ظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازاً أو غير صحيح.

لكن لا إشكال فى صحته، لوقوعه فى الأخبار كثيراً، مثل:

قوله صلى الله عليه و آله و سلم فى حكاية بيع بريه: إن قضاء الله أحقّ، و شرطه أوثق، و الولاء لمن أعتق» (٣).

و قول أمير المؤمنين صلوات الله عليه فى الردّ على مشرط عدم التزوج

ص: ١١

١- ١) فى «ش»: «القول فى الشروط».

٢- ٢) القاموس المحيط ٢: ٣٦٨، مادّه «شرط».

٣- ٣) السنن الكبرى للبيهقى ١٠: ٢٩٥، و كنز العمّال ١٠: ٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥، و أورد بعضه فى الوسائل ١٦: ٤٠، الباب ٣٧ من أبواب كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.

بأمرهٍ أخرى في النكاح: إنَّ «شرط الله قبل شرطكم» (١).

و قوله: «ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثه أيامٍ للمشتري.

قلت: و في غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا» (٢).

و قد أُطلق على النذر أو العهد أو الوعد في بعض أخبار الشرط في النكاح (٣). و [قد اعترف (٤) في الحدائق: بأنَّ إطلاق الشرط على البيع كثيرٌ في الأخبار (٥).

و أما دعوى كونه مجازاً، فيدفعها مضافاً إلى أولويته الاشتراك المعنوي، و إلى أنَّ المتبادر من قوله: «شَرَطَ على نفسه كذا» ليس إلّا مجرد الإلزام (٦) - استدلال الإمام عليه السلام بالنبوي: «المؤمنون عند شروطهم» (٧) فيما تقدّم من الخبر الذي أُطلق فيه الشرط على النذر أو العهد.

و مع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفردّه به، و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التي ذكرناها، و إلّا لذكرها و لو بعنوانٍ يشعر بمجازيتها.

ص: ١٢

١- (١) الوسائل ٣١: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦.

٢- (٢) الوسائل ٣٤٩: ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٥، و الصفحة ٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣- (٣) راجع الوسائل ٤٦، ٢٩: ١٥-٤٧، الباب ٣٧، ٢٠-٣٩ و غيرها من أبواب المهور، و راجع روايه منصور بن يونس الآتية في الصفحة ٢٨.

٤- (٤) لم يرد في «ق».

٥- (٥) الحدائق ٧٣: ٢٠.

٦- (٦) في «ش»: «الالتزام».

٧- (٧) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

ثمّ قد يتجوّز في لفظ «الشرط» بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط، كالخلق بمعنى المخلوق، فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه.

الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظه أنّه يلزم من وجوده الوجود أو لا، وهو بهذا المعنى اسمٌ جامدٌ لا مصدرٌ، فليس فعلاً لأحدٍ (1)، واشتقاق «المشروط» منه ليس على الأصل كـ «الشارط» و لذا ليسا بمتضايين في الفعل و الانفعال، بل «الشارط» هو الجاعل و «المشروط» هو ما جعل له الشرط، كـ «المسبّب» بالكسر و الفتح المشتقّين من «السبب».

فَعَلَمَ من ذلك: أنّ «الشرط» في المعنيين نظير «الأمر» بمعنى المصدر و بمعنى «الشيء».

و أما استعماله في ألسنه النجاه على الجملة الواقعة عقب أدوات الشرط

فهو اصطلاحٌ خاصٌّ مأخوذٌ من إفاده تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثاني، كما أنّ استعماله في ألسنه أهل المعقول و الأصول في «ما يلزم من عدمه العدم و لا- يلزم من وجوده الوجود» مأخوذٌ من ذلك المعنى، إلّا أنّه أضعف إليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلاً للسبب.

فقد تلخّص ممّا ذكرنا: أنّ للشرط معنيين عرفيين، و آخرين اصطلاحيين لا- يحمل عليهما الإطلاقات العرفية، بل هي مردّده بين الأوليين، فإن قامت قرينه على إرادته المصدر تعيّن الأول، أو على إرادته الجامد تعيّن الثاني، و إلّا حصل الإجمال.

ص: ١٣

١- ١) كذا في «ق»، و في «ش» بدل «لأحد»: «و لا حدثاً».

و ظهر أيضاً: أنّ المراد بـ«الشرط» في قولهم صلوات الله عليهم: «المؤمنون عند شروطهم» (١) هو الشرط باعتبار كونه مصدراً، إمّا مستعملاً في معناه-أعني إلزاماتهم على أنفسهم-و إمّا مستعملاً بمعنى ملتزماتهم، و إمّا بمعنى جعل الشيء شرطاً بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر؛ وسيجىء الكلام فى ذلك (٢).

و أمّا الشرط فى قوله: «ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت: و ما الشرط فى غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا» (٣)، و قوله: «الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أو لم يشترط» (٤) فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع و ألزمه على المتبايعين أو أحدهما: من التسلّط على الفسخ، فيكون مصدراً بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع. و يحتمل أن يراد به الحكم الشرعى المقرّر، و هو ثبوت الخيار، و على كلّ تقدير ففى الإخبار عنه حينئذٍ بقوله: «ثلاثة أيام» مسامحةً.

نعم، فى بعض الأخبار: «فى الحيوان كلّ شرط ثلاثة أيام» (٥) و لا يخفى توقّفه على التوجيه.

ص: ١٤

١-١) تقدّم تخريجه فى الصفحة ١٢.

٢-٢) انظر الصفحة ٥٩ و ما بعدها.

٣-٣) تقدّم تخريجه فى الصفحة ١٢.

٤-٤) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

٥-٥) الوسائل ١٢:٣٤٩، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

[مسأله] (١) في شروط صحّحه الشرط

و هي أمورٌ قد وقع الكلام أو الخلاف فيها:

أحدها: أن يكون داخلاً تحت قدره المكلف،

فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه إلى صاحبه، سواء كان صفةً لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفاً بها، مثل صيروره الزرع سنبلًا، وكون الأمه و الدابّه تحمل في المستقبل أو تلد كذا. أو كان عملاً، كجعل الزرع سنبلًا و البُسْر تمرًا، كما مثّل به في القواعد (٢).

□
لكن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع و البُسْر سنبلًا و تمرًا، و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد ممّا لا يكون تحت قدرته كأفعال الله سبحانه، لا عن اشتراط حدوث فعلٍ محالٍ من المشروط عليه؛ لأنّ الإلزام و الالتزام بمباشره فعلٍ ممتنع عقلاً أو عادةً ممّا لا يرتكبه العقلاء، و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدّين أو الطيران في الهواء ممّا لا يرتكبه العقلاء. و الإتيان بالقيّد المخرج لذلك

ص: ١٥

١- ١) في «ق» بدل «مسأله»: «مسائل»، و في «ش» و مصحّحه «ف»: «الكلام».

٢- ٢) القواعد ٩٠: ٢.

و الحكم عليه بعدم الجواز و الصحه بعيد عن شأن الفقهاء؛ و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الإجاره و الجعالة، مع أن اشتراط كون الفعل سائغاً يغنى عن اشتراط قدره.

نعم، اشتراط تحقق فعل الغير، الخارج عن اختيار المتعاقدين، المحتمل وقوعه في المستقبل، و ارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطاً به و واقعاً عليه أمرٌ صحيحٌ عند العقلاء مطلوبٌ لهم، بل أولى بالاشتراط من الوصف الخالي الغير المعلوم تحققه، ككون العبد كاتباً، أو الحيوان حاملاً، و الغرض الاحتراز عن ذلك.

و يدل على ما ذكرنا تعبير أكثرهم ب«بلوغ الزرع و البشير سنبلًا و تمرًا» (١)، أو ل«صيرورتها (٢) كذلك»، و تمثيلهم لغير المقدور ب«انعقاد الثمره و إيناعها»، و «حمل الدابته فيما بعد»، و «وضع الحامل في وقت كذا»، و غير ذلك.

و قال في القواعد: يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدره: من منافع البائع دون غيره، ك«جعل الزرع سنبلًا و البشير تمرًا» (٣). قال الشهيد رحمه الله في محكي حواشيه على القواعد: إن المراد جعل الله الزرع سنبلًا و البشير تمرًا، لأننا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل؛ لا امتناع ذلك من غير الإله جلت عظمته انتهى (٤).

لكن قال في الشرائع: و لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في

ص: ١٦

١-١) كما في الدروس ٣:٢١٥، و جامع المقاصد ٤:٤١٦، و الروضه ٣:٥٠٥.

٢-٢) كذا في ظاهر «ق»، و الظاهر: «بصيرورتها».

٣-٣) القواعد ٢:٩٠.

٤-٤) حكاه السيد العامل في مفتاح الكرامه ٤:٧٣٤.

مقدوره، كبيع الزرع على أن يجعله سنبلاً و الرطب على أن يجعله تمرأ، انتهى (١). و نحوها عبارته التذكرة (٢).

لكن لا- بد من إرجاعها إلى ما ذكر؛ إذ لا- يتصور القصد من العاقل إلى الإلزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلي، اللهم إلا أن يراد إعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الإيصال، فأسند الجعل إلى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم.

و كيف كان، فالوجه في اشتراط الشرط المذكور-مضافاً إلى عدم الخلاف فيه-عدم القدره على تسليمه، بل و لا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفاً به؛ لأنّ تحقّق مثل هذا الشرط بضرب من الاتّفاق، و لا- يناط بإرادته المشروط عليه، فيلزم الغرر في العقد، لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه؛ و لذا نفى الخلاف في الغنيه عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استناداً إلى عدم القدره على تسليم المبيع (٣)، كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسأله.

و لا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفاً حالياً لا يعلم تحقّقه في المبيع (٤)، كاشتراط كونه كاتباً بالفعل أو حاملاً؛ للفرق بينهما- بعد الإجماع-؛ بأنّ التزام وجود الصفه في الحال بناءً على وجود الوصف الحالى و لو لم يعلم به، فاشتراط كتابه العبد المعين الخارجى بمنزله

ص: ١٧

١- (١) الشرائع ٣٣: ٢.

٢- (٢) التذكرة ٤٩٠: ١.

٣- (٣) الغنيه: ٢١٥.

٤- (٤) ظاهر «ق»: «البيع»، و الصواب ما أثبتناه كما في «ش».

توصيفه بها، وبهذا المقدار يرتفع الغرر، بخلاف ما سيتحقق في المستقبل، فإن الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه.

وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطان اشتراط أن تكون الأمه تحمل في المستقبل؛ لأنه غرر (١)(٢). خلافاً للمحكى عن الشيخ والقاضي، فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، و بجواز الفسخ إذا لم يتحقق (٣)، و ظاهرهما كما استفاده في الدروس (٤) تنزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف في مسأله اعتبار قدره في صحه الشرط.

و يمكن توجيه فتوى الشيخ (٥) بإرجاع اشتراط الحمل في المستقبل إلى اشتراط صفه حالیه موجبہ للحمل، فعدمه كاشف عن فقدها. و هذا الشرط و إن كان للتأمل في صحته مجالاً، إلا أن إرادته هذا المعنى يخرج اعتبار كون الشرط ممّا يدخل تحت قدره عن الخلاف.

ثم إن عدم قدره على الشرط: تارة لعدم مدخليته فيه أصلاً كاشتراط أن الحامل تضع في شهر كذا، و أخرى لعدم استقلاله فيه كاشتراط بيع المبيع من زيد، فإن المقدور هو الإيجاب فقط لا-العقد المركب، فإن أراد اشتراط المركب، فالظاهر دخوله في اشتراط غير

ص: ١٨

١- ١) في «ش» زياده: «عرفاً».

٢- ٢) المختلف ٥:٢٤٢، و لكنه في مورد الدابه.

٣- ٣) حكاة العلامة في المختلف ٥:٢٤٢، و راجع المبسوط ٢:١٥٦، و جواهر الفقه: ٦٠، المسأله ٢٢٠.

٤- ٤) الدروس ٣:٢١٧.

٥- ٥) في «ش»: «كلام الشيخ».

المقدور. إلا أنّ العلامة قدّس سرّه في التذكرة- بعد جزمه بصحّته اشتراط بيعه على- زيد قال: لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتّمث ثبوت الخيار بين الفسخ و الإمضاء و العدم؛ إذ تقديره: بيعه على زيد إن اشتراه (1)، انتهى.

و لا- أعرف وجهاً للاحتمال الأوّل؛ إذ على تقدير إرادته اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط، و على تقدير إرادته اشتراط المجموع المركّب ينبغي البطلان، إلّا أن يحمل على صورته الوثوق بالاشتراء، فاشترط النتيجة بناءً على حصولها بمجرد الإيجاب، فاتفق امتناعه من الشراء بمنزله تعذّر الشرط، و عليه يحمل قوله في التذكرة: و لو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهده فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

و من أفراد غير المقدور: ما لو شرط حصول غايه متوقّفه شرعاً على سببٍ خاصّ، بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط، كاشتراط كون امرأه زوجته أو الزوجه مطلقه من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب. أمّا لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط ممّياً يكفي في تحقّقه نفس الاشتراط فلا إشكال. و لو شكّ في حصوله بنفس الاشتراط - كملكه عين خاصّه - فسيأتى الكلام فيه في حكم الشرط.

الثاني: أن يكون الشرط سائغاً في نفسه،

فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمراً و نحوه من المحرّمات؛ لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم.

و يدلّ عليه ما سيجيء من قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»

ص: ١٩

إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» (١) فإنّ المشروط (٢) إذا كان محرّماً كان اشتراطه و الالتزام به إحتلالاً للحرام، وهذا واضح لا إشكال فيه.

الثالث: أن يكون ممّا فيه غرض معتدّ به عند العقلاء نوعاً، أو بالنظر إلى خصوص المشروط له،

و مثل له في الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات (٣).

و قد صرح جماعة (٤): بأنّ اشتراط الكيل أو الوزن بمكيالٍ معيّنٍ أو ميزانٍ معيّنٍ من أفراد المتعارف لغوّ، سواء في السلم و غيره، و في التذكرة: لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المائيه، فإنّه لغوّ لا يوجب الخيار (٥). و الوجه في ذلك: أنّ مثل ذلك لا يُعدّ حقاً للمشروط له حتّى يتضرّر بتعدّره فيثبت له الخيار، أو يعتنى به الشارع فيوجب (٦) الوفاء به و يكون تركه ظلماً (٧)، و لو شكّ في تعلق غرض

ص: ٢٠

١- ١) انظر الصفحة ٢٢.

٢- ٢) في «ش»: «الشرط».

٣- ٣) بل مثل به لشرط غير مشروع، راجع الدروس ٢١٥: ٣.

٤- ٤) منهم: العلماء في القواعد ٢: ٤٩، و التذكرة ١: ٥٥٦، و الشهيد في الدروس ٣: ٢٥٣، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٢٢٥، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٤٥٣-٤٥٤.

٥- ٥) التذكرة ١: ٥٢٤.

٦- ٦) في ظاهر «ق»: «فوجب».

٧- ٧) في «ش» زياده: «فهو نظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعه لا يعتدّ بها عند العقلاء».

صحيح به حُمل عليه.

و من هنا اختار فى التذكرة صحه اشتراط: أن لا يأكل إلّا الهريسه، و لا يلبس إلّا الخزّ (١).

و لو اشترط كون العبد كافراً ففى صحته أو لغويته قولان للشيخ (٢) و الحلّى (٣):

من تعلق الغرض المعتدّ به؛ لجواز بيعه على المسلم و الكافر؛ و لاستغراق أوقاته بالخدمه.

و من أن «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه» (٤) و الأغراض الدينويّه لا تعارض الأخرويّه.

و جزم بذلك فى الدروس (٥) و بما قبله العلامه قدّس سرّه (٦).

الرابع: أن لا يكون مخالفاً للكتاب و السنّه،

فلو اشترط رقيه حرّاً أو توريث أجنبيّ كان فاسداً؛ لأنّ مخالفه الكتاب و السنّه لا يسوّغهما شيءٌ.

نعم، قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنّه بأدلّه الوفاء،

ص: ٢١

١- (١) التذكرة ٤٩٣:١.

٢- (٢) المبسوط ١٣٠:٢، و الخلاف ١١٢:٣، المسأله ١٨٥ من كتاب البيوع.

٣- (٣) السرائر ٣٥٧:٢.

٤- (٤) الوسائل ٣٧٦:١٧، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، الحديث ١١.

٥- (٥) الدروس ٢١٥:٣.

٦- (٦) المختلف ١٨٩:٥.

بل قد جَوَّز بعضُ (١) تخصيص عموم ما دلَّ على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنَّه. لكنَّه ممَّا لا يرتاب في ضعفه.

و تفصيل الكلام في هذا المقام و بيان معنى مخالفه الشرط للكتاب [و السنَّه (٢)] موقوفٌ على ذكر الأخبار الواردة في هذا الشرط، ثمَّ التعرُّض لمعناها، فنقول:

إنَّ الأخبار في هذا المعنى مستفيضة، بل متواترةٌ معنىً:

ففي النبويِّ المرويِّ صحيحاً عن أبي عبد الله عليه السلام: «من اشترط شرطاً سوى كتاب الله عزَّ و جلَّ، فلا يجوز ذلك له و لا عليه» (٣).

و المذكور في كلام الشيخ و العلامه (٤) رحمه الله المرويِّ من طريق العامه قوله صلَّى الله عليه و آله في حكاية بريره لما اشترتها عائشه و شرط مواليها عليها ولاءها: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله! فما كان من شرطٍ ليس في كتاب الله عزَّ و جلَّ فهو باطلٌ، قضاء الله أحقُّ، و شرطه أوثق، و الولاء لمن أعتق» (٥).

و في المرويِّ موثقاً عن أمير المؤمنين عليه السلام: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإنَّ المسلمين عند شروطهم إلَّا شرطاً حرم حلالاً»

ص: ٢٢

١-١) لم نعثر عليه.

٢-٢) لم يرد في «ق».

٣-٣) الوسائل ١٥:٤٧، الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ٢.

٤-٤) راجع الخلاف ٣:١٥٧-١٥٨، ذيل المسأله ٢٤٩ من كتاب البيوع، و المختلف ٥:٢٩٨-٢٩٩، و التذكرة ١:٤٩٣.

٥-٥) السنن الكبرى للبيهقي ١٠:٢٩٥، و كنز العمال ١٠:٣٢٢، الحديث ٢٩٦١٥.

أو أحلّ حراماً» (١).

و في صحيحه الحلبي: «كل شرط خالف كتاب الله فهو رد» (٢).

و في صحيحه ابن سنان: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزّ وجلّ، فلا يجوز له، ولا يجوز (٣) على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» (٤).

و في صحيحته الأخرى: «المؤمنون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عزّ وجلّ فلا يجوز» (٥).

و في روايه محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام فيمن تزوّج امرأة (٦) واشترطت عليه أن بيدها الجماع و الطلاق؟ قال: «خالفت السنّه و وليت حقاً ليست أهلاً له. ففضى أن عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق، و ذلك السنّه» (٧)، و في معناها مرسله ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام و مرسله مروان بن مسلم، إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح (٨).

ص: ٢٣

١-١) الوسائل ٥٠:١٥، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٢-٢) الوسائل ٤٤:١٣، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

٣-٣) من «ش» و الكافي و الوسائل، و في التهذيب زياده «له» فقط.

٤-٤) الوسائل ٣٥٣:١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٥-٥) الوسائل ٣٥٣:١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢، و لكن فيه بدل «المؤمنون»: «المسلمون».

٦-٦) في «ش» زياده: «و أصدقها».

٧-٧) الوسائل ٤٠:١٥، الباب ٢٩ من أبواب المهور، و فيه حديث واحد.

٨-٨) الوسائل ٣٤٠:١٥، الباب ٤٢ من أبواب مقدّمات الطلاق، و فيه حديث واحد، و ٣٣٧:٣٣٧، الباب ٤١ من الأبواب، الحديث ٥، إلا أن

الحكم بعدم جواز النكاح موجود في مرسله مروان فقط.

و فى روايه إبراهيم بن محرز، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

رجلٌ قال لامرأته: أمرِك بيدِك، فقال عليه السلام: أتى يكون هذا و قد قال الله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ » (١).

و عن تفسير العياشى، عن ابن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أمره تزوجها رجل، و شرط عليها و على أهلها: إن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سريّةً فهى طالق، فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفى بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثُلَاثَ (٢)، (٣) أُحِلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (٤)، وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ... (٥) الْآيَةَ (٦).

ثم الظاهر أنّ المراد ب«كتاب الله» هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين و إن بينه على لسان رسوله صلى الله عليه و آله، فاشترط ولاء المملوك لبايعه إنّما جعل فى النبوى مخالفاً لكتاب الله بهذا المعنى. لكن

ص: ٢٤

١- (١) الوسائل ٣٣٧: ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٦، و الآيه فى سورة النساء: ٣٤.

٢- (٢) النساء: ٣.

٣- (٣) فى «ش» زياده: «و قال».

٤- (٤) النساء: ٣، و الآيه فى المصحف الكريم هكذا «...أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» .

٥- (٥) النساء: ٣٤.

٦- (٦) تفسير العياشى ١: ٢٤٠، الحديث ١٢١، و عنه فى الوسائل ٣١: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦.

ظاهر النبوى و إحدى صحيحتى ابن سنان اشتراط موافقه كتاب الله فى صحه الشرط، و أنّ ما ليس فيه أو لا يوافقفه فهو باطل.

□

و لا يبعد أن يراد بالموافقه عدم المخالفه؛ نظراً إلى موافقه ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصه للتصرفات الغير المحرّمه فى النفس و المال، فخياطه ثوب البائع -مثلاً- موافق للكتاب بهذا المعنى.

ثم إنّ المتّصف بمخالفه الكتاب إمّا نفس المشروط و الملتزم -ككون الأجنبى وارثاً و عكسه، و كون الحرّ أو ولده رقاً، و ثبوت الولاء لغير المعتق، و نحو ذلك- إمّا أن يكون التزامه، مثلاً مجرد عدم التسرى و التزويج (١) على المرأه ليس مخالفاً للكتاب، و إنّما المخالف للالتزام به، فإنّه مخالف لإباحه التسرى و التزويج الثابته بالكتاب.

و قد يقال: إنّ التزام ترك المباح لا ينافى إباحته، فاشتراط ترك التزويج و التسرى لا ينافى الكتاب، فينحصر المراد فى المعنى الأوّل.

و فيه: أنّ ما ذكر لا- يوجب الانحصار، فإنّ التزام ترك المباح و إن لم يخالف الكتاب المبيح له، إلّا أنّ التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له، فيكفى هذا مصداقاً لهذا المعنى، مع أنّ الروايه المتقدّمه (٢) الدالّه على كون اشتراط ترك التزويج و التسرى مخالفاً للكتاب -مستشهداً عليه بما دلّ من الكتاب على إباحتهما- كالصريحه فى هذا المعنى، و ما سيجىء (٣) من تأويل الروايه بعيداً، مع أنّ قوله عليه السلام فى

ص: ٢٥

١- ١) فى «ش»: «التزويج»، و هكذا فيما يأتى.

٢- ٢) راجع الصفحه المتقدّمه.

٣- ٣) انظر الصفحه ٢٧-٢٨.

روايه إسحاق بن عمار: «المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً حرّماً حلالاً أو أحلّ حراماً» (١) ظاهرٌ بل صريحٌ في فعل الشرط؛ فإنّه الذى يرخّص باشتراطه الحرام الشرعى، ويمنع باشتراطه عن المباح الشرعى؛ إذ المراد من التحريم والإحلال ما هو من فعل الشرط لا الشارع.

و أصرح من ذلك كلّ المرسل المروى في الغنيه: «الشرط جائزٌ بين المسلمين ما لم يمنع منه كتابٌ أو سنّه» (٢).

ثمّ إنّ المراد بحكم الكتاب و السنّه الذى يعتبر عدم مخالفه المشروط أو نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لأجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط.

توضيح ذلك: أنّ حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجرداً عن ملاحظه عنوانٍ آخر طارٍ عليه، و لازم ذلك عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوانٍ آخر لذلك الموضوع. و مثال ذلك أغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها؛ حيث إنّ تجوّز (٣) الفعل و الترك إنّما هو من حيث ذات الفعل، فلا- ينافى طرؤ عنوانٍ يوجب المنع عن الفعل أو الترك، كأكل اللحم؛ فإنّ الشرع قد دلّ على إباحته فى نفسه، بحيث لا- ينافى عروض التحريم له إذا حلف على تركه أو أمر الوالد بتركه، أو عروض الوجوب له إذا صار مقدّمه لواجبٍ أو ندّر فعله مع انعقاده.

ص: ٢٦

١-١) راجع الصفحه ٢٢.

٢-٢) الغنيه: ٣١٥.

٣-٣) كذا فى «ق»، و فى «ش»: «تجوز»، و الأصحّ: «جواز».

وقد يثبت له لا مع تجرّده عن ملاحظه العنوانات الخارجه الطاربه عليه، ولازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له، وهذا نظير أغلب المحرّمات و الواجبات، فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلقاً لا مقيداً بحيثيه تجرّد الموضوع، إلّا عن بعض العنوانات كالضرر و الحرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهه الحرج و الضرر فلا بدّ من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين، فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج.

إذا عرفت هذا فنقول: الشرط إذا ورد على ما كان من قبيل الأول لم يكن الالتزام بذلك مخالفاً للكتاب؛ إذ المفروض أنّه لا تنافي بين حكم ذلك الشيء في الكتاب و السنّه و بين دليل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به.

و إذا ورد على ما كان من قبيل الثاني كان التزامه مخالفاً للكتاب و السنّه.

و لكن ظاهر مورد بعض الأخبار المتقدمه من قبيل الأول، كترك التزويج (1) و ترك التسري، فإنّهما مباحان من حيث أنفسهما، فلا ينافي ذلك لزومهما بواسطه العنوانات الخارجه، كالحلف و الشرط و أمر السيّد و الوالد.

و حينئذٍ فيجب إمّا جعل ذلك الخبر كاشفاً عن كون ترك الفعلين في نظر الشارع من الجائر الذي لا يقبل اللزوم بالشرط و إن كان في أنظارنا نظير ترك أكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابله لطرؤ

ص: ٢٧

(١ - ١) في «ش»: «التزويج».

و إِمَّا الحَمْلَ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْأَفْعَالَ مَمَّا لَا يَجُوزُ تَعَلُّقُ وَقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا وَ أَنَّهَا لَا تُوجِبُ الطَّلَاقَ كَمَا فَعَلَهُ الشَّارِطُ، فَالْمُخَالَفُ لِلْكِتَابِ هُوَ تَرْتُّبُ طُلَاقِ الْمَرْأَةِ؛ إِذْ الْكِتَابُ دَالٌّ عَلَى إِبَاحَتِهَا وَ أَنَّهُ (٢) مَمَّا لَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ حَرْجٌ وَ لَوْ مِنْ حَيْثُ خُرُوجُ الْمَرْأَةِ بِهَا عَنْ زَوْجِيهِ الرَّجُلِ.

وَ يَشْهَدُ لِهَذَا الْحَمْلِ وَ إِنْ بَعُدَ بَعْضُ الْأَخْبَارِ الظَّاهِرَةِ فِي وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِمِثْلِ هَذَا الْإِلْتِمَامِ، مِثْلَ رِوَايَةِ مَنْصُورِ بْنِ يُونُسَ، قَالَ: «قُلْتُ لِأَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِنَّ شَرِيكَاً لِي كَانَ تَحْتَهُ امْرَأَةٌ فَطَلَّقَهَا فَبَانَتْ مِنْهُ فَأَرَادَ مَرَاجَعَتَهَا، فَقَالَتْ لَهَا الْمَرْأَةُ: لَا وَاللَّهِ لَا أَتَزَوَّجُكَ أَبَداً حَتَّى يَجْعَلَ اللَّهُ لِي عَلَيْكَ أَنْ لَا تَطْلُقَنِي وَ لَا تَتَزَوَّجَ عَلَيَّ، قَالَ: وَ قَدْ فَعَلَ؟ قُلْتُ:

□
نَعَمْ، جَعَلَنِي اللَّهُ فِدَاكَ □ قَالَ: بئس ما صنع! ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل و النهار. ثم قال: أمّا الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ قَالَ: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (٣)، فَيُمْكِنُ حَمْلَ رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ (٤) عَلَى إِرَادَةِ عَدَمِ سَبَبِيَّتِهِ لِلطَّلَاقِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، فَتَأَمَّلْ.

ص: ٢٨

١- ١) في «ش» زياده: «لكن يبغده استشهاد الإمام عليه السلام لبطلان تلك الشروط بإباحه ذلك في القرآن، و هو في معنى إعطاء الضابطه لبطلان الشروط».

٢- ٢) كذا في «ق»، و في «ش»: «و أنها».

٣- ٣) الكافي ٥: ٤٠٤، الحديث ٨، و عنه في الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤، و في المصادر: «منصور بن بزرج» و هو متحد مع «منصور بن يونس»، و في رجال النجاشي: «منصور بن يونس بزرج». انظر رجال النجاشي: ٤١٣، الترجمة رقم ١١٠.

٤- ٤) تقدمت في الصفحة ٢٣.

ثم إنه لا إشكال فيما ذكرنا: من انقسام الحكم الشرعي إلى القسمين المذكورين و أن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأول.

و إنما الإشكال في تميّز مصداق أحدهما عن الآخر في كثير من المقامات:

منها: كون من أحد أبويه حرّاً رقّاً، فإن ما دلّ على أنه لا يملك ولد حرّاً (١) قابل لأن يراد به عدم رقيه ولد الحرّ بنفسه، بمعنى أن الولد ينعقد لو خلى و طبعه تابعاً لأشرف الأبوين، فلا ينافى جعله رقّاً بالشرط في ضمن عقدٍ. و أن يراد به أن ولد الحرّ لا يمكن أن يصير في الشريعة رقّاً، فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنّه الدالّين على هذا الحكم.

و منها: إرث المتمتع بها، هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعه أو عقد آخر، أم لا؟ فإن الظاهر الاتفاق على عدم مشروعيته اشتراطه في ضمن عقد آخر، و عدم مشروعيته اشتراط إرث أجنبي آخر في ضمن عقد مطلقاً. فيشكل الفرق حينئذ بين أفراد غير الوارث و بين أفراد العقود، و جعل ما حكموا بجوازه (٢) مطابقاً للكتاب و ما منعوا عنه مخالفاً. إلا أن يدعى أن هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا في هذا المورد، أو أن الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا في هذا المورد. و لكن

ص: ٢٩

١- ١) راجع الوسائل ٥٧٨: ١٤ و ٥٧٩، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء، الحديث ٢ و ٥.

٢- ٢) في «ش» زياده: «مطلقاً».

عرفت وَهْنُ الثَّانِي، وَالْأَوَّلُ يَحْتَاجُ إِلَى تَأَمُّلٍ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى جَوَازِ اشْتِرَاطِ الضَّمَانِ فِي الْعَارِيَةِ وَاشْتَهَرَ عَدَمُ جَوَازِهِ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ، فَيَشْكَلُ أَنَّ مَقْتَضَى أَدْلِهِ عَدَمُ ضَمَانِ الْأَمِينِ (١) عَدَمُ ضَمَانِهِ فِي نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ إِقْدَامِ عَلَيْهِ، بِحَيْثُ لَا يَنَافِي إِقْدَامُهُ عَلَى الضَّمَانِ مِنْ أَوَّلِ الْأَمْرِ، أَوْ عَدَمُ مَشْرُوعِيَّتِهِ ضَمَانَهُ وَتَضَمِينَهُ وَ لَوْ بِالْأَسْبَابِ، كَالشَّرْطِ فِي ضَمْنِ ذَلِكَ الْعَقْدِ الْأَمَانَةِ (٢) أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ.

وَمِنْهَا: اشْتِرَاطُ أَنْ لَا يَخْرُجَ بِالزَّوْجَةِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، فَإِنَّهُمْ اخْتَلَفُوا فِي جَوَازِهِ، وَالْأَشْهَرُ عَلَى الْجَوَازِ (٣)، وَجَمَاعَةٌ عَلَى الْمَنْعِ (٤) مِنْ جِهَةِ مَخَالَفَتِهِ لِلشَّرْعِ مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ إِطَاعَةِ الزَّوْجِ وَ كَوْنِ مَسْكَنِ الزَّوْجَةِ وَ مَنْزِلِهَا بِاخْتِيَارِهِ، وَ أورد عليهم بعض المجوزين (٥): بَأَنَّ هَذَا جَارٍ فِي جَمِيعِ

ص: ٣٠

١- (١) مِنْهَا فِي الْوَسَائِلِ ٢٢٧: ١٣، الْبَابُ ٤ مِنْ أَحْكَامِ الْوَدِيعَةِ، وَ ٢٣٥، الْبَابُ الْأَوَّلُ مِنْ كِتَابِ الْعَارِيَةِ.

٢- (٢) فِي «ش»: «فِي ضَمْنِ عَقْدِ تَلَكِّ الْأَمَانَةِ».

٣- (٣) كَمَا فِي نَهَايَةِ الْمَرَامِ ٤٠٦: ١، وَ ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ فِي نَهَايَةِ: ٤٧٤، وَ الْقَاضِي فِي الْمَهْدَبِ ٢١٢: ٢، وَ ابْنُ حَمْرَةَ فِي الْوَسِيلَةِ: ٢٩٧، وَ الْمُحَقِّقُ فِي الْمُخْتَصَرِ النَّافِعِ: ١٩٠، وَ الْعَلَمَاءُ فِي الْمُخْتَلَفِ ١٥٣: ٧، وَ الْفَاضِلُ الْأَصْفَهَانِي فِي كَشْفِ اللَّثَامِ (الطَّبْعَةُ الْحَجْرِيَّةُ) ٨٢: ٢، وَ الْمُحَدِّثُ الْبِحْرَانِي فِي الْحَدَائِقِ ٥٣٧: ٢٤.

٤- (٤) مِنْهُمْ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ ٣٠٣: ٤، وَ الْخِلَافُ ٣٨٨: ٤، الْمَسْأَلَةُ ٣٢ مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ، وَ الْحَلِّي فِي السَّرَائِرِ ٥٩٠: ٢، وَ الْمُحَقِّقُ الثَّانِي فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ ١٣: ٣٩٩.

٥- (٥) وَ هُوَ السَّيِّدُ الْعَامِلِي فِي نَهَايَةِ الْمَرَامِ ٤٠٧: ١، وَ السَّيِّدُ الطَّبَاطِبَائِي فِي الرِّيَاضِ (الطَّبْعَةُ الْحَجْرِيَّةُ) ١٤٧: ٢.

الشروط السائغة، من حيث إنَّ الشرط ملزَمٌ لما ليس بلازمَ فعلاً أو تركاً.

و بالجمله، فموارد الإشكال في تميّز الحكم الشرعي القابل لتغيّره بالشرط بسبب تغيّر عنوانه عن غير القابل كثيرةً يظهر للمتتبع، فينبغي للمجتهد ملاحظه الكتاب و السنّه الدالّين على الحكم الذي يبرّاد تغيّره بالشرط و التأمل فيه حتّى يحصل له التميّز و يعرف أنّ المشروط من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافي لقوله صلّى الله عليه و آله: «الولاء لمن أعتق» (١) أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين الغير المنافي لقوله عليه السلام: «إذا افترقا وجب البيع» (٢) أو عدمه لهما في المجلس مع قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (٣) إلى غير ذلك من الموارد المتشابهه صوراً المخالفه حكماً.

فإن لم يحصل له بنى على أصاله عدم المخالفه، فيرجع إلى عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» (٤) و الخارج عن هذا العموم و إن كان هو المخالف واقعاً للكتاب و السنّه، لا ما علم مخالفته، إلّا أنّ البناء على أصاله عدم المخالفه يكفي في إحراز عدمها واقعاً، كما في سائر مجارى الأصول، و مرجع هذا الأصل إلى أصاله عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيّره بالشرط.

ص: ٣١

-
- ١-١) الوسائل ١٦:٤٠، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ١ و ٢.
 - ٢-٢) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٤.
 - ٣-٣) الوسائل ١٢:٣٤٦، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ٣.
 - ٤-٤) الوسائل ١٥:٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

مثلاً نقول: إنَّ الأصل عدم ثبوت الحكم بتسلُّط الزوج على الزوجه من حيث المسكن إلَّا (١) من حيث هو لو خلى و طبعه، و لم يثبت في صوره إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن.

لكن هذا الأصل إنّما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدالّ على الحكم في إطلاقه بحيث يشمل صوره الاشتراط، كما في أكثر الأدلّه المتضمّنه للأحكام المتضمّنه للرخصه و التسليط، فإنّ الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشىء من حيث هو، الذى لا ينافى طرؤ خلافه لملزم شرعىّ، كالنذر و شبهه من حقوق الله، و الشرط و شبهه من حقوق الناس. أمّا ما كان ظاهره العموم، كقوله: «لا يملك ولدٌ حرٌّ» (٢) فلا مجرى فيه لهذا الأصل.

ثمّ إنّ بعض مشايخنا المعاصرين (٣) بعد ما خصّ الشرط المخالف للكتاب، الممنوع عنه في الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفاً للكتاب، و أنّ التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر: أنّ المتعّين في هذه الموارد ملاحظه التعارض بين ما دلّ على حكم ذلك الفعل و ما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط، و يرجع إلى المرجّحات، و ذكر: أنّ [المرجّح] (٤) في مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع، قال: و ما لم يكن فيه مرجّح

ص: ٣٢

١- ١) في «ش»: «لا».

٢- ٢) الوسائل ٥٧٩: ١٤، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، الحديث ٥.

٣- ٣) في «ق» زياده: «ذكر».

٤- ٤) لم يرد في «ق».

و فيه من الضعف ما لا- يخفى، مع أنّ اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح؛ لأنّ الشرط إن كان فعلاً لما يجوز (٢) تركه كان اللازم مع تعارض أدلّه وجوب الوفاء بالشرط و أدلّه جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصله عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا- يلزم، بل لا- يصحّ. و إن كان فعلاً محرّماً أو ترك واجب، لزم الرجوع إلى أصله بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط.

فالتحقيق ما ذكرنا: من أنّ من الأحكام المذكوره في الكتاب و السنّه ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه، كأكثر ما رُخص في فعله و تركه، و منها ما لا يقبله، كالتحريم و كثير من موارد الوجوب.

و أدلّه الشروط حاكمه على القسم الأوّل دون الثاني، فإنّ اشتراطه مخالفٌ لكتاب الله، كما عرفت و عرفت حكم صورته الشكّ. □

و قد تفتّن قدس سرّه لما ذكرنا في حكم القسم الثاني و أنّ الشرط فيه مخالفٌ للكتاب بعض التفتّن، بحيث كاد أن يرجع عمّا ذكره أولاً من التعارض بين أدلّه وجوب الوفاء بالشرط و أدلّه حرمة شرب الخمر، فقال: و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف للكتاب و السنّه كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً، انتهى (٣).

١- ١) ذكره المحقق النراقي في العوائد: ١٥١.

٢- ٢) لم ترد «لما» في «ش».

٣- ٣) عوائد الأيام: ١٥١.

وَمِمَّا ذَكَرْنَا: من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنّه على قسمين، يظهر لك معنى قوله عليه السلام- في روايه إسحاق بن عمّار المتقدّمه-: «المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً حرّم حلالاً- أو أحلّ حراماً» (١)، فإنّ المراد ب«الحلال» و«الحرام» فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتّى مع الاشتراط، نظير شرب الخمر و عمل الخشب صنماً أو صوره حيوان، و نظير مجامعه الزوج التي دلّ بعض الأخبار السابقه (٢) على عدم ارتفاع حكمها أعني الإباحه متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة، و نظير التزويج (٣) و التسرّي و الهجر، حيث دلّ بعض تلك الأخبار (٤) على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللاً بورود الكتاب العزيز بإباحتها.

أمّا ما كان حلالاً لو خُلّي و طبعه بحيث لا ينافى حرمة أو وجوبه بملاحظه طرؤ عنوانٍ خارجيّ عليه، أو كان حراماً كذلك، فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلّا تغيير عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغيير الحلّ و الحرمة، فلا يكون حينئذٍ تحريم حلالٍ و لا تحليل حرامٍ.

ألا ترى أنّه لو نهى السيّد عبده أو الوالد ولده عن فعلٍ مباح، أعني: مطالبه غريم (٥) ما له في ذمّه غريمه، أو حلف المكلف على تركه،

ص: ٣٤

١- ١) تقدّمت في الصفحه ٢٢.

٢- ٢) مثل روايه محمّد بن قيس المتقدّمه في الصفحه ٢٣.

٣- ٣) في «ش»: «التزوّج».

٤- ٤) و هو خبر ابن مسلم المنقول عن تفسير العياشي المتقدّم في الصفحه ٢٤.

٥- ٥) لم ترد «غريم» في «ش».

لم يكن الحكم بحرمة شرعاً من حيث طرؤ عنوان «معصية السيد و الوالد» و عنوان «حنث اليمين» عليه تحريماً لحلال، فكذلك ترك ذلك الفعل فى ضمن عقدٍ يجب الوفاء به.

و كذلك امتناع الزوجه عن الخروج مع زوجها إلى بلدٍ آخر محرّم فى نفسه، و كذلك امتناعها عن المجامعه، و لا ينافى ذلك حليتها باشتراط عدم إخراجها عن بلدها، أو باشتراط عدم مجامعتها، كما فى بعض النصوص (١).

و بالجملة، فتحريم الحلال و تحليل الحرام إنّما يلزم مع معارضه أدلّه الوفاء بالشرط لأدلّه أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفه ذلك و طرح دليله. أمّا إذا كان دليل الحكم لا يفيد إلّا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه، فإنّه لا يعارضه ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان (٢) لم يثبت ذلك الحكم له إلّا مجرداً عن ذلك العنوان.

ثمّ إنّ يشكل الأمر فى استثناء الشرط المحرّم للحلال، على ما ذكرنا فى معنى الروايه: بأنّ أدلّه حليّه أغلب المحللات - بل كلّها - إنّما تدلّ على حليتها فى أنفسها لو خليت و أنفسها، فلا تنافى حرمتها من أجل الشرط، كما قد تُحرّم من أجل النذر و أخويه، و من جهة إطاعه الوالد و السيد، و من جهة صيرورتها علّة للمحرّم، و غير ذلك من

ص: ٣٥

١ - ١) راجع الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ١ و ٣، و الصفحه ٤٥، الباب ٣٦ من أبواب المهور، الحديث الأوّل.

٢ - ٢) فى «ش» زياده: «آخر».

نعم، لو دلّ دليل حَلّ شيءٍ على حِلّه المطلق (١) نظير دلاله أدلّه المحرّمات، بحيث لا- يقبل لظرو (٢) عنوانٍ معيّرٍ عليه أصلاً، أو خصوص الشرط من بين العناوين، أو دلّ (٣) من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك- كما دلّ بعض الأخبار بالنسبه إلى بعض الأفعال كالترويج و التسرى (٤) و ترك الجماع من دون إرادته الزوجه (٥)- كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه. لكن دلاله نفس دليل الحلّيه على ذلك لم توجد في موردٍ، و الوقوف مع الدليل الخارجى (٦) الدالّ على فساد الاشتراط يُخرج الروايه عن سوقها لبيان ضابطه الشروط عند الشكّ؛ إذ مورد الشكّ حينئذٍ محكومٌ بصحّه الاشتراط.

و مورد ورود الدليل على عدم تغيير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغنٍ عن الضابطه، مع أنّ الإمام علّل فساد الشرط فى هذه الموارد بكونه محرّمًا للحلال، كما عرفت فى الروايه التى تقدّمت فى عدم صحّته اشتراط عدم الترويج (٧) و التسرى، معللاً بكونه مخالفاً للكتاب الدالّ على

١- ١) فى «ش»: «الحلّيه المطلقه».

٢- ٢) فى «ش»: «ظرو».

٣- ٣) فى «ش»: زياده: «الدليل».

٤- ٤) فى «ش»: «كالتسرى و التروّج».

٥- ٥) راجع للترويج و التسرى الخبر المتقدم فى الصفحه ٢٤ عن تفسير العياشى، و راجع لترك الجماع روايه محمّد بن قيس المتقدمه فى الصفحه ٢٣.

٦- ٦) فى «ش»: «الخارج».

٧- ٧) فى «ش»: «التروّج».

نعم، لا- يرد هذا الإشكال في طرف تحليل الحرام؛ لأنّ أدلّه المحرّمات قد عُلم دلالتها على التحريم على وجه لا تتغير (٢) بعنوان الشرط و النذر و شبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلّل للحرام عمّا يجب الوفاء به دليلٌ على إرادته الحرام في نفسه لولا الشرط.

و ليس كذلك في طرف المحرّم للحلال، فإنّنا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لولا- الشرط؛ لأنّ تحريم «المباحات لولا الشرط» لأجل الشرط فوق حدّ الإحصاء، بل اشتراط كلّ شرطٍ عدا فعل الواجبات و ترك المحرّمات مستلزمٌ لتحريم الحلال فعلاً أو تركاً.

و ربما يتخيّل: أنّ هذا الإشكال مختصٌّ بما دلّ على الإباحة التكليفيّة، كقوله: «تحلّ كذا و تباح كذا» أمّا الحليّة التي تضمّنها الأحكام الوضعيّة- كالحكم بثبوت الزوجيّة أو الملكيّة أو الرقيّة، أو أضدادها- فهي أحكام (٣) لا تتغير لعنوان أصلاً، فإنّ الانتفاع بالملك في الجملة و الاستمتاع بالزوجه و النظر إلى أمّها و بنتها من المباحات التي لا تقبل التغيير؛ و لذا ذكر في مثال الصلح المحرّم للحلال: أن لا ينتفع بماله أو لا يطأ جاريته.

و بعبارة أخرى: ترتّب آثار الملكيّة على الملك في الجملة و آثار الزوجيّة على الزوج كذلك، من المباحات التي لا- تتغير عن إباحتها،

ص: ٣٧

١- ١) تقدّمت في الصفحة ٢٤.

٢- ٢) في «ش»: «لا يتغير».

٣- ٣) في «ق»: «حكم».

و إن كان ترتب بعض الآثار قابلاً لتغيير حكمه إلى التحريم، كالسكنى فيما (١) اشترط إسكان البائع فيه مدةً، و إسكان الزوجه فى بلدٍ اشترط أن لا يخرج إليه، أو وطأها مع اشتراط عدم وطئها أصلاً، كما هو المنصوص (٢).

و لكن الإنصاف: أنه كلامٌ غير منضبط؛ فإنه كما جاز تغيير إباحه بعض الانتفاعات كالوطء فى النكاح، و السكنى فى البيع إلى التحريم لأجل الشرط، كذلك يجوز تغيير إباحه سائرهما إلى الحرمة. فليس الحكم بعدم (٣) إباحه مطلق التصرف فى الملك و الاستمتاع بالزوجه لأجل الشرط إلا لإجماع (٤) أو لمجرد الاستبعاد، و الثانى غير معتد به، و الأول يوجب ما تقدم: من عدم الفائده فى بيان هذه الضابطه، مع أن هذا العنوان - أعنى تحريم الحلال و تحليل الحرام - إنما وقع مستثنى فى أدله انعقاد اليمين، و ورد: أنه لا- يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال (٥)، و قد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائماً، معللاً بأنه ليس لك أن تحرم ما أحل الله (٦). و من المعلوم أن إباحه العصير لم تثبت من الأحكام الوضعيه، بل هى من الأحكام التكليفيه الابتدائيه.

ص: ٣٨

١- ١) فى «ش» زياده: «لو».

٢- ٢) تقدم تخريجه فى الصفحه ٣٥.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «تغير».

٤- ٤) فى «ش»: «للإجماع».

٥- ٥) راجع الوسائل ١٣٠:١٦، الباب ١١ من أبواب الأيمان، الحديث ٦ و ٧.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٤٨:١٦، الباب ١٩ من أبواب الأيمان، الحديث ٢.

و بالجمله، فالفرق بين التزويج (١) و التسرى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما معللاً: بأنه خلاف الكتاب الدال على إباحتهما، و بين ترك الوطء الذى ورد جواز اشتراطه، و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذى ورد عدم جواز الحلف عليه معللاً: بأنه من تحريم الحلال، و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه، فى غايه الإشكال.

و ربما قيل (٢) فى توجيه الروايه و توضيح معناها: إن معنى قوله:

«إلا شرطاً حراماً أو أحلّ حراماً» إما أن يكون: «إلا شرطاً حراماً» و إما أن يكون: «إلا شرطاً حراماً حرم ذلك الشرط الحلال»، و الأول مخالفٌ لظاهر العبارة، مع مناقضته لما استشهد به الإمام عليه السلام فى روايه منصور بن يونس -المتقدمه (٣)- الدالّه على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزويج (٤) بل يلزم كون الكلّ لغواً؛ إذ ينحصر مورد «المسلمون عند شروطهم» باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات، فيبقى الثانى، و هو ظاهر الكلام، فيكون معناه: «إلا شرطاً حرم ذلك الشرط الحلال»، بأن يكون المشروط هو حرمه الحلال.

ثم قال: فإن قيل: إذا شرط عدم فعله (٥) فيجعله حراماً عليه.

قلنا: لا نريد أن معنى الحرمة طلب الترك من المشترط بل جعله

ص: ٣٩

١- ١) فى «ش»: «التزويج».

٢- ٢) قاله النراقى فى العوائد: ١٤٨، ١٥٠.

٣- ٣) تقدمت فى الصفحه ٢٨.

٤- ٤) فى «ش»: «التزويج».

٥- ٥) فى «ش» زياده: «فلا يرضى بفعله».

حراماً واقعاً (١) أى مطلوب الترك شرعاً، و لا شك أن شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل لا يجعله حراماً شرعياً.

ثم قال: فإن قيل: الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن إيجاب الشارع الوفاء لا يوجب تحليلاً و تحريماً شرعاً فلا يحرم و لا يحلل.

قلنا: إن أريد أنه لا يوجب تحليلاً و لا تحريماً شرعيتين واقعاً فهو كذلك، و إن أريد أنه لا يوجب تحليلاً و لا تحريماً شرعياً بحكم الشرط فهو ليس كذلك، بل حكم الشرط ذلك، و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله. و على هذا فلا إجمال فى الحديث و لا تخصيص، و يكون [الشرط (٢)] فى ذلك كالنذر و العهد و اليمين، فإن من نذر أن لا يأكل المال المشتبه ينعقد، و لو نذر أن يكون المال المشتبه حراماً عليه شرعاً أو يحرم ذلك على نفسه شرعاً لم ينعقد (٣)، انتهى.

أقول: لا أفهم معنى محصياً لا لاشتراط حرمة الشيء أو حليته شرعاً، فإن هذا أمر غير مقدور للمشرط و لا يدخل تحت الجعل، فهو داخل فى غير المقدور. و لا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به؛ لأن هذا لا يمكن عقلاً الوفاء به، إذ ليس فعلاً خصوصاً للمشرط، و كذلك الكلام فى النذر و شبهه.

و العجب منه قدس سره! حيث لاحظ ظهور الكلام فى كون المحرم و المحلل نفس الشرط، و لم يلاحظ كون الاستثناء من الأفعال التى يعقل

ص: ٤٠

١- ١) فى «ش» بدل «واقعاً»: «ذاتياً».

٢- ٢) أثبتناه من المصدر.

٣- ٣) انتهى ما قاله المحقق النراقى.

الوفاء بالتزامها، و حرمة الشيء شرعاً لا يعقل فيها الوفاء و النقض.

و قد مثل جماعة ^(١) للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر، و للمحرّم للحلال بالصلح على أن لا يظأ جاريتة و لا ينتفع بماله.

و كيف كان، فالظاهر بل المتعين: أن المراد بالتحليل و التحريم المستندين إلى الشرط هو الترخيص و المنع. نعم، المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك مطلقاً ^(٢) بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط، لا ما كان حلالاً لو خُلّي و طبعه بحيث لا ينافى عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط، و قد ذكرنا: أن المعيار في ذلك وقوع التعارض بين دليل حليّه ذلك الشيء أو حرمة و بين وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه، ففي الأول يكون الشرط على تقدير صحته معيّراً للحكم الشرعي، و في الثاني يكون معيّراً لموضوعه.

فحاصل المراد بهذا الاستثناء في حديثي «الصلح» و «الشرط»:

أنهما لا- يغيران حكماً شرعياً بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط، كالنذر و شبهه. و أمّا تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعيّه ففي غايه الكثره، بل هما موضوعان لذلك، و قد ذكرنا: أن الإشكال في كثير من الموارد في تميّز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر.

ص: ٤١

١- ١) منهم الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٢٠١، و الشهيد الثاني في المسالك ٤: ٢٦٢، و الروضه ٤: ١٧٤، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٥: ٤٥٦، و المناهل: ٣٤٥.

٢- ٢) لم ترد «مطلقاً» في «ش».

و ممّا ذكرنا يظهر النظر في تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذي تكلمنا عليه، ذكره المحقق القمي صاحب القوانين في رسالته التي ألفها في هذه المسألة، فإنه بعد ما ذكر من أمثله الشرط الغير الجائز في نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرّمات أو (١) فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبّات، كأن يشترط تقليم الأظافر بالسّنّ أبدأ، أو أن لا يلبس الخنزّ أبدأ، أو لا يترك النوافل، فإنّ جعل المكروه أو المستحبّ واجباً و جعل المباح حراماً حراماً إلّا برخصه شرعيّه حاصله من الأسباب الشرعيّه، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه، و يستفاد ذلك من كلام عليّ عليه السلام في روايه إسحاق بن عمّار: «من اشترط لامرأته شرطاً، فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم إلّا شرطاً حراماً حراماً» (٢) - قال قدّس سرّه (٣):

فإن قلت: إنّ الشرط كالنذر و شبهه من الأسباب الشرعيّه المغيّره للحكم، بل الغالب فيه هو إيجاب ما ليس بواجب، فإنّ بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح، و أمّا لو اشترط في ضمن عقدٍ آخر يصير واجباً، فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثله؟

ص: ٤٢

١- ١) في «ش» بدل «أو»: «و»، مع زياده: «من أمثله ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرّمات..».

٢- ٢) الوسائل ١٥:٥٠، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤، و تقدّمت في الصفحه ٢٢.

٣- ٣) خبر لقوله قبل أسطر: «فإنّه بعد ما ذكر».

قلت: الظاهر من «تحليل الحرام و تحريم الحلال» هو تأسيس القاعده، و هو تعلق الحكم بالحلّ أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر إلى خصوصيته فرد، فتحريم الخمر معناها: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي، و كذا حليّه المبيع، فالترويج (1) و التسري أمرّ كليّ «حلال»، و التزام تركه مستلزمٌ لتحريمه، و كذلك جميع أحكام الشرع من التكليفيّه و الوضعيه و غيرها-إنما يتعلّق بالجزئيات باعتبار تحقّق الكلّي فيها، فالمراد من «تحليل الحرام و تحريم الحلال» المنهى عنه هو أن يُحدِث (2) قاعدهً كليّه و يُبدع حكماً جديداً، فقد أُجيز في الشرع البناء على الشروط إلّا شرطاً أوجب إبداع حكم كليّ جديد، مثل تحريم التزوج و التسري و إن كان بالنسبه إلى نفسه فقط، و قد قال الله تعالى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (3)، و كجعل الخيره في الجماع و الطلاق بيد المرأه. و قد قال الله تعالى: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (4). و فيما لو شرطت (5) عليه أن لا يتزوج أو لا يتسري بفلانهِ خاصه إشكالاً. فما ذكر في السؤال: من وجوب البيع الخاصّ الذي يشترطانه في ضمن عقد، ليس ممّا يوجب إحداث حكمٍ للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه، و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب إلى أن قال قدس سرّه:-

ص: 43

1- 1) في «ش»: «فالتزوج».

2- 2) أي المشتراط.

3- 3) النساء: 3.

4- 4) النساء: 34.

5- 5) في «ش»: «اشتراطت».

و بالجمله، اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزه ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلالٍ أو إيجاب جائزٍ على سبيل القاعده، بل (١) يحصل من ملاحظه جميع موارد حكمٍ كليٍّ هو وجوب العمل على ما يشترطانه، وهذا الحكم أيضاً من جعل الشارع، فقولنا: «العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب» حكمٌ كليٌّ شرعيٌّ، و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام و عكسه، بل إنما هو صادرٌ من الشارع (٢)، انتهى كلامه رفع مقامه.

و للنظر في مواضع من كلامه مجال، فافهم و الله العالم.

الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد،

و إلّا لم يصحّ، لوجهين:

أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم تحقّقه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيّده بهذا الشرط، فلا بدّ إمّا أن يحكم بتساقط كليهما، و إمّا أن يقدّم جانب العقد؛ لأنّه المتبوع المقصود بالذات و الشرط تابع، و على كلّ تقدير لا يصحّ الشرط.

الثاني: أنّ الشرط المنافي مخالفٌ للكتاب و السنّه الدالّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشترط تخلفه عنه مخالفٌ للكتاب؛ و لذا ذكر في التذكرة: أنّ اشتراط عدم بيع المبيع منافٍ لمقتضى ملكيته، فيخالف

ص: ٤٤

١-١ (١) في «ش» زياده: «الذي».

٢-٢ (٢) رساله الشروط المطبوعه مع غنائم الأيام: ٧٣٢.

قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «الناس مسلطون على أموالهم» (١).

و دعوى: أَنَّ العقدَ إِنَّمَا يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطلقاً، خروجٌ عن محلّ الكلام؛ إذ الكلام فيما يقتضيه مطلق العقد و طبيعته الساريه فى كلّ فردٍ منه، لا- ما يقتضيه العقد المطلق بوصف إطلاقه و خلوه عن الشرائط و القيود حتّى لا ينافى تخلفه عنه لقيده يقيدته و شرطٍ يشترط فيه.

هذا كلّه مع تحقّق الإجماع على بطلان هذا الشرط، فلا إشكال فى أصل الحكم.

و إنّما الإشكال فى تشخيص آثار العقد التى لا تتخلف [عن (٢)] مطلق العقد فى نظر العرف أو الشرع و تميّزها عمّا يقبل التخلف لخصوصيّته تعترى العقد و إن اتّضح ذلك فى بعض الموارد؛ لكون الأثر كالمقوّم العرفى للبيع أو غرضاً أصلياً، كاشتراط عدم التصرف أصلاً فى المبيع، و عدم الاستمتاع أصلاً بالزوجه حتّى النظر، و نحو ذلك.

إلّا أنّ الإشكال فى كثيرٍ من المواضع، خصوصاً بعد ملاحظه اتّفاقهم على الجواز فى بعض المقامات و اتّفاقهم على عدمه فيما يشبهه، و يصعب الفرق بينهما و إن تكلف له بعض (٣).

مثلاً: المعروف عدم جواز المنع عن البيع و الهبه فى ضمن عقد البيع، و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصلٍ أو وقفه حتّى على البائع

ص: ٤٥

١- ١) التذكرة ٤٨٩: ١، و راجع الحديث فى عوالى اللآلى ٢٢٢: ١، الحديث ٩٩، و الصفحه ٤٥٧، الحديث ١٩٨.

٢- ٢) لم يرد فى «ق».

٣- ٣) و هو السيّد المراغى فى العناوين ٣٠٧: ٢.

و ولده، كما صرّح به في التذكرة (١)، وقد اعترف في التحرير: بأنّ اشتراط العتق ممّا ينافي مقتضى العقد، وإنّما جاز لبناء العتق على التغليب (٢).

و هذا لو تمّ لم يجر في الوقف خصوصاً على البائع و ولده، فإنّه (٣) ليس مبيئاً على التغليب؛ و لأجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيره الخلاف و الإشكال: في أنّ الشرط الفلاني مخالفٌ لمقتضى العقد (٤).

منها: اشتراط عدم البيع، فإنّ المشهور عدم الجواز. لكنّ العلامة في التذكرة استشكل في ذلك (٥)، بل قوّى بعض من تأخّر عنه صحّته (٦).

و منها: ما ذكره في الدروس في بيع الحيوان: من جواز الشركه فيه إذا قال: «الربح لنا و لا خسران عليك»؛ لصحّحه رفاعه في شراء الجاربه (٧)، قال: و منع (٨) ابن إدريس؛ لأنّه مخالفٌ (٩) لقضيّه الشركه. قلنا:

لا نسلم أنّ تبعيّة المال لازمٌ (١٠) لمطلق الشركه، بل للشركه المطلقه،

ص: ٤٦

١-١) التذكرة ٤٩٣:١.

٢-٢) التحرير ١٨٠:١.

٣-٣) في «ش» زياده: «شرط منافٍ كالعتق».

٤-٤) في «ش» زياده: «أم لا».

٥-٥) التذكرة ٤٨٩:١.

٦-٦) لم نعتز عليه، نعم في مفتاح الكرامه ٧٣٢:٤ عن إيضاح النافع: «أنّ الجواز غير بعيد»، و راجع الرياض ٢٥٥:٨.

٧-٧) في «ش»: «في الشركه في الجاربه».

٨-٨) في «ش»: «منعه».

٩-٩) في «ش»: «مناف».

١٠-١٠) في «ش»: «لازمه».

و الأقرب تعدى الحكم إلى غير الجارية من المبيعات (١)، انتهى.

و منها: [ما (٢)] اشتهر بينهم: من جواز اشتراط الضمان فى العارية و عدم جوازه فى الإجاره، مستدلّين: بأن مقتضى عقد الإجاره عدم ضمان المستأجر (٣).

فأورد عليهم المحقق الأردبيلى (٤) و تبعه جمال المحققين فى حاشيه الروضه (٥): يمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك، إنّما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان، نظير العارية.

و منها: اشتراط عدم إخراج الزوجه من بلدها، فقد جوزه جماعة (٦)؛ لعدم المانع و للنصّ. و منعه آخرون (٧)، منهم فخر الدين فى الإيضاح، مستدلاً: بأن مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة فى الاستمتاع و الإسكان (٨)، و قد بالغ حيث (٩) جعل هذا قرينه على حمل

ص: ٤٧

-
- ١- (١) الدروس ٣:٢٢٣، و راجع السرائر ٢:٣٤٩، و الوسائل ١٣:١٧٥، الباب الأوّل من كتاب الشركه، الحديث ٨.
 - ٢- (٢) لم يرد فى «ق».
 - ٣- (٣) راجع مفتاح الكرامه ٧:٢٥٣، و الجواهر ٢١٧:٢٧.
 - ٤- (٤) مجمع الفوائد ١٠:٦٩.
 - ٥- (٥) حاشيه الروضه: ٣٦٥، ذيل قول الشارح: «لفساد الشرط».
 - ٦- (٦) مثل الشيخ فى بعض كتبه و القاضى و ابن حمزه و غيرهم، و قد تقدّم التخرىج عنهم فى الصفحه ٣٠.
 - ٧- (٧) كالشيخ فى بعض كتبه الأخر و الحلّى و المحقق الثانى، راجع الصفحه ٣٠.
 - ٨- (٨) إيضاح الفوائد ٣:٢٠٩.
 - ٩- (٩) فى «ش» بدل «حيث»: «حتى».

النص على استحباب الوفاء.

و منها: مسأله توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه، و عدم توارثهما مع الشرط أو لا (١) معه، فإنها مبنيّة على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع.

قال في الإيضاح ما ملخصه - بعد إسقاط ما لا يرتبط بالمقام -:

إنهم اختلفوا في أنّ هذا العقد يقتضى التوارث أم لا؟ و على الأوّل: فقيل: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو، فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط؛ لأنّ كلّ ما تقتضيه الماهيّة من حيث هي هي يستحيل عدمه مع وجودها. و قيل: المقتضى إطلاق العقد أى العقد المجرد عن شرط نقيضه - أعنى الماهيّة بشرط لا شيء - فيثبت الإرث ما لم يشترط سقوطه.

و على الثانى، قيل: يثبت مع الاشتراط و يسقط مع عدمه، و قيل:

لا يصحّ اشتراطه (٢)، انتهى.

و مرجع القولين إلى أنّ عدم الإرث من مقتضى إطلاق العقد أو ماهيته. و اختار هو هذا القول الرابع، تبعاً لجده و والده قدس سرهما، و استدللّ عليه أخيراً بما دلّ على أنّ من حدود المتعه أن لا ترثها و لا ترثك (٣)، قال: فنجعل نفى الإرث من مقتضى الماهيّة.

و لأجل صعوبه دفع ما ذكرنا من الإشكال في تميّز مقتضيات

ص: ٤٨

١- ١) ق: «أو إلّا».

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١٣٢: ٣.

٣- ٣) راجع الوسائل ٤٨٧: ١٤، الباب ٣٢ من أبواب المتعه، الحديث ٧ و ٨.

ماهية العقد من مقتضيات إطلاقه، التجأ المحقق الثاني مع كمال تبخره في الفقه حتى تُنى به المحقق فأرجع هذا التمييز عند عدم اتّضح المنافاه و[عدم (1)] الإجماع على صحّحه أو البطلان إلى نظر الفقيه، فقال أولاً:

المراد ب«منافى مقتضى العقد» ما يقتضى عدم ترتّب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه ورتّبه عليه على أنه أثره و فائدته التى لأجلها وضع، كانتقال العوضين إلى المتعاقدين، وإطلاق التصرف فيهما فى البيع، و ثبوت التوثق فى الرهن، و المال فى ذمّه الضامن بالنسبه إلى الضمان (2)، و انتقال الحقّ إلى ذمّه المحال عليه فى الحوالة، و نحو ذلك، فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلاً نافية مقتضى العقد.

ثمّ اعترض على ذلك بصحّحه اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيّناً، و أجاب بكفايه جواز الانتفاع وقتاً ما فى مقتضى العقد. ثمّ اعترض: بأنّ العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً، فالمنع عن البعض منافٍ له.

ثمّ قال: و دفع ذلك لا يخلو عن عسرٍ، و كذا القول فى خيار الحيوان (3)؛ فإنّ ثبوته مقتضى العقد، فيلزم أن يكون شرط سقوطه منافياً له.

ثمّ قال: و لا يمكن أن يقال: إنّ مقتضى العقد ما لم يجعل إلّا لأجله، كانتقال العوضين، فإنّ ذلك ينافى منع اشتراط أن لا يبيع أو لا يطاء (4) مثلاً.

ص: ٤٩

١-١ (١) لم يرد فى «ق».

٢-٢ (٢) فى النسخ: «الضامن»، و الصواب ما أثبتناه من المصدر.

٣-٣ (٣) فى «ش»: «فى نحو خيار الحيوان مثلاً».

٤-٤ (٤) فى «ش» و المصدر بدل «أو لا يطاء»: «المبيع».

ثم قال: والحاسم لمادّه الإشكال أنّ الشروط على أقسام:

منها: ما انعقد الإجماع على حكمه من صحّهِ أو فساد.

و منها: ما وضح فيه المنافاه للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع و (١) وضح مقابله، ولا كلام فيما وضح.

و منها: ما ليس واحداً من النوعين، فهو بحسب نظر الفقيه (٢)، انتهى كلامه رفع مقامه.

أقول: ووضح المنافاه إن كان بالعرف - كاشتراط عدم الانتقال في العوضين و عدم انتقال المال إلى ذمّه الضامن و المحال عليه - فلا - يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفي، وإن كان بغير العرف فمرجه إلى الشرع من نصّ أو إجماع على صحّهِ الاشتراط و (٣) عدمه. و مع عدمهما وجب الرجوع إلى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه، فإن دلّ عليه على وجه يعارض بإطلاقه أو عمومته دليل وجوب الوفاء به بحيث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه، حكم بفساد الشرط؛ لمخالفته حينئذٍ للكتاب أو السنّه. و إن دلّ على ثبوته للعقد لو خلى و طبعه بحيث لا - ينافى تغيير حكمه بالشرط، حكم بصحّهِ الشرط.

و قد فهم من قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (٤) الدّال

ص: ٥٠

١- ١) في «ش» بدل «و»: «أو».

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٤١٤، ٤: ٤١٥.

٣- ٣) في «ش» بدل «و»: «أو».

٤- ٤) النساء: ٣٤.

على (١) أن السلطنة على الزوجه من آثار الزوجية التي لا- تتغير، فُجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجه في الروايه السابقه منافياً لهذا الأثر و لم يُجعل اشتراط عدم الإخراج من البلد منافياً. وقد فهم الفقهاء من قوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (٢) [عدم (٣)] التنافي، فأجمعوا على صحه اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعيه للعقد، وكذا على صحه اشتراط الخيار بعد الافتراق. و لو شكك في مؤدى الدليل وجب الرجوع إلى أصله ثبوت ذلك الأثر على الوجه الأول (٤)، فيبقى عموم أدله الشرط سليماً عن المخصّص؛ وقد ذكرنا هذا في بيان معنى مخالفه الكتاب و السنّه.

الشرط السادس: أن لا يكون الشرط مجهولاً جهالاً توجب الغرر في البيع؛

لأن الشرط في الحقيقه كالجزم من العوضين، كما سيجيء بيانه (٥).

قال في التذكرة: و كما أنّ الجهاله في العوضين مبطله فكذا في صفاتهما و لواحق المبيع (٦)، فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع (٧)، انتهى.

ص: ٥١

١-١) عبارته «الدال على» لم ترد في «ش»، و الظاهر زيادتها.

٢-٢) راجع الوسائل ٣٤٦:١٢، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

٣-٣) لم يرد في «ق».

٤-٤) كذا في «ق»، و الظاهر أنّ الصحيح: «الثاني»، كما في «ش».

٥-٥) انظر الصفحة ٨١.

٦-٦) في ظاهر «ق»: «البيع».

٧-٧) التذكرة ٤٧٢:١.

وقد سبق ما يدلّ على اعتبار تعيين الأجل المشروط في الثمن، بل لو فرضنا عدم سرايه الغرر في البيع كفى لزومه في أصل الشرط بناءً على أنّ المنفَى مطلق الغرر حتّى في غير البيع؛ ولذا يستندون إليه في أبواب المعاملات حتّى الوكاله، فبطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به؛ ولذا قد يُجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال في بطلان البيع، فإنّ العلامه في التذكره ذكر في اشتراط عملٍ مجهولٍ في عقد البيع: أنّ في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط (١).

لكنّ الإنصاف: أنّ جهاله الشرط تستلزم في العقد دائماً مقداراً من الغرر الذي يلزم من جهالته جهاله أحد العوضين.

و من ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامه في مواضع (٢) من التذكره: من الفرق في حمل الحيوان و بيض الدجاجة و مال العبد المجهول المقدار، بين تملكها على وجه الشرطيه في ضمن بيع هذه الأمور، بأن يقول: «بعتكها على أنّها حامل -أو- على أنّ لك حملها» و بين تملكها على وجه الجزئيه، بأن يقول: «بعتكها و حملها» (٣)، فصحّ الأوّل لأنّه تابع، و أبطل الثاني لأنّه جزء.

ص: ٥٢

-
- ١-١) راجع التذكره ١:٤٧٢، و فيها: «فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع» و الصفحه ٤٩١، و فيها: «لو اشترط شرطاً مجهولاً، كما لو باعه بشرط أن يعمل فيه ما يأمره به بعد العقد أو يصيغ له ثوباً و يطلقهما أو أحدهما، فالوجهان».
 - ٢-٢) منها ما ذكره في الجزء الأوّل: ٤٩٣ في الحمل و البيض، و الصفحه ٤٩٩ في مال العبد.
 - ٣-٣) التذكره ١:٤٩٣.

لكن قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزءاً من المبيع فالأقوى الصحه لأنه بمنزله الاشتراط، و لا يضّر الجهاله لأنه تابع (١).

و قال فى باب بيع المملوك: لو اشتراه و ماله صحّ، و لم يشترط علمه و لا التفصّي من الربا إن قلنا: إنه يملك، و إن أحلناه اشتراطاً (٢)، انتهى.

و المسأله محلّ إشكالٍ، و كلماتهم لا- يكاد يعرف التثامها، حيث صرّحوا: بأنّ للشرط قسطاً من أحد العوضين، و أنّ التراضى بالمعاوضه (٣) وقع منوطاً به، و لازمه كون الجهاله فيه قاده.

و الأقوى اعتبار العلم؛ لعموم نفي الغرر إلّا إذا عدّ المشروط (٤) فى العرف تابعاً غير مقصودٍ بالبيع، كبيض الدجاج. و قد مرّ ما ينفع هذا المقام فى شروط العوضين (٥)، و سيأتى بعض الكلام فى بيع الحيوان (٦)، إن شاء الله تعالى.

الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً لمحال،

كما لو شرط فى البيع أن يبيعه على البائع، فإنّ العلامه قد ذكر هنا: أنّه مستلزمٌ للدور.

قال فى التذكرة: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصحّ سواء

ص: ٥٣

١-١) الدروس ٢١٦:٣:٢١٧.

٢-٢) الدروس ٣:٢٢٦، و فيه بدل «اشترطاً»: «اشترطنا».

٣-٣) فى «ش»: «على المعاوضه».

٤-٤) فى «ش»: «الشرط».

٥-٥) راجع الجزء الرابع، الصفحه ٣١٣.

٦-٦) لم يتعرّض قدّس سرّه لمسأله بيع الحيوان فيما سيأتى.

اتَّحد الثمن قدرًا و جنسًا و وصفًا أو لا، و إلَّا جاء الدور؛ لأنَّ بيعه له يتوقَّف على ملكيته له المتوقَّفه على بيعه، فيدور. أمَّا لو شرط أن يبيعه على غيره، فإنَّه يصحَّ عندنا حيث لا منافاه فيه للكتاب و السنَّه.

لا يقال: ما التزمه من الدور آتٍ هنا؛ لأنَّا نقول: الفرق ظاهرٌ؛ لجواز أن يكون جاريًا على حدِّ التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع (١)، انتهى.

و قد تقدَّم تقرير الدور مع جوابه في باب النقد و النسيه (٢).

و قد صرَّح في الدروس: بأنَّ هذا الشرط باطلٌ لا للدور، بل لعدم القصد إلى البيع (٣).

و يرد عليه و على الدور: النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه و على عقبه، فقد صرَّح في التذكرة بجوازه (٤)، و صرَّح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن (٥) مع جريان الدور فيه.

الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد،

فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يُعلم فيه

ص: ٥٤

١-١) التذكرة ٤٩٠:١.

٢-٢) كذا في «ق»، و لم يتقدَّم بابهما، بل يأتي بعد أحكام الخيار، و لذا غيَّره في «ش» ب«و سيأتي»، و لعلَّ الوجه في ذلك تقدُّمه في المسوده، و على أيِّ تقدير انظر الصفحة ٢٣٢ و ما بعدها.

٣-٣) الدروس ٢١٦:٣.

٤-٤) التذكرة ٤٩٣:١، ٤٩٤، و تقدَّم في الصفحة ٤٥ أيضاً.

٥-٥) التذكرة ٤٩١:١.

خلافً، عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف، و سيأتي (١). لأنّ المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاماً ابتدائياً لا- يجب الوفاء به قطعاً و إن كان أثره مستمراً في نفس الملزم إلى حين العقد، بل إلى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ في زمانٍ إلى حين حصول المطلوب و إن وعد بإيقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزمٌ له.

نعم، يمكن أن يقال: إنّ العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيدهً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلّا مع العمل بذلك الشرط، و يكون العقد بدونه تجارةً لا عن تراض؛ إذ التراضى وقع مقتيداً بالشرط، فإنّهم قد صرّحوا بأنّ الشرط كالجزء من أحد العوضين، فلا- فرق بين أن يقول: «بعتك العبد بعشره» و شرطت لك ماله» و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشتري، فقال: «بعتك العبد بعشره» قاصدين العشره المقرونة بكون مال العبد للمشتري.

هذا، مع أنّ الخارج من عموم «المؤمنون عند شروطهم» هو ما لم يقع العقد مبيئاً عليه، فيعمّ محلّ الكلام.

و على هذا فلو تواطيا على شرطٍ فاسدٍ فسد العقد المبنيّ عليه و إن لم يذكر فيه. نعم، لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط، أتجه صحّه العقد و عدم لزوم الشرط.

هذا، و لكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغير

ص: ٥٥

المذكور في متن العقد، وعدم إجراء أحكام الشرط عليه و إن وقع العقد مبتيئاً عليه، بل في الرياض عن بعض الأجله حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد، بعد ما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح (١). وتتبع كلماتهم في باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكي، فتراهم يجوّزون في باب الربا و الصرف الاحتيال في تحليل معاوضه أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبه الزائد من دون أن يشترط ذلك في العقد، فإن الحيله لا تتحقق إلّا بالتواطى على هبه الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمراً إلى ما بعده.

و قد صرح المحقق و العلامة في باب المراهجه: بجواز أن يبيع الشيء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراهجه إذا لم يشترط ذلك لفظاً (٢).

و معلوم أنّ المعامله لأجل هذا الغرض لا يكون إلّا مع التواطى و الالتزام بالنقل ثانياً.

نعم، خصّ في المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك و إيقاع العقد على هذا الالتزام (٣). لكنّه تقييداً لإطلاق كلماتهم، خصوصاً مع قولهم: إذا لم يشترط لفظاً.

و بالجملة، فظاهر عبارتى الشرائع و التذكرة: أنّ الاشتراط و الالتزام من قصدهما و لم يذكره لفظاً، لا أنّ النقل من قصدهما، فراجع.

ص: ٥٦

١-١) راجع الرياض (الحجريه) ١١٦:٢.

٢-٢) الشرائع ٢:٤١، و القواعد ٢:٥٨، و التذكرة ١:٥٤٢.

٣-٣) المسالك ٣:٣٠٩.

و أيضاً فقد حكى عن المشهور: أن عقد النكاح المقصود فيه الأجل و المهر المعين إذا خلا عن ذكر الأجل ينقلب دائماً (١).

نعم، ربما ينسب (٢) إلى الخلاف و المختلف: صحه اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع. لكن قد تقدم (٣) في خيار المجلس النظر في هذه النسبه إلى الخلاف، بل المختلف، فراجع.

ثم إن هنا وجهاً آخر لا يخلو عن وجه، و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط؛ لأن الشرط من أركان العقد المشروط، بل عرفت أنه كالجزم من أحد العوضين، فيجب ذكره في الإيجاب و القبول كأجزاء العوضين، و قد صرح الشهيد في غايه المراد بوجوب ذكر الثمن في العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقاً (٤)، كما إذا قال: «بغنى بدرهم» فقال:

«بعتك» فقال المشتري: «قبلت» و سيأتى في حكم الشرط الفاسد كلاماً من المسالك (٥) إن شاء الله تعالى.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع،

و هو: تنجيز الشرط، بناءً على أن تعليقه يسرى إلى العقد بعد ملاحظه رجوع الشرط إلى جزء من أحد العوضين، فإن مرجع قوله: «بعتك هذا بدرهم على أن تخطط لى إن

ص: ٥٧

- ١- ١) حكاها في الجواهر ١٧٢: ٣٠.
- ٢- ٢) نسبه في مفتاح الكرامه ٤: ٥٣٩، ٥٤٠، و راجع الخلاف ٣: ٢١، المسأله ٢٨ من كتاب البيوع، و المختلف ٥: ٦٣.
- ٣- ٣) راجع الجزء الخامس، الصفحه ٥٨.
- ٤- ٤) غايه المراد ١٦: ٢١٧.
- ٥- ٥) يأتى في الصفحه ١٠٤.

جاء زيد»على وقوع المعاوضه بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطه الثوب على تقدير مجيء زيد، بل يؤدى إلى البيع بثمانين على تقديرين، فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجيء زيد، وبالدرهم المقرون مع خياطه الثوب على تقدير مجيئه.

و يندفع: بأنّ الشرط هو الخياطه على تقدير المجيء لا- الخياطه المطلقه ليرجع التعلق (1) إلى أصل المعاوضه الخاصه. و مجرد رجوعهما فى المعنى إلى أمرٍ واحدٍ لا يوجب البطلان؛ و لذا اعترف (2) أنّ مرجع قوله:

«أنت و كيلى إذا جاء رأس الشهر فى أن تبيع» و «أنت و كيلى فى أن تبيع إذا جاء رأس الشهر» إلى واحدٍ، مع الاتفاق على صحه الثانى و بطلان الأوّل (3).

نعم، ذكر فى التذكرة: أنه لو شرط البائع كونه أحقّ بالمبيع لو باعه المشتري، ففيه إشكال (4). لكن لم يعلم أنّ وجهه تعلق (5) الشرط، بل ظاهر عبارته التذكرة و كثير منهم- فى بيع الخيار بشرط ردّ الثمن- كون الشرط و هو الخيار معلقاً على ردّ الثمن. و قد ذكرنا ذلك سابقاً فى بيع الخيار (6).

ص: ٥٨

١- ١) فى «ش»: «التعليق».

٢- ٢) أى: المتوهم، بناءً على نسخه «ق»، و فى «ش»: «اعترف بعضهم بأن».

٣- ٣) من قوله: «و قد يتوهم..» إلى هنا، قد ورد فى «ق» فى ذيل الشرط السابع. و لم نقف على منشئه.

٤- ٤) لم نعثر عليه فى التذكرة.

٥- ٥) فى «ش»: «تعليق».

٦- ٦) راجع الجزء الخامس، الصفحه ١٢٩ ١٣١.

و تفصيله: أنّ الشرط إما أن يتعلّق بصفه من صفات المبيع الشخصى، ككون العبد كاتباً، و الجاربه حاملاً، و نحوهما.

و إما أن يتعلّق بفعل من أفعال أحد المتعاقدين أو غيرهما، كاشتراط إعتاق العبد، و خياطه الثوب.

و إما أن يتعلّق بما هو من قبيل الغايه للفعل، كاشتراط تملك عين خاصه، و انعتاق مملوك خاص، و نحوهما.

و لا- إشكال في أنه لا- حكم للقسم الأول إلا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط؛ إذ لا يعقل تحصيله هنا، فلا معنى لوجوب الوفاء فيه، و عموم «المؤمنون» مختصّ بغير هذا القسم.

و أمّا الثالث: فإن أُريد باشتراط الغايه- أعنى الملكيه، و الزوجيه، و نحوهما- اشتراط تحصيلهما بأسبابهما الشرعيه، فيرجع إلى الثانى، و هو اشتراط الفعل.

و إن أُريد حصول الغايه بنفس الاشتراط، فإن دلّ الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغايه إلا بسببها الشرعى الخاص- كالزوجيه، و الطلاق، و العبوديه، و الانعتاق، و كون المرهون مبيعاً عند انقضاء

الأجل، و نحو ذلك- كان الشرط فاسداً؛ لمخالفته للكتاب و السنّه.

كما أنّه لو دلّ الدليل على كفايه الشرط فيه كالكاله، و الوصايه، و كون مال العبد و حمل الجاربه و ثمر الشجره ملكاً للمشتري- فلا إشكال.

و أمّا لو لم يدلّ دليلٌ على أحد الوجهين، كما لو شرط في البيع كون مالٍ خاصٍّ غير تابع لأحد العوضين- كالأمثله المذكوره- ملكاً لأحدهما، أو صدقه، أو كون العبد الفلاني حرّاً، و نحو ذلك، ففي صحّه هذا الشرط إشكالٌ:

من أصاله عدم تحقّق تلك الغايه إلّا بما علم كونه سبباً لها، و عموم «المؤمنون عند شروطهم» و نحوه لا يجري هنا؛ لعدم كون الشرط فعلاً ليجب الوفاء به.

و من أنّ الوفاء لا يختصّ بفعل ما شرط بل يشمل ترتّب (١) الآثار عليه، نظير الوفاء بالعقد. و يشهد له تمسك الإمام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلّها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبه التي أعانها ولد زوجها على أداء مال الكتابه مشروطاً عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق (٢)، مضافاً إلى كفايه دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيروره الشرط جزءاً للعقد.

و أمّا توقّف الملك و شبهه على أسبابٍ خاصّه فهي دعوى غير مسموعه مع وجود أفرادٍ اتفق على صحّتها، كما في حمل الجاربه و مال

ص: ٦٠

١- ١) في «ش»: «ترتيب».

٢- ٢) الوسائل ١٦: ٩٥، الباب ١١ من أبواب كتاب المكاتبه، و فيه حديث واحد.

و دعوى: تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع، مدفوعة؛ لعدم صلاحية ذلك للفرق، مع أنه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابه في بيع اخرى، كما يظهر من المحقق الثاني في شرح عباره القواعد في شرائط العوضين: و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم (١).

و كيف كان، فالأقوى صحه اشتراط الغايات التي لم يُعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصه، كما يصح نذر مثل هذه الغايات، بأن ينذر كون المال صدقة، أو الشاه أضحيه، أو كون هذا المال لزيد.

و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتب (٢) الآثار، و إنما الخلاف و الإشكال في القسم الثاني، و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل.

و الكلام فيه يقع في مسائل:

ص: ٦١

١-١) عباره للقواعد، و راجع شرحها في جامع المقاصد ٤:١١٢.

٢-٢) في «ش»: «ترتيب».

ظاهر المشهور: هو الوجوب؛ لظاهر النبوى: «المؤمنون عند شروطهم» (١) و العلوى: «مَنْ شَرَطَ لَامْرَأَتِهِ شَرْطًا فَلَيْفَ لَهَا بِهِ، فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ حَلَّلَ حَرَامًا» (٢).

و يؤكد الوجوب ما أرسل فى بعض الكتب (٣) من زياده قوله: «إِلَّا مِنْ عَصَى اللَّهَ» فى النبوى، بناءً على كون الاستثناء من المشروط عليه، لا من الشارط. هذا كله، مضافاً إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجاء من ركن العقد.

خلافاً لظاهر الشهيد فى اللمعه - و ربما ينسب إلى غيره - حيث قال: إنه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط، وإنما فائدته جعل البيع عرضةً للزوال (٤).

ص: ٦٢

١- (١) الوسائل ٣٠: ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، ذيل الحديث ٤.

٢- (٢) الوسائل ٥٠: ١٥، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٤.

٣- (٣) أرسل فى المسالك ٢٧٤: ٣، و الروضه ٥٠٦: ٣، و عوائد الأيام: ١٣٢.

٤- (٤) اللمعه الدمشقيه: ١٣٠، و راجع التنقيح الرائع ٧١: ٢، حيث قال بعد احتمال الوجوب و عدمه فى العتق المشروط: «و يحتمل الثانى و هو الأصح».

و وجهه-مع ضعفه-يظهر ممّا ذكره قدّس سرّه فى تفصيله المحكى فى الروضه عنه قدّس سرّه فى بعض تحقيقاته، و هو: أنّ الشرط الواقع فى العقد اللازم إن كان العقد كافياً فى تحقّقه و لا يحتاج بعده إلى صيغته فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكاله، و إن احتاج بعده إلى أمرٍ آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزاً. و جعل السرّ فيه: أنّ اشتراط ما العقد كافٍ فى تحقّقه كجزءٍ من الإيجاب و القبول فهو تابعٌ لهما فى اللزوم و الجواز، و اشتراط ما سيوجد أمرٌ منفصلٌ عن العقد و قد علّق عليه العقد، و المعلّق على الممكن ممكناً، و هو معنى قلب اللازم جائزاً، انتهى.

قال فى الروضه-بعد حكاية هذا الكلام:- و الأقوى اللزوم مطلقاً و إن كان تفصيله أجود ممّا اختاره هنا (1).

أقول: ما ذكره قدّس سرّه فى بعض تحقيقاته ليس تفصيلاً (2) فى محلّ الكلام مقابلاً لما اختاره فى اللمعه؛ لأنّ الكلام فى اشتراط فعلٍ سائغٍ و أنّه هل يصير واجباً على المشروط عليه أم لا-؟ كما ذكره الشهيد فى المتن، فمثل اشتراط كونه و كيلاً- ليس إلّا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له، فلا يقال: إنّه يجب فعله أو لا يجب.

نعم، و جوب الوفاء بمعنى ترتّب (3) آثار ذلك الشرط المتحقّق بنفس العقد ممّا لا خلاف فيه، إذ لم يقل أحدٌ بعدم ثبوت الخيار أو

ص: ٦٣

١- (١) الروضه البهية ٥٠٧: ٣: ٥٠٨.

٢- (٢) فى «ش»: «لا يحسن عدّه تفصيلاً».

٣- (٣) فى «ش»: «ترتيب».

آثار اللزوم بعد اشتراطهما في العقد.

و بالجمله، فالكلام هنا في اشتراط فعلٍ يوجد بعد العقد. نعم، كلام الشهيد في اللمعه أعم منه و من كل شرطٍ لم يُسلم لمشترطه، و مراده تعذر الشرط.

و كيف كان، فمثل اشتراط الوكاله أو الخيار و عدمه خارجٌ عن محلّ الكلام؛ إذ لا- كلام و لا خلاف في وجوب ترتب آثار الشرط عليه، و لا- في عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار، و لا- في أنّ المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار. و إن شئت قلت: اشتراط الوكاله من اشتراط الغايات، لا المبادئ.

و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ تأييد القول المشهور أو الاستدلال عليه بما في الغنيه: من الإجماع على لزوم الوفاء بالعقد (1) غير صحيح؛ لأنّه إنّما ذكر ذلك في مسأله اشتراط الخيار، و قد عرفت خروج مثل ذلك عن محلّ الكلام. نعم، في التذكرة: لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صحّ البيع و لزم الشرط عند علمائنا أجمع (2).

ثمّ إنّ ما ذكره الشهيد قدّس سرّه: من أنّ «اشتراط ما سيوجد أمرٌ منفصلٌ و قد علّق عليه العقد.. إلخ» لا يخلو عن نظر؛ إذ حاصله أنّ الشرط قد علّق عليه العقد في الحقيقه و إن كان لا تعليق صوراً، فحاصل قوله: «بعتك هذا العبد على أن تعتقه» أنّ الالتزام بهذه المعاوضه معلقٌ على التزامك بالعتق، فإذا لم يلتزم بالإعتاق لم يجب

ص: ٦٤

١-١ (١) الغنيه: ٢١٥.

٢-٢ (٢) التذكرة: ٤٩٢.

على المشروط له الالتزام بالمعاوضه.

و فيه-مع أنّ المعروف بينهم: أنّ الشرط بمنزله الجزء من أحد العوضين، و أنّ مقتضى (1) القاعده اللفظيه فى العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضاً، و أنّ رجوعه إلى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد و إن لم يكن فى صورته التعليق-: أنّ لازم هذا الكلام-أعنى دعوى تعليق العقد على الممكن-ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزاً.

ص: ٦٥

(١ - ١) لم ترد «مقتضى» فى «ش».

الثانيه (١) في أنه لو قلنا بوجوب الوفاء (٢) من حيث التكليف الشرعي، فهل يجبر عليه لو امتنع؟

ظاهر جماعه ذلك (٣).

و ظاهر التحرير خلافه، قال في باب الشروط: إنَّ الشرط إن تعلق [به (٤)] مصلحه المتعاقدين - كالأجل، و الخيار، و الشهاده، و التضمين، و الرهن، و اشتراط صفه مقصوده كالكتابه - جاز و لزم الوفاء.

ثم قال: إذا باع بشرط العتق صحَّ البيع و الشرط، فإن أعتقه المشتري، و إلَّا ففي إجباره و جهان: أقربهما عدم الإجمار (٥)، انتهى.

و في الدروس: يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في

ص: ٦٦

١- ١) في «ق»: «المقام الثاني»، و هو من سهو القلم.

٢- ٢) في «ش» زياده: «به».

٣- ٣) منهم المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤: ٤٢٣، و الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٧٤، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٢١٨.

٤- ٤) لم يرد في «ق»، و أثبتناه من المصدر. و في «ش»: «إن تعلق بمصلحه».

٥- ٥) التحرير ١: ١٨٠.

طرف المشتري عليه، فإن أُخِلَّ به فللمشترط (١) الفسخ، و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر (٢)، انتهى.

و لا معنى للزوم الشرط إلّا وجوب الوفاء.

و قال فى التذكرة- فى فروع مسأله العبد المشترط عتقه-: إذا أعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه- إلى أن قال:- و إن امتنع أجبر عليه إن قلنا: إنه حق لله تعالى، و إن قلنا: إنه حق للبائع لم يُجبر، كما فى شرط الرهن و الكفيل، لكن يتخير البائع فى الفسخ؛ لعدم سلامه ما شرط. ثم ذكر للشافعى وجهين فى الإيجاب و عدمه- إلى أن قال:-

و الأولى عندى الإيجاب فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلاً فأهمل (٣)، انتهى.

و يمكن أن يستظهر هذا القول- أعنى الوجوب تكليفاً مع عدم جواز الإيجاب- من كل من استدل على صحه الشرط بعموم «المؤمنون» مع قوله بعدم وجوب الإيجاب، كالشيخ فى المبسوط، حيث استدل على صحه اشتراط عتق العبد المبيع بقوله صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم».

ثم ذكر: أن فى إجباره على الاعتاق لو امتنع قولين: الوجوب؛ لأن عتقه قد استحق بالشرط، و عدم الوجوب و إنما يجعل له الخيار. ثم قال:

و الأقوى هو الثانى (٤)، [انتهى (٥)].

ص: ٦٧

١- ١) فى «ق»: «فللمشترى».

٢- ٢) الدروس ٢١٤: ٣.

٣- ٣) التذكرة ٤٩٢: ١.

٤- ٤) المبسوط ١٥١: ٢.

٥- ٥) لم يرد فى «ق».

فإنَّ ظهور النبويِّ في الوجوب من حيث نفسه و من جهة القرائن المتَّصلة و المنفصلة ممَّا لا مساغ لإنكاره، بل الاستدلال به على صحَّه الشرط عند الشيخ و من تبعه في عدم إفساد الشرط الفاسد يتوقَّف ظاهراً على إرادته الوجوب منه؛ إذ لا تنافي حينئذٍ بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده، فلا يدلُّ استحباب الوفاء بالعتق المشروط في المبيع (١) على صحَّته.

ثمَّ إنَّ الصيمري في غايه المرام قال: لا خلاف بين علمائنا في جواز اشتراط العتق؛ لأنَّه غير مخالفٍ للكتاب و السنَّه، فيجب الوفاء به، قال: و هل يكون حقًّا لله تعالى، أو للعبد، أو للبائع؟ يحتتمل الأوَّل - إلى أن قال -: و يحتتمل الثالث، و هو مذهب العلَّامة في القواعد و التحرير؛ لأنَّه استقرب فيهما عدم إجبار المشتري على العتق، و هو يدلُّ على أنَّه حقُّ للبائع. و على القول: بأنَّه حقُّ لله، يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع، و لا يسقط بإسقاط البائع. و على القول: بكونه للبائع، يكون المطالبة له و يسقط بإسقاطه، و لا - يجبر المشتري، و مع الامتناع يتخيَّر المشتري (٢) بين الإمضاء و الفسخ. و على القول: بأنَّه للعبد، يكون هو المطالب بالعتق، و مع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك، و كسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير (٣)، انتهى.

و ظاهر استكشافه مذهب العلَّامة قدَّس سرَّه عن حكمه بعدم الإيجاب

ص: ٦٨

١- ١) في «ش»: «البيع».

٢- ٢) في المصدر: «البائع»، و في «ش»: «المشترط».

٣- ٣) غايه المرام (مخطوط) ٣٠٤: ١.

أنَّ كلَّ شرطٍ يكون حقاً مختصاً للمشترط لا- كلام و لا- خلاف في عدم الإيجاب عليه، و هو ظاهر أوّل الكلام السابق في التذكّره. لكن قد عرفت قوله أخيراً: و الأولى أنّ له إجباره عليه و إن قلنا: إنّه حقٌّ للبائع (١).

و ما أبعد ما بين ما ذكره الصيمري و ما ذكره في جامع المقاصد و المسالك: من أنّه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الإيجاب، حيث قال: و اعلم أنّ في إجبار المشتري على الإعتاق و جهين:

أحدهما: العدم؛ لأنّ للبائع طريقاً آخر للتخلّص (٢) و هو الفسخ. و الثاني:

له ذلك؛ لظاهر قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و «المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله» و هو الأوجه (٣)، انتهى.

و في المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء، مستدلاً له بأصالة عدم وجوب الوفاء، و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و استدللّ له: بعموم الأمر بالوفاء [بالعقد (٤)]، و المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله، انتهى (٥).

و ظاهره: و حده الخلاف في مسألتى وجوب الوفاء و التسلّط على الإيجاب. كما أنّ ظاهر الصيمري: الاتّفاق على وجوب الوفاء، بل و على

ص: ٦٩

١-١) راجع الصفحة ٦٧.

٢-٢) في «ق»: «الفسخ»، و الظاهر أنّه من سهو القلم.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٤٢٢.

٤-٤) كذا في «ش» و المصدر، و في «ق»: «بالشرط».

٥-٥) المسالك ٣:٢٧٤.

عدم الإيجاب فيما كان حقًا مختصًا (١) للبائع. و الأظهر في كلمات الأصحاب وجود الخلاف في المسألتين.

و كيف كان، فالأقوى ما اختاره جماعه (٢): من أنّ للمشروط [له (٣)] إجبار المشروط عليه؛ لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط، فإنّ العمل بالشرط ليس إلّا كتسليم العوضين، فإنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه.

و ما في جامع المقاصد: من توجيه عدم الإيجاب: بأنّ له طريقاً إلى التخلّص بالفسخ، ضعيفٌ في الغايه؛ فإنّ الخيار إنّما شرّع بعد تعدّر الإيجاب دفعاً للضرر.

و قد يتوهم: أنّ ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياراً، فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعدّر الشرط، و حصول الفعل منه كرهاً غير ما شرط (٤) عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط.

و يندفع: بأنّ المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار، و الإيجاب إنّما يعرض له من حيث إنّ فعله واجبٌ عليه، فإذا أُجبر فقد اجبر على نفس الواجب. نعم، لو صرّح باشتراط صدور الفعل عنه اختياراً و عن رضاً منه لم ينفع إجباره في حصول الشرط.

ص : ٧٠

١ - ١) في محتمل «ق»: «محضاً».

٢ - ٢) منهم المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٤: ٤٢٣، و الشهيد الثانی فی المسالك ٣: ٢٧٤، و المحقّق السيزواری فی الكفاية: ٩٧، و النراقي فی العوائد: ١٣٧، و صاحب الجواهر فی الجواهر ٢٣: ٢١٨.

٣ - ٣) لم يرد في «ق».

٤ - ٤) في «ش»: «اشترط».

الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الإِجار فىكون مختيراً بينهما، أم لا يجوز له الفسخ إلا مع تعذّر الإِجار؟

ظاهر الروضه (١) و غير واحد (٢) هو الثانى. و صريح موضع من التذكرة هو الأول، قال: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهرٍ أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط، فإن أُخِلَّ به لم يبطل البيع، لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع و بين إلزامه بما شرط (٣)، انتهى.

و لا نعرف مستنداً للخيار مع التمكّن من الإِجار؛ لما عرفت: من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً.

إلّا أن يقال: إنّ العمل بالشرط حقٌّ لازمٌ على المشروط عليه، يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد، و أمّا إذا أراد الفسخ

ص: ٧١

١- (١) راجع الروضه ٥٠٦:٣.

٢- (٢) كالمحقق السبزواری فى الكفاية: ٩٧، و النراقى فى العوائد: ١٣٧، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢١٩:٢٣.

٣- (٣) التذكرة ٤٩٠:١.

لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه، فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراضٍ منهما.

و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد؛ لأنّ كلاً منهما قد ملك ما فى يد الآخر، و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبران على ذلك. بخلاف الشرط، فإنّ المشروط (1) حيث فرض فعلاً كالإعتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه، فتأمل.

ثمّ على المختار: من عدم الخيار إلّا مع تعذر الإيجاب، لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إجباره؟ الظاهر ذلك؛ لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلك.

ص: ٧٢

(١ - ١) فى «ق» زياده: «له»، وهى من سهو القلم.

الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشتري

الرابعه لو تعذر الشرط فليس للمشتري (١) إلّا الخيار، لعدم دليلٍ على الأرش،

فإنّ الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابله عرفاً و شرعاً إنّما هي بين المالين، و التقييد أمرٌ معنويٌّ لا يُعدّ مالاً و إن كانت ماله المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه، و ثبوت الأرش في العيب لأجل النصّ.

و ظاهر العلامه قدّس سرّه: ثبوت الأرش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق (٢).

و تبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الإمضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً و قيمته بشرط التدبير (٣)، انتهى.

و مراده ب«التفاوت»: مقدار جزءٍ من الثمن نسبته إليه كنسبه

ص: ٧٣

١-١) في «ش»: «للمشترط».

٢-٢) راجع التذكرة ١:٤٩٢.

٣-٣) غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠٥.

التفاوت إلى قيمه، لا تمام التفاوت؛ لأنَّ للشرط قسطاً من الثمن، فهو مضمونٌ به لا بتمام قيمته، كما نصَّ عليه في التذكرة (١).

و ضعّف في الدروس (٢) قول العلامة بما ذكرنا: من أنّ الثمن لا يقسّط على الشروط.

و أضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط و إن لم يتعدّر، كما عن الصيمري (٣).

و لو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يُعدّ مالاً و يقابل بالمال - كخياطه الثوب - فتعدّر، ففي استحقاق المشروط له لأجرته أو مجرد ثبوت الخيار له، وجهان.

قال في التذكرة: لو شرط على البائع عملاً سائغاً تخيّر المشتري بين الفسخ و المطالبه به أو بعوضه إن فات وقته و كان ممّا يتقوّم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً فأتاه به غير مصبوغ و تلف في يد المشتري، و لو لم يكن ممّا يتقوّم تخيّر بين الفسخ و الإمضاء مجاناً (٤)، انتهى.

و قال أيضاً: لو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ و الإمضاء بقيمه الفائت إن كان ممّا له قيمة، و إلّا مجاناً (٥)، انتهى.

ص: ٧٤

١-١) راجع التذكرة ١:٤٩٢.

٢-٢) الدروس ٣:٢١٦.

٣-٣) راجع غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠٥.

٤-٤) التذكرة ١:٤٩١.

٥-٥) التذكرة ١:٤٩١.

و الظاهر أنّ مراده ب«ما يتقوّم» ما يتقوّم في نفسه، سواء كان عملاً- محضاً كالخياطة، أو عيناً كمال العبد المشترط معه، أو عيناً و عملاً كالصبيغ، لا ما له مدخل في قيمه العوض؛ إذ كلّ شرط كذلك.

و ما ذكره قدّس سرّه لا يخلو عن وجهٍ و إن كان مقتضى المعاوضه بين العوضين بأنفسهما كون الشرط-مطلقاً-قيداً غير مقابلٍ بالمال، فإنّ المبيع هو الثوب المخيط و العبد المصاحب للمال لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله؛ و لذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما. و سيّجىء في المسأله السابعه المعامله مع بعض الشروط معامله الأجزاء (1).

ص: ٧٥

١-١) انظر الصفحه ٨١.

الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنه المشروط عليه بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاء،

فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ. فإذا فسخ ففي رجوعه عليه بالقيمه، أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه، أو من أصله، وجوه تقدمت (١) في أحكام الخيار، و تقدم (٢): أن الأقوى الرجوع بالبدل؛ جمعاً بين الأدله.

هذا كله مع صحه العقد الواقع، بأن لا يكون منافياً للوفاء بالشرط.

و أمّا لو كان منافياً- كبيع ما اشترط وقفه على البائع- ففي صحته مطلقاً أو مع إذن المشروط له أو إجازته، أو بطلانه، وجوه خيرها أو سطها.

فلو باع بدون إذنه كان للمشروط [له (٣)] فسخه و إلزامه بالوفاء

ص: ٧٤

-
- ١- ١) كذا في «ق»، و لم يتقدم البحث عن أحكام الخيار، بل يأتي عن قريب بعد حكم الشرط الفاسد. و الحمل على سهو القلم أيضاً بعيد، و لعله كان متقدماً في المسوده. و لذلك غيرهما مصحح «ش» ب «يأتي»، و انظر الصفحه ١٥٢.
- ٢- ٢) كذا في «ق»، و لم يتقدم البحث عن أحكام الخيار، بل يأتي عن قريب بعد حكم الشرط الفاسد. و الحمل على سهو القلم أيضاً بعيد، و لعله كان متقدماً في المسوده. و لذلك غيرهما مصحح «ش» ب «يأتي»، و انظر الصفحه ١٥٢.
- ٣- ٣) لم يرد في «ق».

بالشرط. نعم، لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحّحه العقد الثاني.

فإذا فسخ المشروط له، ففي انفساخ العقد من حينه، أو من أصله، أو الرجوع بالقيمه، وجوه، رابعها: التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل -لبنائه على التغليب- فيرجع بالقيمه، وبين غيره فيبطل، اختاره في التذكرة و الروضه.

قال في فروع مسأله العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر: أن إطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجاناً، فلو أعتقه بشرط الخدمة مدّة، تخير المشروط له بين الإمضاء و الفسخ فيرجع بقيمه العبد. قال بعد ذلك:

و لو باعه المشتري أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء، فإن فسخ بطلت (١) العقود؛ لوقوعها في غير ملك تام، و تفارق (٢) هذه العتق بشرط الخدمة (٣)؛ لأنّ العتق مبنئ على التغليب، فلا سبيل إلى فسخه. و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري؟ فيه احتمال (٤)، انتهى. و مثله ما في الروضه (٥).

و قال في الدروس في العبد المشروط عتقه: و لو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبه أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كلّ (٦)، انتهى. و ظاهره

ص: ٧٧

١-١) في «ش» و المصدر زياده: «هذه».

٢-٢) في «ش»: «تخالف».

٣-٣) لم ترد «الخدمه» في المصدر.

٤-٤) التذكرة ١: ٤٩٢، ٤٩٣.

٥-٥) راجع الروضه البهيّه ٥٠٦: ٣.

٦-٦) الدروس ٢١٦: ٣.

ما اخترناه، و يحتمل ضعيفاً غيره.

و في جامع المقاصد: الذي ينبغي، أنّ المشتري ممنوع من كلّ تصرّفٍ ينافي العتق المشتري (١).

ثمّ إنّ هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين كذلك لا يسقط بالتصرّف فيها، كما تبه عليه في المسالك في أوّل خيار العيب فيما لو اشترط الصحّح على البائع (٢).

نعم، إذا دلّ التصرّف على الالتزام بالعقد [لزم العقد و سقط الخيار (٣)] نظير خيار المجلس و الحيوان بناءً على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرّف، معللاً بحصول الرضا بالعقد. و أمّا مطلق التصرّف فلا.

ص: ٧٨

١- ١) جامع المقاصد ٤:٤٢٦.

٢- ٢) المسالك ٣:٢٨٢.

٣- ٣) لم يرد في «ق».

السادسه للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان ممًا يقبل الإسقاط،

لا مثل اشتراط مال العبد، أو حمل الدابه؛ لعموم ما تقدّم في إسقاط الخيار و غيره من الحقوق.

وقد يُستثنى من ذلك ما كان حقًا لغير المشروط له كالعق، فإنّ المصرّح به في كلام جماعة - كالعلامة و ولده و الشهيدين و غيرهم - عدم سقوطه بإسقاط المشروط له.

قال في التذكرة: الأقوى عندي أنّ العتق المشروط اجتمع فيه حقوق: حقٌّ لله، و حقٌّ للبائع، و حقٌّ آخر للعبد. ثم استقرب - بناءً على ما ذكره - مطالبه العبد بالعتق لو امتنع المشتري (١).

و في الإيضاح: الأقوى أنه حقٌّ للبائع و لله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط (٢)، انتهى.

و في الدروس: لو أسقط البائع الشرط جاز إلّا العتق، لتعلق حقّ

ص: ٧٩

١-١) التذكرة ٤٩٢: ١.

١-٢) الإيضاح ٥١٤: ١.

العبد وحقّ الله تعالى به (١)، انتهى.

□
و في جامع المقاصد: أنّ التحقيق أنّ العتق فيه معنى القربه و العباده و هو حقّ الله تعالى، و زوال الحجر و هو حقّ للعبد، و فوات المائيه على الوجه المخصوص للقربه و هو حقّ البائع (٢)(٣)، انتهى.

أقول: أمّا كونه حقّاً للبائع من حيث تعلّق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع، فهو واضح. و أمّا كونه حقّاً للعبد، فإنّ أريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضى سلطنته له على المشتري، بل هو متفرّع على حقّ البائع دائر معه وجوداً و عدماً. و إنّ أريد به ثبوت حقّ على المشتري يوجب السلطنته على المطالبه فلا دليل عليه، و دليل الوفاء لا يوجب إلّا ثبوت الحقّ للبائع.

و بالجملة، فاشتراط عتق العبد ليس إلّا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيدٍ بأدون من ثمن المثل أو يتصدّق به عليه، و لم يذكر أحدٌ أنّ لزيدٍ المطالبه.

□
و ممّا ذكر يظهر الكلام في ثبوت حقّ الله تعالى، فإنّه إنّ أريد به مجرد وجوبه عليه لأنّه وفاءً بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جارٍ في كلّ شرط، و لا ينافي ذلك سقوط الشروط بالإسقاط. و إنّ أريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله - كما ذكره جامع المقاصد - ففيه:

□
أنّ مجرد المطلوبه إذا لم يبلغ حدّ الوجوب لا - يوجب الحقّ لله على وجه يلزم به الحاكم، و لا - وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم. و قد عرفت أنّ المطلوب غير هذا، فافهم.

ص: ٨٠

١-١) الدروس ٢١٦:٣.

٢-٢) في «ش» و المصدر: «للبياع».

٣-٣) جامع المقاصد ٤٢١:٤.

السابعه قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسَط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور؛

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفاً على مقابله أحد العوضين إلّا بالآخر، و الشرع لم يزد على أن أمر (١) بالوفاء بذلك المدلول العرفي، فتخلف الشرط لا يقدر في تملك كل منهما لتمام العوضين.

هذا، و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة، بأن يشتري مركباً و يشترط كونه (٢) كذا و كذا جزءاً، كأن يقول: بعثك هذه الأرض أو الثوب أو الصبره على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً، فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينه.

فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال: إن المبيع هو العين الشخصيه المتصفه بوصف كونه كذا جزءاً، فالتخلف هو قيد من قيود العين - كالكتابه و نحوها في العبد - لا يوجب فواتها إلّا خياراً بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن؟

ص: ٨١

١-١) كذا في «ق»، و في «ش»: «لم يزد على ذلك إذ أمره».

٢-٢) في «ق»: «كونها»، و هو سهو.

أو يلاحظ جانب الجزئية؛ فإنّ المذكور و إن كان بصورة القيد إلّا أنّ منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه، فالمبيع فى الحقيقه هو كذا و كذا جزءاً، إلّا أنّه عبّر عنه بهذه العبارة، كما لو أخبره بوزن المبيع المعين فباعه اعتماداً على إخباره، فإنّ وقوع البيع على العين الشخصيّة لا- يوجب عدم تقسيط الثمن على الفئات. و بالجمله، فالفئات عرفاً و فى الحقيقه هو الجزء و إن كان بصورة الشرط، فلا يجرى فيه ما مرّ: من عدم التقابل إلّا بين نفس العوضين؟ و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضاً على أنّها جُربانٌ معيّنه، أو صبره على أنّها أصوغٌ معيّنه.

و تفصيل ذلك: العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله: لو باعه شيئاً و شرط فيه قدرأ معيّناً فتبين الاختلاف من حيث الكمّ، فأقسامه أربعة:

لأنّه إمّا أن يكون مختلف الأجزاء أو متّفقها، و على التقديرين: فإمّا أن يزيد و إمّا أن ينقص (١).

فالأوّل: تبين النقص فى متساوى الأجزاء. و لا- إشكال فى الخيار، و إنّما الإشكال و الخلاف فى أنّ له الإمضاء بحصّته (٢) من الثمن، أو ليس له الإمضاء إلّا بتمام الثمن.

فالمشهور- كما عن غايه المرام (٣)- هو الأوّل، و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلّامة و الدروس و التنقيح و الروضه

ص: ٨٢

١- ١) الى هنا تمّ ما ذكره عن التذكرة مع تفاوت، راجع التذكرة ١:٤٩٤.

٢- ٢) فى «ش»: «بحصّته».

٣- ٣) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٤٤، و راجع غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠٩.

و ظاهر السرائر و إيضاح النافع (١) حيث اختاراً ذلك في مختلف الأجزاء، فيكون كذلك في متساوي الأجزاء بطريقٍ أولى. و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم في مختلف الأجزاء كونه في متساوي الأجزاء مفروغاً عنه. و عن مجمع البرهان: أنه ظاهر القوانين الشرعية (٢).

و وجهه-مضافاً إلى فحوى الرواية الآتية في القسم الثاني- ما أشرنا إليه: من أن كون المبيع الشخصي بذلك المقدار و إن كان بصورة الشرط، إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعاماً فاشتره فتبين الغلط في الكيل، و لا يرتاب أهل العرف في مقابله الثمن لمجموع المقدار المعين المشتراط هنا.

خلافاً لصريح القواعد (٣) و محكى الإيضاح (٤). و قواه في محكى حواشى الشهيد و الميسيه (٥) و الكفايه (٦). و استوجهه في المسالك (٧). و يظهر

ص: ٨٣

١- ١) حكى عنهم جميعاً السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٤٤، و راجع المبسوط ٢:١٥٥، و الشرائع ٢:٣٥، و التحرير ١:١٧٧، و التبصره: ١٠٠، الفصل الثامن فى التسليم، و المختلف ٥:٢٦٧-٤:٢٦٨، و الدروس ٣:١٩٨، و التنقيح الرائع ٢:٧٦، و الروضه ٣:٢٦٧، و السرائر ٢:٣٧٧، و إيضاح النافع (مخطوط) لا يوجد لدينا.

٢- ٢) مجمع الفائده ٨:٥٣٠.

٣- ٣) القواعد ٢:٩٢-٣:٩٣.

٤- ٤) حكاها السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٤٤، و راجع إيضاح الفوائد ١:٥١٧.

٥- ٥) حكاها عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٤٤، و لا يوجدان لدينا.

٦- ٦) كفايه الأحكام: ٩٠، و فيه: «الأقرب..».

٧- ٧) المسالك ٣:٢٨٠.

من جامع المقاصد (١) أيضاً؛ لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائناً ما كان، غايه الأمر أنه التزم أن يكون بمقدارٍ معيّن، و هو وصفٌ غير موجودٍ فى المبيع، فأوجب الخيار، كالكتابه المفقوده فى العبد. و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار؛ لأنه غير موجودٍ فى الخارج؛ مع أن مقتضى تعارض الإشاره و الوصف غالباً ترجيح الإشاره عرفاً، فأرجاع قوله: «بعتك هذه الصبره على أنها عشره أصوع» إلى قوله: «بعتك عشره أصوع موجوده فى هذا المكان» تكلف.

و الجواب: أن كونه من قبيل الشرط مسلّم، إلّا أن الكبرى و هى:

«أن كل شرطٍ لا- يوزع عليه الثمن» ممنوعه؛ فإنّ المستند فى عدم التوزيع عدم المقابله عرفاً، و العرف حاكمٌ فى هذا الشرط بالمقابله، فتأمل.

الثانى: تبين النقص فى مختلف الأجزاء. و الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء، وفاقاً للأكثر؛ لما ذكر سابقاً: من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزءاً من المبيع، مضافاً إلى خبر ابن حنظله: «رجلٌ باع أرضاً على أنها عشره أجره، فاشتري المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و أوقع صفقه البيع و افترقا، فلما مسح الأرض فإذا هى خمسه أجره؟ قال: فإن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض، و إن شاء ردّ المبيع و أخذ المال كله، إلّا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفه (٢)، و يكون البيع لازماً، فإن لم يكن له فى

ص: ٨٤

١- ١) جامع المقاصد ٤:٤٢٨ و ٤٣٠.

٢- ٢) كذا فى «ق»، و فى «ش»: «فليوفه» مثل التهذيب و فى الفقيه: «فيوفيه»، و فى الوسائل: «فليؤخذ».

ذلك المكان غير الذى باع، فإن شاء المشتري أخذ الأرض و استرجع فضل ماله، و إن شاء ردّ الأرض و أخذ المال كله..الخبر»
(١).

و لا بأس باشماله على حكم مخالفٍ للقواعد؛ لأنّ غايه الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها و مخالفه ظاهره للإجماع طرح ذيله الغير المسقط لصدوره عن الاحتجاج.

خلافاً للمحكى عن المبسوط (٢) و جميع من قال فى الصورة الأولى بعدم التقسيط (٣)؛ لما ذكر هناك: من كون المبيع عيناً خارجياً لا- يزيد و لا ينقص لوجود الشرط و عدمه، و الشرط التزام من البائع يكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابّة أو مال العبد فتبيّن عدمهما. و زاد بعض هؤلاء (٤) [على (٥)] ما فوّق به فى المبسوط بين الصورتين (٦): بأنّ الفئات هنا لا يعلم قسطه من الثمن؛ لأنّ المبيع مختلف الأجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجُربان.

و فيه مضافاً إلى (٧) أنّ عدم معلوميّه قسطه لا يوجب عدم

ص: ٨٥

١- ١) ما نقله قدّس سرّه هو الحديث بتمامه، و لا وجه لزياده «الخبر»، راجع الوسائل ١٢:٣٦١، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

٢- ٢) المبسوط ١٥٤:٢.

٣- ٣) تقدّم عنهم فى الصفحه ٨٣.

٤- ٤) كالمحقّق الثانى فى جامع المقاصد ٤:٤٢٨، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٧٨.

٥- ٥) اقتضاه السياق.

٦- ٦) المبسوط ١٥٥:٣.

٧- ٧) لم يرد «مضافاً إلى» فى «ش».

استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلّص بصلح أو نحوه، إلّا أن يدعى استلزام ذلك جهاله ثمن المبيع في ابتداء العقد، مع عدم إمكان العلم به عند الحاجة إلى التقسيط، وفيه نظرٌ (١) -: منع عدم المعلوميّة؛ لأنّ الفاتت صفة كون هذه الأرض المعيّنه المشخصه عشره أجره، ويحصل فرضه - وإن كان المفروض مستحيل الوقوع - بتضاعف كلّ جزءٍ من الأرض؛ لأنّه معنى فرض نفس الخمسه عشره. وفرضه أيضاً بصيروره ثلاثه منها ثمانيه أو أربعه تسعه أو واحدٍ ستّه أو غير ذلك وإن كان ممكناً، إلّا أنّه لا يقدر (٢) مع فرض تساوى قطاع الأرض، ومع اختلافها فظاهر الترام كونها عشره مع رؤيه قطاعها المختلفه أو وصفها له يقضى بلزوم كون كلّ جزءٍ منها مضاعفاً على ما هو عليه من الصفات المرثيه أو الموصوفه.

ثمّ إنّ المحكى عن الشيخ العمل بذيل الروايه المذكوره (٣)، ونفى عنه البعد في التذكره (٤) معللاً: بأنّ القطعه المجاوره للمبيع أقرب إلى المثل من الأرش.

وفيه - مع منع كون نحو الأرض مثلياً -: أنّ الفاتت لم يقع

ص: ٨٤

١- ١) لم ترد «نظر» في «ش».

٢- ٢) كذا في «ق»، وفي «ش»: «لا ينفع».

٣- ٣) وهو المعبر عنه في بعض الكتب مثل المسالك ٣: ٢٧٨ بالقول الثالث للشيخ المحكى عن نهايته، وراجع النهايه: ٤٢٠.

٤- ٤) التذكره ٤٩٤: ١.

المعاوضه عليه فى ابتداء العقد، وقسطه من الثمن باقٍ فى ملك المشتري، و ليس مضموناً على البائع حتى يقدم مثله على قيمته. و أما الشيخ قدس سره فالظاهر استناده فى ذلك إلى الروايه.

الثالث: أن تتبين الزيادة عمياً شرط على البائع. فإن دلت القرينه على أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا- بشرط عدم الزيادة، فالظاهر أن الكل للمشتري و لا خيار. و إن أُريد ظاهره- و هو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة و عليه من حيث عدم النقيصه- ففي كون الزيادة للبائع و تخير المشتري للشركه، أو تخير البائع بين الفسخ و الإجازة لمجموع الشئ بالثمن، و جهان:

من أن مقتضى ما تقدم- من أن اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزله تعلق البيع به فهو شرطٌ صورته و له حكم الجزء عرفاً:-

أن اشتراط عدم الزيادة على المقدار المعين هنا بمنزله الاستثناء و إخراج الزائد عن المبيع (1).

و من الفرق بينهما: بأن اشتراط عدم الزيادة شرطٌ عرفاً، و ليس بمنزله الاستثناء، فتخلفه لا يوجب إلأ الخيار.

و لعل هذا أظهر، مضافاً إلى إمكان الفرق بين الزيادة و النقيصه -مع اشتراكهما لكون (2) مقتضى القاعده فيهما كونهما من تخلف الوصف لا- نقص الجزء أو زيادته-: بورود النص المتقدم فى النقيصه، و يبقى الزيادة على مقتضى الضابطه؛ و لذا اختار الاحتمال الثانى بعض من قال

ص: ٨٧

١- ١) فى ظاهر «ق»: «البيع».

٢- ٢) كذا فى «ق»، و فى «ش»: «فى كون».

بالتفسيط في طرف (١) النقيصه (٢).

و قد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا (٣)؛ لأنّ البائع لم يقصد بيع الزائد و المشتري لم يقصد شراء البعض. و فيه تأمل.

الرابع (٤): أن تتبين الزيادة في مختلف الأجزاء، و حكمه يعلم ممّا ذكرنا.

ص: ٨٨

١-١) في «ش»: «أطراف».

٢-٢) مثل صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٣:٢٣٢ و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٤٣.

٣-٣) لم نعثر على الحاكي عنه في متساوى الأجزاء، نعم حكى عنه في مختلف الأجزاء، راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٤٣، و المبسوط ١٥٢:٢-١٥٥.

٤-٤) في «ق»: «الرابعه». و هو سهو.

[مسألة] (١) في حكم الشرط الفاسد

[و الكلام فيه يقع في أمور:] (٢)

[الأول] (٣) [أن الشرط الفاسد] (٤) لا تأمل في عدم وجوب الوفاء به،

بل هو داخل في الوعد، فإن كان العمل به مشروعاً استحَبَّ الوفاء به على القول بعدم فساد أصل العقد.

و لا تأمل أيضاً في أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة يفسد العقد؛ لرجوع الجهالة فيه إلى جهالة أحد العوضين، فيكون البيع غرراً.

و كذا لو كان الاشتراط موجباً لمحذورٍ آخر في أصل البيع، كاشتراط بيع المبيع من البائع ثانياً؛ لأنه موجب للدور، أو لعدم القصد إلى البيع الأول، أو للتعبّد من أجل الإجماع أو النصّ. و كاشتراط جعل

ص: ٨٩

١-١) العنوان منّا.

٢-٢) ما بين المعقوفات لم يرد في «ق»، و أثبتناه من «ش» لاقتضاء السياق له.

٣-٣) ما بين المعقوفات لم يرد في «ق»، و أثبتناه من «ش» لاقتضاء السياق له

٤-٤) ما بين المعقوفات لم يرد في «ق»، و أثبتناه من «ش» لاقتضاء السياق له

الخشب المبيع صنماً؛ لأنَّ المعامله على هذا الوجه أكلٌ للمال بالباطل، و لبعض الأخبار (١).

و إنّما الإشكال فيما كان فساده لا- لأمرٍ مخلٍّ بالعقد، فهل يكون مجرد فساد الشرط موجباً لفساد العقد أم يبقى العقد على الصحّة؟ قولان:

حكى أولهما (٢) عن الشيخ (٣) و الإسكافي (٤) و ابن البرّاج (٥) و ابن سعيد (٦)، و ثانيهما للعلّامه (٧) و الشهيدين (٨) و المحقّق الثاني (٩) و جماعه مّمن تبعهم (١٠).

ص: ٩٠

١-١) راجع الوسائل ١٢:١٢٧، الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به.

٢-٢) كذا في النسخ، و لكن المحكّي في الموردین عكس ذلك، كما تبّه عليه الشهيدى فى حاشيته بقوله: «ينبغى أن يقول ثانيهما عن الشيخ و الإسكافي و ابن البرّاج و ابن سعيد، و أولهما للعلّامه إلى آخره، فراجع كلماتهم» هدايه الطالب: ٥٨٠، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٣٢، و الجواهر ٢٣:٢١١.

٣-٣) المبسوط ٢:١٤٩.

٤-٤) حكاه عنه العلّامه فى المختلف ٥:٢٩٨.

٥-٥) حكاه عنه العلّامه أيضاً فى المختلف ٥:٢٩٨، و لم نعثر عليه فيما بأيدينا من كتبه، بل الموجود فى المهذّب ١:٣٨٩ الحكم بالفساد.

٦-٦) الجامع للشرائع: ٢٧٢.

٧-٧) راجع المختلف ٥:٢٩٨، و القواعد ٢:٩٠، و غيرهما من كتبه.

٨-٨) راجع الدروس ٣:٢١٤-٢١٥، و اللعه و شرحها (الروضه البهيه) ٣:٥٠٥، و المسالك ٣:٢٧٣.

٩-٩) جامع المقاصد ٤:٤٣١.

١٠-١٠) منهم الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:٧٠ و ٧٤، و المحقّق الأردبيلى ٨:١٤٨، و المحقّق السبزوارى فى الكفايه: ٩٧، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٧٣٢.

و ظاهر ابن زهره فى الغنيه: التفصيل بين الشرط الغير المقذور كصيوروه الزرع سنبلاً و البسر تمرأ، و بين غيره من الشروط الفاسده، فادعى فى الأؤل عدم الخلاف فى الفساد و الإفساد (١). و مقتضى التأمل فى كلامه: أن الوجه فى ذلك صيوروه المبيع غير مقذور على تسليمه، و لو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محلّ الخلاف؛ لرجوعه - كالشرط المجهول - إلى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين.

لكن صريح العلامه فى التذكرة: وقوع الخلاف فى الشرط الغير المقذور، و مثله بالمثاليين المذكورين، و نسب القول بصحة العقد إلى بعض علمائنا (٢).

و الحق: أن الشرط الغير المقذور من حيث هو غير مقذور لا يوجب تعدد التسليم فى أحد العوضين. نعم، لو أوجب به فهو خارج عن محلّ النزاع، كالشرط المجهول حيث يوجب كون المشروط بيع الغرر.

و ربما ينسب إلى ابن المتوجّح البحرانى (٣) التفصيل بين الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود للعقلاء به فلا يوجب فساد العقد - كأكل طعام بعينه أو لبس ثوب كذلك - و بين غيره.

و قد تقدّم (٤) فى اشتراط كون الشرط ممّا يتعلّق به غرض مقصود

ص: ٩١

١-١ (١) الغنيه: ٢١٥.

٢-٢ (٢) التذكرة ١: ٤٩٠.

٣-٣ (٣) نسبه إليه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٧٣٢، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ٢١١.

٤-٤ (٤) تقدّم فى الصفحه ٢٠.

للعقلاء عن التذكرة و غيرها: أن هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار، و الخلاف في أن اشتراط الكفر صحيح أم لا، و عدم الخلاف ظاهراً في لغويته اشتراط كيل المسلم فيه بمكيالٍ شخصيٍّ معيّن.

و ظاهر ذلك كلّ التسالم على صحّة العقد و لو مع لغويته الشرط.

و يؤيد الاتفاق على [عدم (1)] الفساد استدلال القائلين بالفساد:

بأن للشرط قسطاً من الثمن، فيصير الثمن مع فساد الشرط مجهولاً.

نعم، استدلالهم الآخر على الإفساد بعدم التراضي مع انتفاء الشرط ربما يؤيد عموم محلّ الكلام لهذا الشرط، إلا أن الشهيدين ممّن استدللّ بهذا الوجه و صرح بلغويته اشتراط الكفر و الجهل بالعبادات، بحيث يظهر منه صحّة العقد، فراجع (2).

و كيف كان، فالقول بالصحة في أصل المسألة لا يخلو عن قوّه، وفاقاً لمن تقدّم؛ لعموم الأدلّة السالم عن معارضه ما يخصّصه، عدا وجوه:

أحدها: ما ذكره في المبسوط للمانعين: من أن للشرط قسطاً من العوض مجهولاً، فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولاً (3).

و فيه - بعد النقض بالشرط الفاسد في النكاح الذي يكون بمنزله جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع إلى مهر المثل -:

أولاً: منع مقابله شيء (4) من العوضين عرفاً و لا شرعاً؛ لأنّ

ص: ٩٢

١- ١) لم يرد في «ق»، و الظاهر سقوطه من القلم.

٢- ٢) راجع الدروس ٣: ٢١٥، و لم نعثر عليه في كتب الشهيد الثاني.

٣- ٣) المبسوط ٢: ١٤٩.

٤- ٤) كذا في «ق» أيضاً، و الأولى في العبارة: «مقابله الشرط بشيء» كما استظهره مصحح «ش».

مدلول العقد هو وقوع المعاوضه بين الثمن و المثلن، غايه الأمر كون الشرط قيده لأحدهما يكون له دخل في زياده العوض و نقصانه، و الشرع لم يحكم على هذا العقد إلّا بإمضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين؛ و لذا لم يكن في فقده إلّا الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجاناً، كما عرفت.

و ثانياً: منع جهاله ما بإزاء الشرط من العوض؛ إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط و المجرد عنه إلّا كالمتمصف بوصف الصحه و المجرد عنه، في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف؛ و لذا حكم العلامة فيما تقدّم (١) بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحه بيع المملوك، و بلزوم قيمه الصبغ المشروط في بيع الثوب.

و ثالثاً: منع كون الجهاله الطارئه على العوض قاده، إنّما القادح هو الجهل به عند إنشاء العقد.

الثاني: أنّ التراضي إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاصّ، فإذا تعدّرت الخصوصيه لم يبق التراضي؛ لانتفاء المقيد بانتفاء القيد، و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل، فالمعاوضه بين الثمن و المثلن بدون الشرط معاوضه أخرى محتاجه إلى تراضٍ جديد و إنشاءً جديد، و بدونه يكون التصرف أكلاً للمال لا عن تراضٍ.

و فيه: منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يُحوج انتفاؤه إلى معامله (٢) جديده عن تراضٍ جديد. و مجرد الارتباط لا يقتضى ذلك،

ص: ٩٣

١-١) تقدّم في الصفحه ٧٣، و راجع التذكرة ١:٤٩١ و ٤٩٢.

٢-٢) في «ش»: «معاوضه».

كما إذا تعذر بعض (١) أحد العوضين، أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع، كالكتابة و الصحه، و كالشروط الفاسده في عقد النكاح، فإنه لا خلاف نصاً (٢) و فتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. و قد تقدم (٣): أن ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم و غيره عدم فساد العقد به، و تقدم (٤) أيضاً: أن ظاهرهم أن الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له، صحيحاً كان أو فاسداً.

و دعوى: أن الأصل في الارتباط هو انتفاء الشيء بانتفاء ما ارتبط به، و مجرد عدم الانتفاء في بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدي، مدفوعه: بأن المقصود من بيان الأمثله: أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد، و أنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به في الموارد المذكوره تصرفاً لا عن تراضٍ جوّزه الشارع تعديداً و قهراً على المتعاقدين، فما هو التوجيه في هذه الأمثله هو التوجيه فيما نحن فيه؛ و لذا اعترف في جامع المقاصد: بأن في الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسراً (٥).

و الحاصل: أنه يكفي للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط

ص: ٩٤

١- ١) في «ش»: «إذا تبين نقص».

٢- ٢) راجع الوسائل ١٥:٤٠، الباب ٢٩ من أبواب المهور، و الصفحه ٣٤٠، الباب ٤٢ من أبواب كتاب الطلاق.

٣- ٣) تقدم في الصفحه ٢٠.

٤- ٤) تقدم في الصفحه ٥٤ و ما بعدها.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤:٤٣١-٤:٤٣٢.

مقتضياً لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض، مستنداً إلى النقص بهذه الموارد. و حل ذلك: أن القيود المأخوذة (١) في المطلوبات العرفية و الشرعية:

منها: ما هو ركنٌ للمطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً (٢)، و كون مطلوب المولى إتيان ثنن الشطب لا الأصفر الصالح للنجيل، و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزياره (٣)، فإنّ العرف يحكم في هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، و لا الأصفر مقام الثنن، و لا التيمم مقام الغسل.

و منها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً، و الثنن جيداً، و الغسل بماء الفرات، فإنّ العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب. و الظاهر أنّ الشرط من هذا القبيل، لا من قبيل الأوّل، فلا يعدّ التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراضٍ.

نعم، غايه الأمر أنّ فوات القيد هنا موجبٌ للخيار لو كان المشروط له جاهلاً بالفساد، نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين.

و لا مانع من التزامه و إن لم يظهر منه أثرٌ في كلام القائلين بهذا القول.

ص: ٩٥

١-١) الزيادة اقتضتها ضروره.

٢-٢) كان أصل العبارة في «ق» هكذا: «ككون المبيع إنساناً لا حماراً» ثم شطب على «إنساناً» و كتب بدله: «حيواناً ناطقاً، لا ناهقاً» و بقيت كلمه «لا- حماراً» لم يشطب عليها، و من هنا وقع الالتباس و أثبتت العبارة في بعض النسخ هكذا: «ككون المبيع حيواناً ناطقاً، لا ناهقاً حماراً»، كما في «ف» و «ن».

٣-٣) في «ش» زياده: «لأجل التنظيف».

الثالث: روايه عبد الملك بن عتبه عن الرضا عليه السلام (١): «عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أن ليس منه علىّ و ضيعه، هل يستقيم ذلك؟ ما حدّ ذلك (٢)؟ قال: لا ينبغي» (٣) و الظاهر أنّ المراد الحرمة لا- الكراهه كما في المختلف (٤)؛ إذ مع صحّه العقد لا وجه لكراهه الوفاء بالوعد.

□
و روايه الحسين بن المنذر: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئني فيطلب منّي العينه، فأشترى المتاع من أجله، ثمّ أبيعهُ إياه، ثمّ أشتريه منه مكانى؟ فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشترت و إن شئت لم تشتري فلا بأس، فقلت: إنّ أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسدٌ، و يقولون: إنّهُ إن جاء به بعد أشهرٍ صحّ، قال: إنّما هذا تقديمٌ و تأخيرٌ لا بأس» (٥) فإنّ مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختاراً في ترك المعامله الثانيه، و عدم الاختيار في تركها إنّما يتحقّق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأوّل، و إلّا فلا يلزم له (٦) عليها، فيصير الحاصل: أنّه

ص: ٩٦

-
- ١- ١) كذا في «ق» أيضاً، و الموجود في التهذيب و الوسائل: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام». .
٢- ٢) العبارة في «ش»: «هل يستقيم هذا؟ و كيف هذا؟ و ما حدّ ذلك؟»، و في التهذيب و الوسائل: «هل يستقيم هذا؟ و كيف يستقيم وجه ذلك؟». .
٣- ٣) الوسائل ٤٠٩: ١٢، الباب ٣٥ من أبواب أحكام العقود.
٤- ٤) المختلف ٣١١: ٥.
٥- ٥) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.
٦- ٦) لم ترد «له» في «ش».

إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصحّ البيع الأوّل فكذا الثاني، أو لم يصحّ الثاني لأجل فساد الأوّل، إذ لا مفسد له غيره.

و روايه عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشره دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسه نقداً، أ يحلّ؟ قال:

إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس» (١) ودلالاتها أوضح من الأولى.

و الجواب أمّا عن الأولى: فبظهور «لا ينبغي» في الكراهه، و لا مانع من كراهه البيع على هذا النحو، لا (٢) أنّ البيع صحيح غير مكروه و الوفاء بالشرط مكروه.

و أمّا عن الروايتين:

فأولاً: بأنّ الظاهر من الروايه (٣) -بقرينه حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الإمام عليه السلام في الروايه الأولى- هو رجوع البأس في المفهوم إلى الشراء، و لا ينحصر وجه فساد في فساد البيع؛ لاحتمال أن يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأوّل، فإنّ العرف لا يفرّقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أو في الخارج، فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأوّل كان وقوعه للزومه عليه عرفاً، فيقع لا عن رضاً منه فيفسد.

و ثانياً: بأنّ غايه مدلول الروايه فساد البيع المشروط فيه بيعه

ص: ٩٧

١- ١) الوسائل ٣٧١: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

٢- ٢) في «ش» بدل «لا»: «من».

٣- ٣) في «ش»: «الروايتين».

عليه ثانياً، وهو مِمَّا لا خلاف فيه حتى مَمَّن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه-كالشيخ في المبسوط (١)-فلا يتعدى منه إلى غيره، فعمل البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة (٢)، أو لعدم قصد البيع كما ذكره الشهيد قدس سره (٣)، أو لغير ذلك.

بل التحقيق: أنَّ مسأله اشتراط بيع المبيع خارجة عمَّا نحن فيه؛ لأنَّ الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسداً، لأنَّه في نفسه ليس مخالفاً للكتاب و السنه، ولا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط. وقد أشرنا إلى ذلك في أوّل المسأله؛ ولعلّه لما ذكرنا لم يستند إليهما (٤) أحدٌ في مسألتنا هذه.

و الحاصل: أنّي لم أجد لتخصيص العمومات في هذه المسأله ما يطمئن (٥) به النفس.

و يدلّ على الصّحّه أيضاً جملة من الأخبار:

منها: ما عن المشايخ الثلاثة-في الصحيح-عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: «أنّه ذكر أنّ بريره كانت عند زوج لها و هي مملوكة، فاشترتها عائشه فأعتقتها، فخيبرها رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: إن شاءت فعدت عند زوجها و إن شاءت فارقته، و كان مواليتها الذين

ص: ٩٨

١-١) المبسوط ١٤٩:٢.

٢-٢) التذكرة ٤٩٠:١.

٣-٣) الدروس ٢١٦:٣.

٤-٤) في «ش»: «إليها».

٥-٥) كذا، و الأنسب: «تطمئن».

باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولاءها، فقال صلى الله عليه وآله: الولاء لمن أعتق» (١).

و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالفاً لتعليل فساده في هذه الروايه إشارة و في غيرها صراحةً بكونه مخالفاً للكتاب و السنه.

فالإنصاف: أن الروايه في غايه الظهور.

و منها: مرسله جميل و صحيحه الحلبي:

الأولى عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يشتري الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا يورث، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم، إلّا الميراث» (٢).

فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد لا يكون إلّا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه. و لو قلنا بمقاله المشهور: من فساد اشتراط عدم البيع و الهبه حتى أنه حكى عن كاشف الرموز: أني لم أجد عاملاً بهذه الروايه (٣) - كان الأمر بالوفاء محمولاً على الاستحباب و يتم المطلوب أيضاً، و يكون استثناء اشتراط الإرث؛ لأن الملك فيه قهري للوارث، لا معنى لاستحباب وفاء

ص: ٩٩

-
- ١ - (١) الكافي ٥: ٤٨٦، الحديث الأول، و الفقيه ٣: ١٣٤، الحديث ٣٤٩٧، و التهذيب ٧: ٣٤١، الحديث ١٣٩٦، و راجع الوسائل ١٤: ٥٥٩، الباب ٥٢ من أبواب نكاح العيب و الإمام، الحديث ٢، و ٤٠: ١٦، الباب ٣٧ من كتاب العتق، الحديث ٢.
- ٢ - (٢) الوسائل ١٥: ٤٩، الباب ٤٠ من أبواب المهور، الحديث ٣.
- ٣ - (٣) كشف الرموز ١: ٤٧٥.

المشترى به. مع أنّ تحقّق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبه ممنوع، كما لا يخفى.

و الثانيه عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الشرط في الإماء، لا تباع (1) و لا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنّها تورث، و كلّ شرطٍ خالف كتاب الله فهو ردٌّ.. الخبر» (2) فإنّ قوله عليه السلام:

«فإنّها تورث» يدلّ على بقاء البيع الذي شرط فيه أن لا تورث على صحّته، بل يمكن أن يستفاد من قوله بعد ذلك: «كلّ شرطٍ خالف كتاب الله عزّ و جل فهو ردٌّ»- أي لا يعمل به-: أنّ جميع ما ورد في بطلان الشروط المخالفه لكتاب الله جلّ ذكره يراد بها عدم العمل بالشرط، لا بطلان أصل البيع. و يؤيّده ما ورد في بطلان الشروط الفاسده في ضمن عقد النكاح (3).

و قد يستدلّ على الصحّته: بأنّ صحّته الشرط فرغ على صحّته البيع، فلو كان الحكم بصحّته البيع موقوفاً على صحّته الشرط لزم الدور. و فيه ما لا يخفى.

و الإنصاف: أنّ المسأله في غايه الإشكال؛ و لذا توقّف فيها بعض تبعاً للمحقّق قدّس سرّه (4).

ص: ١٠٠

١- ١) في «ش» زياده: «و لا تورث».

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٤٣، الباب ١٥ من أبواب بيع الحيوان، الحديث الأوّل.

٣- ٣) راجع تفصيل ذلك في الصفحه ٢٣ ٢٤ و ٩٤.

٤- ٤) راجع الشرائع ٢: ٣٤، حيث قال: «قيل: يصحّ البيع و يبطل الشرط»، و لم يحكم بشيءٍ، و يظهر من ابن فهد في المهذب البارع (٢: ٤٠٦-٤٠٧)، حيث نقل القولين و لم يحكم بشيءٍ، و هو الظاهر من إيضاح الفوائد ١: ٥١٨ أيضاً.

ثم على تقدير صحه العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجهه؛ من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فإن المانع الشرعي كالعقلى، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط. ولا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي؛ ولذا يُعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفوريته.

و لكن يشكل: بأن العمده في خيار تخلف الشرط هو الإجماع، و أدله نفي الضرر قد تقدم غير مره أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعه؛ لأنّ المعلوم إجمالاً أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فزُبَّ ضررٍ يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها، خصوصاً الصحه و الفساد، فإن ضروره الشرع قاضيه في أغلب الموارد بأن الضرر المترتب على فساد معامله مع الجهل به لا يتدارك، مع أنّ مقتضى تلك الأدله نفي الضرر الغير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أم بالحكم، و إن قام الدليل في بعض المقامات على التسويه بين القاصر و المقصّر.

فالأقوى في المقام عدم الخيار و إن كان يسبق خلافه في بواى الأنظار (١).

ص: ١٠١

(١ - ١) في «ش»: «بواى الأنظار».

الثانى لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد على القول بإفساده،

لم يصحّ بذلك العقد؛ لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع إسقاط المفسد.

و يحتمل الصّحّه بناءً على أنّ التراضى إنّما حصل على العقد المجزّد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

وفيه: أنّ التراضى إنّما ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما فى بيع المكره و الفضولى، أمّا إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع؛ لأنّ متعلّق الرضا لم يُعقد عليه و متعلّق العقد لم يُرض به.

و يظهر من بعض مواضع التذكرة التردّد فى الفساد بعد إسقاط الشرط، قال: يشترط فى العمل المشروط على البائع أن يكون محللاً، فلو اشترى العنب على شرط أن يعصره البائع خمراً لم يصحّ الشرط و البيع على إشكالٍ، ينشأ من جواز إسقاط المشتري الشرط عن البائع و الرضا به خالياً عنه و هو المانع من صحّه البيع، و من اقتران البيع بالمبطل.

و بالجمله، فهل يُثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البيع من أصله

بحيث لو رضى صاحبه ياسقاطه لا يرجع البيع صحيحاً، أو إيقاف البيع بدونه فإن لم يرض بدونه بطل و إلاّ صحّ؟ نظّر (1)، انتهى.

و لا يُعرف وجهٌ لما ذكره من احتمال الإيقاف.

ص: ١٠٣

١-١) التذكرة ٤٩٠:١.

[الثالث] (١) لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد لفظاً و لم يذكر في العقد، فهل يبطل العقد بذلك

بناءً على أن الشرط الفاسد مفسدٌ أم لا؟ وجهان، بل قولان مبنيان على تأثير الشرط قبل العقد.

فإن قلنا: بأنه لا حكم له - كما هو ظاهر المشهور، وقد تقدّم في الشروط - لم يفسد، وإلا فسد (٢). و يظهر من المسالك هنا قول ثالث، قال في مسأله اشتراط بيع المبيع من البائع: المراد باشتراط ذلك شرطه في متن العقد، فلو كان في أنفسهما ذلك و لم يشترطاه لم يضر. و لو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان بأن الشرط المتقدم لا حكم له، فلا أثر له، وإلا أتجه بطلان العقد كما لو ذكراه في متنه؛ لأنهما لم يقدموا إلا على الشرط و لم يتمّ لهما، فيبطل العقد (٣)، انتهى.

و في باب المراجعة بعد ذكر المحقق في المسأله المذكوره: أنه «لو كان

ص: ١٠٤

١- ١) مكانه بياض في «ق».

٢- ٢) في «ش»: «أفسد».

٣- ٣) المسالك ٢٢٤: ٣.

من قصدهما ذلك و لم يشترطاه لفظاً كره» قال فى المسالك: أى لم يشترط فى نفس العقد فلا عبره بشرطه قبله. نعم، لو توهم لزوم ذلك أو نسى ذكره فيه مع ذكره قبله، أتجه الفساد (١)، انتهى.

ثم حكى اعتراضاً على المحقق قدس سره و جواباً عنه بقوله:

قيل عليه: إن مخالفة القصد للفظ تقتضى بطلان العقد؛ لأن العقود تتبع القصد، فكيف يصح العقد مع مخالفه اللفظ للقصد. و أجيب: بأن القصد و إن كان معتبراً فى الصحه فلا يعتبر فى البطلان، لتوقف البطلان على اللفظ و القصد، و كذلك الصحه، و لم يوجد فى الفرض. ثم قال قدس سره:

و فيه منع ظاهر، فإن اعتبارهما معاً فى الصحه يقتضى كون تخلف أحدهما كافياً فى البطلان، و يرشد إليه عبارته الساهى و النائم (٢) و المكره، فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد [خاصةً، و إلا فاللفظ موجودٌ (٣)].

ثم قال: و الذى ينبغى فهمه أنه لا بد من قصدهما [إلى (٤)] البيع المترتب عليه أثر الملك للمشتري على وجه لا يلزمه رده، و إنما يفتقر قصدهما لردّه بعد ذلك بطريق الاختيار، نظراً إلى وثوق البائع بالمشتري أنه لا- يمتنع من رده إليه بعقد جديد بمحض اختياره و مروته، انتهى (٥) كلامه.

أقول: إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذى يوقعانه مقترناً

ص: ١٠٥

١- ١) المسالك ٣:٣٠٨.

٢- ٢) فى «ش» و المصدر: «الغالط».

٣- ٣) لم يردا فى «ق».

٤- ٤) لم يردا فى «ق».

٥- ٥) المسالك ٣:٣٠٨ ٣:٣٠٩.

بالشرط و فرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط و الالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط و عدمه، فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح و الفاسد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط و غيره، فإن العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الإقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه خارج العقد، بل إقدامه كإقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق في إيقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده و عدم ترتب أثر شرعي عليه، و غيره.

و بالجمله، فالإقدام على العقد مقيداً أمرٌ عرفيٌ يصدر من المتعاقدين و إن علما بفساد الشرط.

و أمّا حكم صورته نسيان ذكر الشرط: فإن كان مع نسيان أصل الشرط - كما هو الغالب - فالظاهر الصحة؛ لعدم الإقدام على العقد مقيداً، غاية الأمر أنه كان عازماً على ذلك لكن غفل عنه. نعم، لو اتفق إيقاع العقد مع الالتفات إلى الشرط ثم طرأ عليه النسيان في محلّ ذكر الشرط كان كتارك ذكر الشرط عمداً تعويلاً على تواطئهما السابق.

[الرابع] (١) لو كان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرضٍ معتدِّ به عند العقلاء

فظاهر كلام جماعه من القائلين بإفساد الشرط الفاسد كونه لغواً غير مفسدٍ للعقد.

قال في التذكرة في باب العيب: لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء و لا يزيد به المائيه، فإنه لغوٌ لا يوجب الخيار (٢). و قد صرح في مواضع أخر - في باب الشروط - بصحة العقد و لغويه الشرط (٣).

و قد صرح الشهيد بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافراً فبان مسلماً (٤). و مرجعه إلى لغويه الاشتراط.

ص: ١٠٧

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) التذكرة ٥٢٤:١.

٣-٣) راجع التذكرة ٤٩٤:١، و فيها: «فيما لو باع مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً بشرط أن يقال بمكيال معين - إلى أن قال: - صحَّ البيع لكن يلغو الشرط»، و الصفحة ٤٩٥، و الجزء ١٢:٢.

٤-٤) الدروس ٢١٥:٣.

وقد ذكروا في السلم لغويته بعض الشروط (١)، كاشتراط الوزن بميزانٍ معيّن.

ولعلّ وجه عدم قدح هذه الشروط: أنّ الوفاء بها لئما لم يجب شرعاً و لم يكن في تخلفها أو تعذّرها خيارٌ خرجت عن قابليته تقييد العقد بها؛ لعدم عدّها كالجزء من أحد العوضين.

و يشكل: بأنّ لغويّتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللازم إمّا بطلان العقد و إمّا وجوب الوفاء، كما إذا جعل بعض الثمن ممّا لا يُعدّ مالاً في العرف.

ص: ١٠٨

١-١) كما في التذكرة ٥٥٦:١، والدروس ٣:٢٥٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٤٥٣-٤٥٤، و تقدّم في الصفحة ٢٠.

فى أحكام الخيار (١)

[فى أن الخيار موروث و الاستدلال عليه]

الخيار موروث بأنواعه بلا خلافٍ بين الأصحاب، كما فى الرياض (٢) و ظاهر الحدائق (٣).

و فى التذكرة: إنَّ الخيار عندنا موروثٌ؛ لأنَّه من الحقوق كالشفعه و القصاص فى جميع أنواعه، و به قال الشافعى إلَّا فى خيار المجلس (٤).

و ادعى فى الغنيه: الإجماع على إرث خيارى المجلس و الشرط.

و استدلَّ عليه- مع ذلك-: بأنَّه حقٌّ للميت، فيورث لظاهر القرآن (٥).

و تبعه بعض من تأخَّر عنه (٦)، و زيد عليه الاستدلال بالنبوى: «ما ترك

ص: ١٠٩

١- (١) فى «ش»: «الكلام فى أحكام الخيار».

٢- (٢) الرياض ٢٠٢: ٨.

٣- (٣) الحدائق ٧٠: ١٩.

٤- (٤) التذكرة ٥٣٦: ١.

٥- (٥) الغنيه: ٢٢١.

٦- (٦) الظاهر- و الله العالم- أنَّ المراد به هو ابن إدريس فى السرائر ٢٤٩: ٢، حيث قال: «خيار المجلس و الشرط، موروث عندنا».

أقول: الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب و السنه الواردين فى إرث ما ترك الميت يتوقف على ثبوت أمرين:

أحدهما: كون الخيار حقاً لا حكماً شرعياً، كإيجازه (٢) لعقد الفضولى، و جواز الرجوع فى الهبه و سائر العقود الجائزه، فإن الحكم الشرعى مما لا يورث، و كذا ما تردّد بينهما، للأصل. و ليس فى الأخبار ما يدلّ على ذلك، عدا ما دلّ على انتفاء الخيار بالتصرف معللاً - بأنه رضاً (٣)، كما تقدّم فى خيار الحيوان (٤). و التمسك بالإجماع على سقوطه بالإسقاط فيكشف عن كونه حقاً لا حكماً، مستغنى عنه بقيام الإجماع على نفس الحكم.

الثانى: كونه حقاً قابلاً للانتقال ليصدق أنه مما تركه الميت، بأن لا يكون وجود الشخص و حياته مقوماً له، و إلا فمثل حقّ الجلوس فى السوق و المسجد و حقّ الخيار المجمعول للأجنبى (٥) و حقّ التولية و النظاره غير قابلٍ للانتقال، فلا يورث. و إثبات هذا الأمر بغير الإجماع أيضاً مشكلاً، و التمسك فى ذلك باستصحاب بقاء الحقّ و عدم انقطاعه بموت

ص: ١١٠

-
- ١- ١) لم نعر عليه فى المجمع الحديثيه، نعم أورده الفقهاء فى كتبهم مثل المسالك ١٢:٣٤١، و الرياض ٢:٢٠٢.
 - ٢- ٢) فى «ش»: «كإيجازه العقد الفضولى».
 - ٣- ٣) الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث الأول.
 - ٤- ٤) راجع الجزء الخامس: ٩٧ و ما بعدها.
 - ٥- ٥) لم ترد «و حقّ الخيار المجمعول للأجنبى» فى «ش».

ذی الحقّ أشکل؛ لعدم إحراز الموضوع؛ لأنّ الحقّ لا يتقوّم إلّا بالمستحقّ.

و كيف كان، ففي الإجماع المنعقد على نفس الحكم كفاية إن شاء الله تعالى. □

بقى الكلام: في أنّ إرث الخيار ليس تابعاً لإرث المال فعلاً، فلو فرض استغراق دين الميّت لتركته لم يمنع انتقال الخيار إلى الوارث.

و لو كان الوارث ممنوعاً لنقصان فيه - كالرقيّه أو القتل للمورث أو الكفر - فلا إشكال في عدم الإرث؛ لأنّ الموجب لحرمانه من المال موجبٌ لحرمانه من سائر الحقوق.

و لو كان حرمانه من المال لتعبّد شرعيّ - كالزوجه غير ذات الولد، أو مطلقاً بالنسبه إلى العقار، و غير الأكبر من الأولاد بالنسبه إلى الحبوّه - ففي حرمانه من الخيار المتعلّق بذلك المال مطلقاً، أو عدم حرمانه كذلك، وجوه، بل أقوال:

ثالثها: التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلاً إلى الميّت أو عنه، فيرث في الأوّل، صرّح به فخر الدين في الإيضاح (١)، وفسّر به عبارته والده، كالسيّد العميد (٢) و شيخنا الشهيد في الحواشي (٣).

و رابعها: عدم الجواز في تلك الصوره و الإشكال في غيرها، صرّح به في جامع المقاصد (٤).

ص: ١١١

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٤٨٧:١.

١-٢ (٢) كنز الفوائد ٤٥١:١.

٣-٣ (٣) لا توجد لدينا، و حكاها عنها السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٩٠:٤.

٤-٤ (٤) جامع المقاصد ٣٠٦:٤.

و لم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقاً، وإن أمكن توجيهه: بأن ما يحرم منه هذا الوارث إن كان قد انتقل عن الميت فالفسخ لا معنى له؛ لأنه لا ينتقل إليه بإزاء ما ينتقل عنه من الثمن شيئاً من المثلث.

و بعبارة أخرى: الخيار علاقة لصاحبه فيما انتقل عنه توجب سلطنته عليه، ولا علاقته هنا ولا سلطنته. وإن كان قد انتقل إلى الميت فهو لباقي الورثة، ولا سلطنته لهذا المحروم، والخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز تسلطه على ما وصل بإزائه.

و لكن يرد ذلك بما في الإيضاح: من أن الخيار لا يقتضى (١) الملك - كخيار الأجنبي (٢) - فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجه وإن خرجت عنها بالنسبة إلى المال.

و الحاصل: أن حق الخيار ليس تابعاً للملكية؛ ولذا قوى بعض المعاصرين (٣) ثبوت الخيار في صورتين.

و يضحف: أن حق الخيار علقه في الملك المنتقل إلى الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه أو (٤) من هو منصوب من قبله، كما في الأجنبي. و بعبارة أخرى: ملكك لتملك المعوض لنفسه أو لمن نصب عنه.

و هذه علاقته لا تنتقل من الميت إلى وارثه يكون كالميت في كونه مالكا لأن يملك، فإذا فرض أن الميت باع أرضاً بثمن، فالعلاقة

ص: ١١٢

١-١) في «ش» والمصدر: «لا يتوقف على الملك».

٢-٢) إيضاح الفوائد ٤٨٧: ١.

٣-٣) و هو صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٧٧: ٢٣.

٤-٤) في «ش» زياده: «إلى».

المذكوره إنّما هي لسائر الورثه دون الزوجه؛ لأنها بالخيار لا ترد شيئاً من الأرض إلى نفسها ولا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجمعول له الخيار.

نعم، لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلزلاً في ملكه، فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثه و منهم الزوجه، فهي أيضاً مالكة لتملك حصتها من الثمن.

لكن فيه: ما ذكرنا سابقاً (١): من أنّ الخيار حقّ فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلّط على ما وصل بإزائه، و عبّر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلّط الزوجه على مال الغير (٢).

و حاصله: أنّ الميت إنّما كان له الخيار و العلقه فيما انتقل عنه من حيث تسلّطه على ردّ ما في يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه، فلا تنتقل هذه العلاقه إلّا إلى من هو كذلك من ورثته - كما مرّ نظيره في عكس هذه الصوره - وليست الزوجه كذلك. و قد تقدّم (٣) في مسأله ثبوت خيار المجلس للوكيل: أنّ أدلّه الخيار مسوقه لبيان تسلّط ذي الخيار على صاحبه، من جهه تسلّطه على تملك ما في يده، فلا يثبت بها تسلّط الوكيل على ما وصل إليه لموكله، و ما نحن فيه كذلك.

و يمكن دفعه: بأنّ ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلاً و في معرض الانتقال إلى جميع الورثه، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت

ص: ١١٣

١-١) في الصفحه المتقدمه.

٢-٢) جامع المقاصد ٣٠٦:٤-٣٠٧.

٣-٣) راجع الجزء الخامس: ٢٩ و ٣٢.

ذى الخيار ثبوت حقّ للزوجه و إن لم يكن لها تسلّط على نفس الأرض. و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدّم فى الوكيل: أنّ الخيار هناك و تزلزل ملك الطرف الآخر و كونه فى معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفاً على تسلّط الوكيل على ما فى يده، و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا و كونه فى معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كلّ حالٍ و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجه، فإنّ باقى الورثة لو ردّوا الأرض و استردّوا الثمن شاركتهم الزوجه فيه، فحقّ الزوجه فى الثمن المنتقل إلى البائع ثابت، فلها استيفاؤه بالفسخ.

ثمّ إنّ ما ذكر و اردّ على فسخ باقى الورثة للأرض المبيعه بثمانٍ معيّنٍ تشترك فيه الزوجه، إلّا أن يلتزم عدم تسلّطهم على الفسخ إلّا فى مقدار حصّتهم من الثمن، فيلزم تبعض الصفقه، فما اختاره فى الإيضاح:

من التفصيل مفسّراً به عبارته والده فى القواعد لا يخلو عن قوّه.

قال فى القواعد: الخيار موروث بالحصص كالمال فى (١) أى أنواعه كان، إلّا الزوجه غير ذات الولد [فى الأرض (٢)] على إشكالٍ، أقربه ذلك إن اشترى بخيارٍ لثرت من الثمن (٣)، انتهى.

و قال فى الإيضاح: ينشأ الإشكال: من عدم إرثها [منها] (٤) فلا يتعلّق بها فلا ترث من خيارها، و من أنّ الخيار لا يتوقّف على

ص: ١١٤

١-١ فى «ش» و المصدر: «من».

٢-٢ من «ش» و المصدر.

٣-٣ القواعد ٦٨: ٢.

٤-٤ من «ش» و المصدر.

الملك كالأجنبي، ثم فرّع المصنّف: أنه لو اشترى المورث بخيار (١) فالأقرب إرثها من الخيار؛ لأن لها حقاً في الثمن. و يحتمل عدمه؛ لأنها لا ترث من الثمن إلّا بعد الفسخ، فلو علّل يارثها دار. و الأصحّ اختيار المصنّف؛ لأنّ الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزله جزء من التركة، و هو الثمن، فقد تعلّق الخيار بما ترث منه (٢)، انتهى.

و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب (٣).

و استظهر خلاف ذلك من العبارة جامع المقاصد، فإنه (٤) - بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح - قال:

و الأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميّت قد اشترى [أرضاً (٥)] بخيار، فأرادت الفسخ لترث من الثمن. و أمّا إذا باع أرضاً بخيار فالإشكال حينئذ بحاله؛ لأنها إذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئاً، و حمل الشارحان العبارة على أنّ الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار، لأنها حينئذ تفسخ فترث من الثمن، بخلاف ما إذا باع بخيار. و هو خلاف الظاهر؛ فإنّ المتبادر أنّ المشار إليه بقوله: «ذلك» هو عدم الإرث الذي سيقى لأجله العبارة، مع أنّه من حيث الحكم غير مستقيم أيضاً؛ فإنّ الأرض حقّ لباقي الوراث استحقّوها بالموت، فكيف تملك

ص: ١١٥

١- ١) العبارة في «ش» و المصدر: «لو كان المورث قد اشترى بخيار».

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٤٨٧: ١.

٣- ٣) كنز الفوائد ٤٥١: ١.

٤- ٤) في «ق» زياده: «قال».

٥- ٥) من «ش» و المصدر.

الزوجه إبطال استحقاقهم [لها (١)] أو إخراجها عن ملكهم؟ نعم، لو قلنا:

إن ذلك يحصل (٢) بانقضاء [مدته (٣)] الخيار استقام ذلك. و أيضاً فإنها إذا ورثت فى هذه الصورة وجب أن ترث فيما إذا باع الميِّت أرضاً [بخيار (٤)] بطريقٍ أولى؛ لأنها ترث حينئذٍ من الثمن. و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن يبطل حقها من الثمن، و هو أولى من (٥) إرثها حق غيرها [من الأرض (٦)] التى (٧) اختصوا بملكها. ثم قال: و الحق أن إرثها من الخيار فى الأرض المشترى مستبعدٌ جداً، و إبطال حقِّ قد ثبت لغيرها يحتاج إلى دليل. نعم قوله: «لترث من الثمن» على هذا التقدير يحتاج إلى تكلفٍ زياده تقدير، بخلاف ما حملا عليه (٨)، انتهى.

و قد تقدّم ما يمكن أن يقال على هذا الكلام.

ثم إن الكلام فى ثبوت الخيار لغير مستحقِّ الحَبَوِّه من الورثه إذا اشترى الميِّت أو باع بعض أعيان الحَبَوِّه بخيار، هو الكلام فى ثبوته للزوجه فى الأرض المشترى أو المبيعه.

ص: ١١٦

١-١ (١) من «ش» و المصدر.

٢-٢ (٢) فى المصدر: «ينتقل».

٣-٣ (٣) من «ش» و المصدر.

٤-٤ (٤) من «ش» و المصدر.

٥-٥ (٥) فى «ش» زياده: «إبطال».

٦-٦ (٦) من «ش» و المصدر.

٧-٧ (٧) فى «ق»: «الذى».

٨-٨ (٨) جامع المقاصد ٣٠٦:٤-٣٠٧.

مسأله فى كیفیه استحقاق كل من الورثه للخيار -

اشاره

مع أنه شىء واحد غير قابل للتجزیه و التقسيم -وجوه:

[وجوه فى كیفیه استحقاق الورثه للخيار]

الأول: ما اختاره بعض

الأول: ما اختاره بعض (١): من استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً كمورثه،

بحيث يكون له الفسخ فى الكل و إن أجاز الباقون (٢)، نظير حد القذف الذى لا يسقط بعفو بعض المستحقين، و كذلك حق الشفعه على المشهور. و استند (٣) فى ذلك إلى أن ظاهر النبوى المتقدم و غيره ثبوت الحق لكل وارث، لتعقل تعدد من لهم الخيار، بخلاف المال الذى لا بد من تنزيل مثل ذلك على إرادته الاشتراك، لعدم تعدد الملاك شرعاً لمال واحد، بخلاف محل البحث.

الثانى: استحقاق كل منهم خياراً مستقلاً فى نصيبه،

فله الفسخ

ص: ١١٧

١-١) فى «ش»: «بعضهم».

٢-٢) كما اختاره الشهيد الثانى فى المسالك ٣:٢١٤، و السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٩١، و غيرهما كما سيجىء فى الصفحه ١٢١.

٣-٣) استند إليه صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٢٣:٧٦.

فيه، دون باقى الحصص، غاية الأمر مع اختلاف الورثه فى الفسخ و الإمضاء تُبَعَضُ الصّفقه على من عليه الخيار فيثبت له الخيار. و وجه ذلك: أنّ الخيار لَمَّا لم يكن قابلاً للتجزيه، و كان مقتضى أدلّه الإرث - كما سيّجىء - اشتراك الورثه فيما ترك مورّثهم، تعين تبعضه بحسب متعلّقه، فيكون نظير المشترين لصفقه واحده إذا قلنا بثبوت الخيار لكلّ منهما.

الثالث: استحقاق مجموع الورثه لمجموع الخيار،

فيشتركون فيه من دون ارتكاب تعدّده بالنسبه إلى جميع المال، و لا- بالنسبه إلى حصّه كلّ منهم؛ لأنّ مقتضى أدلّه الإرث فى الحقوق الغير القابله للتجزيه و الأموال القابله لها أمرٌ واحدٌ، و هو ثبوت مجموع ما ترك لمجموع الورثه، إلّا أن التقسيم فى الأموال لَمَّا كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع فى المجموع إلى اختصاص كلّ منهم بحصّه مشاعه، بخلاف الحقوق فإنّها تبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثه فيها، فلا يجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا فى الكلّ و لا فى حصّته، فافهم (1).

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، و هو: أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعه فى ضمنه، لا- من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكلّ منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يُجز الآخر؛ لتحقّق الطبيعه فى الواحد، و ليس له الإجازة بعد ذلك. كما أنّه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده؛ لأنّ الخيار الواحد إذا قام بماهيته الوارث، واحداً كان أو متعدّداً، كان إمضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبره بما يقع متأخراً عن الآخر؛ لأنّ

ص: ١١٨

(١- ١) كلمه «فافهم» مشطوب عليها - ظاهراً فى «ق».

الأول قد استوفاه. ولو اتّحدا زماناً كان ذلك كالإمضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرّفٍ واحد، لا أنّ الفاسخ متقدّم، كما سيّجىء فى أحكام التصرّف (١).

[مناقشات التى تكون فى الوجوه و مختار المؤلف]

ثمّ إنّه لا-ريب فى فساد مستند الوجه الأول المذكور له؛ لمنع ظهور النبوىّ و غيره فى ثبوت ما ترك لكلّ واحدٍ من الورثه؛ لأنّ المراد بالوارث فى النبوىّ و غيره ممّا أفرد فيه لفظ «الوارث» جنس الوارث المتحقّق فى ضمن الواحد و الكثير، و قيام الخيار بالجنس يتأتّى على الوجوه الأربعة المتقدّمه، كما لا يخفى على المتأمل.

و أمّا ما ورد فيه لفظ «الورثه» (٢) بصيغته الجمع، فلا يخفى أنّ المراد به أيضاً إمّا جنس الجمع، أو جنس الفرد، أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الأفرادى. و الأظهر هو الثانى، كما فى نظائره.

هذا كلّه، مع قيام القرينه العقليه و اللفظيه على عدم إرادته ثبوته لكلّ واحدٍ مستقلاً فى الكلّ.

أمّا الأولى: فلأنّ المفروض أنّ ما كان للميت و تركه للوارث حقّ واحدٍ شخصيّ، و قيامه بالأشخاص المتعدّدين أوضح استحاله و أظهر بطلاناً من تجزيه و انقسامه على الورثه، فكيف يدعى ظهور أدلّه الإرث فيه؟

ص: ١١٩

١- (١) سيّجىء أحكام التصرّف فى الصفحه ١٢٩.

٢- (٢) ورد اللفظ فى موارد متعدّده، منها: ما ورد فى الوسائل ١٣:٣٣٢، الباب ٨ من كتاب السكنى و الحبيس، الحديث ٢، و ١٩:٢٤٧، الباب ٢٤ من أبواب ديات الأعضاء، الحديث ١ و ٢، و الأبواب المناسبه الأخرى.

و أما الثانيه:فلأنّ مفاد تلك الأدلّه بالنسبه إلى المال المتروك و الحقّ المتروك شىءٌ واحدٌ،و لا يستفاد منها بالنسبه إلى المال الاشتراك و بالنسبه إلى الحقّ التعدّد،إلّا مع استعمال الكلام فى معنيين.

هذا،مع أنّ مقتضى ثبوت ما كان للميت لكلّ من الورثه أن يكونوا كالكلاء المستقلين،فيمضى السابق من إجازة أحدهم أو فسخه، و لا يؤثّر اللاحق،فلا وجه لتقدّم الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

و أما الوجه الثانى:فهو و إن لم يكن منافياً لظاهر أدلّه الإرث:

من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث،إلّا أنّ تجزئه الخيار بحسب متعلّقه-كما تقدّم-ممّا لم تدلّ عليه أدلّه الإرث.أما ما كان منها -كالنبوى-غير متعرّضٍ للقسمه فواضحٌ،و أما ما تعرّض فيه للقسمه -كآيات قسمه الإرث بين الورثه-فغايه ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظه عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوتُ القسمه فيما يحصل بإعمال هذا الحقّ أو إسقاطه،فيقسّم بينهم العين المستردّه بالفسخ،أو ثمنها الباقى فى ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث.

و أما ثبوت الخيار لكلّ منهم مستقلاً فى حصّته،فلا يستفاد من تلك الأدلّه،فالمتيقّن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع،فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ فى المجموع،و إلّا فلا دليل على الانفساخ فى شىءٍ منه.

و من ذلك يظهر:أنّ المعنى الثانى للوجه الثالث-و هو قيام الخيار بالطبيعاه المتحقّقه فى ضمن المجموع-أيضاً لا دليل عليه،فلا يؤثّر فسخ أحدهم و إن لم يجز الآخر،مع أنّ هذا المعنى أيضاً مخالفٌ لأدلّه الإرث؛ لما عرفت من أنّ مفادها بالنسبه إلى المال و الحقّ واحدٌ،و من المعلوم:

أن المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق في ضمن المجموع.

ثم إن ما ذكرنا جارٍ في كلِّ حقٍّ ثبت لمتعدّدٍ لم يُعلم من الخارج كونه على خصوص واحدٍ من الوجوه المذكوره. نعم، لو علم ذلك من دليلٍ خارجٍ أتبع، كما في حدِّ القذف؛ فإنَّ النصَّ قد دلَّ على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين (١)، و كحقِّ القصاص، فإنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين، لكن مع دفع الآخر مقدار حصّه الباقي من الديه إلى أولياء المقتص منه جمعاً بين الحقيين.

لكن يبقى الإشكال في حكم المشهور من غير خلافٍ يعرف بينهم -و إن احتمله في الدروس (٢)-: من أن أحد الورثه إذا عفى عن الشفعه كان للآخر الأخذ بكلِّ المبيع، فإنَّ الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليلٍ خارجيٍّ، والفرق بينه وبين ما نحن فيه مشكلٌ.

و يمكن أن يفرّق بالضرر؛ فإنه لو سقطت الشفعه بعفو أحد الشريكين تضرّر الآخر بالشركه. بل لعلّ هذا هو السرّ في عدم سقوط حدّي القذف و القصاص بعفو البعض؛ لأنّ الحكمه فيهما التشفّي، فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرارٌ على غير العافى، وهذا غير موجودٍ فيما نحن فيه، فتأمل.

ثم إن ما اخترناه من الوجه الأوّل (٣) هو مختار العلّامه في القواعد -بعد أن احتمل الوجه الثاني- و ولده في الإيضاح و الشهيد في الدروس

ص: ١٢١

١-١) راجع الوسائل ٤٥٦:١٨، الباب ٢٢ من أبواب حدِّ القذف، الحديث ١ و ٢.

٢-٢) الدروس ٣:٣٧٨.

٣-٣) أى المعنى الأوّل من معنّى الوجه الثالث، راجع الصفحه ١١٨.

و الشهيد الثاني في المسالك، و حكى عن غيرهم (١).

قال في القواعد: و هل للورثة التفريق؟ فيه نظرٌ، أقربُه المنع، و إن جَوَّزناه مع تعدّد المشتري (٢). و زاد في الإيضاح- بعد توجيه المنع بأنّه لم يكن لمورّثهم إلّا خيارٌ واحد-: أنّه لا وجه لاحتمال التفريق (٣).

و قال في الدروس في باب خيار العيب: لو جَوَّزنا لأحد المشتريين الرّدّ لم نجوّزه لأحد الوارثين عن واحدٍ؛ لأنّ التعدّد طارٍ على العقد سواء كان الموروث خيار العيب (٤) أو غيره (٥)، انتهى.

و قال في المسالك بعد المنع عن تفرّق المشتريين في الخيار: هذا كلّه فيما لو تعدّد المشتري، أمّا لو تعدّد مستحقّو (٦) المبيع مع اتحاد المشتري ابتداءً- كما لو تعدّد وارث المشتري الواحد- فإنّه ليس لهم التفرّق لاتّحاد الصفقه، و التعدّد طارٍ، مع احتمال (٧)، انتهى.

و ظاهر التذكرة- في خيار المجلس- الوجه الأوّل من الوجوه المتقدّمه، قال: لو فسخ بعضهم و أجاز الآخر فالأقوى أنّه يفسخ في الكلّ، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض و أجاز في البعض (٨)، انتهى.

ص: ١٢٢

١- ١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٩١، و مستند الشيعة ١٤:٤١٤-١٥:٤١٥.

٢- ٢) القواعد ٢:٦٨.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١:٤٨٧.

٤- ٤) في «ش» و المصدر: «عيب».

٥- ٥) الدروس ٣:٢٨٥.

٦- ٦) في «ش»: «مستحقّ المبيع»، و في المصدر: «المستحقّ للمبيع».

٧- ٧) المسالك ٣:٢٨٧.

٨- ٨) التذكرة ١:٥١٨.

و يحتمل أن لا يريد بذلك أن لكلٍ منهما ملك الفسخ في الكلّ، كما هو مقتضى الوجه الأوّل، بل يملك الفسخ في البعض و يسرى في الكلّ، نظير فسخ المورث في البعض.

و كيف كان، فقد ذكر في خيار العيب: أنه لو اشترى عبداً فمات و خلف وارثين فوجداه به عيباً لم يكن لأحدهما ردّ حصّته خاصّةً للتشقيص (١)، انتهى.

و قال في التحرير: لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب، فرضى أحدهما، سقط حق الآخر عن (٢) الردّ دون الأرش (٣).

و الظاهر أنّ خيار العيب و خيار المجلس واحدٌ، كما تقدّم عن الدروس (٤). فلعله رجوعٌ عمّا ذكره في خيار المجلس.

ثمّ إنّه ربما يحمل ما في القواعد و غيرها: من عدم جواز التفريق (٥)، على أنّه لا- يصحّ تبعض المبيع (٦) من حيث الفسخ و الإجازة، بل لا بدّ من الفسخ في الكلّ أو الإجازة، فلا دلالة فيها على عدم استقلال كلّ منهما على الفسخ في الكلّ، و حينئذٍ فإنّ فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدّم الفسخ على الإجازة.

ص: ١٢٣

١-١) التذكرة ٥٣٦:١.

٢-٢) في «ش» و المصدر: «من».

٣-٣) التحرير ١٨٣:١.

٤-٤) تقدّم في الصفحة المتقدّمة، و لكنّه قال: «سواء كان الموروث خيار العيب أو غيره».

٥-٥) القواعد ٦٨:٢، و راجع مستند الشيعة ١٤:١٤.

٦-٦) في محتمل «ق»: «البيع».

و يُنسب تقديم الفسخ إلى كلِّ مَنْ مَنَعَ من التفريق، بل في الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ من الورثة على المجيز (١). و لازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم انفسخ في الكلِّ. و ما أبعد بين هذه الدعوى و بين ما في الرياض، من قوله: و لو اختلفوا-يعنى الورثة- قيل: قُدِّم الفسخ، و فيه نظرٌ (٢).

لكنَّ الأظهر في معنى عبارته القواعد ما ذكرنا، و أنّ المراد بعدم جواز التفريق: أنّ فسخ أحدهم ليس ماضياً مع عدم موافقه الباقين، كما يدلُّ عليه قوله فيما بعد ذلك في باب خيار العيب: إنّه «إذا ورثا خيار عيب (٣)، فلا- إشكال في وجوب توافقهما» (٤) فإنَّ المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطى، و معناه: عدم نفوذ التخالف، و لا ريب أنّ عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما (٥) مع فسخ صاحبه، بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته (٦)، و هو المطلوب.

و أصرح منه ما تقدّم من عبارته التحرير ثمّ التذكرة (٧). نعم، ما تقدّم من قوله في الزوجه غير ذات الولد: «أقربه ذلك إن اشترى

ص: ١٢٤

١- (١) الحدائق ١٩:٧١.

٢- (٢) الرياض ٨:٢٠٣.

٣- (٣) في «ش»: «أمّا لو أورثا خيار العيب».

٤- (٤) القواعد ٢:٧٤.

٥- (٥) في «ق»: «أحدهم»، و هو لا يوافق السياق.

٦- (٦) في «ش»: «زياده»: «لفسخ صاحبه».

٧- (٧) تقدّمتا في الصفحة المتقدّمه.

بختيارٍ لثرت من الثمن» (١) قد يدلّ على أنّ فسخ الزوجه فقط كافٍ في استرجاع تمام الثمن لثرت منه؛ إذ استرداد مقدار حصّتها موجبٌ للتفريق الممنوع عنده و عند غيره.

و كيف كان، فمقتضى أدلّه الإرث ثبوت الخيار للورثه على الوجه الثالث الذى اخترناه. و حاصله: أنّه متى فسخ أحدهم و أجاز الآخر لغى الفسخ.

و قد يتوهم استلزام ذلك بطلان حقّ شخصٍ، لعدم أعمال الآخر حقّه.

و يندفع: بأنّ الحقّ إذا كان مشتركاً لم يجز أعماله إلّا برضا الكلّ، كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق.

فرع:

إذا اجتمع الورثه كلّهم على الفسخ فيما باعه مورّثهم، فإن كان عين الثمن موجوداً فى ملك الميّت دفعوه إلى المشتري، و إن لم يكن موجوداً أُخرج من مال الميّت و لا- يمنعون من ذلك و إن كان على الميّت دينٌ مستغرقٌ للتركه، لأنّ المحجور له الفسخ بخياره. و فى اشتراط ذلك بمصلحه الديان و عدمه و جهان. و لو كان مصلحتهم فى الفسخ لم يجبروا الورثه (٢) عليه لأنّه حقّ لهم، فلا يجبرون على أعماله.

و لو لم يكن للميّت مالٌ ففى وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص و جهان:

ص: ١٢٥

١-١) تقدّم فى الصفحه ١١٤.

٢-٢) فى «ق»: «الوارث».

من أنه ليس لهم - كالأجنبي المجمعول له الخيار، أو الوكيل المستتاب في الفسخ والإمضاء - إلما حقّ الفسخ و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع في ملك الميّت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن عن ملكه في المعين و اشتغال ذمته ببدله في الثمن الكلي، فلا يكون مال الورثة عوضاً عن المبيع إلّا على وجه كونه وفاءً لدين الميّت، و حينئذٍ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم، بل يجوز للغير أداء ذلك الدين، بل لو كان للميّت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء. و هذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع.

و من أنهم قائمون مقام الميّت في الفسخ بردّ الثمن أو بدله و تملك المبيع، فإذا كان المبيع مردوداً على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميّت، اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث إنهم كنفس الميّت، كما أنّ معنى إرثهم لحقّ الشفعة استحقاقهم لتملك الحصّه بثن من مالهم لا من مال الميّت.

ثمّ لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و إن لم يوافقه الباقي و فسخ، ففي انتقال المبيع إلى الكلّ أو إلى الفاسخ، و جهان: ممّا ذكرنا من مقتضى الفسخ، و ما ذكرنا أخيراً من مقتضى النيابة و القيام مقام الميّت.

و الأظهر في الفرعين هو كون ولايه الوارث لا - كولايه الولي و الوكيل في كونها لاستيفاء حقّ للغير، بل هي ولايه استيفاء حقّ متعلّق بنفسه، فهو كنفس الميّت لا نائب عنه في الفسخ؛ و من هنا جرت السيره: بأنّ ورثه البائع بيع خيار ردّ الثمن يردّون مثل الثمن من أموالهم، و يستردّون المبيع لأنفسهم من دون أن يُلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج. و المسأله تحتاج إلى تنقيح زائد.

مسأله لو كان الخيار لأجنبيّ و مات،

ففى انتقاله إلى وارثه كما فى التحرير (١)، أو إلى المتعاقدين، أو سقوطه كما اختاره غير واحدٍ من المعاصرين (٢) و ربما يظهر من القواعد (٣)، وجوه:

من أنّه حقُّ تركه الميّت فلو ارثه.

و من أنّه حقٌّ لمن اشترط له من المتعاقدين؛ لأنّه بمنزله الوكيل الذى حكم فى التذكرة بانتقال خياره إلى موكّله دون وارثه (٤).

و من أنّ ظاهر الجعل أو محتمله مدخلية نفس الأجنبيّ، فلا يدخل فيما تركه.

و هذا لا يخلو عن قوّه لأجل الشكّ فى مدخلية نفس الأجنبيّ.

ص: ١٢٧

١-١) التحرير ١:١٦٨.

٢-٢) منهم النراقى فى المستند ١٤:٤١٣، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٥٩٢.

٣-٣) القواعد ٢:٦٩.

٤-٤) التذكرة ٥١٨:١.

و فى القواعد: لو جعل الخيار لعبد أحدهما، فالخيار لمولاه (١)؛ و لعلّه لعدم نفوذ فسخه و لا إجازته بدون رضا مولاه، و إذا أمره بأحدهما اجبر شرعاً عليه، فلو امتنع فللمولى فعله عنه، فيرجع الخيار بالأخره له.

لكن هذا يقتضى أن يكون عبد الأجنبى كذلك، مع أنه قال: لو كان العبد لأجنبى لم يملك مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقاً للمولى (٢)، فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضاً و حلاً، فانهم.

ص: ١٢٨

١ - ١) القواعد ٢:٦٩.

٢ - ٢) القواعد ٢:٦٩.

مسأله و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار.

و قد مرّ بيان ذلك في مسقطات الخيار. [و المقصود هنا بيان أنه كما (١)] يحصل إسقاط الخيار و التزام العقد بالتصرف فيكون التصرف إجازة فعلية، كذلك يحصل الفسخ بالتصرف، فيكون فسخاً فعلياً.

و قد صرح في التذكرة: بأنّ الفسخ-كالإجازة-قد يكون بالقول و قد يكون بالفعل (٢). و قد ذكر جماعة كالشيخ (٣) و ابن زهره (٤) و ابن إدريس (٥) و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة (٦)

ص: ١٢٩

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) التذكرة ٥٣٧:١.

٣-٣) راجع المبسوط ٨٣:٢ ٨٤.

٤-٤) الغنية: ٢١٩.

٥-٥) السرائر ٢٨٢:٢.

٦-٦) انظر التذكرة ٥٣٥:١، و فيه: «إنّ خيار المشتري يسقط بوطيه». و قال بعد أسطر: «و لو وطأها البائع في مدّه خياره فإنّه يكون فسخاً للبيع»، و راجع القواعد ٦٩:٢ أيضاً.

و غيره (١) قدس الله أسرارهم-: أن التصرف إن وقع فيما انتقل عنه كان فسخاً، وإن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة.

و قد عرفت في مسأله الإسقاط (٢): أن ظاهر الأكثر أن المسقط هو التصرف المؤذن بالرضا، و قد دل عليه الصحيحه المتقدمه في خيار الحيوان (٣) المعلل للفقير: بأن التصرف رضاً بالعقد فلا خيار، و كذا النبوي المتقدم (٤).

و مقتضى ذلك منهم: أن التصرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسخاً إذا كان مؤذناً بالفسخ ليكون فسخاً فعلياً، و أما ما لا يدل على إرادته الفسخ، فلا- وجه لانفساخ العقد به و إن قلنا بحصول الإجازة به؛ بناءً على حمل الصحيحه المتقدمه على سقوط الخيار بالتصرف تعبداً شرعياً، من غير أن يكون فيه دلالة عرفية نوعيته على الرضا بلزوم العقد، كما تقدم نقله عن بعض (٥). إلا أن يدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسخ، فكل ما يكون إجازة لو ورد على ما في يده يكون

ص: ١٣٠

١ - ١) مثل الشهيدين في الدروس ٣: ٢٧٠، و المسالك ٣: ١٩٧ و ٢١٣، و المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨: ٤١٢، و نسبه المحقق التستري في المقابس: ٢٤٧ إلى الأصحاب.

٢ - ٢) في الجزء الخامس، الصفحة ١٠٢.

٣ - ٣) و هي صحيحه ابن رثاب المتقدمه في الجزء الخامس، الصفحة ٩٧.

٤ - ٤) المتقدم في الجزء الخامس، الصفحة ١٠٠، المروى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله..».

٥ - ٥) راجع الجزء الخامس، الصفحة ٩٩ و ١٠٣.

فسخاً إذا ورد منه على ما في يد صاحبه.

و هذا الاتفاق و إن كان الظاهر تحقّقه، إلّا أنّ أكثر هؤلاء- كما عرفت- كلماتهم في سقوط خيار الشرط بالتصرّف تدلّ على اعتبار الدلالة على الرضا في التصرّف المسقط، فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ في التصرّف الفاسخ، و يدلّ عليه كثيرٌ من كلماتهم في هذا المقام أيضاً.

قال في التذكرة: أمّا العرض على البيع و الإذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض- بناءً على اشتراطه فيه- و الهبه غير المقبوضه، فالأقرب أنّها من البائع فسخٌ و من المشتري إجازة؛ لدلالته على طلب المبيع و استيفائه (١)، و هذا هو الأقوى، و نحوها في جامع المقاصد (٢).

ثمّ إنك قد عرفت الإشكال في كثيرٍ من أمثلتهم المتقدّمة للتصرّفات الملزّمة، كركوب الدابّة في طريق الردّ و نحوه ممّا لم يدلّ على الالتزام أصلاً، لكنّ الأمر هنا أسهل، بناءً على أنّ ذا الخيار إذا تصرّف فيما انتقل عنه تصرّفًا لا يجوز شرعاً إلّا من المالك أو بإذنه، دلّ ذلك بضميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعاً على إرادته انفساخ العقد قبل هذا التصرّف.

قال في التذكرة: لو قبل الجارية بشهوه، أو باشر في ما دون الفرج، أو لمس بشهوه، فالوجه عندنا أنّه يكون فسخاً؛ لأنّ الإسلام يصون صاحبه عن القبيح، فلو لم يختر الإمساك لكان مُقَدِّماً على

ص: ١٣١

١- (١) التذكرة ٥٣٨:١.

٢- (٢) جامع المقاصد ٣١١:٤.

المعصية (١)، انتهى.

ثم نقل عن بعض الشافعيه احتمال العدم؛ نظراً إلى حدوث هذه الأمور عمن يتردد في الفسخ و الإجازة (٢).

و في جامع المقاصد عند قول المصنّف قدّس سرّه: «و يحصل الفسخ بوّء البائع و بيعه و عتقه و هبته» قال: لوجوب صيانه فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيلٌ، و تنزيل فعله على ما يجوز له مع ثبوت طريق الجواز (٣)، انتهى.

ثم إنّ أصله حمل فعل المسلم على الجائز من باب الظواهر المعتبره شرعاً، كما صرّح به جماعة (٤) كغيرها من الأمارات الشرعيّه، فيدلّ على الفسخ، لا من الأصول التعبدية حتّى يقال: إنّها لا تثبت إرادته المتصرّف للفسخ؛ لما تقرّر: من أنّ الأصول التعبدية لا تثبت إلّا اللوازم الشرعيّه لمجاريها، و هنا كلامٌ مذکورٌ في الأصول (٥).

ثم إنّ مثل التصرف الذي يحرم شرعاً إلّا على المالك أو مأذونه

ص: ١٣٢

١-١) التذكرة ٥٣٧:١.

٢-٢) التذكرة ٥٣٨:١.

٣-٣) جامع المقاصد ٣٠٩:٤-٣١٠.

٤-٤) كالشهيدين في الدروس ١:٣٢، و القواعد و الفوائد ١:١٣٨، و تمهيد القواعد: ٣١٢، و المسالك ١:٢٣٩ و ١:١٧٤، و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٥:١١٩ و ١٠:١٣٥، و ١٢:٤٦٣، و راجع تفصيل ذلك في فرائد الأصول ٣:٣٥٥ و ٣:٣٧٤.

٥-٥) راجع فرائد الأصول ٣:٢٣٣.

التصرّف الذى لا ينفذ شرعاً إلّا من المالك أو مأذونه و إن لم يحرم، كالبيع و الإجاره و النكاح، فإنّ هذه العقود و إن حلت لغير المالك لعدم عدّها تصرّفاً فى ملك الغير، إلّا أنّها تدلّ على إرادته الانفساخ بها بضميمه أصله عدم الفضوليه، كما صرح به (١) جامع المقاصد (٢) عند قول المصنّف: «و الإجاره و الترويح فى معنى البيع»، و المراد بهذا الأصل الظاهر، فلا وجه لمعارضته بأصله عدم الفسخ، مع أنّه لو أُريد به أصله عدم قصد العقد عن الغير، فهو حاكم على أصله عدم الفسخ، لكنّ الإنصاف: أنّه لو أُريد به هذا لم يثبت به إرادته العاقد للفسخ.

و كيف كان، فلا إشكال فى إناطه الفسخ (٣) عندهم - كالإجازة - بدلاله التصرّف عليه. و يؤيّده استشكالهم فى بعض أفراد من حيث دلالتهم بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسخه، و من حيث إمكان صدوره عمّن يتردّد فى الفسخ، كما ذكره فى الإيضاح (٤) و جامع المقاصد فى وجه إشكال القواعد فى كون العرض على البيع و الإذن فيه فسخاً (٥).

و ممّا ذكرنا يعلم: أنّه لو وقع التصرّف فيما انتقل عنه نسياناً للبيع أو مسامحةً فى التصرّف فى ملك الغير أو اعتماداً على شهاده الحال بالإذن، لم يحصل الفسخ بذلك.

ص: ١٣٣

١- ١) فى «ش»: «بها».

٢- ٢) جامع المقاصد ٤: ٣١١.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «بذلك».

٤- ٤) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٩.

٥- ٥) جامع المقاصد ٤: ٣١١.

إشاره

و بعبارة اخرى: التصرف سببٌ أو كاشفٌ فيه وجهان، بل قولان:

من ظهور كلماتهم في كون نفس التصرف فسحاً أو إجازةً و أنه فسحٌ فعليٌّ في مقابل القولى، و ظهور اتفاقهم على أن الفسخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالتيه، بل لا بد من حصوله بالقول أو الفعل.

و مما عرفت من التذكرة و غيرها: من تعليل تحقق الفسخ بصيانته فعل المسلم عن القبيح (١)، و من المعلوم: أنه لا يُصان عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله؛ و إلا لوقع الجزء الأول منه محزماً.

و يمكن أن يحمل قولهم بكون التصرف فسحاً على كونه دالاً عليه و إن لم يتحقق به، و هذا المقدار يكفى في جعله مقابلاً للقول. و يؤيده ما دلّ من الأخبار المتقدمه (٢) على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سقوط الخيار، كما اعترف به في الدروس (٣) و صرح به في التذكرة،

ص: ١٣٤

١-١) راجع الصفحة ١٣١ ١٣٢.

٢-٢) المتقدمه في خيار الحيوان في الجزء الخامس، الصفحة ٩٧ و ما بعدها.

٣-٣) الدروس ٢٢٧:٣.

حيث ذكر: «أنَّ قصد المتبايعين لأحد عوضى الصرف قبل التصرف رضاً بالعقد (١) وإن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف (٢)، فمقتضى المقابلة هو كون كراهه العقد باطناً و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا كشف عنه التصرف.

و يؤيده أنهم ذكروا: أنه لا تحصل الإجازة بسكوت البائع ذى الخيار على وطء المشتري، معللاً: بأنَّ السكوت لا يدلّ على الرضا (٣)؛ فإنَّ هذا الكلام ظاهرٌ فى أنّ العبره بالرضا. و صرّح فى المبسوط: بأنّه لو علم رضاه بوطء المشتري سقط خياره (٤)، فاقتصر فى الإجازة على مجرد الرضا.

و أمّا ما اتّفقوا عليه: من عدم حصول الفسخ بالتيه، فمرادهم بها نية الانفساخ، أعنى الكراهه الباطنيه لبقاء العقد و البناء على كونه منفسخاً من دون أن يدلّ عليها بفعلٍ مقارنٍ له. و أمّا مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثيره (٥) فيما يكفى فيه الفعل؛ إذ كلّ ما يكفى (٦)

ص: ١٣٥

١- ١) التذكرة ٥١٤: ١، و فيه: «لأنَّ قصدهما للتبايع رضاً به».

٢- ٢) هكذا وردت العبارة فى الأصل، لكن جاءت عبارة «و إن اعتبر كونه مكشوفاً عنه بالتصرف» فى «ش» بعد قوله: «و سقوط الخيار».

٣- ٣) كما فى المبسوط ٨٣: ٢، و الغنيه: ٢٢١، و القواعد ٦٩: ٢، و التذكرة ١: ٥٣٥، و راجع مفتاح الكرامه ٤: ٦٠١.

٤- ٤) المبسوط ٨٣: ٢.

٥- ٥) فى «ش»: «تأثيرها».

٦- ٦) فى ظاهر «ق»: «يكتفى».

فيه الفعل من الإنشاءات و لا يعتبر فيه خصوص القول فهو من هذا القبيل؛ لأنّ الفعل لا إنشاء فيه، فالمنشأ يحصل بإرادته المتّصلة بالفعل لا بنفس الفعل، لعدم دلالة عليه.

نعم، يلزم من ذلك أن لا يحصل الفسخ باللفظ أصلاً؛ لأنّ اللفظ أبداً مسبوq بالقصد الموجود بعينه قبل الفعل الدالّ على الفسخ. وقد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة: بأنّ اللازم بناءً على القول بتضمّن الوطاء للفسخ عود الملك إلى الواطئ مع الوطاء أو قبيله، فيكون حالاً (1).

هذا، و كيف كان، فالمسألة ذات قولين:

ففي التحرير قوى حرمة الوطاء الذي يحصل به الفسخ، و أنّ الفسخ يحصل بأوّل جزءٍ منه (2)، فيكشف عن عدم الفسخ قبله. و هو لازم كلّ من قال بعدم صحّه عقد الواهب الذي يتحقّق به الرجوع، كما في الشرائع (3) و عن المبسوط (4) و المهذب (5) و الجامع (6)، و الحكم في باب الهبة و الخيار واحد. و توقّف الشهيد في الدروس في المقامين (7) مع حكمه

ص: ١٣٦

-
- ١-١) التذكرة ٥٣٤:١.
 - ١-٢) التحرير ١٦٨:١.
 - ٢-٣) الشرائع ٢٣١:٢.
 - ٣-٤) المبسوط ٣٠٤:٣.
 - ٤-٥) المهذب ٩٥:٢.
 - ٥-٦) الجامع ٣٦٧.
 - ٦-٧) راجع الدروس ٢٧١:٣، و ٢٨٩:٢.

بصحّه رهن ذى الخيار (١).

و جزم الشهيد و المحقّق الثّانين بالحلّ (٢)؛ نظراً إلى حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن.

ثمّ إنّه لو قلنا بحصول الفسخ قُبيل هذه الأفعال فلا إشكال فى وقوعها فى ملك الفاسخ، فترتّب عليها آثارها، فيصحّ بيعه و سائر العقود الواقعة منه على العين، لمصادفتها للملك. و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال، فينبغى عدم صحّحه التصرفات المذكوره كالبيع و العتق من حيث عدم مصادفتها لملك العاقد التى هى شرطٌ لصحّتها.

و قد يقرّر المانع بما فى التذكرة عن بعض العامّه: من أنّ الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، كما أنّ التكبيرة الثّانية فى الصلاه بتيّه الشروع فى الصلاه يخرج بها عن الصلاه، و لا يشرع بها فى الصلاه. و بأنّ (٣) البيع موقوفٌ على الملك الموقوف على الفسخ المتأخّر عن البيع.

و أجاب فى التذكرة عن الأوّل بمنع عدم صحّحه حصول الفسخ و العقد بشىءٍ واحدٍ بالنسبه إلى شيئين (٤). و أجاب الشهيد عن الثّانى بمنع

ص: ١٣٧

١-١) الدروس ٣:٣٩١.

٢-٢) راجع المسالك ٣:٢١٦، و جامع المقاصد ٤:٣١٠.

٣-٣) ظاهر العبارة يقتضى أنّ هذا المانع موجود فى التذكرة، و لكن لم نعثر عليه فيها، نعم نقله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٠١ بلفظ: «فاندفع أيضاً ما قيل..»، و ذكر العلّامة فى التذكرة ١:٤٩٠: «أنّه لو باع شيئاً بشرط أن يبيع إياه لم يصحّ.. و جاء الدور».

٤-٤) التذكرة ١:٥٣٨.

و قال في الإيضاح: إن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد (٢). و زاد في باب الهبة قوله: فيبقى المحل قابلاً- لمجموع العقد (٣)، انتهى.

و قد يستدل للصحة: بأنه إذا وقع العقد على مال الغير فملكه بمجرد العقد كان كمن باع مال غيره ثم ملكه.

أقول: إن قلنا: بأن الاستفادة من أدله توقف البيع و العتق على الملك- نحو قوله: «لا بيع إلا في ملك» (٤)، و «لا- عتق إلا في ملك» (٥)- هو اشتراط وقوع الإنشاء في ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان؛ لأن صحه العقد حينئذ يتوقف على تقدم تملك العاقد على جميع أجزاء العقد لتقع فيه، فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسحاً كان سبباً لتملك العاقد مقدماً عليه؛ لأن المسبب إنما يحصل بالجزء الأخير من سببه، فكلاً فرض جزء من العقد قابل للتجزيه سبباً للتملك، كان التملك متأخراً عن بعض ذلك الجزء، و إنما لزم تقدم وجود المسبب على السبب. و الجزء الذي لا- يتجزأ غير موجود، فلا- يكون سبباً، مع أن غايه الأمر حينئذ المقارنه بينه و بين التملك.

ص: ١٣٨

١- ١) لم نعثر عليه.

٢- ٢) راجع إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨، و ٢: ٤١٧.

٣- ٣) راجع إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨، و ٢: ٤١٧.

٤- ٤) راجع عوالي اللآلي ٢: ٢٤٧، الحديث ١٦، و فيه: «لا بيع إلا فيما تملك».

٥- ٥) راجع الوسائل ٧: ١٦-٨، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق، الأحاديث ١ و ٢ و ٦.

لكِنَّكَ عرفت أَنَّ الشرط بمقتضى الأدلّه سبق (١) التملك على جميع أجزاء العقد قضاءً لحقّ الظرفيه.

و أمّا دخول المسأله فى «من باع شيئاً ثم ملكه» فهو -بعد فرض القول بصحّته- يوجب اعتبار إجازة العاقد ثانياً، بناءً على ما ذكرنا (٢) فى مسأله الفضولى: من توقّف لزوم العقد المذكور على الإجازة. إلّا أن يقال: إنّ المتوقّف على الإجازة عقد الفضولى و بيعه للمالك، و أمّا بيعه لنفسه -نظير بيع الغاصب- فلا يحتاج إلى الإجازة بعد العقد. لكن هذا على تقدير القول به و الإغماض عمّا تقدّم فى عقد الفضولى لا يجرى فى مثل العتق (٣).

و إن قلنا (٤): إنّ المستفاد من تلك الأدلّه هو عدم وقوع البيع فى ملك الغير ليؤثر (٥) فى نقل مال الغير بغير إذنه، فالممنوع شرعاً تمام السبب فى ملك الغير، لا -وقوع بعض أجزائه فى ملك الغير و تمامه فى ملك نفسه ليُنقل بتمام العقد الملك الحادّ ببعضه، فلا مانع من تأثير هذا العقد لانتقال ما انتقل إلى البائع بأول جزء منه.

و هذا لا يخلو عن قوّه؛ إذ لا دلالة فى أدلّه اعتبار الملكيه فى المبيع إلّا على اعتبار كونه مملوكاً قبل كونه مبيعاً، و الحصر فى قوله

ص: ١٣٩

١- ١) فى «ش» بدل «سبق»: «سبب».

٢- ٢) راجع الجزء الثالث: ٤٣٥.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «الغير القابل للفضولى».

٤- ٤) عطف على قوله: «إن قلنا بأنّ المستفاد» فى الصفحه المتقدّمه.

٥- ٥) فى «ش»: «المؤثر».

«لا بيع إلا في ملك» إضافي بالنسبة إلى البيع في ملك الغير، أو في غير ملك كالمباحات الأصليّة، فلا يعمّ المستثنى منه البيع الواقع بعضه في ملك الغير وتمامه في ملك البائع.

هذا، مع أنّه يقرب أن يقال: إنّ المراد بالبيع هو النقل العرفي الحاصل من العقد لا- نفس العقد؛ لأنّ العرف لا يفهمون من لفظ «البيع» إلا هذا المعنى المأخوذ في قولهم: «بعث»، وحيثُذ فالفسخ الموجب للملك يحصل بأول جزء من العقد، والنقل و التملك (1) يحصل بتمامه، فيقع النقل في الملك. وكذا الكلام في العتق وغيره من التصرفات القوليّة، عقداً كان أو إيقاعاً.

و لعلّ هذا معنى ما في الإيضاح: من أنّ الفسخ يحصل بأول جزء (2)، و بتمامه يحصل العتق.

□
نعم، التصرفات الفعلية المحقّقة للفسخ- كالوطء و الأكل و نحوهما- لا- وجه لجواز الجزء الأول منها؛ فإنّ ظاهر قوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ** أو **مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ** (3) اعتبار وقوع الوطء فيما أتصف بكونها مملوكة، فالوطء المحصّل للفسخ لا يكون بتمامه حالاً.

و توهم أنّ الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز كلّ ما يحصل به قولاً كان أو فعلاً، فاسد؛ فإنّ معنى جواز الفسخ لأجل الخيار الجواز الوضعي أعنى الصّحّة لا التكليفي، فلا ينافي تحريم ما يحصل به

ص: ١٤٠

١- ١) في «ش» زياده: «العرفي».

٢- ٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٨٨.

٣- ٣) المؤمنون: ٦.

الفسخ، كما لا يخفى.

مع أنه لو فرض دلالة دليل الفسخ على إباحه ما يحصل به تعيين حمل ذلك على حصول الفسخ قبيل التصرف، جمعاً بينه وبين ما دلّ على عدم جواز ذلك التصرف إلا إذا وقع في الملك.

و بالجمله، فما اختاره المحقق والشهيد الثانيان (1) في المسألة لا يخلو عن قوّه، و به يرتفع الإشكال عن جواز التصرفات تكليفاً و وضعاً.

و هذا هو الظاهر من الشيخ في المبسوط، حيث جوّز للمتصارفين تباع النقدين ثانياً في مجلس الصرف، وقال: إنَّ شروعهما في البيع قطعاً لخيار المجلس (2). مع أنّ الملك عنده يحصل بانقطاع الخيار المتحقّق هنا بالبيع المتوقّف على الملك. لكنّه في باب الهبه لم يصحّ البيع الذي يحصل به الرجوع فيها معللاً بعدم وقوعه في الملك (3).

فرع:

لو اشترى عبداً بجاريه مع الخيار (4) فقال: أعتقهما، فربما يقال بانعتاق الجاريه دون العبد؛ لأنّ الفسخ مقدّم على الإجازة.

وفيه: أنّه لا دليل على التقديم في مثل المقام ممّا وقع الإجازة و الفسخ من طرف واحدٍ دفعه، سواء اتّحد المجيز و الفاسخ كما في المقام،

ص: ١٤١

١-١) تقدّم عنهما في الصفحه ١٣٧.

٢-٢) المبسوط ٩٦:٢.

٣-٣) المبسوط ٣٠٤:٣.

٤-٤) في «ش» زياده: «له».

أو تعدّد كما لو وقعا من وكيلي ذى الخيار دفعهً واحدهً، إنّما المسلّم تقديم الفسخ الصادر من أحد الطرفين على الإجازة الصادره من الطرف الآخر؛ لأنّ لزوم العقد من أحد الطرفين بمقتضى إجازته لا ينافى انفساخه بفسخ الطرف الآخر، كما لو كان العقد جائزاً من أحدهما ففسخ (١) مع لزوم العقد من الطرف الآخر، بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرفٍ واحد.

و نحوه فى الضعف القول بعق العبد؛ لأنّ الإجازة إبقاءً للعقد، و الأصل فيه الاستمرار.

و فيه: أنّ عتق العبد موقوفٌ على عدم عتق الجاربه كالعكس.

نعم، الأصل استمرار العقد و بقاء الخيار و عدم حصول العتق أصلاً. و هو الأقوى، كما اختاره جماعة، منهم: العلامة فى التذكرة و القواعد (٢) و المحقق الثانى فى جامع المقاصد (٣)؛ لأنّ عتقهما معاً لا ينفذ؛ لأنّ العتق لا يكون فضولياً، و المعتق لا يكون مالكاً لهما بالفعل؛ لأنّ ملك أحدهما يستلزم خروج الآخر عن الملك.

و لو كان الخيار فى الفرض المذكور لبائع العبد بُنى عتق العبد على جواز التصرف من غير ذى الخيار فى مدّه الخيار، و عتق الجاربه على جواز عتق الفضولى. و الثانى غير صحيحٍ اتفاقاً، و سيأتى الكلام فى الأوّل و إن كان الخيار لهما.

ص: ١٤٢

١- ١) فى «ش»: «يفسخ».

٢- ٢) التذكرة ٥٣٨: ١، و القواعد ٢: ٧٠.

٣- ٣) جامع المقاصد ٣١٤: ٤.

ففى القواعد (١) و الإيضاح (٢) و جامع المقاصد (٣): صحّه عتق الجارىه و يكون فسخاً؛ لأنّ عتق العبد من حيث إنّه إبطالٌ لخيار بائعه غير صحيح بدون إجازة البائع، و معها يكون إجازةً منه لبيعه، و الفسخ مقدّم على الإجازة.

و الفرق بين هذا و صورته اختصاص المشتري بالخيار: أنّ عتق كل من المملوكين كان من المشتري صحيحاً لازماً، بخلاف ما نحن فيه.

نعم، لو قلنا هنا بصحّه عتق المشتري فى زمان خيار البائع كان الحكم كما فى تلك الصورة.

ص: ١٤٣

١-١) القواعد ٢:٧٠.

٢-٢) إيضاح الفوائد ١:٤٩٠.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٣١٦.

على قول الشيخ (١) والمحكي عن ابن سعيّد في جامع الشرائع (٢) وظاهر جماعه من الأصحاب، منهم: العلّامة في القواعد (٣) والمحقق (٤) والشهيد (٥) الثاينان قدّس الله أسرارهم في ظاهر كلماتهم (٦)، بل في مفتاح الكرامه- في مسأله عدم انتقال حق الرجوع في الهبه إلى الورثه-: أنّ حق الخيار يمنع المشتري من التصرفات الناقله عند

ص: ١٤٤

-
- ١-١) راجع المبسوط ٢:٢١١، حيث حكم بعدم نفوذ تصرف المشتري مع ثبوت الخيار للبائع، لأنّه إبطال حقّ البائع من الخيار، وراجع الصفحه ٩٦ من نفس المصدر أيضاً.
- ٢-٢) الجامع للشرائع: ٢٤٨.
- ٣-٣) القواعد ٢:٧٠.
- ٤-٤) راجع جامع المقاصد ٤:٣١٢ و ٣١٥، و ٩:١٦٩.
- ٥-٥) راجع المسالك ١:٣٦٠.
- ٦-٦) لم ترد «في ظاهر كلماتهم» في «ش».

الأكثر (١)، و عن جماعه في مسأله وجوب الزكاه على المشتري للنصاب بخيار للبائع: أن المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافيه لخيار البائع (٢)، بل ظاهر المحكي عن الجامع -عباره الدروس (٣)- عدم الخلاف في ذلك، حيث قال في الجامع: و ينتقل المبيع بالعقد و انقضاء الخيار، و قيل بالعقد، و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى ينقضى خيار البائع (٤).

و ستجىء عباره الدروس.

و لكن خلاف الشيخ و ابن سعيد مبني على عدم قولهما بتملك المبيع قبل انقضاء الخيار، فلا يعدّ مثلهما مخالفاً في المسأله.

و الموجود في ظاهر كلام المحقق في الشرائع: جواز الرهن في زمن الخيار، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما (٥)، بل ظاهره عدم الخلاف في ذلك بين كل من قال بانتقال الملك بالعقد، و كذا ظاهره في باب الزكاه حيث حكم بوجوب الزكاه في النصاب المملوك و لو مع ثبوت الخيار (٦).

نعم، استشكل فيه في المسالك في شرح المقامين على وجه يظهر

ص: ١٤٥

١-١) مفتاح الكرامه ٩:١٩٥.

٢-٢) راجع مفتاح الكرامه ٣(الزكاه): ١٩، و مستند الشيعة ٩:٣٠، و الجواهر ١٥:٣٩.

٣-٣) ستجىء عباره الدروس في الصفحه الآتية.

٤-٤) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

٥-٥) الشرائع ٢:٧٧.

٦-٦) الشرائع ١:١٤١.

منه: أن المصنّف معترفٌ بمنشأ الإشكال (١). وكذا ظاهر كلام القواعد في باب الرهن (٢) وإن اعترض عليه جامع المقاصد (٣) بما مرّ من المسالك.

لكن صريح كلامه في التذكرة في باب الصرف جواز التصرف (٤).

وكذا صريح كلام الشهيد في الدروس [حيث (٥)] قال في باب الصرف:

لو باع [أحدهما (٦)] ما قبضه على غير صاحبه قبل التفريق، فالوجه الجواز وفاقاً للفاضل، ومنعه الشيخ قدّس سرّه لأنه يمنع الآخر خياره. و زدّ بأننا نقول: يبقى (٧) الخيار (٨)، انتهى.

و صرّح في المختلف في باب الصرف: بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه، ولا يبطل حقّ خيار الآخر، كما لو باع المشتري في زمان خيار البائع (٩). وهو ظاهر اللمعة بل صريحها في مسأله رهن ما فيه الخيار (١٠)، وإن شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف (١١).

ص: ١٤٦

١-١) راجع المسالك ١:٣٦٠ و ٤:٢٥.

٢-٢) القواعد ٢:١١٠.

٣-٣) جامع المقاصد ٥:٥٤.

٤-٤) التذكرة ١:٥١٤.

٥-٥) من «ش».

٦-٦) من «ش» والمصدر.

٧-٧) في «ش» والمصدر: «بقاء».

٨-٨) الدروس ٣:٣٠٢، وأما قول الفاضل فقد تقدّم آنفاً عن التذكرة، وسيجيء عن المختلف، وأما قول الشيخ فراجع المبسوط ٢:٩٦.

٩-٩) المختلف ٥:١١٧.

١٠-١٠) اللمعة الدمشقية: ١٣٨.

١١-١١) الروضة البهية ٤:٧٠.

هذا، ويمكن أن يقال: إن قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشؤه القول بعدم انتقال المبيع و متفرعاً عليه؛ وإنما لم يكن وجهً لتعليل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخيار، بل المتعين (١) الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار.

بل لعل القول بعدم الانتقال منشؤه كون المنع عن التصرف مفروغاً عنه عندهم، كما يظهر من بيان مبني هذا الخلاف في الدروس، قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلافً، مأخذه: أنّ الناقل العقد، والغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه، و أنّ غايه الملك التصرف الممتنع في مدّه الخيار (٢)، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام - كالمقدم عن جامع ابن سعيد (٣) - كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلماً بين القولين، وإنما أن يُراد (٤) نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ و لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ، و التصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محاله. و هذا الاحتمال و إن بُعد عن ظاهر عباره الدروس، إلا أنّه يقربه أنّه قدس سرّه قال بعد أسطر: إن في جواز تصرف كل منهما في الخيار (٥) وجهين (٦).

ص: ١٤٧

١-١) في «ش» زياده: «حينئذ».

٢-٢) الدروس ٣:٢٧٠.

٣-٣) تقدّم في الصفحه ١٤٥.

٤-٤) في «ش» زياده: «به».

٥-٥) في «ش» و المصدر بدل «في الخيار»: «مع اشتراك الخيار».

٦-٦) الدروس ٣:٢٧١.

و الحاصل: أنّ كلمات العلامه و الشهيد بل و غيرهما قدس الله أسرارهم فى هذا المقام لا تخلو بحسب الظاهر عن اضطراب.

ثم إنّ الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات، و ربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب (١). و كذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف و التصرفات الناقله.

و اختار بعض أفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع عن الإتلاف و تجويز غيره، لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار (٢)، و قيل بانفساخه حينئذٍ من حينه (٣).

حجّه القول بالمنع: أنّ الخيار حقّ يتعلّق بالعقد المتعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحلّ العقد إلى مالكهما السابق، فالحقّ بالأخره متعلّق بالعين التى انتقلت منه إلى صاحبه، فلا يجوز لصاحبه أن يتصرّف فيها بما يبطل ذلك الحقّ بإتلافها أو نقلها إلى شخصٍ آخر.

و منه يظهر أنّ جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا- يوجب جواز الإتلاف؛ لأنّ الحقّ متعلّق بخصوص العين، فإتلافها إتلافٌ لهذا الحقّ و إن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه، كما أنّ تعلّق حقّ الرهن ببطل العين المرهونه بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحقّ.

ص: ١٤٨

١-١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٦٠٢.

٢-٢) و هو المحقّق التستري فى المقابس: ٢٠٠.

٣-٣) لم نعثر عليه.

و إلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح: من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانه حقّ البائع فى العين المعينه عن الإبطال
(١).

و يؤيد ما ذكرنا: أنّهم حكموا- من غير خلافٍ يظهر منهم- بأنّ التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن
حقاً متعلقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإنّ تلف العين لا ينافى بقاء الخيار؛ لعدم منافاه التصرف لعدم الالتزام
بالعقد و إرادته الفسخ بأخذ قيمه.

هذا غاية ما يمكن أن يقال فى توجيه المنع، لكنّه لا يخلو عن نظرٍ؛ فإنّ الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ فى حال
تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد المتمكّن فى حالتي وجود العين و فقدها، فلا دلالة فى مجرد ثبوت الخيار
على حكم التلف جوازاً و منعاً، فالمرجع فيه أدلّه سلطنه الناس على أموالهم، ألا- ترى أنّ حقّ الشفيع لا- يمنع المشتري من نقل
العين؟ و مجرد الفرق بينهما: بأنّ (٢) الشفعه سلطنه على نقلٍ جديدٍ فالملك مستقرٌّ قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشفيع نقله إلى
نفسه، بخلاف الخيار فإنّها سلطنه على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحاله (٣) السابقه، لا- يؤثر فى الحكم المذكور مع أنّ
الملك فى الشفعه أولى بالترزل، لإبطالها تصرفات المشتري اتّفاقاً.

ص: ١٤٩

١- ١) إيضاح الفوائد ٤٨٩: ١.

٢- ٢) فى «ق»: «أنّ».

٣- ٣) فى «ق»: «حاله».

و أما حقّ الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقه يدلّ على وجوب إبقائه و عدم السلطنه على إتلافه، مضافاً إلى النصّ و الإجماع على حرمة التصرف في الرهن مطلقاً و لو لم يكن متلفاً و لا ناقلاً.

و أما سقوط الخيار بالتصرف الذي أذن فيه ذو الخيار، فللدلاله العرف، لا للمنافاه.

و الحاصل: أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» لم يعلم تقييده بحقّ يحدث لذي الخيار يزاحم به سلطنه المالك، فالجواز لا يخلو عن قوّه في الخيارات الأصليّه.

و أما الخيار المجمعول بشرطٍ، فالظاهر من اشتراطه (١) إرادته إبقاء الملك ليسترده عند الفسخ، بل الحكمه في أصل الخيار هو إبقاء السلطنه على استرداد العين، إلّا أنّها في الخيار المجمعول علّه للجعل، و لا ينافي ذلك بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى.

و عليه فيتعيّن الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإتلاف. و أما مع فعل ما لا يسوّغ انتقاله عن المتصرف كالاستيلاذ، ففي تقديم حقّ الخيار لسبقه، أو الاستيلاذ لعدم اقتضاء الفسخ لردّ العين مع وجود المانع الشرعي كالعقلي، وجهان، أقواهما الثاني (٢).

ص: ١٥٠

١- ١) في «ش»: «و أما الخيارات المجمعوله بالشرط فالظاهر من اشتراطها».

٢- ٢) في «ش» زياده ما يلي: «و هو اللائح من كلام التذكره في باب الصرف، حيث ذكر: أنّ صحّه البيع الثاني لا ينافي حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين»، و راجع التذكره ٥١٤: ١، و العبارة فيها هكذا: «لأنّ صحّه البيع لا تنافي ثبوت الخيار لغير المتعاقدين».

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنه ينتقل إلى البدل؛ لأنه إذا جاز التصرف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلط العاقد الثانى على ماله، عدا ما يتخيل: من أن تملك العاقد الثانى مبنئ على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبه إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بُنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل: أن العاقد الثانى يتلقى الملك من المشتري الأول، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن و ملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثانى.

و يمكن دفعه: بأن تملك العاقد الثانى مستنداً إلى تملك المشتري له آنأ ما؛ لأن مقتضى سلطته فى ذلك الآن صحه جميع ما يترتب عليه من التصرفات، و اقتضاء الفسخ لكون العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى ما بعد الفسخ لأنه رفَع للعقد الثابت.

و قد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثانى، و استحق بدل العوض المبيع ثانياً على من باعه.

و الفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختياري كالخيار أو أمر اضطراري كتلف عوضه قبل قبضه، غير مجد فيما نحن بصدده.

ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثانى لازماً أو جائزاً؛ لأن جواز العقد يوجب سلطنه العاقد على فسخه، لا سلطنه الثالث الأجنبى.

نعم، يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناءً على أن البدل للحيلولة و هى مع تعذر المبدل، و مع التمكن يجب تحصيله، إلا أن يقال

باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر (1) على ملك مستحقّ البدل، كما في المغصوب الآبق. أمّا فيما نحن فيه، فإنّ العين ملكٌ للعاقِد الثاني، و الفسخ إنّما يقتضى خروج المعوّض عن ملك من يدخل في ملكه العوض و هو العاقِد الأوّل، فيستحيل خروج المعوّض عن ملك العاقِد الثاني، فيستقرّ بدله على العاقِد الأوّل، و لا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله في ملك ثالث، و قد مرّ بعض الكلام في ذلك في خيار الغبن (2).

هذا، و لكن قد تقدّم: أنّ ظاهر عبارتي الدروس و الجامع الاتّفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة في زمان الخيار (3). و توجيهه بإرادته التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمّنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيداً جداً. و لم يظهر ممّن تقدّم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البدل إلّا في مسأله العتق و الاستيلاد. فالمسأله في غايه الإشكال.

ثمّ على القول بانفساخ العقد الثاني، فهل يكون من حين فسخ الأوّل، أو من أصله؟ قولان، اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين (4)، محتجّاً بأنّ مقتضى الفسخ تلقى كلّ من العوضين من ملك كلّ من

ص: ١٥٢

١-١) في «ش» زياده: باقياً.

٢-٢) راجع الجزء الخامس، الصفحه ١٩٢ و ما بعدها.

٣-٣) تقدّم في الصفحه ١٤٥.

٤-٤) الظاهر أنّ المراد هو المحقّق التستري، و لكن لم نعر على تفصيل ما نقله المصنّف قدّس سرّه، نعم ربما يتضمّن حاصل بعض كلامه، كالفسخ من الأصل، كما تقدّم في الصفحه ١٤٨.

المتعاقدين، فلا يجوز أن يتلقّى الفاسخ الملك من العاقد الثاني، بل لا بدّ من انفساخ العقد الثاني بفسخ الأوّل و رجوع العين إلى ملك المالك الأوّل ليخرج منه إلى ملك الفاسخ، إلّا أن يلتزم: بأنّ ملك العاقد الثاني إلى وقت الفسخ، فتلقّى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأوّل. و ردّه القائل (١): بعدم معرفتيه التملك المؤقت في الشرع، فافهم.

ثمّ إنّ المتيقّن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقّق الخيار فعلاً، كالمجلس و الثلاثة في الحيوان و الزمان المشروط فيه الخيار. و أمّا الزمان الذي لم يتنجّز فيه الخيار - إمّا لعدم تحقّق سببه كما في خيار التأخير بناءً على أنّ السبب في ثبوته تضرّر البائع بالصبر أزيد من الثلاثة، و إمّا لعدم تحقّق شرطه كما في بيع الخيار بشرط ردّ الثمن، بناءً على كون الردّ شرطاً للخيار و عدم تحقّقه قبله، و كاشتراط الخيار في زمان متأخّر ففى جواز التصرف قبل تنجّز الخيار خصوصاً فيما لم يتحقّق سببه، وجهان:

من أنّ المانع عن التصرف هو تزلزل العقد و كونه في معرض الارتفاع و هو موجودٌ هنا و إن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذٍ.

و من أنّه لا حقّ بالفعل لذي الخيار فلا مانع من التصرف.

و يمكن الفرق بين الخيار المتوقّف على حضور الزمان، و المتوقّف على شيءٍ آخر كالتأخير و الرؤيه على خلاف الوصف؛ لأنّ ثبوت الحقّ في الأوّل معلومٌ و إن لم يحضر زمانه، بخلاف الثاني؛ و لذا لم يقل أحدٌ بالمنع من التصرف في أحد (٢) العوضين قبل قبض الآخر من جهه كون

ص: ١٥٣

١-١) يعنى بعض الأفاضل. و لم ترد كلمه «القائل» في «ش».

٢-٢) في «ش» زياده: «من».

العقد في معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض، و سيجيء ما يظهر منه قوه هذا التفصيل.

و على كل حال، فالخيار المتوقّف تنجزه فعلاً- على ظهور أمر - كالغبن، و العيب، و الرؤيه على خلاف الوصف- غير مانع من التصرف بلا خلاف ظاهراً.

فرعان:

الأول: لو منع عن التصرف المتلف في زمان الخيار، فهل يمنع عن التصرف المعروض لفوات حق ذي الخيار من العين،

كوطء الأمه في زمان الخيار، بناءً على أنّ الاستيلاد مانع من ردّ العين بالخيار؟ قولان للمانعين، أكثرهم على الجواز، كالعلامة في القواعد (١) و الشارح [في (٢)]. جامع المقاصد (٣) و حكى عن المبسوط (٤) و الغنيه (٥) و الخلاف (٦)، لكن لا يلائم ذلك القول بتوقّف الملك على انقضاء الخيار، كما اعترف به في الإيضاح (٧). و لذا حمل في الدروس تجويز الشيخ للوطء على ما إذا

ص: ١٥٤

١- (١) القواعد ٧٠:٢.

٢- (٢) لم يرد في «ق».

٣- (٣) جامع المقاصد ٣١٣:٤ و ٣١٩.

٤- (٤) المبسوط ٨٣:٢.

٥- (٥) الغنيه: ٢٢١.

٦- (٦) الخلاف ٢٣:٣، المسأله ٣١ من كتاب البيوع.

٧- (٧) إيضاح الفوائد ٤٩١:١.

اختصّ الخيار بالواطئ (١). لكن قيل: إنَّ عبارته المبسوط لا تقبل ذلك (٢).

و ظاهر المحكي عن التذكرة و ظاهر الدروس (٣) المنع عن ذلك، لكون الوطاء معرضاً لفوات حقّ ذى الخيار من العين.

الثاني: أنه هل يجوز إجاره العين في زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار؟

فيه وجهان: من كونه (٤) ملكاً له، و من إبطال هذا التصرف؛ لتسلطّ الفاسخ على أخذ العين، إذ الفرض استحقاق المستأجر لتسلمه لأجل استيفاء منفعته.

و لو آجره من ذى الخيار أو بإذنه ففسخ لم يبطل الإجاره؛ لأنّ المشتري ملك العين ملكيةً مطلقهً مستعدّه للدوام، و من نماء هذا الملك المنفعة الدائمة، فإذا استوفاه المشتري بالإجاره، فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ، بل يعود الملك إليه مسلوب المنفعة في مدّه الإجاره، كما إذا باعه بعد الإجاره. و ليس الملك هنا نظير ملك البطن الأوّل من الموقوف عليه؛ لأنّ البطن الثاني لا يتلقّى الملك منه حتّى يتلقّاه مسلوب المنفعة، بل من الواقف كالبطن الأوّل، فالملك ينتهي بانتهاء استعداده.

ص: ١٥٥

١-١) الدروس ٣:٢٧١.

٢-٢) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٠٣.

٣-٣) نسبه في مفتاح الكرامه ٤:٦٠٤ إلى صريح التذكرة و ظاهر الدروس. راجع التذكرة ١:٥٣٤، و الدروس ٣:٢٧١.

٤-٤) كذا، و المناسب تأنيث الضمير؛ لرجوعه إلى «العين»، و هكذا الكلام في الضمائر الآتية.

فإن قلت: إن ملك المنفعة تابع لملك العين، بمعنى أنه إذا ثبت الملكيه في زمانٍ و كان زوالها بالانتقال إلى آخر، ملك المنفعة الدائم؛ لأنّ المفروض أنّ المنتقل إليه يتلقى الملك من ذلك المالك، فيتلقاه مسلوب المنفعة. و أمّا إذا ثبتت و كان زوالها بارتفاع سببها لم يكن ملك من عاد إليه متلقى عن المالك الأول و مستنداً إليه، بل كان مستنداً إلى ما كان قبل تملك المالك الأول، فيتبعه المنفعة، كما لو فرضنا زوال الملك بانتهاء سببه لا - برفعه، كما في ملك البطن الأول من الموقوف [عليه (١)] فإنّ المنفعة تتبع مقدار تملكه.

قلت:

أولاً: أنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجاره مع عدم التزام أحدٍ ببطلان الإجاره.

و ثانياً: أنه يكفي في ملك المنفعة الدائم تحقّق الملكيه المستعدّه للدوام لولا الراجع آناً ما.

ثم إنّ الفاضل القمّي في بعض أجوبه مسائله جزم ببطلان الإجاره بفسخ البيع بخيار ردّ مثل الثمن، و علّله: بأنه يعلم بفسخ البيع:

أنّ المشتري لم يملك منافع ما بعد الفسخ، و أنّ الإجاره كانت مترزلهً و مراعاةً بالنسبه إلى فسخ البيع (٢)، انتهى.

فإن كان مرجعه إلى ما ذكرنا: من كون المنفعة تابعه لبقاء الملك

ص: ١٥٦

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) راجع جامع الشتات (الطبعه الحديثه) ٣: ٤٣٢، جواب السؤال: ٢٠٣ من كتاب الإجاره.

أو الملك المستند إلى ذلك الملك، فقد عرفت الجواب عنه نقضاً و حلاً، و أنّ المنفعة تابعه للملك المستعدّ للدوام، و إن كان مرجعه إلى شيءٍ [آخر (١)] فليبيّن حتى يُنظر فيه، مع أنّ الأصل عدم الانفساخ؛ لأنّ الشكّ في أنّ حقّ خيار الفسخ في العين يوجب تنزيل ملك المنفعة أم لا مع العلم بقابليته المنفعة بعد الفسخ للملك قبله، كما إذا تقايلا البيع بعد الإجاره.

ثمّ إنّ لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذي الخيار و أنّه يسقط خياره بهذا التصرف، إمّا لدلاله الإذن على الالتزام بالعقد عرفاً و إن لم يكن منافاهً بين الإذن في التصرف أو الإتلاف و إرادته الفسخ و أخذ القيمه، كما تبهنا عليه في المسأله السابقه (٢)، و به يندفع الإشكال الذي أورده المحقّق الأردبيلي: من عدم دلاله ذلك على سقوط الخيار (٣). و إمّا لأنّ التصرف الواقع تفويثاً لمحلّ هذا الحقّ و هي العين بإذن صاحبه، فلا يفسخ التصرف و لا يتعلّق الحقّ بالبدل؛ لأنّ أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين في حال حلول الحقّ فيه، لا مع سقوطه عنه.

و لو أذن و لم يتصرّف المأذون، ففي القواعد و التذكرة: أنّه يسقط خيار الأذن (٤)، و عن الميسيه: أنّه المشهور (٥). قيل: كأنّ منشأ هذه

ص: ١٥٧

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) في الصفحه ١٤٩ ١٥٠.

٣-٣) مجمع الفائدة ٤١٥:٨.

٤-٤) القواعد ٢:٦٨، و التذكرة ٥٢٨:١.

٥-٥) حكاها عنها السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٥٨٩:٤.

النسبه فهم استناد المشهور فى سقوط الخيار فى الصوره السابقه إلى دلاله مجرد الإذن، و لا يقدح فيها تجرده عن التصرف (١). و قد منَع دلاله الإذن المجرد فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد (٢).

و الأولى أن يقال: إنّه لا ينبغى الإشكال فى كون إذن ذى الخيار فى التصرف عنه فيما انتقل عنه فسخاً (٣)؛ لأنّ التوكيل فى بيع (٤) مال الغير لنفسه غير جائز شرعاً، فيحمل على الفسخ، كسائر التصرفات التى لا تصحّ شرعاً إلّا بجعلها فسخاً.

و أمّا كون إذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف إجازةً و إسقاطاً لخياره، فيمكن الاستشكال فيه؛ لأنّ الثابت بالنصّ و الإجماع: أنّ التصرف فيما انتقل إليه إجازةً، و ليس الإذن من ذلك، و إنّما حكم بالسقوط فى التصرف عن إذنه، لا لأجل تحقّق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن، بل لتحقّق المسقط؛ لما عرفت: من أنّ التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ، و التسلّط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلّقاً للحقّ، فالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن فى بيع الرهن لا يسقط به حقّ الرهانه، و يجوز الرجوع قبل البيع. نعم، يمكن القول بإسقاطه من

ص: ١٥٨

١-١) راجع مفتاح الكرامه ٤:٥٨٩.

٢-٢) المسالك ٣:٢١٣، و جامع المقاصد ٤:٣٠٥ و ٣١١، و القواعد ٢:٦٨-٦٩.

٣-٣) فى «ق»: «فسخ»، و هو سهو على الظاهر.

٤-٤) العبارة فى «ش» هكذا: «و الأولى أن يقال: بأنّ الظاهر كون إذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخاً لحكم العرف، و لأنّ إباحه بيع مال الغير..».

جهه تضمّنه للرضا بالعقد، فإنّه ليس بأدون من رضا المشتري بتقيل الجاربه.

وقد صرّح في المبسوط: بأنّه إذا علم رضا البائع بوطء المشتري سقط خياره (1)، و يؤيّده روايه السكوني (2) في كون العرض على البيع التراماً.

فهذا القول لا يخلو عن قوّه.

ص: ١٥٩

١-١) المبسوط ٨٣:٢.

٢-٢) الوسائل ٣٥٩:١٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث الأوّل.

مسأله المشهور أنّ المبيع يملك بالعقد، وأثر الخيار تزلزل الملك بسبب قدره على رفع سببه،

فالخيار حقٌّ لصاحبه في ملك الآخر. وحكى المحقق (١) وجماعه (٢) عن الشيخ: توقّف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار. وإطلاقه يشمل الخيار المختصّ بالمشتري، وصرّح في التحرير بشموله لذلك (٣).

لكن الشهيد في الدروس قال: في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلافٌ، مأخذه: أنّ الناقل العقد، والغرض من الخيار الاستدراك وهو لا ينافي الملك، وأنّ غاية الملك التصرف الممتنع

ص: ١٦٠

١ - ١ حكاها في الشرائع ٢:٢٣، والمختصر: ١٢٢، بلفظ «وقيل»، نعم علّق عليه في المسالك ٣:٢١٥ بقوله: «والمشهور أنّ القول المحكى للشيخ».

٢ - ٢ كشف الرموز ١:٤٦١، والتنقيح الرائع ٢:٥١، والمفاتيح ٣:٧٥ وغيرها، ونسب بعض ذلك إلى ظاهر الشيخ وقال بعض آخر: «يلوح من كلام الشيخ». راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٥٩٢.
٣ - ٣ التحرير ١:١٦٨.

فى زمان الخيار. و ربما قطع الشيخ بملك المشتري إذا اختص الخيار.

و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار (١)، انتهى.

فإن فى هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشتري على انقضاء خياره عند الشيخ، بل المأخذ المذكور صريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره أيضاً، لكن ينافيه جعل قول ابن الجنيد مقابلاً لقول الشيخ، و اللازم نقل كلام الشيخ قدس سره فى الخلاف و المبسوط.

قال فى محكى الخلاف: العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول، فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، و إن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، و إن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإن انقضى (٢) الخيار ملك المشتري بالعقد الأول (٣)، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام - كما قيل (٤) - هو الكشف، فحيث يمكن الجمع بين زوال ملك البائع بمعنى عدم حق له بعد ذلك فى المبيع - نظير لزوم العقد من طرف الأصيل إذا وقع مع الفضولى - و بين عدم انتقاله إلى المشتري بحسب الظاهر حتى ينقضى خياره، فإذا انقضى ملك بسبب

ص: ١٦١

١-١) الدروس ٣:٢٧٠.

٢-٢) فى «ق» بدل فإن «انقضى»: «فإذا انتقل»، و هو من سهو القلم.

٣-٣) الخلاف ٣:٢٢، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع.

٤-٤) قاله الشهيد فى المسالك ٣:٢١٥.

العقد الأول بمعنى كشف الانقضاء عنه، فيصير انقضاء الخيار للمشتري نظير إجازة عقد الفضولي. ولا يرد حينئذٍ عليه: أن اللازم منه بقاء الملك بلا مالك. وحاصل هذا القول: أن الخيار يوجب تنزيل الملك.

ويمكن حمله أيضاً على إرادة الملك اللازم الذي لا حقّ ولا علاقة لمالكه السابق فيه، فوافق المشهور؛ ولذا عبّر في غايه المراد بقوله:

«و يلوح من كلام الشيخ توقّف الملك على انقضاء الخيار» (١) ولم ينسب ذلك إليه صريحاً.

وقال في المبسوط: البيع إن كان مطلقاً غير مشروطٍ فإنّه يثبت بنفس العقد و يلزم بالتفرّق بالأبدان، وإن كان مشروطاً لزومه بنفس العقد لزوم بنفس العقد، وإن كان مقيداً بشرطٍ لزم بانقضاء الشرط (٢)، انتهى.

و ظاهره - كظاهر الخلاف - عدم الفرق بين خيار البائع والمشتري.

لكن قال في باب الشفعة: إذا باع شتقاً بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع أو لهما لم يكن للشفيع الشفعة؛ لأنّ الشفعة إنّما تجب إذا انتقل الملك إليه. وإن كان الخيار للمشتري وجب الشفعة [للشفيع (٣)] لأنّ الملك يثبت للمشتري بنفس العقد، وله المطالبة بعد [انقضاء] (٤) الخيار.

ص: ١٦٢

١- ١) غايه المراد ٢: ١٠٥، وفيه: «فيلوح من كلام الشيخ في الخلاف و المبسوط توقّف ملك المشتري على سقوطه».

٢- ٢) المبسوط ٨٣: ٢.

٣- ٣ و ٤) أثبتناهما من «ش» والمصدر.

و حكم خيار المجلس و الشرط فى ذلك سواءً، على ما فصيّلناه (١). و لعلّ هذا مأخذ ما تقدّم (٢) من النسبه فى ذيل عبارته الدروس.

هذا، و لكن الحلّى قدّس سرّه فى السرائر ادّعى رجوع الشيخ عمّا ذكره فى الخلاف (٣).

و يمكن أن يستظهر من مواضع من المبسوط ما يوافق المشهور.

مثل استدلاله فى مواضع على المنع عن التصرف فى مدّه الخيار:

بأنّ فيه إبطالاً لحقّ ذى الخيار، كما فى مسأله بيع أحد التّقدين على غير صاحبه فى المجلس (٤)، و فى مسأله رهن ما فيه الخيار للبائع (٥)؛ فإنّه لو قال بعدم الملك تعيّن تعليل المنع به، لا يبطل حقّ ذى الخيار من الخيار؛ لأنّ التعليل بوجود المانع فى مقام فقد المقتضى كما ترى! و منها: أنّه ذكر فى باب الصرف جواز تباع المتصارفين ثانياً فى المجلس؛ لأنّ شروعهما فى البيع قطع للخيار (٦)، مع أنّه لم يصحّح فى باب الهبه البيع الذى يتحقّق به الرجوع فيها، لعدم وقوعه فى الملك (٧). فلولا - قوله فى الخيار بمقاله المشهور لم يصحّ البيع ثانياً؛ لوقوعه فى غير الملك

ص: ١٦٣

١- ١) المبسوط ١٢٣: ٣.

٢- ٢) تقدّم فى الصفحه ١٦١.

٣- ٣) السرائر ٣٨٦: ٢.

٤- ٤) راجع المبسوط ٩٦: ٢.

٥- ٥) راجع المبسوط ٢١١: ٢.

٦- ٦) المبسوط ٩٦: ٢.

٧- ٧) المبسوط ٣٠٤: ٣.

على ما ذكره (١) في الهبه.

و ربما ينسب (٢) إلى المبسوط اختيار المشهور فيما إذا صار أحد المتبايعين الذي له الخيار مفلساً، حيث حكم بأن له الخيار في الإجازة و الفسخ، لأنه ليس بابتداء ملك؛ لأن الملك قد سبق بالعقد (٣)، انتهى.

لكن النسبه لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقى العبارة.

و قال ابن سعيد قدس سره فى الجامع-على ما حكى عنه-: إن المبيع يملك بالعقد و بانقضاء الخيار، و قيل: بالعقد و لا ينفذ تصرف المشتري إلا بعد انقضاء خيار البائع (٤)، انتهى.

و قد تقدم حكاية التوقف عن ابن الجنيد أيضاً (٥).

و كيف كان، فالأقوى هو المشهور؛ لعموم أدله حل البيع، و أكل المال إذا كانت تجارة عن تراض، و غيرهما مما ظاهره كون العقد علة تامه لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك.

و يدل عليه لفظ «الخيار» فى قولهم عليهم السلام: «البيعان بالخيار» (٦)، و ما دل على جواز النظر فى الجارية فى زمان الخيار إلى ما لا يحل له

ص: ١٦٤

١- ١) فى «ش»: «على ما ذكرنا».

٢- ٢) نسبة العلامة بحر العلوم، انظر المصابيح (مخطوط): ١١٦.

٣- ٣) المبسوط ٢: ٢٦٦.

٤- ٤) الجامع للشرائع: ٢٤٨.

٥- ٥) تقدم فى الصفحة ١٦١.

٦- ٦) راجع الوسائل ١٢: ٣٤٥-٣٤٦، الباب الأول من أبواب أحكام الخيار، الأحاديث ١ و ٢ و ٣.

قبل ذلك (١)، فإنه يدل على الحل بعد العقد في زمن الخيار، إلا أن يلتزم بأنه نظير حل وطء المطلق الرجعي الذي يحصل به الرجوع.

و يدل عليه: ما تقدم في أدله بيع الخيار بشرط رد المبيع (٢): من كون نماء المبيع للمشتري و تلفه منه (٣) فيكشف ذلك عن ثبوت لزوم و هو الملك، إلا أن يلتزم بعدم كون ذلك من اشتراط الخيار، بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن - وقد تقدم (٤) في مسأله بيع الخيار بيان هذا الاحتمال و ما يشهد له من بعض العنوانات، لكن تقدم: أنه بعيد في الغايه - أو يقال: إن النماء في مورد الروايه نماء المبيع في زمان لزوم البيع؛ لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن و إن ذكرنا في تلك المسأله:

أن الخيار في بيع الخيار المعنون عند الأصحاب ليس مشروطاً حدوثه بالرد (٥)، إلا أن الروايه قابله للحمل عليه، إلا أن يتمسك بإطلاقه (٦) الشامل لما إذا جعل الخيار من أول العقد في فسخه مقيداً برد مثل الثمن.

هذا، مع أن الظاهر أن الشيخ يقول بالتوقف في الخيار المنفصل أيضاً.

ص: ١٦٥

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديثين ١ و ٣.

٢-٢) في «ش»: «الثلث».

٣-٣) تقدم في الجزء الخامس: ١٣٩ في الأمر الخامس ذيل بيع الخيار.

٤-٤) تقدم في الجزء الخامس: ١٢٩ في الأمر الأول ذيل بيع الخيار.

٥-٥) في «ش»: «زياده»: «في أدله بيع الخيار».

٦-٦) كذا في النسخ، و المناسب: «بإطلاقها».

و ربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينه (١) و هي: أن يشتري الإنسان شيئاً بنسيه ثم يبيعه بأقل منه في ذلك المجلس نقداً. لكنّها لا دلالة لها من هذه الحيثية؛ لأنّ بيعها على بائعها الأوّل و إن كان في خيار المجلس أو الحيوان، إلّا أن يبيعه عليه مسقطاً لخيارهما اتّفاقاً. و قد صرح الشيخ في المبسوط بجواز ذلك، مع منعه عن بيعه على غير صاحبه في المجلس (٢).

نعم، بعض هذه الأخبار يشتمل على فقراتٍ يستأنس بها لمذهب المشهور، مثل صحيح يسار بن يسار: «عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به. قلت:

أشترى متاعاً؟ فقال: ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمك» (٣) فإنّ في ذيلها دلالة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار.

و لا- استثناس بها أيضاً عند التأمل؛ لما عرفت: من أنّ هذا البيع جائزٌ عند القائل بالتوقف، لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع، كما عرفت التصريح به من المبسوط (٤).

و يذبّ بذلك عن الإشكال المتقدم نظيره سابقاً (٥): من أنّ الملك

ص: ١٦٦

١- ١) كما تمسّك بها صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٨٠: ٢٣، و راجع الوسائل ١٢: ٣٦٩ و ٣٧٥، الباب ٥ و ٨ من أبواب أحكام العقود.

٢- ٢) راجع المبسوط ٩٦: ٢ و ١٤٢-١٤٤.

٣- ٣) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣، و فيه بدل «يسار بن يسار»: «بشار بن يسار».

٤- ٤) عرفته آنفاً، و راجع الصفحة ١٦٤ أيضاً.

٥- ٥) راجع الصفحة ٥٣، الشرط السابع من شروط صحّح الشرط، و راجع ١٣٧-١٣٨.

إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوفٌ على الملك لزم الدور الوارد على من صحَّح البيع الذى يتحقَّق به الفسخ، وحينئذٍ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله: «أشترى متاعاً» من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم: من عدم جواز البيع قبل الافتراق، و يكون جواب الإمام عليه السلام مبتتاً على جواز بيعه على البائع؛ لأنَّ تواطؤهما على البيع الثانى إسقاطٌ للخيار من الطرفين، كما فى صريح المبسوط (١).

فقوله: «ليس هو متاعك» إشارة إلى أنَّ ما ينتقل إليك بالشراء إنَّما انتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطؤكما على المعامله الثانیه المسقط لخياركما، لا بنفس العقد. وهذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسأله.

ثمَّ لو سلّم ما ذكر من الدلاله أو الاستثناس لم يدفع به إلَّا القول بالوقف (٢) دون الكشف، كما لا يخفى.

و مثل هذه الروايه فى عدم الدلاله و لا الاستثناس صحيحه محمّد ابن مسلم: «عن رجلٍ أتاه رجلٌ فقال: ابتع لى متاعاً (٣) لعلى أشتريه منك بنقدٍ أو بنسيه، فابتاعه الرجل من أجله؟ قال: ليس به بأس، إنَّما يشتريه منه بعد ما يملكه» (٤).

فإنَّ الظاهر: أنَّ قوله: «إنَّما يشتريه.. إلخ» إشارة إلى أنَّ هذا

ص: ١٦٧

١- ١) كما تقدّم عنه فى الصفحه ١٦٣، المنقول عن باب الصرف.

٢- ٢) فى «ش»: «بالنقل».

٣- ٣) فى «ق»: «متاعك».

٤- ٤) الوسائل ٣٧٧: ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨.

ليس من بيع ما ليس عندك (١)، وأن بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول، فقوله: «بعد ما يملكه» إشارة إلى استيجاب العقد مع الأول، كما يظهر من قولهم عليهم السلام في أخبار آخر وارده في هذه المسألة:

«و لا توجب البيع قبل أن تستوجه» (٢) مع أن الغالب في مثل هذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع و رجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذي طلب منه ذلك، فيلزم العقد الأول بالتفرق. و لو فرض اجتماعهما في مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانياً بحضور البائع دالاً عرفاً على سقوط خياره، و يسقط خيار المشتري بالتعريض للبيع.

و بالجمله، ليس في قوله: «بعد ما يملكه» دلالة على أن تملكه بنفس العقد، مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف، كما لا يخفى.

و نحوه في الضعف: الاستدلال في التذكرة (٣) بما دلّ على أن مال العبد المشتري لمشتريه مطلقاً أو مع الشرط أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار؛ إذ فيه (٤): أن الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشتري على نحو ثبوت العبد له، و أنه يدخل في شراء العبد حتى إذا ملك العبد ملك ماله. مع أن الشيخ لم يثبت منه هذا القول في الخيار

ص: ١٦٨

١- ١) في «ش»: «عنده».

٢- ٢) الوسائل ١٢: ٣٧٨، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣.

٣- ٣) راجع التذكرة ١: ٤٩٩ و ٥٣٤.

٤- ٤) في الأصل: «فيها».

المختصّ بالمشتري، و التمسك بإطلاق الروايات لما إذا شرط البائع الخيار كما ترى! و أشدّ ضعفاً من الكلّ ما قيل (1): من أن المقصود للمتعاقدين و الذي وقع التراضي عليه انتقال كلّ من الثمن و المثلن حال العقد، فهذه المعامله إمّا صحيحة كذلك كما عند المشهور (2) فثبت المطلوب، أو باطله من أصلها، أو أنّها صحيحة إلا أنّها على غير ما قصدها و تراضيا عليه.

توضيح الضعف: أنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكنّ الإنشاء لما كان علّه لتحقّق المنشأ عند تحقّقه كان الداعي على الإنشاء حصول المنشأ عنده، لكنّ العلية إنّما هو (3) عند العرف، فلا ينافي كونه في الشرع سبباً محتاجاً إلى تحقّق شرائط أخر بعده، كالقبض في السلم و الصرف، و انقضاء الخيار في محلّ الكلام. فالعقد مدلوله مجرد التمليك و التملك مجرداً عن الزمان، لكنّه عرفاً علّه تامّة لمضمونه، و إمضاء الشارع له تابع لمقتضى الأدلّه، فليس في تأخير الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول عليه بالعقد، و إنّما فيه التخلف عن داعي المتعاقدين، و لا ضرر فيه.

و قد تقدّم الكلام في ذلك في مسأله كون الإجازة كاشفة أو ناقله (4).

ص: ١٦٩

١-١) قاله صاحب الجواهر، انظر الجواهر ٧٩: ٢٣.

٢-٢) في الجواهر: «أما صحيحة كذلك عند الشارع فيثبت المطلوب».

٣-٣) كذا، و المناسب: «هي».

٤-٤) راجع الجزء الثالث: ٣٩٩ و ما بعدها.

و قد يستدلّ (١) أيضاً بالنبويّ المشهور المذكور في كتب الفتوى للخاصّه و العامّه على جهه الاستناد إليه و هو: أنّ «الخراج بالضمان» (٢) بناءً على أنّ المبيع في زمان الخيار المشترك أو المختصّ بالبائع في ضمان المشتري، فخرجه له، و هي علامه ملكه.

و فيه: أنّه لم يُعلم من القائلين بتوقّف الملك على انقضاء الخيار القول بكون ضمانه على المشتري حتّى يكون نماؤه له.

و قد ظهر بما ذكرنا: أنّ العمده في قول المشهور عموم أدلّه «جلّ البيع» و «التجاره عن تراضٍ» و أخبار الخيار.

و استدللّ للقول الآخر (٣) بما دلّ على كون تلف المبيع من مال البائع في زمان الخيار (٤)، فيدلّ بضميمه قاعده «كون التلف من المالك لأنّه مقابل الخراج» على كونه في ملك البائع، مثل:

صحيحه ابن سنان «عن الرجل يشتري العبد أو الدابّه بشرطٍ إلى يومٍ أو يومين، فيموت العبد أو الدابّه أو يحدث فيه حدثٌ، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتّى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري، شرط له البائع أو لم يشترط. قال:

و إن كان بينهما شرطٌ أيّاماً معدودهً فهلك في يد المشتري، فهو

ص: ١٧٠:

١-١) كما استدللّ به في الجواهر ٨١: ٢٣.

٢-٢) عوالي اللآلي ١: ٢١٩، الحديث ٨٩، و عنه في المستدرک ١٣: ٣٠٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

٣-٣) و هو القول بأنّ الملك إنّما يتحقّق بانقضاء الخيار.

٤-٤) استدللّ به في الرياض ٨: ٢٠٥، و الجواهر ٨١: ٢٣.

من مال البائع» (١).

و روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى أمهً من رجلٍ بشرطٍ، يوماً أو يومين، فماتت عنده و قد قطع الثمن، على من يكون ضمان ذلك؟ قال: ليس على الذى اشترى ضماناً حتى يمضى شرطه» (٢).

و مرسله ابن رباط: «إن حدث بالحيوان حدثٌ قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع» (٣).

و النبوى المروى فى قرب الإسناد فى العبد المشتري بشرطٍ فيموت، قال: «يستحلف بالله ما رضيه، ثم هو برىء من الضمان» (٤).

و هذه الأخبار إنما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشتري مع اختصاص الخيار، و قد عرفت أن ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس: من القطع بتملك المشتري مع اختصاص الخيار (٥)، و كذلك ظاهر عبارته المتقدمه عن الجامع (٦).

ص: ١٧١

١ - ١) وردت الصحيحه فى الكافى و الفقيه و التهذيب، و لكن المنقول فى المتن أوفق بما فى التهذيب، انظر التهذيب ٧:٢٤، الحديث ١٠٣، و عنه فى الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٣، و الصفحه ٣٥٥، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٢ - ٢) الوسائل ١٢: ٣٥١، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث الأول.

٣ - ٣) الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٥.

٤ - ٤) لم نعثر عليه فى قرب الإسناد، و لا على الحاكي عنه، نعم رواه فى الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٤ من التهذيب.

٥ - ٥) راجع الصفحه ١٦٢ و ١٦٠ ١٦١.

٦ - ٦) تقدمت فى الصفحه ١٦٤.

و على أى حال، فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصّصه لأدله المشهور بضميمه قاعده تلازم الملك و الضمان، أو لقاعده التلازم بضميمه أدله المسأله، فيرجع بعد التكافؤ إلى أصاله عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار.

لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهاتٍ، أعظمها الشهره المحقّقه المؤيّدّه بالإجماع المحكّي عن السرائر (١).

ثمّ إنّ مقتضى إطلاق ما تقدّم من عبارتى المبسوط و الخلاف (٢) - من كون الخلاف فى العقد المقيد بشرط الخيار - عمومّه للخيار المنفصل عن العقد، كما إذا شرط الخيار من الغد. كما أنّ مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط أيضاً.

فخيار العيب و الغبن و الرؤيه و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

و ممّا يدلّ على الاختصاص: أنّ ما ذكر من الأدله مختصّه بالخيارين، و أنّ الظاهر من لفظ «الانقضاء» فى تحريرات محلّ الخلاف انقطاع الخيار الزمانى.

و أمّا خيار المجلس، فالظاهر دخوله فى محلّ الكلام؛ لنصّ الشيخ بذلك فى عبارته المتقدّمه عنه فى باب الشفعه (٣)، و لقوله فى الاستبصار

ص: ١٧٢

١- ١) حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤: ٥٩٢، و راجع السرائر ٢: ٢٤٨ و ٣٨٦.

٢- ٢) تقدّمت عبارتهما فى الصفحه ١٦١ و ١٦٢.

٣- ٣) تقدّمت فى الصفحه ١٦٢-١٦٣.

إنَّ العقد سببٌ لاستباحه الملك إلاَّ أنه مشروطٌ بأن يتفرَّقاً بالأبدان ولا يفسخا العقد (١)، ولنصَّ الشيخ في الخلاف و المبسوط على أنَّ التفرَّق كانقضاء الخيار في لزوم العقد به (٢). و مراده من اللزوم تحقُّق علَّة الملك، لا مقابل الجواز، كما لا يخفى. مع أنَّ ظاهر عبارته الدروس المتقدِّمه (٣) في مأخذ هذا الخلاف: أنَّ كلَّ خيارٍ يمنع من التصرُّف في المبيع فهو داخلٌ فيما يتوقَّف الملك على انقضائه. و كذلك عبارته المتقدِّمه في عنوان هذا الخلاف عن الجامع (٤). و قد تقدَّم عن الشيخ في صرف المبسوط:

أنَّ خيار المجلس مانعٌ عن التصرُّف في أحد العوضين (٥).

و من ذلك يظهر وجهٌ آخر لخروج خيار العيب و إخوته عن محلِّ الكلام، فإنَّ الظاهر عدم منعها من التصرُّف في العوضين قبل ظهورها، فلا بدَّ أن يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور، و الخروج عن الملك بعد الظهور و تنجز الخيار، و هذا غير لائقٍ بالشيخ.

فثبت أنَّ دخولها في محلِّ الكلام مستلزمٌ: إمَّا لمنع التصرُّف في موارد هذا الخيار، و إمَّا للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله، و كلاهما غير لائقٍ بالالتزام. مع أنَّ كلام العلامة في المختلف كالصريح في كون التملك بالعقد اتفاقاً في المعيب؛ لأنَّه ذكر في الاستدلال: أنَّ

ص: ١٧٣

١- ١) الاستبصار ٣: ٧٣.

٢- ٢) راجع الخلاف ٣: ٢٢، المسألة ٢٩ من كتاب البيوع، و المبسوط ٢: ٨٣.

٣- ٣) تقدَّمت في الصفحة ١٦٠-١٦١.

٤- ٤) تقدَّمت في الصفحة ١٦٤.

٥- ٥) تقدَّم في الصفحة ١٦٣.

المقتضى للملك موجوداً و الخيار لا- يصلح للمنع، كما فى بيع المعيب. و ذكر أيضاً أنه لا- منافاه بين الملك و الخيار، كما فى المعيب (١).

و قد صرح الشيخ قدس سرّه أيضاً فى المبسوط: بأنه إذا اشترى شيئاً فحصل منه نماءً ثم وجد به عيباً رده دون نمائه، محتجاً بالإجماع و بالنبوى: «الخراج بالضمان» (٢) و ستجىء تتمه لذلك إن شاء الله تعالى.

ص: ١٧٤

١-١) المختلف ٥:٦٢.

٢-٢) المبسوط ١٢٦:٢، و فيه: «بلا- خلاف»، و راجع الحديث فى عوالى الآلى ١ : ٢١٩، الحديث ٨٩، و عنه المستدرک ٣٠٢:١٣، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

مسأله و من أحكام الخيار، كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار في الجملة،

على المعروف بين القائلين بتملك المشتري بالعقد.

و توضيح هذه المسأله: أن الخيار إذا كان للمشتري فقط من جهة الحيوان فلا إشكال و لا خلاف في كون المبيع في ضمان البائع.

و يدل عليه ما تقدم (1) في المسأله السابقه من الأخبار.

و كذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف في ذلك؛ لقوله عليه السلام في ذيل صحيحه ابن سنان: «و إن كان بينهما شرط أياماً معدودهً فهلك في يد المشتري، فهو من مال بائعه» (2).

و لو كان للمشتري فقط خيار المجلس دون البائع، فظاهر قوله عليه السلام:

«حتى ينقضى شرطه، و يصير المبيع للمشتري» (3) [كذلك (4)] بناءً على

ص: ١٧٥

١-١) تقدم في الصفحه ١٧٠-١٧١.

٢-٢) راجع الصحيحه في الصفحه ١٧٠.

٣-٣) ورد ذلك في صحيحه ابن سنان المتقدمه في الصفحه ١٧٠ أيضاً.

٤-٤) من «ش».

أنّ المناط انقضاء الشرط الذى تقدّم أنّه يطلق على خيار المجلس فى الأخبار (١)، بل ظاهره: أنّ المناط فى رفع ضمان البائع صيروره المبيع للمشتري و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه.

و إلى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم فى السرائر، حيث قال:

فكلّ من كان له خيارٌ فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيارٌ؛ لأنّه قد استقرّ عليه العقد، و الذى له الخيار ما استقرّ عليه العقد و لزم. فإن كان الخيار للبائع دون المشتري [و كان المتاع قد قبضه المشتري و هلك فى يده (٢)] كان هلاكه من مال المشتري دون البائع (٣)؛ لأنّ العقد مستقرّ عليه و لازمٌ من جهته (٤).

و من هنا يعلم أنّه يمكن بناءً على فهم هذا المناط طرد الحكم فى كلّ خيارٍ، فتثبت القاعده المعروفه: من «أنّ التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له» من غير فرقٍ بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثل، كما يظهر من كلمات غير واحدٍ من الأصحاب، بل نسبه (٥) جماعةً إلى

ص: ١٧٦

١- ١) لم نعثر على تصريح له بذلك، نعم ربّما يدلّ عليه مثل قوله- فيما تقدّم فى مسأله سقوط خيار المجلس بالتصرّف ذيل قول الإمام عليه السلام: «فلا شرط»-: «فإنّ المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان»، و ما تقدّم أيضاً فى بيان مبدأ خيار الحيوان، راجع الجزء الخامس، الصفحه ٨٢ و ٩٢.

٢- ٢) من «ش» و المصدر.

٣- ٣) فى «ق»: «من مال البائع دون المشتري»، و هو سهو مخالف لما فى السرائر.

٤- ٤) السرائر ٢٧٧: ٢.

٥- ٥) لم نعثر على هذه النسبه، نعم يستفاد هذا الإطلاق من كلمات بعض الفقهاء، راجع المسالك ٢١٧: ٣، و الرياض ٢٠٨: ٨- ٢٠٩، و مفتاح الكرامه ٥٩٨: ٤- ٥٩٩، و الجواهر ٨٥: ٢٣- ٩٠.

قال في الدروس في أحكام القبض: «و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار» (١)، انتهى. فإنّ ظاهره كفايه مطلق الخيار في عدم ضمان المشتري للمبيع المقبوض، ونحوه كلامه قدّس سرّه في اللمعه (٢).

و في جامع المقاصد في شرح قول المصنّف قدّس سرّه: «و لو ماتت الشاه المُصَرّاه أو الأمه المدلّسه فلا شيء له، و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه» قال: و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر؛ لأنّ العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك، إلّا أن يقال: إنّه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره، و لم أظفر في كلام المصنّف و غيره بشيء في ذلك (٣)، انتهى.

و قال في شرح قول المصنّف قدّس سرّه: «و لا يسقط الخيار بتلف العين»: مقتضى إطلاق كلامهم أنّه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشتري انفسخ البيع، لا اختصاص الخيار بالمشتري، ثمّ تردّد فيه و في خيار الرؤيه (٤).

و في المسالك في مسأله أنّ العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم و أنّ الحادث في أيام خيار الحيوان مضمونٌ على البائع قال:

و كذا كلّ خيارٍ مختصّ بالمشتري (٥).

ص: ١٧٧

١-١) الدروس ٢١٠:٣-٢١١.

٢-٢) اللمعه الدمشقيه: ١٣٢.

٣-٣) جامع المقاصد ٣٥٤:٤.

٤-٤) جامع المقاصد ٣١٨:٤.

٥-٥) المسالك ٢٨٤:٣.

و عن مجمع البرهان في مسأله أن تلف المبيع بعد الثلاثه مع خيار التأخير من البائع استناداً إلى عموم قاعده «تلف المبيع قبل الضمان» - قال (١): إن هذه القاعده معارضه بقاعده أخرى، و هي: أن تلف المبيع (٢) في الخيار المختص بالبائع من مال المشتري (٣)، فإن الظاهر من جعل هذه قاعده كونها مسلمه بين الأصحاب.

و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين في حاشيه الروضه (٤)، و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض، معترفاً بعمومها من جهاتٍ أخرى.

و ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار، و لا بين الثمن و المثلث، و لا بين الخيار المختص بالبائع و المختص بالمشتري؛ و لذا نفى في الرياض الخلاف في أن التلف في مدّه الخيار ممّن لا خيار له (٥).

و في مفتاح الكرامه: أن قولهم: «التلف في مدّه الخيار ممّن لا خيار له» قاعده لا خلاف فيها. ثم ذكر فيها (٦) تبعاً للرياض: أن

ص: ١٧٨

١- ١) كذا في «ق»، و في «ش» بدل «تلف المبيع قبل الضمان قال»: «تلف المال قبل القبض».

٢- ٢) في «ش»: «المال».

٣- ٣) لم ترد العبارة بلفظها في مجمع الفوائد، نعم قال السيد العاملي في مفتاح الكرامه: «و في مجمع البرهان ما حاصله: إن هذه القاعده.. إلخ»، انظر مفتاح الكرامه ٤: ٥٨١، و مجمع الفوائد ٨: ٤٠٦-٤٠٧.

٤- ٤) حاشيه الروضه: ٣٦٤، ذيل قول الشارح: «الانتقال المبيع إليه».

٥- ٥) الرياض ٨: ٢٠٨.

٦- ٦) في «ش»: «فيه».

الحكم فى بعض أفراد المسأله مطابقاً للقاعده (١).

لكنّ الإنصاف: أنه لم يعلم من حال أحدٍ من معتبرى الأصحاب الجزم بهذا التعميم، فضلاً عن اتّفاقهم عليه.

فإنّ ظاهر قولهم: «التلف فى زمان الخيار» هو الخيار الزمانى، و هو الخيار الذى ذهب جماعه إلى توقّف الملك على انقضائه (٢)، لا مطلق الخيار ليشمل خيار الغبن و الرؤيه و العيب و نحوها، أ لا ترى أنّهم اتّفقوا على أنه إذا مات المعيب لم يكن مضموناً على البائع و لو كان الموت بعد العلم بالعيب؟ أ لا ترى أنّ المحقّق الثانى ذكر: أنّ الاقتصاص من العبد الجانى إذا كان فى خيار المشتري كان من ضمان البائع (٣)؟ و أمّا ما نقلنا عنه سابقاً (٤) فى شرح قوله: «و لو تعيبت قبل علمه» فهو مجرد احتمال، حيث اعترف بأنّه لم يظفر فيه على شىء، مع أنه ذكر فى شرح قول المصنّف فى باب العيوب: «و كلّ عيبٍ يحدث فى الحيوان بعد القبض و قبل انقضاء الخيار، فإنّه لا يمنع الردّ فى الثلاثه»- نفى ذلك الاحتمال على وجه الجزم، حيث قال: الخيار الواقع فى العبارة يراد به خيار الحيوان، و [كذا (٥)] كلّ خيارٍ يختصّ بالمشتري كخيار الشرط له. و هل خيار الغبن و الرؤيه كذلك؟ يبعد القول به

ص: ١٧٩

١-١) مفتاح الكرامه ٤:٥٩٩ ٤:٦٠٠.

٢-٢) كما تقدّم عن الشيخ و ابن الجنيّد و ابن سعيد فى الصفحه ١٦٠-١٦١ و ١٦٤.

٣-٣) جامع المقاصد ٤:٣٤٥.

٤-٤) نقله فى الصفحه ١٧٧.

٥-٥) من «ش» و المصدر.

خصوصاً على القول بالفوريته، لا- خيار العيب؛ لأنّ العيب الحادث يمنع من الردّ بالعيب القديم قطعاً (١)، انتهى. و من ذلك يُعلم حال ما نقلناه عنه في خيار الغبن (٢).

فلم يبقَ في المقام ما يجوز الركون إليه إلّا ما أشرنا إليه (٣): من أنّ مناط خروج المبيع عن ضمان البائع-على ما يستفاد من قوله عليه السلام:

«حتّى ينقضى (٤) شرطه و يصير المبيع للمشتري»-هو انقضاء خيار المشتري الذي يطلق عليه الشرط في الأخبار و صيروره المبيع مختصاً بالمشتري لازماً عليه بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه، فيدلّ على:

أنّ كلّ من له شرطٌ و ليس المعوّض الذي وصل إليه لازماً عليه فهو غير ضامنٍ له حتّى ينقضى (٥) شرطه و يصير مختصاً به لازماً عليه.

و في الاعتماد على هذا الاستظهار تأمّل في مقابله القواعد، مع أنّه يمكن منع دلالة هذا المناط المستنبط عليه؛ لأنّ ظاهر الصحيحه الاختصاص بما كان التزلزل و عدم كون المبيع لازماً على المشتري ثابتاً من أوّل الأمر، كما يظهر من لفظه «حتّى» الظاهره في الابتداء، و هذا المعنى مختصّ بخيار المجلس و الحيوان و الشرط و لو كان منفصلاً، بناءً على أنّ البيع متزلزلٌ و لو قبل حضور زمان الشرط؛ و لذا ذكرنا جريان

ص: ١٨٠

١-١) جامع المقاصد ٣٥٧:٤.

٢-٢) نقله في الصفحه ١٧٧.

٣-٣) أشار إليه في الصفحه ١٧٦.

٤-٤) في ظاهر «ق»: «يمضى».

٥-٥) في ظاهر «ق»: «يمضى».

الخلاف في المسألتين السابقتين فيه.

و أمّا الغبن و العيب و الرؤيه و تخلف الشرط و تفليس المشتري و تبعض الصفقه، فهى توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد.

و الحاصل: أنّ ظاهر الروايه استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلى أن يصير المبيع (١) لازماً على المشتري، و هذا مختصّ بالبيع المتزلزل من أول الأمر، فلا يشمل التزلزل المسبوق باللزوم، بأن يكون المبيع فى ضمان المشتري بعد القبض ثم يرجع بعد عروض التزلزل إلى ضمان البائع، فاتّضح بذلك أنّ الصحيحه مختصّه بالخيارات الثلاثه، على تأمّلٍ فى خيار المجلس.

ثمّ إنّ مورد هذه القاعده إنّما هو ما بعد القبض، و أمّا قبل القبض فلا إشكال و لا خلاف فى كونه من البائع من غير التفاتٍ إلى الخيار، فلا تشمل هذه القاعده خيار التأخير.

و أمّا عموم الحكم للثمن و المثلن، بأن يكون تلف الثمن فى مدّه خيار البائع المختصّ به من مال المشتري فهو غير بعيد؛ نظراً إلى المناط الذى استفدناه، و يشمله ظاهر عباره الدروس المتقدمه (٢)، مضافاً إلى استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

و توهم: عدم جريانه مع اقتضاء القاعده كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض، مدفوع: بأنّ الضمان الثابت قبل القبض و بعده فى مدّه الخيار ليس مخالفاً لتلك القاعده؛ لأنّ المراد به انفساخ

ص: ١٨١

١- ١) فى ظاهر «ق»: «البيع».

٢- ٢) المتقدمه فى الصفحه ١٧٧.

العقد و دخول العوض فى ملك صاحبه الأصلى و تلفه من ماله.

نعم، هو مخالفٌ لأصله عدم الانفساخ، و حيث ثبت المخالفه قبل القبض، فالأصل بقاءها بعد القبض فى مدّه الخيار.

نعم، يبقى هنا: أنّ هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مدّه خيار البيع الخيارى من المشتري، فينفسخ البيع و يردّ المبيع إلى البائع.

و التزام عدم الجريان من حيث إنّ الخيار فى ذلك البيع إنّما يحدث بعد ردّ الثمن أو مثله فتلف الثمن فى مدّه الخيار إنّما يتحقّق بعد ردّه قبل الفسخ لا قبله، مدفوعٌ بما أشرنا (١) سابقاً: من منع ذلك، مع أنّ المناط فى ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه إلى ذى الخيار تنزل البيع المتحقّق و لو بالخيار المنفصل، كما أشرنا سابقاً (٢).

فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعده إذا كان الثمن شخصياً بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجباً لانفساخ البيع، فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع و لو منفصلاً عن العقد.

و أمّا إذا كان الثمن كلياً، فحاله حال المبيع إذا كان كلياً، كما إذا اشترى طعاماً كلياً بشرط الخيار له إلى مدّه فقبض فرداً منه فتلف فى يده، فإنّ الظاهر عدم ضمانه على البائع؛ لأنّ مقتضى ضمان المبيع فى مدّه الخيار على من لا خيار له -على ما فهمه غير واحدٍ (٣)- بقاءه

ص: ١٨٢

١- ١) فى «ش» زياده: «إليه».

٢- ٢) أشار إليه فى الجزء الخامس: ١٣٩، فى الأمر الخامس من الأمور التى ذكرها ذيل بيع الخيار.

٣- ٣) كالسيد الطباطبائي فى الرياض ٢٠٨: ٨-٢٠٩، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ٨٧.

على ما كان عليه قبل القبض، و دخول الفرد في ملك المشتري لا- يستلزم انفساخ العقد، بل معنى الضمان بالنسبه إلى الفرد
صيوره الكلي كغير المقبوض، و هذا مما لا تدل عليه الأخبار المتقدمه، فتأمل.

ثم إن ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعه منهم- كالمحقق و الشهيد الثانيين (1)-: أن المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل
إلى غيره، هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه و انفساخ العقد آنأ ما قبل التلف، و هو الظاهر أيضاً من قول الشهيد قدس سره في
الدروس: «و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار» (2) حيث إن مفهومه أنه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان
إليه، بل يبقى على ضمان ناقله الثابت قبل القبض.

و قد عرفت أن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه في ملك ناقله، بل هو ظاهر القاعده، و هي: أن التلف في
مدّه الخيار ممّن لا خيار له، فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكاً له، مع أن هذا ظاهر الأخبار المتقدمه (3) الدالّه على ضمان البائع للمبيع
في مدّه خيار المشتري بضميمه قاعده «عدم ضمان الشخص لما يتلف في يد مالكة» (4) و قاعده «التلازم بين الضمان و
الخراج»، فإننا إذا قدرنا المبيع في ملك البائع آنأ ما لم يلزم مخالفه شيء من القاعدتين. و الحاصل: أن إرادته ما

ص: ١٨٣

١-١) جامع المقاصد ٤:٣٠٩، و المسالك ٣:٢١٦.

٢-٢) الدروس ٣:٢١٠-٢١١.

٣-٣) تقدّمت في الصفحه ١٧٠-١٧١.

٤-٤) في «ش»: «في ملك مالكة».

ذكرنا من الضمان ممّا لا ينبغي الريب فيها.

و مع ذلك كلّه فظاهر عبارته الدروس في الفرع السادس (1) من فروع خيار الشرط يوهّم بل يدلّ على عدم الانفساخ، قال قدّس سرّه: لو تلف المبيع قبل قبضه (2) بطل البيع و الخيار، و بعده لا- يبطل الخيار و إن كان التلف من البائع، كما إذا اختصّ الخيار بالمشتري، فلو فسخ البائع رجوع بالبدل في صورته عدم ضمانه، و لو فسخ المشتري رجوع بالثمن و غرم البدل في صورته ضمانه، و لو أوجه المشتري في صورته التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع القيمة أو المثل. و في انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر (3)، انتهى. و العبارة محتاجة إلى التأمل من وجوه.

و قد يظهر ذلك من إطلاق عبارته التذكرة، قال: «لو تلف المبيع بآفه سماويّه في زمن الخيار، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع قطعاً، و إن كان بعده لم يبطل خيار المشتري و لا- البائع و يجب القيمة على ما تقدّم» (4) ثمّ حكى عن الشافعيّه وجهين في الانفساخ بعد القبض و عدمه، بناءً على الملك بالعقد.

و يمكن حمله على الخيار المشترك، كما أنّ قوله في القواعد:

«لا يسقط الخيار بتلف العين» (5) محمولٌ على غير صورته ضمان البائع

ص: ١٨٤

١-١) شُطب عليه في «ق» و كتب فوقه: «السابع»، و الصواب ما أثبتته أولاً.

٢-٢) في «ش» و المصدر: «قبل قبض المشتري».

٣-٣) الدروس ٢٧١:٣.

٤-٤) التذكرة ٥٣٥:١.

٥-٥) القواعد ٧٠:٢، و فيه: «لا يبطل الخيار».

للمبيع؛ لما عرفت من تعين الانفساخ فيها.

و ربما يحتمل أن معنى قولهم: «إنّ التلف ممّن لا- خيار له»: أنّ عليه ذلك إذا فسخ صاحبه، لا- أنّه يفسخ كما في التلف قبل القبض.

و أمّا حيث يوجب المشتري فيحتمل أنّه يتخير بين الرجوع على البائع بالمثل أو قيمه، و بين الرجوع بالثمن. و يحتمل تعين الرجوع بالثمن.

و يحتمل أن لا يرجع بشيء، فيكون معنى له الخيار: أنّ له الفسخ.

ثمّ الظاهر أنّ حكم تلف البعض حكم تلف الكلّ. و كذا حكم تلف الوصف الراجع إلى وصف الصحّة بلا خلافٍ على الظاهر؛ لقوله عليه السلام في الصحيحه السابقه (1): «أو يحدث فيه حدثٌ» فإنّ المراد بالحدث أعمّ من فوات الجزء و الوصف.

هذا كلّ إذا تلف بأفه سماويّه، و منه حكم الشارع عليه بالإتلاف.

و أمّا إذا كان بإتلاف ذى الخيار سقط به خياره و لزم العقد من جهته. و إن كان بإتلاف غير ذى الخيار لم يبطل خيار صاحبه، فيتخير بين إمضاء العقد و الرجوع بالقيمة و الفسخ و الرجوع بالثمن.

و إن كان بإتلاف أجنبيّ تخير أيضاً بين الإمضاء و الفسخ، و هل يرجع حينئذٍ بالقيمة إلى المتلف، أو إلى صاحبه، أو يتخير؟ وجوه:

من أنّ البدل القائم مقام العين في ذمّه المتلف فيسترده بالفسخ، و لأنّ الفسخ موجبٌ لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ، أو لاعتبارها عند الفسخ ملكاً تالفاً للفاسخ بناءً على الوجهين في اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، و على التقديرين فهى في ضمان المتلف، كما لو

ص: ١٨٥

كانت العين في يد الأجنبي.

و من أنه إذا دخل الثمن في ملك من تلف المثلن في ملكه خرج عن ملكه بدل المثلن و صار في ذمته؛ لأنَّ ضمان المتلف محلّه الذمّه لا الأموال الخارجيه، و ما في ذمه المتلف إنّما تشخص مالاً للمالك، و كونه بدلاً عن العين إنّما هو بالنسبه إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت، لا أنه بدلٌ خارجيٌ يترتب عليه جميع أحكام العين حتّى بالنسبه إلى غير المتلف (١)، فهذا البديل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع، فإنه لا يتعين للدفع إلى الفاسخ، و أمّا الفسخ فهو موجبٌ لرجوع العين قبل تلفها مضمونهً لملكها على متلفها بالقيمه في ملك الفاسخ، فيكون تلفها بهذا الوصف مضموناً على المالك، لا المتلف.

و من كون يد المفسوخ عليه يد ضمانٍ بالعوض قبل الفسخ و بالقيمه بعده، و إتلاف الأجنبي أيضاً سببٌ للضمان، فيتخير في الرجوع.

و هذا أضعف الوجوه.

ص: ١٨٦

١ - ١) في «ش»: «التلف».

مسأله و من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة، فقال: لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار،

و لو تبرّع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، و له استرداد المدفوع قضيةً للخيار. و قال بعض الشافعية: ليس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه دون رضاه كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع (١)، انتهى.

و يظهر منه أنّ الخلاف بين المسلمين إنّما هو بعد اختيار أحدهما التسليم، و أمّا التسليم ابتداءً فلا يجب من ذى الخيار إجماعاً.

ثمّ إنّّه إن أُريد عدم وجوب التسليم على ذى الخيار من جهة أنّ له الفسخ فلا يتعين عليه التسليم، فمرجه إلى وجوب أحد الأمرين عليه. و الظاهر أنّه غير مراد.

و إن أُريد عدم تسلّط المالك على ما انتقل إليه إذا كان للناقل خياراً، فلذا يجوز منعه عن ماله، ففيه نظرٌ، من جهة عدم الدليل

ص: ١٨٧

المختصّ لعموم سلطنه الناس على أموالهم.

و بالجمله، فلم أجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً، ولم أجد من عنونه و تعرّض لوجهه.

ص: ١٨٨

مسأله قال فى القواعد: «لا يسقط (١) الخيار بتلف العين»

(٢)

و هذا الكلام ليس على إطلاقه كما اعترف به فى جامع المقاصد (٣)؛ فإنّ من جملة أفراد الخيار خيار التأخير، بل مطلق الخيار قبل القبض، أو الخيار المختصّ بعده، و من المعلوم: أنّ تلف العين حينئذٍ موجبٌ لانفساخ العقد، فلا يبقى خيارٌ، فيكون المراد: التلف مع بقاء العقد على حاله لا يوجب سقوط الخيار. و بعبارةٍ أخرى: تلف العين فى ملك من فى يده لا يسقط به خياره و لا خيار صاحبه.

و هو كذلك؛ لأنّ الخيار - كما عرفت - عبارةٌ عن ملك فسخ العقد، و معلومٌ: أنّ العقد بعد التلف قابلٌ للفسخ؛ و لذا تشرع الإقاله حينئذٍ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصوره البقاء.

اللهمّ إلّا أن يعلم من الخارج أنّ شرع الخيار لدفع ضرر الصبر

ص: ١٨٩

١ - ١) فى «ش» و المصدر: «لا يبطل».

٢ - ٢) القواعد ٧٠: ٢.

٣ - ٣) جامع المقاصد ٣١٨: ٤.

على نفس العين، فينتفى هذا الضرر بتلف العين، كما في العيب، فإنَّ تخيُّره بين الردِّ و الأرش لأنَّ الصبر على العيب ضررٌ و لو مع أخذ الأرش، فتداركُه الشارع بملك الفسخ و الردِّ، فإذا تلف انتفى حكمه الخيار.

أو يقال: إنَّه إذا كان دليل الخيار معنواً بجواز الردِّ لا بالخيار اختصَّ ثبوت الخيار بصوره تحقُّق الردِّ المتوقَّف على بقاء العين.

هذا، مع قيام الدليل على سقوط الخيار بتلف المعيب و المدلَّس فيه، فلا يرد عدم أطراد تلك الحكمة.

نعم، هنا موارد تأملوا في ثبوت الخيار مع التلف، أو يظهر منهم العدم:

كما تردَّد العلامه قدس سره في باب المرابحه فيما لو ظهر كذب البائع مرابحه في إخباره برأس المال بعد تلف المتاع (1)، بل عن المبسوط (2) و بعض آخر (3) الجزم بالعدم؛ نظراً إلى أنَّ الردِّ إنما يتحقَّق مع بقاء العين.

و فيه إشارة إلى ما ذكرنا: من أنَّ الثابت هو جواز الردِّ، فيختصَّ الفسخ بصوره تحقُّقه.

لكن قوَى في المسالك و جامع المقاصد (4) ثبوت الخيار؛ لوجود

ص: ١٩٠

١- (١) القواعد ٥٨: ٢: ٥٩.

٢- (٢) المبسوط ١٤٣: ٢.

٣- (٣) حكى السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٥٠٠، عن الشهيد: أنَّه حكاه عن ابن المتوج، و لكن لم نعثر على هذه الحكايه فيما بأيدينا من كتب الشهيد.

٤- (٤) المسالك ٣: ٣١٠، و جامع المقاصد ٤: ٢٦٣.

و كما تردّد المحقّق الثانى (1) فى سقوط خيار الغبن بتلف المغبون فيه (2). و ظاهر تعليل العلامه فى التذكره عدم الخيار مع نقل المغبون العين عن ملكه بعدم إمكان الاستدراك حينئذٍ (3) هو عدم الخيار مع التلف، و الأقوى بقاءه؛ لأنّ العمده فيه نفى الضرر الذى لا يفرق فيه بين بقاء العين و عدمه، مضافاً إلى إطلاق قوله عليه السلام: «و هم بالخيار إذا دخلوا السوق» (4) مع أنّه لو استند إلى الإجماع أمكن التمسك بالاستصحاب، إلّا أن يدعى انعقاده على التسلّط على الردّ، فيختصّ بصوره البقاء.

و ألحقّ فى جامع المقاصد بخيار الغبن فى التردّد خيارَ الرّويه (5).

و من مواضع التردّد ما إذا جعل المتعاقدان الخيار على وجه إرادتهما التسلّط على مجرّد الردّ المتوقّف على بقاء العين، فإنّ الفسخ و إن لم يتوقّف على بقاء العين، إلّا أنّه إذا فرض الغرض من الخيار الردّ أو الاسترداد، فلا يبعد اختصاصه بصوره البقاء. و التمكن من الردّ و الاسترداد و إن كان حكمه فى خيارى المجلس و الحيوان، إلّا أنّ الحكم أعمّ مورداً من الحكمه إذا كان الدليل يقتضى العموم، بخلاف ما إذا كان إطلاق جعل المتعاقدين مقيداً على وجه التصريح به فى الكلام أو

ص: ١٩١

١- ١) عطف على قوله: «كما تردّد العلامه».

٢- ٢) جامع المقاصد ٢٩٧: ٤ و ٣١٨.

٣- ٣) التذكره ٥٢٣: ١.

٤- ٤) المستدرک ٢٨١: ١٣، الباب ٢٩ من أبواب آداب التجاره، الحديث ٣ و ٤.

٥- ٥) جامع المقاصد ٣١٨: ٤.

استظهاره منه لعدم (١) تعلق الغرض إلّا بالردّ أو الاسترداد.

و من هنا يمكن القول بعدم بقاء الخيار المشروط برّد الثمن في البيع الخيارى إذا تلف المبيع عند المشتري؛ لأنّ الثابت من اشتراطهما هو التمكن من استرداد المبيع بالفسخ عند ردّ الثمن، لا التسلّط على مطلق الفسخ المشروع مطلقاً و لو عند التلف. لكن لم أجد من التزم بذلك أو تعرّض له.

و من هنا يمكن أن يقال في هذا المقام—و إن كان مخالفاً للمشهور— بعدم ثبوت الخيار عند التلف إلّا في موضع دَلّ عليه الدليل؛ إذ لم تدلّ أدلّه الخيار من الأخبار و الإجماع إلّا على التسلّط على الردّ أو الاسترداد، و ليس فيها التعرّض للفسخ المتحقق مع التلف أيضاً. و إرادته ملك الفسخ من الخيار غير متعيّنه في كلمات الشارع؛ لما عرفت في أوّل باب الخيارات: من أنّه استعمالٌ غالبٌ في كلمات بعض المتأخّرين (٢).

نعم، لو دَلّ الدليل الشرعى على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصوره التلف، أو جعل المتبايعان بينهما خيار الفسخ بهذا المعنى، ثبت مع التلف أيضاً. والله العالم.

ص: ١٩٢

١-١) في «ش»: «بعدم».

٢-٢) راجع المقدّمه الأولى من المقدّمين المتقدمين في أوّل مبحث الخيارات في الصفحه ١١.

مسأله لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونه

بلا خلافٍ على الظاهر؛ لأنها كانت مضمونه قبل الفسخ؛ إذ لم يسلمها ناقلها إلّا في مقابل العوض، والأصل بقاؤه، إذ لم يتجدد ما يدلّ على رضا مالكة بكونه في يد الفاسخ أمانه، إذ الفسخ إنّما هو من قبيله.

و الغرض من التمسك بضمانها قبل الفسخ بيان عدم ما يقتضى كونها أمانه مالكيه أو شرعيه، لتكون غير مضمونه برضا المالك أو بجعل الشارع، و إذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان عن اليد كما في القبض بالسوم. و مرجع ذلك إلى عموم «على اليد ما أخذت» (1) أو إلى أنها قبضت مضمونه، فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمّى تعين ضمانه بالعوض الواقعي - أعنى المثل أو القيمة - كما في البيع الفاسد.

هذا، و لكنّ المسأله لا تخلو عن إشكال.

و أمّا العين في يد المفسوخ عليه، ففي ضمانها أو كونها أمانه

ص: ١٩٣

١-١) عوالى اللآلى ٢٢٤:١، الحديث ١٠٦، و المستدرک ٨:١٤، الباب الأوّل من أبواب كتاب الوديعه، الحديث ١٢.

إشكالٌ ممّا في التذكرة: من أنه قبضها قبض ضمانٍ فلا- يزول إلّا بالردّ إلى مالكها (١). و من أنّ الفسخ لمّا كان من قبل الآخر، فتركه العين في يد صاحبه مشعراً بالرضا به المقتضى للاستئمان.

و ضعّفه في جامع المقاصد: بأنّ مجرد هذا لا يسقط الأمر الثابت (٢)، والله العالم. □

هذا بعض الكلام في الخيارات و أحكامها، و الباقي محوّل إلى الناظر الخبير بكلمات الفقهاء.

□ □
و الحمد لله و صلّى الله على محمّد و آله

ص: ١٩٤

١- ١) التذكرة ٥٣٨: ١.

٢- ٢) جامع المقاصد ٣٢٢: ٤.

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قال فى التذكرة: ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام:

بيع الحاضر بالحاضر، و هو النقد.

و بيع المؤجل بالمؤجل، و هو بيع الكالى بالكالى.

و بيع الحاضر بالثمن المؤجل، و هى النسيه.

و بيع المؤجل بالحاضر، و هو السلم (١).

و المراد بالحاضر أعم من الكلى، و بالمؤجل خصوص الكلى.

ص: ١٩٧

مسأله إطلاق العقد يقتضى النقد،

و علله فى التذكرة: بأنّ قضيه العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر، فيجب الخروج عن العهده متى طوّل صاحبها (١)، فيكون المراد من «النقد» عدم حقّ للمشتري فى تأخير الثمن.

و المراد المطالبه مع الاستحقاق، بأن يكون قد بذل المثلن أو مكّن منه، على الخلاف الآتى فى زمان وجوب تسليم الثمن على المشتري (٢).

و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً الموثّق: «فى رجل اشترى [من رجل (٣)] جاريه بثلن مسمّى، ثم افترقا؟ قال: وجب البيع، و الثمن إذا لم يكونا شرطاً فهو نقد» (٤).

و لو اشترط تعجيل الثمن كان تأكيداً لمقتضى الإطلاق على

ص: ١٩٨

١-١) التذكرة ٥٤٦: ١.

٢-٢) انظر الصفحة ٢٦١، القول فى وجوب القبض.

٣-٣) من «ش» و المصدر.

٤-٤) الوسائل ٣٦٦: ١٢، الباب الأوّل من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

المشهور، بناءً على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط: من إرادته عدم المماطلة و التأخير عن زمان المطالبه، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبه؛ إذ لا يكون تأكيداً حينئذٍ. لكنّه خلاف متفاهم ذلك الشرط الذي هو محطّ نظر المشهور، مع أنّ مرجع عدم المطالبه في زمان استحقاقها إلى إلغاء (1) هذا الحقّ المشترط في هذا المقدار من الزمان.

□
و كيف كان، فذكر الشهيد رحمه الله في الدروس: أنّ فائده الشرط ثبوت الخيار إذا عيّن زمان النقد، فأخلّ المشتري به (2). و قوّى الشهيد الثانی ثبوت الخيار مع الإطلاق أيضاً (3)، یعنی عدم تعیین (4) الزمان إذا أخلّ به في أول وقته. و هو حسن.

و لا يقدح في الإطلاق عدم تعین زمان التعجيل؛ لأنّ التعجيل المطلق معناه: الدفع في أول أوقات الإمكان عرفاً.

و لا حاجه إلى تقييد الخيار هنا بصوره عدم إمكان الإيجابار على التعجيل؛ لأنّ المقصود هنا ثبوت الخيار بعد فوات التعجيل، أمکن إجباره به أم لم يمكن، ووجب أو لم يجب، فإنّ مسأله أنّ ثمره الشرط ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد تعذر إجباره على الوفاء مسأله أخرى.

مضافاً إلى عدم جريانها في مثل هذا الشرط؛ إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإيجابار، و بعده لا ينفع، لأنّه غير الزمان المشروط فيه الأداء.

ص: ١٩٩

١-١) في «ش»: «إلقاء».

٢-٢) الدروس ٢٠٢:٣.

٣-٣) المسالك ٢٢٣:٣.

٤-٤) في ظاهر «ق»: «عدم تعين».

مسأله يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدّة معيّنه غير محتمله مفهوماً و لا مصداقاً للزيادة و النقصان الغير المسامح فيهما،

فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلافٍ ظاهراً؛ للغرر، و لما دلّ في السّلم-الذى هو عكس المسأله-على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياسٍ أو حصاد (١).

و لا فرق في الأجل المعين بين الطويل و القصير. و عن الإسكافي المنع عن التأخير إلى ثلاث سنين (٢). و قد يستشهد له بالنهي عنه في بعض الأخبار، مثل روايه أحمد بن محمّد: «قلت لأبي الحسن عليه السلام:

إنّى أريد الخروج إلى بعض الجبال-إلى أن قال:-إنّا إذا بعناهم نسيهً كان أكثر للربح، فقال: نعم (٣) بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين؟ قال:

نعم، قلت: بتأخير ثلاث سنين؟ قال: لا» (٤).

ص: ٢٠٠

١-١) راجع الوسائل ٥٧:١٣-٥٩، الباب ٣ من أبواب السلف.

٢-٢) حكاه عنه العلّامه في المختلف ١٣٦:٥.

٣-٣) في الوسائل: «قال: فبعهم».

٤-٤) الوسائل ٣٦٦:١٢، الباب الأوّل من أحكام العقود، الحديث الأوّل.

و المحكّي عن قرب الإسناد عن البنظي أنه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام: «إنّ هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزقٍ، فقال عليه السلام: إذا أردت الخروج فاخرج فإنّها سنّه مضطربه، و ليس للناس بدٌّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قومٌ مُلاء، و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنه؟ قال: بعهم، قلت: سنتين؟ قال:

بعهم، قلت: ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شيءٌ أكثر من ثلاث سنين» (١).

و ظاهر الخبرين الإرشاد، لا التحريم، فضلاً عن الفساد.

و هل يجوز الإفراط في التأخير إذا لم يصل إلى حدٍّ يكون البيع معه سفهاً و الشراء أكلاً للمال بالباطل؟ فيه وجهان:

قال في الدروس: لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالباً كألف سنه، ففي الصحّحه نظرٌ؛ من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به، و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشتري، و هو أقرب (٢).

و ما قرّبه هو الأقرب؛ لأنّ ما في الذمّه - و لو كان مؤجّلاً بما ذكر - مألٌ يصحّ الانتفاع به في حياته بالمعاوضه عليه بغير البيع، بل و بالبيع، كما اختاره في التذكرة (٣).

نعم يبقى الكلام في أنّه إذا فرض حلول الأجل شرعاً بموت

ص: ٢٠١

١ - ١) قرب الإسناد: ٣٧٢، ذيل الحديث ١٣٢٦، و عنه في الوسائل ١٢: ٣٦٦، الباب الأوّل من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

٢ - ٢) الدروس ٣: ٢٠٤.

٣ - ٣) التذكرة ١: ٥٤٦.

المشترى كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشتري إليه لغواً (١)، فيكون فاسداً، بل ربما كان مفسداً، وإن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدّه مجهولاً، فافهم.

ثم إنّ المعتبر في تعيين المدّه [هل (٢)] هو تعينه في نفسه و إن لم يعرفه (٣) المتعاقدان، فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج - كالنيروز و المهرجان و نحوهما - أم لا بدّ من معرفه المتعاقدين بهما حين العقد؟ وجهان، أقواهما الثاني (٤) تبعاً للدروس و جامع المقاصد (٥)؛ لقاعده نفى الغرر. و ربما احتتمل الاكتفاء في ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة في نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفه المصداق، حيث إنّ له شراء وزنه مثلاً بعيار بلدٍ مخصوص و إن لم يعرف مقدارها، و ربما استظهر ذلك من التذكرة (٦).

و لا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال، إذ المضبوطيه في نفسه غير مجدٍ (٧) في مقامٍ يشترط [فيه (٨)] المعرفه؛ إذ المراد بالأجل الغير القابل

ص: ٢٠٢

١ - ١) في «ش» زياده ما يلي: «بل مخالفاً للمشروع، حيث إنّ الشارع أسقط الأجل بالموت، و الاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده».

٢ - ٢) لم يرد في «ق».

٣ - ٣) كذا في «ق»، و المناسب تأنيث الضمائر كما في «ش».

٤ - ٤) في «ق»: «الأول»، و هو من سهو القلم.

٥ - ٥) الدروس ٣: ٢٠٢، و جامع المقاصد ٤: ٢٣١، و لكن ذكره المحقق في مبحث السلف، و لم نثر عليه في هذا المبحث.

٦ - ٦) استظهره في الجواهر ١٠١: ٢٣.

٧ - ٧) كذا، و المناسب: «في نفسها غير مجدي».

٨ - ٨) لم يرد في «ق».

للزيادة و النقيصه ما لا- يكون قابلاً لهما حتى في نظر المتعاقدين، لا في الواقع؛ و لذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان، مع أنه مضبوط في نفسه، و ضبطه عند غير المتعاقدين لا- يجدى أيضاً. و ما ذكر: من قياسه على جواز الشراء بعيار بلدٍ مخصوصٍ لا نقول به، بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفاً، كما تقدّم في شروط العوضين (١).

و ظاهر التذكرة اختيار الجواز، حيث قال بجواز التوقيت بالنيروز و المهرجان؛ لأنه معلوم عند العامّة، و كذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمّة إذا عرفه المسلمون، لكن قال بعد ذلك: و هل يعتبر معرفه المتعاقدين؟ قال بعض الشافعيّة: نعم. و قال بعضهم: لا [يعتبر، و يكتفى بمعرفه الناس (٢)]. و سواء اعتبر معرفتهما أو لا، لو عرفا كفى (٣)، انتهى.

ثمّ الأقوى اعتبار معرفه المتعاقدين و التفاتهما إلى المعنى حين العقد، فلا يكفي معرفتهما به عند الالتفات و الحساب.

ص: ٢٠٣

١- (١) راجع الجزء الرابع، الصفحه ٢١٠-٢١٩.

٢- (٢) من «ش» و المصدر.

٣- (٣) التذكرة ٥٤٨: ١.

مسأله لو باع بئمن حالاً و بأزيد منه مؤجلاً،

ففى المبسوط (١) و السرائر (٢) و عن أكثر المتأخرين (٣): أنه لا- يصحّ. و علله فى المبسوط و غيره بالجهالة، كما لو باع إمّا هذا العبد و إمّا ذاك.

و يدلّ عليه أيضاً ما رواه فى الكافى، أنه قال عليه السلام: «من ساوم بئمنين: أحدهما عاجلاً و الآخر نَظْرَةً فليسّم أحدهما قبل الصّفقه» (٤).

و يؤيّدّه ما ورد من النهى عن شرطين فى بيع (٥)، و عن بيعين فى بيع (٦)

ص: ٢٠٤

١-١) المبسوط ١:١٥٩.

٢-٢) السرائر ٢:٢٨٧.

٣-٣) نسبه فى الرياض ٨:٢١٤ إلى عامّه من تأخّر، و نسبه فى مجمع الفائده (٨: ٣٢٧) إلى ظاهر الأكثر، و راجع تفصيله فى مفتاح الكرامه ٤:٤٢٨-٤:٤٣٢.

٤-٤) الكافى ٥:٢٠٦، الحديث الأوّل، و الوسائل ١٢:٣٦٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأوّل.

٥-٥) راجع الوسائل ١٢:٣٦٧-١٢:٣٦٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

٦-٦) راجع الوسائل ١٢:٣٦٧-١٢:٣٦٨، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

بناءً على تفسيرهما بذلك. و عن الإسكافي كما عن الغنيه (١): أنه روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَنَّهُ قَالَ: «لَا يَحِلُّ صَفْقَتَانِ فِي وَاحِدِهِ»، قَالَ:

و ذلك بأن يقول: إن كان بالنقد فبكذا، وإن كان بالنسيه فبكذا (٢).

هذا، إلا أن في روايه محمد بن قيس -المعتبره- أنه قال أمير المؤمنين عليه السلام: «من باع سلعةً و قال: ثمنها كذا و كذا يداً بيد و كذا و كذا نَظَرَةً، فخذها بأيِّ ثمنٍ شئت، و جعل صفقتها واحده، فليس له إلا أقلهما و إن كانت نَظَرَةً» (٣).

و في روايه السكوني عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه [عليهم السلام]: «أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجلٍ باع يبعاً و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين، فيقول: ليس له إلا أقلّ النقدين إلى الأجل الذي أجله نسيه» (٤).

و عن ظاهر جماعه من الأصحاب العمل بهما (٥)، و نسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان (٦).

فالأولى -تبعاً للمختلف (٧)- الاقتصار على نقل عباره هؤلاء من

ص: ٢٠٥

١- ١) الغنيه: ٢١٣.

٢- ٢) إلى هنا انتهى كلام الإسكافي، و حكاه عنه العلامة في المختلف ١٢٢: ٥.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٦٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٣٦٧، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٥- ٥) حكاه عنهم صاحب الجواهر، انظر الجواهر ١٠٣: ٢٣.

٦- ٦) نسبه في الجواهر (١٠٢: ٢٣) إلى الشيخ و الحلّي و غيرهما.

٧- ٧) راجع المختلف ١٢٢: ٥-١٢٣.

قال في المقنعه: لا يجوز البيع بأجلين على التخيير، كقوله: «هذا المتاع بدرهم نقداً و بدرهمين إلى شهرٍ أو سنه، أو بدرهمٍ إلى شهر و بدرهمين إلى شهرين» فإن ابتاع إنسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الأجلين (١).

و هذا الكلام يحتمل التحريم مع الصحه. و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع، فإنّ اللازم مع فرض فساد البيع الأقل (٢) الذي بيع به نقداً؛ لأنها (٣) قيمه ذلك الشئ. و معنى قوله: «في آخر الأجلين»: أنه لا يزيد على الأقل و إن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين، أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك. و يحتمل إرادته الكراهه، كما عن ظاهر السيد قدس سره في الناصريات: أنّ المكروه أن يبيع بثمانين بقليل إن كان الثمن نقداً، أو بأكثر إن كان نسيئاً (٤). و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زياده الثمن مع تأخير الأجل، لكن لا يفسد العقد، كما سيجيء.

و عن الإسكافي: أنه -بعد ما تقدّم عنه من النبويّ الظاهر في التحريم- قال: و لو عقد البائع للمشتري كذلك و جعل الخيار إليه لم اختر للمشتري أن يقدم على ذلك، فإن فعل و هلك السلعه لم يكن للبائع إلّا أقل الثمنين، لإجازته البيع به، و كان للمشتري الخيار في

ص: ٢٠٦

١- ١) المقنعه: ٥٩٥.

٢- ٢) في «ش» و محتمل «ق»: «بالأقل».

٣- ٣) في «ش»: «لأنه».

٤- ٤) حكاة في الجواهر ١٠٦: ٢٣، و راجع الناصريات: ٣٦٥، المسأله ١٧٢.

تأخير الثمن الأقل إلى المدّة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زياده على الثمن الأقل (١).

و في النهاية: فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير، مثل أن يقول: «بعتك هذا بدينارٍ أو درهم عاجلاً أو إلى شهرٍ أو سنه، و بدينارين أو درهمين إلى شهرٍ أو شهرين أو سنتين» كان البيع باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين (٢)، انتهى.

و عن موضع من الغنيه: قد قدّمنا أن تعليق البيع بأجلين و ثمنين، كقوله: «بعث إلى مدّه بكذا (٣) و إلى اخرى بكذا» يفسده، فإن تراخيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين بدليل إجماع الطائفة (٤).

و عن سلار: ما عُلّق بأجلين، و هو أن يقول: «بعتك هذه السلعه إلى عشره أيام بدرهم و إلى شهرين بدرهمين» كان باطلاً غير منعقد (٥)، و هو المحكّي عن أبي الصلاح (٦).

و عن القاضي: من باع شيئاً بأجلين على التخيير، مثل أن يقول:

«أبيعتك هذا بدينارٍ أو بدرهم عاجلاً و بدرهمين أو دينارين إلى شهرٍ أو

ص: ٢٠٧

١-١ (١) حكاة في المختلف ١٢٢: ٥-١٢٣.

٢-٢ (٢) النهاية: ٣٨٧-٣٨٨.

٣-٣ (٣) في «ق»: «كذا»، و في المصدر: «كذا بكذا».

٤-٤ (٤) الغنيه: ٢٣٠.

٥-٥ (٥) المراسم: ١٧٦.

٦-٦ (٦) الكافي في الفقه: ٣٥٧.

شهورٍ أو سنهٍ أو سنتين» كان باطلاً، فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الأجلين (١).

وقال في المختلف-بعد تقوية المنع-:و يمكن أن يقال:إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر في البعيد، وإلا لزم الربا؛ إذ يبقى الزيادة في مقابل تأخير الثمن لا غير، فإذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقل (٢)، انتهى.

و في الدروس: أن الأقرب الصحه و لزوم الأقل، و يكون التأخير جائزاً من طرف المشتري لازماً من طرف البائع، لرضاه بالأقل، فالزيادة رباً؛ و لذا ورد النهي عنه، و هو غير مانع من صحه البيع (٣)، انتهى.

أقول:لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع؛ لأنه في مقابل الزيادة الساقطه شرعاً، إنما أن يقال:إن الزيادة ليست في مقابل الأجل، بل هي في مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذي يقتضيه العقد لو خلى و طبعه، فالزيادة و إن كانت (٤) رباً-كما سيجيء-إلا أن فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط، كما احتمل ذلك في مصالحه حق القصاص بعد يعلمان استحقاق الغير له (٥) أو حرّيته، بل قال في

ص: ٢٠٨

١-١) حكاة عنه في المختلف ١٢٣:٥، و لكن نعث عليه في كتبه.

٢-٢) المختلف ١٢٥:٥.

٣-٣) الدروس ٢٠٣:٣.

٤-٤) في «ش» زياده:«لكنه».

٥-٥) لم يرد في «ق».

التحرير بالرجوع إلى الديه (١). وحينئذ فلا يستحقّ البائع الزيادة ولا المطالبه قبل الأجل، لكن المشتري لو أعطاه وجب عليه القبول؛ إذ لم يحدث له بسبب المقابله الفاسده حقّ في التأجيل حتّى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل، وإنما سقط حقه من التعجيل.

و يمكن أيضاً حمل الروايه (٢) على أنّ الثمن هو الأقلّ، لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئاً زائداً. وهذا الشرط فاسد؛ لما سيجيء: من أنّ تأجيل الحالّ بزياده رباً محرّم، لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط، كما عليه جماعه (٣). و حينئذٍ فللبائع الأقلّ وإن فرض أنّ المشتري أخره إلى الأجل، كما يقتضيه قوله في روايه محمّد بن قيس: «و إن كانت نَظَرَةً» (٤) لفرض تراضيها على ذلك بزعم صحّحه هذا الشرط، أو البناء عليها تشريعاً. ولعلّ هذا مبني قول الجماعه -قدّس الله أسرارهم-: «فإن أمضيا البيع بينهما كذلك -بمعنى أنّهما تراضيا على هذه المعامله- لم يجب في مقابل التأخير الواقع برضاها شيء زائد على الأقلّ، لفساد المقابله» و مرادهم من بطلان البيع الذي حكموا به أولاً بطلانه بهذه الخصوصيه و عدم ترتّب الأثر المقصود عليه.

و قد تلخّص من جميع ما ذكرنا: أنّ المعامله المذكوره في ظاهر

ص: ٢٠٩

١-١) التحرير ٢٣٠:١.

٢-٢) يعنى روايه السكوني المتقدّمه فى الصفحه ٢٠٥.

٣-٣) تقدّم عنهم فى الصفحه ٩٠.

٤-٤) المتقدّمه فى الصفحه ٢٠٥.

متن الروايتين لا- إشكال و لا- خلاف في بطلانها، بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدنا عليه. و أمّا الحكم بامضائهما كما في الروايتين، فهو حكمٌ تعييديٌّ مخالفٌ لأدله توقّف حِلِّ المال على الرضا و طيب النفس و كون الأكل لا- عن تراضٍ أكلاً بالباطل، فيقع الإشكال في نهوض الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل.

ثم إنَّ الثابت منهما على تقدير العمل بهما هي مخالفته القاعدة في موردهما.

و أمّا ما عداه، كما إذا جعل له الأقل في أجل و الأكثر في أجلٍ آخر، فلا ينبغي الاستشكال في بطلانه؛ لحرمة القياس، خصوصاً على مثل هذا الأصل.

و في التحرير: البطلان هنا قولاً واحداً (١). و حكى من غير واحدٍ (٢) ما يلوح منه ذلك.

إلّا أنّك قد عرفت عموم كلمات غير واحدٍ ممّن تقدّم للمسألتين (٣) و إن لم ينسب ذلك في الدروس إلّا إلى المفيد قدّس سرّه (٤)، لكن عن الرياض: أنّ ظاهر الأصحاب عدم الفرق في الحكم بين المسألتين (٥)،

ص: ٢١٠

١- (١) التحرير ١٧٣: ١.

٢- (٢) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه (٤: ٤٢٩) عن المحقّق و الفاضل الآبي، راجع المختصر النافع: ١٢٢، و الشرائع ٢٦: ٢، و كشف الرموز ٤٦٣: ١.

٣- (٣) راجع كلماتهم المتقدّمه في الصفحه ٢٠٦-٢٠٨.

٤- (٤) راجع الدروس ٢٠٣: ٣.

٥- (٥) الرياض ٢١٦: ٨.

و هو ظاهر الحدائق أيضاً (١)و ما أبعد ما بينه و بين ما تقدّم عن التحرير.

ثم إنّ العلامة في المختلف ذكر في تقريب صحّحه المسألة:أنّه مثل ما إذا قال المستأجر لخياطه الثوب:«إن خطته فارسياً فبدرهم،و إن خطته رومياً فبدرهمين»و أجاب عنه بعد تسليم الصحّحه برجوعها إلى الجعالة (٢).

ص: ٢١١

١-١) راجع الحدائق ١٢٢:١٩-١٢٣.

٢-٢) المختلف ١٢٤:٥-١٢٥.

مسأله لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طوَلب إجماعاً؛ لأنَّ ذلك فائده اشتراط التأجيل. و لو تبرَّع بدفعه لم يجب على البائع القبول بلا- خلافٍ، بل عن الرياض: الإجماع عليه (١).

و في جامع المقاصد في باب السَّلم-نسبه الخلاف إلى بعض العامه (٢)، و علل الحكم في التذكرة في باب السلم-: بأنَّ التعجيل كال تبرُّع بالزيادة، فلا يكلف تقليد المنة (٣)، و فيه تأمل.

و يمكن تعليل الحكم: بأنَّ التأجيل كما هو حقُّ للمشتري يتضمَّن حقَّ للبائع من حيث التزام المشتري لحفظ ماله في ذمته و جعله إياه كالودعي؛ فإنَّ ذلك حقُّ عرفاً.

و بالجملة، ففي الأجل حقُّ لصاحب الدين بلا خلافٍ ظاهر.

و ممَّا ذكرنا يظهر الفرق بين الحالِّ و المؤجَّل، حيث إنَّه ليس

ص: ٢١٢

١-١) الرياض ٢١٩:٨.

٢-٢) جامع المقاصد ٢٤٩:٤.

٣-٣) التذكرة ٥٥٩:١.

لصاحب الدين الحالّ حقّ على المديون. و اندفع أيضاً ما يتخيّل: من أنّ الأجل حقّ مختصّ بالمشتري، و لذا يزداد الثمن من أجله، و له طلب النقصان في مقابل التعجيل، و أنّ المؤجّل كالواجب الموسّع في أنّه يجوز فيه التأخير و لا يجب.

ثمّ إنّ لو أسقط المشتري أجل الدين، ففي كتاب الدين من التذكرة و القواعد: أنّه لو أسقط المديون أجل الدين [مما (1)] عليه لم يسقط، و ليس لصاحب الدين مطالبته في الحال (2)، و علّله في جامع المقاصد: بأنّه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم، [لأنّه المفروض] (3) فلا يسقط [بمجرّد الإسقاط] (4)، و لأنّ في الأجل حقّاً لصاحب الدين، و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل. أمّا لو تقايلا في الأجل فإنّه يصحّ، أمّا لو (5) نذر التأجيل فإنّه يلزم و ينبغي أن لا يسقط بتقايلهما، لأنّ التقايل في العقود لا في النذور (6)، انتهى.

و فيه: أنّه الحقّ المشترط في العقد اللازم يجوز لصاحبه إسقاطه، و حقّ صاحب الدين لا يمنع من مطالبته (7) من أسقط حقّ نفسه.

و في باب الشروط من التذكرة: لو كان عليه دينٌ مؤجّلاً فأسقط

ص: ٢١٣

١- ١) لم يرد في «ق».

٢- ٢) التذكرة ٢:٤، و القواعد ١٠٧:٢.

٣- ٣) من «ش» و المصدر.

٤- ٤) من «ش» و المصدر.

٥- ٥) في «ش» و المصدر: «و لو».

٦- ٦) جامع المقاصد ٤١:٥.

٧- ٧) في محتمل الأصل: «مطالبه».

المديون الأجل لم يسقط، وليس للمديون (١) مطالبته [في الحال (٢)]؛ لأن الأجل صفة تابعة، و الصفة لا تُفرد بالإسقاط؛ و لهذا لو أسقط مستحقّ الحنطه الجيده أو الدنانير الصحيحه الجوده أو الصّحه لم يسقط، و للشافعي وجهان (٣)، انتهى.

و يمكن أن يقال: إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى إسقاط حقّ المطالبة في الأجل، فلا يعود الحقّ بإسقاط التأجيل، و الشرط القابل للإسقاط ما تضمّن إثبات حقّ قابلٍ لإسقاطه بعد جعله، أ لا ترى أنّه لو شرط في العقد التبرّي من عيوب المبيع لم يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العيوب مضمونه كما (٤) كانت بدون الشرط! و أمّا ما ذكره: من أنّ لصاحب الدين حقًا في الأجل، فدلالته على المدعى موقوفة على أنّ الشرط الواحد إذا انحلّ إلى حقّ لكلّ من المتبايعين لم يجر لأحدهما إسقاطه؛ لأنّ الفرض اشتراكهما فيه، و لم يسقط الحقّ بالنسبه إلى نفسه، لأنّه حقّ واحدٌ يتعلّق بهما، فلا يسقط إلّا باتفاقهما الذي عبّر عنه بالتقاييل، و معناه: الاتّفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما، فلا- يرد عليه منع صحّه التقاييل في شروط العقود لا- في أنفسها. نعم، لو صار التأجيل حقًا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتّفاقهما على

ص: ٢١٤

١-١) في «ش» و المصدر بدل «المديون»: «المستحق».

٢-٢) من «ش» و المصدر.

٣-٣) التذكرة ٤٩١: ١.

٤-٤) في «ش» زياده: «لو».

سقوطه؛ لأنَّ الحقَّ معلقٌ بغيرهما.

و ما ذكره حسنٌ لو ثبت اتّحاد الحقّ الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدّد، فيرجع إلى أصاله عدم السقوط، لكنّ الظاهر تعدّد الحقّ، فتأمل (١).

ص: ٢١٥

١ - ١) في «ش» زياده ما يلي: «ثمَّ إنّ المذكور في باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط: بأنَّ الأجل صفةٌ تابعةٌ لا يفرد بالإسقاط، و لذا لو أسقط مستحقّ الحنطة الجيده أو الدنانير الصحاح الجوده أو الصحه لم يسقط، انتهى». و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

مسأله إذا كان الثمن - بل كل دين - حالاً أو حلّ، وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه

؛ لأنّ في امتناعه إضراراً و ظلماً؛ إذ لا حقّ له على من في ذمّته في حفظ ماله في ذمّته، و الناس مسلّطون على أنفسهم.

و توهم: عدم الإضرار و الظلم؛ لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكة، مدفوع: بأنّ مشروعيتّه قبض الحاكم أو العزل إنّما هي (1) لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرّم عن المديون، و ليس بدلاً اختيارياً عن قبض الحاكم أو العزل حتّى يسقط الوجوب عن المالك لتحقّق (2) البديل (3)، ألا- ترى أنّ من يجب عليه بيع ماله لنفقه عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه في البيع.

و كيف كان، فإذا امتنع بغير حقّ سقط اعتبار رضاه؛ لحديث نفي الضرار، بل مورده كان من هذا القبيل، حيث إنّ سمره بن جندب امتنع من الاستئذان للمرور إلى عدّقه الواقع في دار الأنصاري و عن

ص: ٢١٦

١-١) في «ش» بدل «هي»: «يثبت».

٢-٢) في محتمل «ق»: «بتحقّق».

٣-٣) في ظاهر «ق»: «المبديل».

بيعه (١)، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «أذهب فاقلعها (٢) و ارم بها وجه صاحبها» (٣) فأسقط ولايته على ماله. و مقتضى القاعده إجبار الحاكم له على القبض؛ لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه في القبض الذي يتوقف ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحقّقه منه كرهاً، مع كون الإكراه بحق بمنزله الاختيار، فإن تعدّر مباشرته -و لو كرهاً- تولّاه الحاكم؛ لأن السلطان وليّ الممتنع بناءً على أنّ الممتنع من يمتنع و لو مع الإكراه. و لو قلنا: إنّه من يمتنع بالاختيار، جاز للحاكم تولّي القبض عنه من دون الإكراه، و هو الذي رجّحه في جامع المقاصد (٤).

و المحكّي عن إطلاق جماعه عدم اعتبار الحاكم (٥).

و ليس للحاكم مطالبه المديون بالدين إذا لم يسأله؛ لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه في ذمّته. و عن السرائر: وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الإكراه (٦). و استبعده [غيره (٧)] (٨)،

ص: ٢١٧

١-١ (١) كذا، و المناسب: «بيعه».

٢-٢ (٢) تأنيث الضمير باعتبار «النخلة» الواقعة في الحديث.

٣-٣ (٣) راجع الوسائل ٣٤٠:١٧-٣٤١، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث ١ و ٣.

٤-٤ (٤) جامع المقاصد ٢٤٨:٤.

٥-٥ (٥) نسبه في الجواهر (١١٦:٢٣) بلفظ: «بل قد يظهر من إطلاق الشيخين و ابن حمزه...»، و قال نحوه في مفتاح الكرامه ٤٨٣:٤.

٦-٦ (٦) السرائر ٢٨٨:٢.

٧-٧ (٧) لم يرد في «ق».

٨-٨ (٨) استبعده الشهيد في الدروس ٢٠٥:٣، و قرّره صاحب الجواهر، انظر الجواهر ١١٧:٢٣.

و هو فى محلّه.

و لو تعدّر الحاكم، فمقتضى القاعده إجبار المؤمنين له، عدولاً كانوا أم لا؛ لأنّه من المعروف الذى يجب الأمر به على كلّ أحد.

فإن لم يمكن إجباره، ففى وجوب قبض العدول عنه نظراً، أقواه العدم. و حينئذٍ فطريق براءة ذمّه المديون أن يعزل حقه و يجعله أمانه عنده، فإن تلف فعلى ذى الحق؛ لأنّ هذه فائده العزل و ثمره إلغاء قبض ذى الحق. و لكن لم يخرج عن ملك مالكه، لعدم الدليل على ذلك، فإنّ اشتراط القبض فى التملك لا يسقط بأدله نفي الضرر، و إنّما يسقط بها ما يوجب التضرر و هو الضمان، و حينئذٍ فنماء المعزول له، و قاعده مقابله الخراج بالضمان غير جاريه هنا.

و قد يستشكل فى الجمع بين الحكم ببقاء ملكيه الدافع و كون التلف من ذى الحق، و وجهه: أنّ الحق المملوك لصاحب الدين إن تشخص فى المعزول كان ملكاً له، و إن بقى فى ذمّه الدافع لم يمكن تلف المعزول منه؛ إذ لم يتلف ماله.

و يمكن أن يقال: إنّ الحق قد سقط من الذمّه و لم يتشخص بالمعزول، و إنّما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبه العبد الجانى، فبتلفه يتلف الحق، و مع بقاءه لا يتعين الحق فيه، فضلاً عن أن يتشخص به.

و يمكن أن يقال: بأنّه يقدر أنّ ما قبل التلف فى ملك صاحب الدين.

ثمّ إنّ الظاهر جواز تصرفه فى المعزول، فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه. و مقتضى القاعده عدم وجوب حفظه من التلف؛ لأنّ شرعيه عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين إنّما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولاً، و تكليفه بحفظ المعزول أضّر عليه من حفظ

أصل المال في الذمه.

و عن المحقق الثاني: أنه يتَّجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و (١) لم يأت به لكن أعلم بالحال، و بين ما إذا أتاه و طرحه عنده، فيلغى (٢) و جوب الحفظ في الثاني دون الأول (٣).

و لعل وجهه: أن المبرىء للعهد التخليه و الإقباض المتحقق في الثاني دون الأول، و سيجىء في مسأله قبض المبيع ما يؤيده (٤).

و عن المسالك: أنه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته و إن تلف، و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يمكن إلزامه بالقبض (٥).

ثم إنَّ المحقق الثاني ذكر في جامع المقاصد - بعد الحكم بكون تلف المعزول من صاحب الدين الممتنع من أخذه -: أن في انسحاب هذا الحكم في من أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مالٍ على جهه الإشاعه بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما تردداً. و مثله ما لو تسلط الظالم بنفسه و أخذ قدر نصيب الشريك.

لم أجد للأصحاب تصريحاً بنفي و لا إثبات، مع أن الضرر هنا قائم أيضاً، و المتَّجه عدم الانسحاب (٦)، انتهى. و حكى نحوه عنه في حاشيه

ص: ٢١٩

١- ١) في «ق»: «أو».

٢- ٢) في «ش» و المصدر: «فينتفى».

٣- ٣) جامع المقاصد ٤١: ٥.

٤- ٤) انظر الصفحه ٢٦٦.

٥- ٥) المسالك ٤٢٥: ٣.

٦- ٦) جامع المقاصد ٤٠: ٤١-٤٠.

أقول: أمّا الفرع الثاني، فلا- وجه لإلحاقه بما نحن فيه؛ إذ دليل الضرر بنفسه لا يقضى بتأثيره الظالم في التعيين، فإذا أخذ جزءاً خارجياً من المشاع فتوجيه هذا الضرر إلى من نواه الظالم دون الشريك لا وجه له، كما لو أخذ الظالم من المديون مقدار الدين بتيه أنه مال الغريم.

و أمّا الفرع الأوّل، فيمكن أن يقال: بأنّ الشريك لما كان في معرض التضرّر لأجل مشاركة شريكه جعل له ولاية القسمه. لكن فيه: أنّ تضرّره إنّما يوجب ولايته على القسمه حيث لا يوجب القسمه تضرّر شريكه، بأن لا يكون حصّه الشريك بحيث تتلف بمجرد القسمه، كما في الفرض، وإلّا فلا ترجيح لأحد الضررين، مع أنّ التمسك بعموم «نفي الضرر» في موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب يؤسس فقهاً جديداً.

ص: ٢٢٠

مسأله لا خلاف-على الظاهر من الحدائق

مسأله لا خلاف-على الظاهر من الحدائق (١)المصرّح به في غيره (٢)-في عدم جواز تأجيل الثمن الحال، بل مطلق الدين، بأزيد منه؛

لأنّ ربا، لأنّ حقيقه الربا في القرض راجعهُ إلى جعل الزيادة في مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبه إلى أجل، فالزيادة الواقعه بإزاء تأخير المطالبه رباً عرفاً، فإنّ أهل العرف لا يفوّقون في إطلاق الربا بين الزيادة التي تراضيا عليها في أوّل المدايينه-كأن يقرضه عشرةً بأحد عشر إلى شهر-و بين أن يتراضيا (٣)بعد الشهر إلى تأخيره شهراً آخر بزيادة واحد، وهكذا...، بل طريقه معامله الربا مستقرّة على ذلك، بل الظاهر من بعض التفاسير: أنّ صدق الربا على هذا التراضى مسلّم في العرف، و أنّ مورد نزول قوله تعالى في مقام الردّ على من قال: **إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا** (٤)هو التراضى بعد حلول

ص: ٢٢١

١-١) راجع الحدائق ١٣٤:١٩.

٢-٢) كما في السرائر ٢٨٩:٢، و الجواهر ١٢٠:٢٣.

٣-٣) في «ق»: «يتراضون».

٤-٤) البقره: ٢٧٥.

الدين على تأخيرهِ إلى أجلٍ بزيادِهِ فيه.

فعن مجمع البيان عن ابن عباس: أنه كان الرجل من أهل الجارية (١) إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه، قال المطلوب منه: زدنى فى الأجل أزيدك فى المال، فيتراضيان عليه و يعملان به، فإذا قيل لهم:

ربا، قالوا (٢): هما سواء، يعنون بذلك: أن الزيادة فى الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء، فذمهم الله و ألحق بهم الوعيد و خطأهم فى ذلك بقوله تعالى: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا (٣).

و يؤيده بل يدلّ عليه حسنه ابن أبى عمير أو صحيحته عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سئل عن الرجل يكون له دينٌ إلى أجلٍ مسمى، فيأتيه غريمه فيقول له: أنقذنى كذا و كذا و أضع عنك بقيته، أو: أنقذنى بعضه و أمدّ لك فى الأجل فيما بقى عليك؟ قال: لا أرى به بأساً، إنّه لم يزد على رأس ماله، قال الله تعالى: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ « (٤) علل جواز التراضى على تأخير أجل البعض بنقد

ص: ٢٢٢

١ - ١) كذا فى «ق» - ظاهراً - و «ف» و «ن» و «و فى «ش»: «كان الرجل من أهل الجاهلية»، و فى المصدر: «كان الرجل منهم...»، و على فرض عدم السهو، فالمعنى المناسب لـ «الجارية» هنا هو «النعمة»، راجع القاموس المحيط ٣: ٣١٢، مادّه «جرى».

٢ - ٢) فى «ق»: «قال».

٣ - ٣) مجمع البيان ١: ٣٨٩.

٤ - ٤) الوسائل ١٦٨: ١٣، الباب ٧ من أبواب أحكام الصلح، الحديث الأول. و الآيه من سوره البقره: ٢٧٩.

البعض بعدم الازدياد على رأس ماله، فيدلّ على أنّه لو ازداد على رأس ماله لم يجز التراضى على التأخير، وكان رباً بمقتضى استشهاده بذيل آيه الربا، وهو قوله تعالى: فَلَكُمْ رُؤُسَ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ .

و يدلّ عليه بعض الأخبار الواردة فى تعليم طريق الحيله فى جواز تأخير الدين بزياده باشتراط التأخير فى ضمن معاوضه غير مقصوده للفرار عن الحرام (١)، فلو جاز التراضى على التأجيل بزياده لم يكن داع إلى التوصل بأمثال تلك الحيل حتى صاروا عليهم السلام مورداً لاعتراض العامه فى استعمال بعضها، كما فى غير واحد من الأخبار (٢) الواردة فى بعضها (٣).

و يدلّ عليه أيضاً أو يؤيدّه بعض الأخبار الواردة فى باب الدين، فيما إذا أعطى المديون بعد الدين شيئاً مخافه أن يطلبه الغريم بدينه (٤).

و ممّا ذكرنا- من أنّ مقابله الزيادة بالتأجيل ربا- يظهر عدم الفرق بين المصالحه عنه بها و المقاوله عليها من غير عقد. و ظهر أيضاً أنّه يجوز المعاوضه اللازمه على الزيادة بشيء و اشتراط تأخير الدين

ص: ٢٢٣

١-١) راجع الوسائل ١٢:٣٨٠، الباب ٩ من أبواب أحكام العقود، الأحاديث ٤ و ٥ و ٦.

٢-٢) راجع الوسائل ١٢:٤٦٦-٤٦٧، الباب ٦ من أبواب الصرف، الحديثين ١ و ٢.

٣-٣) فى «ش»: «فى ذلك».

٤-٤) راجع الوسائل ١٣:١٠٤، الباب ١٩ من أبواب الدين، الحديث ٣.

عليه في ضمن تلك المعاوضه. وظهر أيضاً من التعليل المتقدم (1) في روايه ابن أبي عمير جواز نقص المؤجّل بالتعجيل. و
سيجيء تمام الكلام في هاتين المسألتين في باب الشروط أو كتاب القرض إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٢٤

١-١) تقدّم في الصفحه ٢٢٢.

مسأله إذا ابتاع عيناً شخصياً بثمنٍ مؤجلٍ جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده بجنس الثمن و غيره،

مساوياً له أو زائداً عليه أو ناقصاً، حالاً أو مؤجلاً، إلّا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه في البيع الأوّل قبوله منه بمعامله ثانياً.

أمّا الحكم في المستثنى منه، فلا خلاف فيه إلّا بالنسبة إلى بعض صور المسأله—فمنع منها الشيخ في النهايه و التهذيبن (١)، و عن الشهيد:

أنّه تبع الشيخ جماعه (٢)—و هي: بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساوياً.

قال في النهايه: إذا اشترى نسيهً فحلّ الأجل و لم يكن معه

ص: ٢٢٥

١- ١) ستجىء عبارته النهايه، و راجع التهذيب ٧:٣٣، ذيل الحديث ١٣٧، و الاستبصار ٣:٧٧، ذيل الحديث ٢٥٦.

٢- ٢) غايه المراد ٢:٨٠، و قال السيّد العاملى في مفتاح الكرامه (٤:٤٣٤) بعد نقل هذا عن الشهيد: «و لم نظفر بهم»، هذا و قد ورد قوله: «و عن الشهيد.. إلخ» في «ش» بعد المنقول عن النهايه.

ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصانٍ من ثمنه، فإن أخذه بنقصانٍ ممّا باع لم يكن ذلك صحيحاً و لزمه ثمنه الذي كان أعطاه به، فإن أخذ من المبتاع متاعاً آخر بقيمته في الحال لم يكن بذلك بأس (١)، انتهى.

و ظاهر الحدائق: أنّ محلّ الخلاف أعمّ ممّا بعد الحلول و أنّه قصر بعضهم التحريم بالطعام (٢).

و كيف كان، فالأقوى هو المشهور؛ للعمومات المجوّزه كتاباً و سنّه (٣)، و عموم ترك الاستفصال في صحيحه بشار بن يسار، قال:

□
«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسأ، فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ فقال: نعم، لا بأس به. فقلت له: أشتري متاعى و غنمى! قال: ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك (٤)».

□
و صحيحه ابن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «رجلٌ كان له على رجلٍ دراهم من ثمن غنمٍ اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندى، فرضى؟»

ص: ٢٢٦

١-١) النهاية: ٣٨٨، مع تفاوت في بعض الألفاظ.

٢-٢) الحدائق ١٢٥:١٩.

٣-٣) أمّا الكتاب فمثل قوله تعالى: «وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا» البقره: ٢٧٥ و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» المائده: ١، و غيرها من الآيات، و أمّا السنّه فتعرض لذكرها المؤلف، و راجع تفصيل ذلك في الوسائل ٣٧٠:١٢-٣٧٣، الباب ٥ و ٦ من أبواب أحكام العقود.

٤-٤) الوسائل ٣٧٠:١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

قال: لا بأس بذلك» (١).

□
و روايه الحسين بن منذر، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

الرجل يجيئني فيطلب العينه فأشترى له المتاع من أجله (٢) ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكانى؟ قال: فقال: إذا كان هو بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري فلا بأس. قال: فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسدٌ و يقولون: إنه إن جاء به بعد أشهرٍ صحَّ، قال: إنما هذا تقديمٌ و تأخيرٌ و لا بأس (٣)».

و فى المحكى عن قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام قال: «سألته عن رجلٍ باع ثوباً بعشره دراهم اشتراه منه بخمسه دراهم، أ يحلُّ؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس» (٤).

و عن كتاب علي بن جعفر قوله: «باعه بعشره إلى أجلٍ ثم اشتراه بخمسه بنقده» (٥)، و هو أظهر فى عنوان المسأله.

ص: ٢٢٧

١- (١) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث الأول.

٢- (٢) كذا فى «ق»، و الظاهر زياده إحدى الكلمتين: «إمّا له»، و «إمّا من أجله»، و قد ورد الأوّل فى الوسائل، و الثانى فى التهذيب.

٣- (٣) الوسائل ٣٧٠: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

٤- (٤) قرب الإسناد: ٢٦٧، الحديث ١٠٦٢، و عنه فى الوسائل ٣٧١: ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

٥- (٥) مسائل علي بن جعفر: ١٢٧، المسأله رقم ١٠٠، و عنه فى الوسائل ١٢: ٣٧١، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، ذيل الحديث

٦.

و ظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف.

□
و قد يستدل أيضاً بروايه يعقوب بن شعيب و عبيد بن زراره، قالاً: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ باع طعاماً بدرهم (١) إلى أجل، فلمَّا بلغ ذلك تقاضاه، فقال: ليس لي درهم خذ منِّي طعاماً، فقال: لا بأس به، فإنَّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» (٢) و في دلالتها نظر.

□
و فيما سبق من العمومات كفاية؛ إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره: من روايه خالد بن الحجاج، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ بعته طعاماً بتأخير إلى أجلٍ مسمّى، فلمَّا جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي درهم، و لكن عندي طعام، فاشتره منِّي؟ فقال: لا تشتريه منه، فإنَّه لا خير فيه» (٣).

□
و روايه عبد الصمد بن بشر- المحكيه عن الفقيه- قال: «سأله محمد ابن قاسم الحنّاط فقال: أصلحك الله! أبيع الطعام من رجلٍ إلى أجل، فأجىء و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس (٤) عندي درهم؟ قال:

□
خذ منه بسعر يومه. فقال: أفهم- أصلحك الله- أنه طعامي الذي

ص: ٢٢٨

١- ١) في «ق»: «بمائه درهم». و ما أثبتناه موافق للمصادر الحديثيه، و الظاهر أنّ الشيخ نقلها عن الجواهر، راجع الجواهر ١١٢: ٢٣.

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٧١، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

٣- ٣) راجع التهذيب ٧: ٣٣، الحديث ١٣٧، و الوسائل ١٣: ٧٤، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣.

٤- ٤) في «ق» زياده: «لك»، و لم ترد في المصادر الحديثيه.

اشتراه مني، فقال: لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، فقال: أرغم الله أنفي! رخص لي، فرددت عليه فشدد عليّ» (١).

و حكى عن الشيخ قدس سره: أنه أوردها في الاستبصار دليلاً على مختاره (٢). و حكى عن بعض (٣) ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول: لا يظهر من روايه خالد دلالة على مذهب الشيخ، و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه: «لا خير فيه» من أمارات الكراهه.

و اعلم أنه (٤) حكى في المختلف عن الخلاف: أنه إذا باع طعاماً قفيزاً بعشره دراهم مؤجله، فلما حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا أخذ مثل ذلك (٥)، فإن زاد عليه لم يجوز. و احتجّ بإجماع الفرقه [و أخبارهم (٦)]

ص: ٢٢٩

١- ١) الفقيه ٣: ٢٠٧، الحديث ٣٧٧٧، و الوسائل ١٣: ٧٤-٧٥، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٥.

٢- ٢) حكاة المحدث البحراني في الحدائق ١٩: ١٣٠، و راجع الاستبصار ٣: ٧٧، الحديث ٢٥٧. □

٣- ٣) حكاة أيضاً المحدث البحراني في الحدائق ١٩: ١٣٠ عن بعض مشايخه، فقال رحمه الله في تعليقه منه: «هو شيخنا الشيخ عليّ بن سليمان القدسي البحراني في حواشيه على الكتاب».

٤- ٤) في «ش» زياده ما يلي: «قال الشيخ قدس سره في المبسوط: إذا باع طعاماً بعشره مؤجله، فلما حلّ الأجل أخذ بها طعاماً جاز إذا أخذ ما أعطاه، فإن أخذ أكثر لم يجوز. و قد روى أنه يجوز على كل حال و». راجع المبسوط ٢: ١٢٣.

٥- ٥) العبارة في «ش» و المصدر: «جاز ذلك إذا أخذ مثله».

٦- ٦) لم يرد في «ق».

و بأنه يؤدى إلى بيع الطعام بالطعام (١). ثم حكى عن بعض أصحابنا الجواز مطلقاً، و عن بعضهم المنع مطلقاً. ثم حكى عن الشيخ فى آخر كلامه، أنه قال: و القول الآخر الذى لأصحابنا قوئى؛ و ذلك أنه بيع طعام بدراهم، لا بيع طعام بطعام، فلا يحتاج إلى اعتبار المثلثه (٢)، انتهى.

أقول: الظاهر أنّ الشيخ قدس سرّه جرى فى ذلك و فيما تقدّم عنه فى النهايه- من عدم جواز بيع ما اشترى بجنس الثمن متفاضلاً- على قاعده كليه تظهر من بعض الأخبار: من أنّ عوض الشئ الربوى لا يجوز أن يعوّض بذلك الشئ بزياده، و أنّ عوض العوض بمنزله العوض، فإذا اشترى طعاماً بدراهم لا يجوز أن يأخذ بدل الطعام دراهم بزياده، و كذلك إذا باع طعاماً بدراهم لا يجوز (٣) أن يأخذ عوض الدرهم طعاماً. و عوّل فى ذلك على التعليل المصرّح به فى روايه على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام- المعتضد ببعض الأخبار المانعه (٤) عن بعض أفراد هذه القاعده هنا و فى باب السلم (٥)- قال: «سألته عن رجل له على آخر تمرّ أو شعير أو حنطه، أ يأخذ قيمتها (٦) دراهم؟» قال (٧): إذا

ص: ٢٣٠

-
- ١- ١) فى «ش» و المصدر: «طعام بطعام».
 - ٢- ٢) المختلف ٥: ٢٨٩، و راجع الخلاف ٣: ١٠١، المسأله: ١٦٦ من كتاب البيوع.
 - ٣- ٣) فى «ش» زياده: «له».
 - ٤- ٤) المتقدمه فى الصفحه ٢٢٨ التى ذكرها الشيخ لمذهبه.
 - ٥- ٥) مثل روايه محمّد بن قيس الوارده فى الوسائل ١٣: ٧٢، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٥، و غيرها من الروايات الداله فى الباب.
 - ٦- ٦) فى «ش» و الوسائل: «بقيمته».
 - ٧- ٧) من المصدر.

قَوْمَهَا (١) دراهم فسد؛ لأنَّ الأصل الذي يشتري به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم» (٢)، قال في محكّي التهذيب: الذي افتى به [ما تضمّنه (٣)] هذا الخبر الأخير: من أنه إذا كان الذي أسلف فيه دراهم لم يجوز أن يبيعه بدراهم؛ لأنه يكون قد باع دراهم بدراهم، وربما كان فيه زياده أو نقيصه (٤) [وذلك رباً] (٥) انتهى (٦).

و هنا يقول أيضاً قبلاً لمسأله السّلم التي هي عكس مسألتنا: إنّه إذا كان الذي باعه طعاماً لم يجوز أن يشتري بثمنه طعاماً؛ لأنه يكون باع طعاماً بطعام.

و بالجمله، فمدار فتوى الشيخ قدّس سرّه على ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فيه: من أنّ عوض العوض في حكم العوض في عدم جواز التفاضل مع اتّحاد الجنس الربوي، فلا فرق بين اشتراء نفس ما باعه منه، وبين اشتراء مجانسه منه، ولا فرق أيضاً بين اشتراؤه قبل حلول الأجل أو بعده، كما أطلقه في الحدائق (٧).

و تقييده بما بعد الحلول في عبارته النهايه المتقدّمه (٨) لكون الغالب وقوع المطالبه و الإيفاء بعد الحلول، و إن قصير المشهور خلافه به. لكنّ

ص: ٢٣١

١- ١) في «ش» و الوسائل: «قومه».

٢- ٢) الوسائل ١٣: ٧١، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٢.

٣- ٣) من المصدر.

٤- ٤) في «ش» و المصدر: «نقصان».

٥- ٥) من المصدر.

٦- ٦) التهذيب ٣٠: ٧-٣١، ذيل الحديث ١٢٩.

٧- ٧) الحدائق ١٩: ١٢٥.

٨- ٨) تقدّمت في الصفحه ٢٢٥.

الأظهر هو الإطلاق. كما أنّ تقييد المنع في كلامه بأخذ ما باعه بالناقص؛ لأنّه الغالب، لأنّ الغالب في ردّ نفس ما اشتراه ردّه بالناقص، لا- لخصوصيّته في النقص لا- تجرى في الزيادة؛ و لذا ذكر (١) جواز أخذ المتاع الآخر بقيمته في الحال زادت أو نقصت، فيعلم منه:

أنّ أخذ ما باعه بقيمته في الحال غير جائز زادت أو نقصت.

و يؤيد الحمل على الغالب: أنّه قدّس سرّه ذكر في مسأله السّلم- التي هي عكس المسأله-: أنّه لا يجوز له أخذ جنس (٢) الثمن زائداً على ما أعطاه (٣)، فإنّ الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص ممّا اشترى، و مع العكس العكس.

و ظهر أيضاً ممّا ذكرنا: أنّ الحكم مختصّ في كلام الشيخ قدّس سرّه بالجنس الربوي، لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام.

و أمّا الحكم في المستثنى- و هو ما إذا اشترط في البيع الأوّل نقله إلى من انتقل عنه- فهو المشهور، و نصّ عليه الشيخ في باب المربحه (٤) و استدلّوا عليه أولاً بالدور، كما في التذكرة.

قال في باب الشروط: لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصحّ، سواء اتّحد الثمن قدرّاً و وصفاً و عيناً أم لا، و إلّا جاء الدور؛ لأنّ يبيعه له يتوقّف على ملكيته له المتوقّفه على بيعه [فيدور (٥)]، أمّا لو

ص: ٢٣٢

١- ١) أي ذكر الشيخ في عبارته النهاية المتقدّمة في الصفحة ٢٢٦.

٢- ٢) في «ش» بدل «جنس»: «مثل».

٣- ٣) ذكره في النهاية: ٣٩٧، و راجع المبسوط ١٨٧: ٢.

٤- ٤) المبسوط ١٤٢: ٢.

٥- ٥) لم يرد في «ق».

شرط أن يبيعه على غيره صحّ عندنا حيث لا - منافاه فيه للكتاب و السنه. لا يقال: ما التزتموه من الدور آت هنا؛ لأننا نقول: الفرق ظاهر؛ لجواز أن يكون جارياً على حدّ التوكيل أو عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع (١)، انتهى.

أقول: ظاهر ما ذكره من النقض أنه يعتبر في الشرط أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه، و بيع الشيء على غير مالكة معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولي، بخلاف بيعه على مالكة، فإنه غير معقول أصلاً. فاندفع عنه نقض جماعه ممن تأخر عنه باشتراط بيعه على غيره أو عتقه.

نعم، ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهناً على الثمن، فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع، بل يتوقف عليه. وقد اعترف قدس سره بذلك في التذكرة، فاستدلّ بذلك لأكثر الشافعيه المانعين عنه، وقال: إن المشتري لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحه البيع، فلا يتوقف عليه صحه البيع و إلا دار (٢). لكنّه قدس سره مع ذلك جوّز هذا الاشتراط.

إلما أن يقال: إن أخذ الرهن على الثمن و التضمين عليه و على دركه و درك المبيع من توابع البيع و من مصالحه، فيجوز اشتراطها، نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلاً و نحو ذلك، فتأمل (٣).

و قرّر الدور في جامع المقاصد: بأنّ انتقال الملك موقوف على

ص: ٢٣٣

١- (١) التذكرة ٤٩٠:١.

٢- (٢) التذكرة ٤٩١:١.

٣- (٣) في «ش» بدل «فتأمل»: «لكن ينتقض حينئذ بما اعترف بجوازه في التذكرة: من اشتراط وقف المشتري المبيع عن البائع و ولده».

حصول الشرط، و حصول الشرط موقوفٌ على الملك (١). وهذا بعينه ما تقدّم عن التذكرة بتفاوتٍ في ترتيب المقدمتين.

و أُجيب (٢) عنه تارةً: بالنقض باشتراط بيعه من غيره. وقد عرفت أنّ العلامة قدس سرّه تفتّن له في التذكرة، و أجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن، و عرفت تفتّنه لذلك أيضاً في التذكرة.

و أخرى: بالحلّ، و هو أنّ انتقال الملك ليس موقوفاً على تحقّق الشرط، و إنّما المتوقّف عليه لزومه.

و ثالثة: بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأوّل، فإنّ ملك المشتري متخلّل بين البيعين.

و مبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة في الاعتراض على نفسه و الجواب عنه بما حاصله: أنّ الشرط لا بدّ من صحّته مع قطع النظر عن البيع، فلا يجوز أن يتوقّف صحّته على صحّحه البيع.

و لا فرق في ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده؛ لأنّ بيع الشيء على مالكة غير معقولٍ مطلقاً. و لو قيّد بما بعد خروجه عن ملك مالكة لم يفرق أيضاً بين ما قبل الأجل و ما بعده.

و استدلّ عليه أيضاً (٣) بعدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقه الإخراج عن ملكه، حيث لم يقطع علاقه الملك عنه.

و جعله في غايه المراد أولى من الاستدلال بالدور بعد دفعه

ص: ٢٣٤

١-١) جامع المقاصد ٢٠٤:٤.

٢-٢) أجاب صاحب الجواهر في الجواهر ١١٠:٢٣.

٣-٣) عطف على قوله: «و استدّلوا عليه أوّلاً بالدور»، المتقدّم في الصفحة ٢٣٢.

بالجوابين الأولين، ثم قال: وإن كان إجماعٌ على المسألة فلا بحث (١).

و ردّ عليه المحقق و الشهيد الثانيان: بأنّ الفرض حصول القصد إلى النقل الأول لتوقّفه عليه، و إلّا لم يصحّ ذلك إذا قصدا ذلك و لم يشترطاه مع الاتّفاق على صحّته (٢)، انتهى.

و استدللّ عليه في الحدائق بقوله عليه السلام- في رواية الحسين بن المنذر المتقدّمه [في (٣)] السؤال عن بيع الشيء و اشتراؤه ثانياً من المشتري-: «إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتري، فلا بأس» (٤) فإنّ المراد بالخيار هو الاختيار عرفاً في مقابل الاشتراط على نفسه بشرائه ثانياً، فدلّ على ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختارٍ في النقل من جهة التزامه بذلك في العقد الأوّل.

و ثبوت «البأس» في الرواية، إمّا راجعٌ إلى البيع الأوّل فثبت المطلوب، و إن كان راجعاً إلى البيع الثاني فلا وجه له إلّا بطلان البيع الأوّل، إذ لو صحّ البيع الأوّل و المفروض اشتراطه بالبيع الثاني لم يكن بالبيع الثاني بأس، بل كان لازماً بمقتضى الشرط الواقع في متن العقد الصحيح.

هذا، و قد يُردّ (٥) دلالتها بمنع دلالة «البأس» على البطلان. و فيه

ص: ٢٣٥

١- ١) غايه المراد ٢:٧٨.

٢- ٢) جامع المقاصد ٤:٢٠٤، و المسالك ٣:٢٢٥.

٣- ٣) لم يرد في «ق».

٤- ٤) الحدائق ١٢٨:١٩-١٢٩، و تقدّمت الرواية في الصفحه ٢٢٧.

٥- ٥) هذا الردّ و الردّان الآتيان من صاحب الجواهر قدّس سرّه، راجع الجواهر ٢٣: ١١١.

و قد تُردّ أيضاً بتضمّنها لاعتبار ما لا يقول به أحد: من عدم اشتراط المشتري ذلك على البائع.

و فيه: أنّ هذا قد قال به كلّ أحدٍ من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع، فإنّ المسألتين من وادٍ واحد، بل الشهيد قدّس سرّه فى غايه المراد عنون المسأله بالاشترء بشرط الاشترء (١).

و قد يُردّ أيضاً: بأنّ المستفاد من المفهوم لزوم الشرط و أنّه لو شرطاه يرتفع الخيار عن المشروط عليه و إن كان يحرم البيع الثانى أو هو و البيع الأوّل مع الشرط و يكون الحاصل حينئذٍ حرمة الاشترط و إن كان لو فعل التزم به، و هو غير التزم المحرّم الذى يفسد و يفسد العقد.

و فيه: أنّ الحرمة المستفاده من «البأس» ليس إلّا الحرمة الوضعيّه أعنى الفساد، و لا يجمع ذلك صحّه الشرط و لزومه.

نعم، يمكن أن يقال- بعد ظهور سياق الروايه فى بيان حكم البيع الثانى مع الفراغ عن صحّه الأوّل، كما يشهد به أيضاً بيان خلاف أهل المسجد المختصّ بالبيع الثانى-: إنّ المراد أنّه إن وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس و الاختيار فلا بأس به، و إن وقع لا- عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقاً فى متن العقد أو قبله و إلزامه عرفاً بما التزم كان الشراء فاسداً، لكن فساد الشراء لا يكون إلّا لعدم طيب النفس فيه و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه، إمّا لعدم ذكره فى

متن العقد، وإما لكون الشرط لغواً لا يجب الوفاء به، وإما فساده لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتى لو وقع عن طيب النفس فهو مخالفٌ (١) لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعاً و جوازاً بالعقد الثاني.

و أما روايه عليّ بن جعفر (٢) فهي أظهر في اختصاص الحكم بالشراء الثاني، فيجب أيضاً حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثاني فسادُ البيع الأول، بأن يكون مفهوم الشرط: أنه إذا اشترط ذلك في العقد أو قبله و لم يرضيا بوقوع العقد الثاني بل وقع على وجهه (٣) الإلجاء من حيث الالتزام به قبل العقد أو فيه فهو غير صحيح، لعدم طيب النفس فيه و وقوعه عن إلهاء، وهذا لا يكون إلّا مع عدم وجوب الوفاء، وإما لعدم ذكره في العقد، وإما لكونه لغواً فاسداً مع عدم تأثير فسادَه في العقد.

و بالجملة، فالحكم بفساد العقد الثاني في الروايتين لا يصحّ أن يستند إلى فساد الأول؛ لما ذكرنا: من ظهور الروايتين في ذلك، فلا بدّ

ص: ٢٣٧

١-١) وردت العبارة من قوله: «و إما لكون الشرط لغواً-إلى فهو مخالفٌ» في «ش» هكذا: «و إما لكون الشرط بالخصوص فاسدٌ لا يجب الوفاء به، ولا- يوجب فساد العقد المشروط به، كما هو مذهب كثير من القدماء لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور في متنه حتى لو وقع عن طيب النفس؛ لأنّ هذا مخالفٌ».

٢-٢) المتقدّمه في الصفحه ٢٣٠-٢٣١.

٣-٣) في «ش»: «علي وجه».

من أن يكون منشؤه عدم طيب النفس بالعقد الثانى، و عدم طيب النفس لا يقدح إلّا مع عدم لزوم الوفاء شرعاً بما التزم، و عدم اللزوم لا يكون إلّا لعدم ذكر الشرط فى العقد، و إمّا لكونه لغواً (١) غير مفسد (٢).

ثمّ إنّه قال فى المسالك: إنهما لو شرطاه قبل العقد لفظاً، فإن كانا يعلمان أنّ الشرط المتقدّم لا حكم له فلا أثر له، و إلّا أتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه فى متنه؛ لأنهما لم يقدا إلاً على الشرط و لم يتمّ لهما (٣).

و يمكن أن يقال: إنّ علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط.

فالأولى بناء المسألة على تأثير الشرط المتقدّم فى ارتباط العقد به و عدمه، و المعروف بينهم عدم التأثير كما تقدّم (٤)، إلّا أن يفرّق بين الشرط الصحيح فلا- يؤثّر و بين الفاسد فيؤثّر فى البطلان. و وجهه غير ظاهر، بل ربّما حكى العكس عن بعض المعاصرين (٥)، و قد تقدّم توضيح الكلام فى ذلك (٦).

ص: ٢٣٨

١- ١) فى «ش» بدل «و إمّا لكونه لغواً»: «أو لكونه فاسداً».

٢- ٢) من هنا إلى قوله: «فإن استند..» الآتى فى الصفحة ٢٤٥ ساقط من نسخه «ق».

٣- ٣) المسالك ٢٢٤:٣.

٤- ٤) تقدّم فى الصفحة ٥٤.

٥- ٥) لم نعثر عليه.

٦- ٦) تقدّم فى الصفحة ١٠٤ فى الأمر الثالث من الأمور المنعقدة ذيل حكم الشرط الفاسد.

القول في القبض

اشاره

ص: ٢٣٩

[القبض لغه]

و هو لغه: الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكفّ، على اختلاف عبارات أهل اللغه (١).

و النظر فى ماهيته، و وجوبه، و أحكامه يقع فى مسائل:

مسأله اختلفوا فى ماهيه القبض فى المنقول

اشاره

-بعد اتفاقهم على أنّها «التخليه» فى غير المنقول-على أقوال:

أحدها: أنّها التخليه أيضاً،

صرّح به المحقّق فى الشرائع (٢)، و حكى عن تلميذه كاشف الرموز (٣). و عن الإيضاح نسبته إلى بعض متقدّمى

ص: ٢٤١

-
- ١- ١) فقد فسّره فى الصحاح ب«الأخذ مطلقاً» و فى القاموس ب«الأخذ باليد» و فى مجمع البحرين ب«الأخذ بجميع الكفّ»، انظر الصحاح ١١٠٠:٣، و القاموس المحيط ٣٤١:٢، و مجمع البحرين ٢٢٥:٤-٢٢٦.
 - ٢- ٢) الشرائع ٢:٢٩.
 - ٣- ٣) كشف الرموز ١:٤٧١.

أصحابنا (١).و عن التنقيح نسبته إلى المبسوط (٢).

الثاني:أنه في المنقول:النقل،

و فيما يعتبر كيله أو وزنه:الكيل أو الوزن.

الثالث:ما في الدروس:من أنه في الحيوان:نقله،

و في المعبر (٣):

كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله،و في الثوب:وضعه في اليد (٤).

الرابع:ما في الغنيه و عن الخلاف و السرائر و اللمعه:أنه التحويل و النقل

(٥)

الخامس:ما في المبسوط:من أنه إن كان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانير و ما يتناول باليد فالقبض فيه هو تناول باليد،

و إن كان مثل الحيوان-كالعبد و البهيمة-فالقبض في البهيمة أن يمشى بها إلى مكانٍ آخر،و في العبد أن يقيمه إلى مكانٍ آخر.و إن كان اشتراه جزافاً كان القبض فيه أن ينقله من مكانه.و إن كان اشتراه مكايله فالقبض فيه أن يكيه (٦).و زاد في الوسيله:أنه في الموزون:وزنه،و في المعدود:عدّه (٧).

ص: ٢٤٢

١-١ (١) إيضاح الفوائد ٥٠٦:١.

٢-٢ (٢) التنقيح الرائع ٢:٦٥،و انظر المبسوط ١٢٠:٢.

٣-٣ (٣) أي:فيما يعتبر كيله أو وزنه.

٤-٤ (٤) الدروس ٢١٣:٣.

٥-٥ (٥) الغنيه:٢٢٩،و حكاه عن الثلاثه في مفتاح الكرامه ٧٠٤:٤،و راجع الخلاف ٣:٩٨،المسأله ١٥٩ من البيوع،و السرائر ٣٦٩:٢،و اللمعه:١٣٢.

٦-٦ (٦) المبسوط ١٢٠:٢.

٧-٧ (٧) الوسيله:٢٥٢.

و نُسب عبارته الشرائع الراجعه إلى ما فى المبسوط إلى المشهور (١).

السادس: أنه الاستقلال و الاستيلاء عليه باليد،

حكى عن المحقق الأردبيلي و صاحب الكفايه (٢)، و اعترف [به (٣)] فى المسالك (٤) - تبعاً لجامع المقاصد (٥) - لشهادته العرف بذلك، إلا أنه أخرج عن ذلك المكيل و الموزون، مستنداً إلى النصّ الصحيح. و فيه ما سيجىء.

السابع: ما فى المختلف: من أنه إن كان منقولاً فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد،

و إن كان مكيلاً أو موزوناً فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن (٦).

الثامن: أنه التخليه مطلقاً بالنسبه إلى انتقال الضمان إلى المشتري، دون النهى عن بيع ما لم يقبض.

نفى عنه البأس فى الدروس (٧).

[رأى المؤلف فى المسأله]

أقول: لا - شكّ أن القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشتري، و لا شكّ أنّ الأحكام المترتبه على هذا الفعل لا تترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخلٍ للمشتري فيه، كما أنّ الأحكام المترتبه

ص: ٢٤٣

-
- ١ - ١) نسبه فى المهذب البارع ٢:٣٩٨، و غايه المرام (مخطوط) ٣:٣٠١، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧٠٤ - ٧٠٥.
 - ٢ - ٢) حكاها عنهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٧٠٥، و راجع مجمع الفائده ٨:٥١٢، و كفايه الأحكام: ٩٦.
 - ٣ - ٣) الزيادة اقتضاها السياق.
 - ٤ - ٤) المسالك ٣:٢٣٩.
 - ٥ - ٥) راجع جامع المقاصد ٤:٣٩١ - ٣٩٢.
 - ٦ - ٦) المختلف ٥:٢٧٩.
 - ٧ - ٧) الدروس ٣:٢١٣.

على فعل البائع - كالجوب على البائع و الراهن فى الجملة، و اشتراط القدره على التسليم - لا - يحتاج فى ترتبها إلى فعلٍ من المشتري، فحينئذٍ نقول:

[المناقشات فى الأقوال المذكوره و بيان قول الأوى]

أما ما اتفق عليه: من كفايه التخليه فى تحقق القبض فى غير المنقول، إن أُريد بـ«القبض» ما هو فعل البائع بالنسبه إلى المبيع، و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله إلى المشتري، و يعبر عنه مسامحةً بالإقباض و التسليم - و هو الذى يحكمون بوجوبه على البائع و الغاصب و الراهن فى الجملة، و يفسرونه بـ«التخليه» التى هى فعله (١) - فقد عرفت أنه ليس قبضاً حقيقياً حتى فى غير المنقول و إن فسرت برفع جميع الموانع و إذن المشتري فى التصرف.

قال كاشف الرموز فى شرح عبارته النافع: القبض مصدرٌ يستعمل بمعنى التقييض و هو التخليه، و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف (٢)، انتهى.

بل التحقيق (٣): أن القبض مطلقاً هو استيلاء المشتري عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى «اليد» و يتصور فيه الغصب.

نعم، يترتب على ذلك المعنى الأول، الأحكام المترتبة على الإقباض و التسليم الواجبين على البائع، فينبغى ملاحظه كل حكم من الأحكام المذكوره فى باب القبض و أنه مترتب على القبض الذى هو

ص: ٢٤٤

١ - ١) فى «ش»: «فعل البائع».

٢ - ٢) كشف الرموز ١: ٤٧١، و فيه: «التمكين من حيث التصرف».

٣ - ٣) عطف على قوله: «إنه ليس قبضاً حقيقياً».

فعل المشتري بعد فعل البائع أو (١) على الإقباض الذى هو فعل البائع، مثلاً إذا فرض أن أدله اعتبار القبض فى الهبة دلت على اعتبار حيازه المتهب الهبة، لم يكتف فى ذلك بالتخليه التى هى من فعل المواهب (٢) وهكذا....

و لعلّ تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان و غيره (٣) من حيث إنّ الحكم الأوّل منوطٌ بالإقباض و غيره منوطٌ بفعل المشتري.

و كيف كان، فلا بدّ من مراعاة أدله أحكام القبض، فنقول:

أمّا رفع الضمان، فإن استند فيه إلى النبوى: «كلّ مبيعٍ تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (٤) فالمناطق فيه حصول الفعل من المشتري.

و إن استند إلى قوله عليه السلام فى روايه عقبه بن خالد: «حتّى يقبض المتاع و يخرج من بيته» (٥) احتمل فيه إناطه الحكم بالتخليه، فيمكن حمل النبوى على ذكر ما هو مقارنٌ غالبٌ للتخليه. و احتمال وروده (٦) مورد الغالب: من ملازمه الإخراج للوصول إلى المشتري بقرينه ظاهر النبوى؛ و لذا قال فى جامع المقاصد - بعد ما نقل ما فى الدروس -: إنّ الخبر دالٌّ على خلافه (٧). و هو حسنٌ إن أراد به ظاهر النبوى، لا ظاهر

ص: ٢٤٥

١ - ١) فى «ش»: «و على».

٢ - ٢) فى «ف» بدل «المواهب»: «المشتري».

٣ - ٣) تقدّم التفصيل عنه فى الصفحة ٢٤٣.

٤ - ٤) المستدرک ١٣: ٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٥ - ٥) الوسائل ١٢: ٣٥٨، الباب ١٠ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٦ - ٦) فى «ش»: «و روده الروايه»، و كتب فى «ف» فوق «و روده»: «الروايه».

٧ - ٧) جامع المقاصد ٤: ٣٩٢.

روايه عقبه أو غيرها.

و الإنصاف: أن ما ذكره الشهيد قريبٌ بالنسبه إلى ظاهر روايه عقبه.

و ربما يُخدش (1) فيها بظهورها في اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر في رفع الضمان اتفاقاً.

و فيه: أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنه و رفع اليد، و لا ينبغي خفاء ذلك على المتأمل في الاستعمال العرفي. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخليه يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال: لو أحضر البائع السلعه، فقال المشتري: ضعه، تم القبض؛ لأنه كالتوكيل في الوضع. و لو لم يقل المشتري شيئاً، أو قال: لا أريد شيئاً (2)، حصل القبض، لوجود التسليم، كما لو وضع الغاصب المغضوب بين يدي المالك، فإنه يبرء من الضمان (3)، انتهى.

و ظاهره: أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو من فعل البائع و لو امتنع المشتري.

[لكنه قدس سره صرح في عنوان المسأله (4) و في باب الهبه (5) بضعف هذا القول بعد نسبه إلى بعض الشافعيه.

ص: ٢٤٦

١- ١) أورد الخدشه فيها السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٦٩٨.

٢- ٢) لم يرد «شيئاً» في «ش» و المصدر.

٣- ٣) التذكرة ١:٤٧٢.

٤- ٤) التذكرة ١:٤٧٢.

٥- ٥) التذكرة ٢:٤١٨، و سيجيء في الصفحه ٢٥٢-٢٥٣.

فالظاهر أنّ مراده-بل مراد الشهيد قدّس سرّه-رفع الضمان بهذا وإن لم يكن قبضاً، بل عن الشهيد فى الحواشى: أنّه نقل عن العلامة قدّس سرّه: أنّ التخليه فى المنقول وغيره يرفع الضمان؛ لأنّه حقٌّ على البائع وقد أدى ما عليه (١).

أقول: وهذا كما أنّ إتلاف المشتري يرفع ضمان البائع، وسيجىء من المحقّق الثانى: أنّ النقل فى المكيل والموزون يرفع الضمان وإن لم يكن قبضاً (٢)(٣).

هذا، ولكنّ الجمود على حقيقه اللفظ فى الروايه يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشتري، لأنّ الإقباض والإخراج وإن كانا من فعل البائع، إلّا أنّ صدقهما عليه يحتاج إلى فعلٍ من غير البائع؛ لأنّ الإقباض والإخراج بدون القبض والخروج محال. إلّا أن يستفاد من الروايه تعلّق الضمان على ما كان من فعل البائع، والتعبير بـ«الإقباض» و«الإخراج» مسامحةً مسّت الحاجه إليها فى التعبير (٤).

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أنّ لفظ «القبض» الظاهر بصيغته فى فعل المشتري يراد به الاستيلاء على المبيع، سواء فى المنقول وغيره؛ لأنّ القبض-لغّه-الأخذ مطلقاً، أو باليد، أو بجميع الكفّ، على

ص: ٢٤٧

١-١) نقله السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤:٦٩٦.

٢-٢) جامع المقاصد ٤:٣٩٠، وسيجىء فى الصفحه ٢٥٥-٢٥٦.

٣-٣) ما بين المعقوفتين من «ف» و«ش».

٤-٤) من قوله: «هذا و لكن الجمود-إلى-فى التعبير» ورد فى «ش» قبل قوله: «و ما ذكره الشهيد... إلخ» فى الصفحه المتقدمه.

فإن أريد الأخذ حساً باليد، فهو لا يتأتى في جميع المبيعات، مع أن أحكامه جارية في الكل، فاللزام أن يراد به في كلام [أهل (٢)] اللغة أو في لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيره في البيع و الرهن و الصدقه و تشخيص ما في الذمه أخذ كل شىء بحسبه، و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنه.

و أمّا ما ذكره بعضهم: من اعتبار النقل و التحويل فيه (٣) - بل ادعى في الغنيه الإجماع على أنه القبض في المنقول (٤) الذي لا يكتفى فيه بالتخليه فهو لا- يخلو عن تأييل و إن شهد من عرفت بكونه موافقاً للعرف في مثل الحيوان؛ لأن مجرد إعطاء المقود للمشتري أو مع ركوبه عليه قبض عرفاً على الظاهر.

ثم المراد من «النقل» في كلام من اعتبره هو نقل المشتري له، لا- نقل البائع، كما هو الظاهر من عبارته المبسوط المتقدمه (٥) المصرح به في جامع المقاصد (٦).

و أما روايه عقبه بن خالد المتقدمه (٧) فلا دلالة فيها على

ص: ٢٤٨

١-١) كما تقدّم في الصفحه ٢٤١.

٢-٢) من «ش».

٣-٣) تقدّم عن الغنيه و الخلاف و غيرهما في الصفحه ٢٤٢.

٤-٤) الغنيه: ٢٢٩.

٥-٥) تقدّمت في الصفحه ٢٤٢.

٦-٦) جامع المقاصد ٣٨٩: ٤.

٧-٧) تقدّمت في الصفحه ٢٤٥.

اعتبار النقل في المنقول وإن استدلَّ بها عليه في التذكرة (١)؛ لما عرفت (٢):

من أنَّ الإخراج من البيت في الرواية نظير الإخراج من اليد - كناية عن رفع اليد و التخليه للمشتري حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشتري إلا ما هو من فعله.

و أما اعتبار الكيل أو الوزن أو كفايته في قبض المكيل و الموزون، فقد اعترف غير واحد (٣) بأنه تعبد؛ لأجل النص الذي ادعى دلالة عليه.

□
مثل صحيحه معاوية بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام:

عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيلاً أو وزنٌ فلا تبعه حتى تكيه أو ترنه إلا أن توليه [الذي قام عليه]» (٤).

و صحيحه منصور بن حازم: «إذا اشترت متاعاً فيه كيلٌ أو وزنٌ، فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه» (٥).

و في صحيحه علي بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام، أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه فلا بأس، و إن ربح فلا يبعه حتى يقبضه» (٦).

ص: ٢٤٩

١- (١) التذكرة ٤٧٢: ١.

٢- (٢) في الصفحة ٢٤٦.

٣- (٣) راجع جامع المقاصد ٣٩٢: ٤، و المسالك ٢٣٩: ٣ و ٢٤١.

٤- (٤) الوسائل ٣٨٩: ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١.

٥- (٥) الوسائل ٣٨٧: ١٢، نفس الباب، الحديث الأول.

٦- (٦) الوسائل ٣٨٩: ١٢، نفس الباب، الحديث ٩.

و روايه أبى بصير: «عن رجلٍ اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلّا أن يولّيه كما اشتراه» (١).

إلى غير ذلك ممّا دلّ على اعتبار الكيل و الوزن لا من حيث اشتراط صحّحه المعامله بهما، و إلّا لم يفرق بين التوليه و غيرها، فتعيّن لأمرٍ آخر، و ليس إلّا لكون ذلك قبضاً؛ للإجماع - كما فى المختلف (٢) - على جواز بيع الطعام بعد قبضه.

و منه يظهر ما فى المسالك، حيث إنّه - بعد ذكر صحيحه ابن وهب - قال: و التحقيق: أنّ الخبر الصحيح دلّ على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما، لا على أنّ القبض لا يتحقّق بدونهما.

و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا - ينافى ذلك؛ لأنّ الاعتبار بهما قبضاً و زياده، و حينئذٍ فلو قيل بالاكْتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل عملاً - بالعرف و الخبر الآخر، و بتوقّف البيع ثانياً على الكيل و الوزن، أمكن إن لم يكن إحداث قول (٣)، انتهى.

و الظاهر أنّ مراده بالخبر، خبر «عقبه بن خالد» و قد عرفت

ص: ٢٥٠

١- (١) الوسائل ١٢: ٣٩٠، نفس الباب، الحديث ١٦.

٢- (٢) المختلف ٥: ٢٨٠.

٣- (٣) العبارة وردت فى المبحث الثامن من المباحث المنعقدة ذيل البحث عن القبض، و لكن وقع السهو و الخطأ فى ضبط العبارة فى المسالك الجديده حيث وقعت العبارة من كلمه «و التحقيق إلى وقع عن البيع» فى الجزء الثالث: ٢٤٣-٢٤٤، و من كلمه «قبل القبض» إلى آخر العبارة فى أوّل الصفحه ٢٤٣.

عدم ظهوره في اعتبار النقل (١).

ثم إن ظاهر غير واحدٍ كفايه الكيل و الوزن في القبض من دون توقّفٍ على النقل. و الظاهر أنه لا بدّ مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع، كما صرّح به في جامع المقاصد (٢)؛ و لذا تبّه في موضع من التذكرة: بأنّ الكيل شرطٌ في القبض (٣).

و كيف كان، فالأولى في المسألة ما عرفت: من أنّ القبض له معنًى واحدٌ يختلف باختلاف الموارد، و أنّ كون القبض هو الكيل أو الوزن -خصوصاً في باب الصدقة و الرهن و تشخيص ما في الذمّه- مشكلاً جداً؛ لأنّ التعبد الشرعي على تقدير تسليمه مختصّ بالبيع، إلّا أن يكون إجماعٌ على اتّحاد معنى القبض في البيع و غيره، كما صرّح به العلّامة (٤) و الشهيدان (٥) و المحقّق الثاني (٦) و غيرهم (٧) في باب الرهن و الهبة،

ص: ٢٥١

١- (١) في الصفحة ٢٤٨-٢٤٩.

٢- (٢) جامع المقاصد ٣٩٠:٤.

٣- (٣) التذكرة ٥٦٠:١-٥٦١، و راجع الصفحة ٤٧٢ أيضاً.

٤- (٤) ظاهر العبارة يدلّ على أنّ العلّامة و من بعده ادّعوا الإجماع على الاتّحاد، لكن لم نعثر عليه في كلامهم و لا على من حكاه عنهم، نعم ادّعوا أصل الاتّحاد، راجع التذكرة ٢٥:٢ و ٤١٨.

٥- (٥) الدروس ٣٨٤:٣، و المسالك ٢٦:٦.

٦- (٦) جامع المقاصد ١٠٢:٥، و ١٥٣:٩.

٧- (٧) مثل المحدّث البحراني في الحقائق ٢٣٢:٢٠، و ٣١٨:٢٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ١٧٦:٢٨-١٧٧، و السيّد المجاهد في المناهل: ٤٠١، و استظهر اتّفاق الأصحاب عليه.

و حكى فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك (١) و استظهره الحاكي (٢) أيضاً. و (٣) ظاهر المبسوط في باب الهبة: أن القبض هي التخليه فيما لا ينتقل، و النقل و التحويل في غيره (٤). لكن صرح في باب الرهن:

بأن كل ما كان قبضاً في البيوع كان قبضاً في الرهن و الهبات و الصدقات، لا يختلف ذلك (٥).

و عن القاضي: أنه لا يكفي في الرهن التخليه و لو قلنا بكفايته في البيع؛ لأن البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفي التمكين منه، و هنا لا استحقاق، بل القبض سبب في الاستحقاق (٦). و مقتضى هذا الوجه لحوق الهبه و الصدقه بالرهن.

و هذا الوجه حكاه في هبه التذكرة عن بعض الشافعيه، فقال قدس سره:

القبض هنا كالقبض في البيع، ففيما لا ينقل و لا يحول: التخليه، و فيما ينقل و يحول: النقل و التحويل، و فيما يكال أو يوزن: الكيل و الوزن. ثم حكي عن بعض الشافعيه عدم كفايه التخليه في المنقول لو قلنا به في البيع، مستنداً إلى أن القبض في البيع مستحق و في الهبه غير مستحق، فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يده؛ و لذا لو أتلّف المتّهب الموهوب

ص: ٢٥٢

١- ١) المسالك ٦: ٢٦، حيث نسب الخلاف إلى بعض الشافعيه.

٢- ٢) لم نعثر عليه.

٣- ٣) في «ش» زياده: «عن».

٤- ٤) المبسوط ٣: ٣٠٦.

٥- ٥) المبسوط ٢: ٢٠٣.

٦- ٦) حكاه الشهيد الثاني في حاشيه الإرشاد المطبوع ضمن (غايه المراد) ٢: ١٨٢.

لم يصِر قابضاً، بخلاف المشتري. ثم ضَعفه: بأنه ليس بشيء؛ لا اتحاد القبض في الموضوعين و اعتبار العرف فيهما (١)، انتهى.

و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه، إلا أن يلتزم بكفايه التخليه في رفع الضمان و إن لم يكن قبضاً، كما أشرنا إليه سابقاً (٢).

فروع

اشاره

(٣)

:

الأول: قال في التذكرة: لو باع داراً أو سفينة مشحونه بأمته البائع و مكّنه منها

بحيث جعل له تحويلها من مكانٍ إلى مكانٍ كان قبضاً.

و قال أيضاً: إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كفي في المنقول النقل من حيزٍ إلى حيزٍ، و إن كان في موضع يختص به فالنقل من زاويه إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف، و يكفي لدخوله في ضمانه. و إن نقل بإذنه حصل القبض، و كأنه استعار البقعه المنقول إليها (٤).

الثاني: قال في المسالك: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً

فلا يخلو

ص: ٢٥٣

١-١) التذكرة ٤١٨:٢.

٢-٢) راجع الصفحة ٢٤٦.

٣-٣) كذا بخطه الشريف قدس سره في «ق»، و لكن لم يعنون إلا فرعين، و لذا بدّله مصحح «ش» ب«فرعان».

٤-٤) التذكرة ٤٧٢:١.

إمّا أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن، أو لا- بأن أخير البائع بكيّله أو وزنه أو باعه قدرًا معيّنًا من صبره مشتمله عليه. فإن كان الآخر (1) فلا- بدّ في تحقّق قبضه من كيّله أو وزنه؛ للنصّ المتقدّم. وإن كان الأوّل، ففي افتقاره إلى الاعتبار ثانياً لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأوّل وجهان: من إطلاق توقّف الحكم على الكيل و الوزن و قد حصل، و قوله عليه السلام في النصّ «حتّى تكيله أو تزنه» (2) لا يدلّ على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل [أو الوزن (3)] الشامل لما وقع قبل البيع. و من أنّ الظاهر أنّ ذلك لأجل القبض لا لتحقّق شرط صحّحه البيع، فلا بدّ له من اعتبار جديد بعد العقد، و به صرح العلامة (4) و الشهيد (5) و جماعه.

و هو الأقوى، و يدلّ عليه قوله عليه السلام: «إلّا أن تولّيه» (6)، فإنّ الكيل السابق شرطٌ لصحّحه البيع، فلا- بدّ منه في التولّيه و غيرها، فدلّ على أنّ ذلك لأجل القبض، لا لصحّحه البيع (7)، انتهى المهمّ من كلامه رحمه الله.

أقول: يبعد التزام القائلين بهذا القول ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرّف في بعضه في ضمان البائع

ص: ٢٥٤

١- ١) كذا، و في المصدر: «الأخير».

٢- ٢) الوارد في صحيحه معاويه بن وهب المتقدّمه في الصفحة ٢٤٩.

٣- ٣) لم يرد في «ق».

٤- ٤) القواعد ٨٥: ٢.

٥- ٥) الدروس ٢١٣: ٣.

٦- ٦) الوارد في صحيحه معاويه المتقدّمه في الصفحة ٢٤٩.

٧- ٧) المسالك ٢٤١: ٣.

حتى يكيّله ثانياً أو يزنه و إن لم يرد بيعه (١)؛ وكذا لو كاله و قبضه ثم عقد عليه.

□
و قد تفتّن لذلك المحقّق الأردبيلي رحمه الله فيما حكى (٢) من حاصل كلامه، حيث نزل ما دلّ على اعتبار الكيل و الوزن في البيع الثاني على ما إذا لم يعلم كيّله أو وزنه، بل وقع البيع الأوّل من دون كيل، كما إذا اشترى أصوعاً من صبره مشتمله عليها أو اشترى بإخبار البائع. أمّا إذا كاله بحضور المشتري ثم باعه إياه فأخذه و حمّله إلى بيته و تصرّف فيه بالطحن و العجن و الخبز، فلا شكّ في كونه قبضاً مسقطاً للضمان مجوّزاً للبيع، ولا يلزم تكلف البائع بكيّله مرّةً أخرى للإقباض - إلى أن قال ما حاصله -: إنّ كون وجوب الكيل مرّةً أخرى (٣) للقبض مع تحقّقه أولاً - عند الشراء - كما نقله في المسالك عن العلّامة و الشهيد و جماعه (قدّس الله أسرارهم) و قوّاه - ليس بقوى (٤)، انتهى.

و قال في جامع المقاصد - عند شرح قول المصنّف: إنّ التسليم بالكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن على رأي -: إنّ (٥) المراد (٦) الكيل

ص: ٢٥٥

١- ١) في «ش» زياده: «ثانياً».

٢- ٢) حكاة السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٧٠١.

٣- ٣) في «ق» بدل «...وجوب الكيل مرّةً أخرى للقبض»: «وجوب القبض مرّةً للقبض»، و الظاهر أنّه من سهو القلم.

٤- ٤) مجمع الفائدة ٨:٥٠٨-٥٠٩.

٥- ٥) لم يرد في «ش»: «إنّ».

٦- ٦) في «ش» زياده: «به».

الذى يتحقق به اعتبار البيع، ولا بد من رفع البائع يده (١)، فلو وقع الكيل و لم يرفع (٢) يده، فلا تسليم ولا قبض، ولو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه و أخذه على ذلك حصل القبض، كما نصّ عليه في التذكرة (٣). ثم قال: ولو أخذ المبيع جزافاً أو أخذ ما اشتراه كيلاً وزناً أو بالعكس، فإن تيقن حصول الحقّ فيه صحّ، وإلا فلا، ذكره في التذكرة (٤). و الذى ينبغي أن يقال: إنّ هذا الأخذ بإعطاء البائع موجباً لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري و انتفاء سلطنه البائع لو أراد حبسه لدفع (٥) الثمن، لا التسلّط على بيعه؛ لأنّ بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهه، و لو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه، ثمّ اشتراه أخذه بذلك فهو كما لو أخبره بالكيل أو الوزن، بل هو أولى (٦)، انتهى.

ثمّ الظاهر أنّ مراد المسالك ممّا نسبه إلى العلماء و الشهيد و جماعه - من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض - ما ذكره فى القواعد تفريعاً على هذا القول: «أنّه لو اشترى مكيالاً و باع مكيالاً فلا بدّ لكلّ بيع من كيلٍ جديدٍ ليتمّ القبض» (٧). قال جامع المقاصد فى شرحه: إنّّه لو

ص: ٢٥٦

-
- ١-١ فى «ش» زياده: «عنه».
 - ٢-٢ فى «ش» زياده: «البائع».
 - ٣-٣ التذكرة ٥٦١: ١.
 - ٤-٤ التذكرة ٥٦٤: ١.
 - ٥-٥ فى «ش» و المصدر بدل «للدفع»: «ليقبض».
 - ٦-٦ جامع المقاصد ٣٩٠: ٤.
 - ٧-٧ القواعد ٨٥: ٢.

اشترى ما لا يُباع إلّا مكيالَهُ و باع كذلك لا بدّ لكلّ بيع من هذين من كيلٍ جديد؛ لأنّ كلّ بيع لا بدّ له من قبض. قال بعد ذلك: و لو أنّه حضر الكيل المتعلّق بالبيع الأوّل فاكتفى به أو أخبره البائع فصدّقه كفى نقله و قام ذلك مقام كيله (١).

و فى الدروس -بعد تقويه كفايه التخليه فى رفع الضمان لا- فى زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض -قال: نعم لو خلّى بينه و بين المكيل فامتنع حتّى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان، و لا يكفى الاعتبار الأوّل عن اعتبار القبض (٢)، انتهى.

هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلّامة و الشهيد و المحقّق الثانى لاختيارهم و جوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض و إن كيل أو وزن قبل ذلك.

لكن الإنصاف: أنّه ليس فى كلامهم و لا غيرهم ما يدلّ على أنّ الشىء الشخصى المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه و جب كيله مرّة أخرى لتحقق القبض، كما يظهر من المسالك (٣). فلا يبعد أن يكون كلام الشيخ قدّس سرّه و من تبعه (٤) فى هذا القول، و كلام العلّامة (٥).

ص: ٢٥٧

١-١ (١) جامع المقاصد ٣٩٣:٤.

٢-٢ (٢) الدروس ٢١٣:٣.

٣-٣ (٣) راجع كلام المسالك فى الصفحة ٢٥٤.

٤-٤ (٤) لم يتقدّم عن الشيخ و من تبعه كلامٌ فى المسألة، نعم تقدّم كلامهم فى القبض، راجع الصفحة ٢٤٢ و ما بعدها.

٥-٥ (٥) المتقدّم فى الصفحة المتقدّمه.

و من ذكر فروع هذا القول (١) مختصاً بما إذا عقد على كيلٍ معلوم [من (٢)] كلياً أو من صُبره معينه أو على جزئى محسوسٍ على أنه كذا و كذا، فيكون مراد الشيخ و الجماعه من قولهم: «اشترى مكايله» (٣): أنه اشترى بعنوان الكيل و الوزن، فى مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقاً من دون تسميه الكيل المعين فى العقد، لكونه لغواً.

و الظاهر أنّ هذا هو الذى يمكن أن يعتبر فى القبض فى غير البيع أيضاً من الرهن و الهبه، فلو رهن إناءً معيناً من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه - خصوصاً على القول بجواز هبه المجهول - فالظاهر أنه لا - يقول أحد: بأنه يعتبر فى قبضه وزنه، مع عدم تعلق غرض فى الهبه بوزنه أصلاً.

نعم، لو رهن أو وهب مقداراً معيناً من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره فى قبضه، و أنّ قبضه جزافاً ك: لا قبض.

فظهر أنّ قوله فى القواعد: «اشترى مكايله» - و هو العنوان المذكور فى المبسوط لهذا القول، كما عرفت عند نقل الأقوال - يراد به ما ذكرنا، لا ما عرفت من جامع المقاصد.

و يؤيده تكرار المكايله فى قوله: «و باع مكايله». [و يشهد له أيضاً (٤)] قول العلّامة فى غير موضع من التذكرة: لو قبض جزافاً ما

ص: ٢٥٨

١ - ١) كالمحقق الثانى فى جامع المقاصد ٣٩٣: ٤.

٢ - ٢) شُطب عليه فى «ق».

٣ - ٣) راجع الصفحه ٢٤٢ و ما بعدها.

٤ - ٤) لم يرد فى «ق».

اشتراه مكايله (١). ويشهد له أيضاً قوله في موضع آخر: لو أخذ ما اشترى كيلاً وزناً و بالعكس، فإن تيقن حصول الحق فيه.. إلخ (٢).

و أظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط، فإنه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في البيع و الرهن و غيرهما ذكر: أنه لو رهن صبرةً على أنه كيل كذا فقبضه بكيله (٣)، و لو رهنها جزافاً فقبضه بنقله (٤) من مكانه (٥). مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبره جزافاً (٦)، فافهم.

و أمّا قوله في الدروس: «و لا يكفي الاعتبار الأوّل عن اعتبار القبض» فلا يبعد أن يكون تتمّة لما قبله من قوله: «نعم، لو خلى بينه و بينه فامتنع حتّى يكتبه» (٧) و مورده بيع كيلٍ معيّن كليّ، فلا يدلّ على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد.

ثم إن ما ذكره في المسالك (٨) في صحيحه ابن وهب أولاً: من أنّ

ص: ٢٥٩

١- ١) التذكرة ٤٧٢: ١، و فيه: «فروع: الأوّل لو قبض جزافاً ما اشتراه مكايله...» و لم نعثر على العبارة بعينها في غير هذا الموضع، نعم يوجد ما يدلّ عليها، راجع التذكرة ٤٦٩: ١ في أقسام بيع الصبره، و ٤٧٢-٤٧٣ في بيان ماهيّة القبض و أحكامه، و ٥٦٠ و ما بعدها في أحكام القبض في السّلم.

٢- ٢) التذكرة ٥٦٤: ١، و تقدّم في الصفحة ٢٥٦.

٣- ٣) في «ش»: «أن يكيّله».

٤- ٤) في «ش»: «أن ينقله».

٥- ٥) المبسوط ٢٠٣: ٢.

٦- ٦) المبسوط ١٥٢: ٢.

٧- ٧) تقدّم القول المتمّم و المتمّم في الصفحة ٢٥٧.

٨- ٨) راجع ما ذكره المسالك في الصفحة ٢٥٤.

قوله: «لا تبعه حتى تكيله» يصدق مع الكيل السابق، ثم استظهاره ثانياً-بقرينه استثناء بيع التوليه-: أن المراد غير الكيل المشترط في صحه العقد، لم يعلم له وجه؛ إذ المراد من الكيل و الوزن في تلك الصحيحه و غيرها هو الكيل المتوسيط بين البيع الأول و الثانى، و هذا غير قابل لإرادته الكيل المصحح للبيع الأول، فلا وجه لما ذكره أولاً أصلاً، و لا وجه لإرادته المصحح للبيع الثانى حتى يكون استثناء التوليه قرينه على عدم إرادته؛ لاشتراك التوليه مع غيرها فى توقّف صحتهما على الاعتبار، لأنّ السؤال عن بيع الشىء قبل قبضه. ثمّ الجواب بالفرق بين المكيل و الموزون لا- يمكن إرجاعهما (1) إلى السؤال و الجواب عن شرائط البيع الثانى، بل الكلام سؤالاً و جواباً نصّ فى إرادته قابليته المبيع قبل القبض للبيع و عدمها.

فالأولى أنّ استثناء التوليه ناظرٌ إلى الفرق بين البيع مكايله- بأن يبيعه ما اشتراه على أنّه كيلٌ معيّن، فيشترط قبضه بالكيل و الوزن ثمّ إقباضه- و بين أن يوليه البيع الأول من غير تعرّضٍ فى العقد لكيله و وزنه، فلا- يعتبر توسيط قبض بينهما، بل يكفى قبض المشتري الثانى عن الأول.

و بالجمله، فليس فى الصحيحه تعرّضٌ لصوره كيل الشىء أولاً قبل البيع ثمّ العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل، و أنّ بيعه ثانياً بعد التصرف هل يحتاج إلى كيلٍ جديد لقبض البيع الأول، لا لاشرط معلوميه المبيع فى البيع الثانى، أم لا؟ بل ليس فى كلام المتعرّضين لبيع ما لم يقبض تعرّضٌ لهذه الصوره.

ص: ٢٦٠

(١- ١) كذا فى ظاهر «ق» و مصحّحه «ن»، و فى «ف» و «ش»: «إرجاعها».

مسأله يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع؛

لاقتضاء العقد لذلك.

فإن قال كلُّ منهما: لا أدفع حتى أقبض، فالأقوى إجبارهما معاً، وفاقاً للمحكى عن السرائر (١) و الشرائع (٢) و كتب العلماء (٣) و الإيضاح (٤) و الدروس (٥) و جامع المقاصد (٦) و المسالك (٧) و غيرها (٨)، و عن ظاهر

ص: ٢٦١

١- (١) السرائر ٢:٣٠٦، و فيه بعد احتمال القرعه: «و الأول أقوى».

٢- (٢) الشرائع ٢:٢٩.

٣- (٣) القواعد ٢:٨٧، و المختلف ٥:٢٩١، و التذكرة ١:٤٧٣، ٥٦٤، و التحرير ١:١٧٥.

٤- (٤) لم نعثر على التصريح به، نعم يظهر الارتضاء به حيث لم يعلق على كلام القواعد، راجع الإيضاح ١:٥٠٩.

٥- (٥) الدروس ٣:٢١٠.

٦- (٦) جامع المقاصد ٤:٤٠٣.

٧- (٧) المسالك ٣:٢٣٨.

٨- (٨) مثل الروضه ٣:٥٢٢، و مجمع الفائده ٨:٥٠٤، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٧١٩.

التنقيح: الإجماع عليه (١)؛ لما في التذكرة: من أن كلا منهما قد وجب له حقُّ على صاحبه (٢).

و عن الخلاف: أنه يجبر البائع أولاً على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن، سواء كان الثمن عيناً أو في الذمّه؛ لأنَّ الثمن إنّما يستحقُّ على المبيع، فيجب أولاً تسليم المبيع ليستحقَّ الثمن (٣).

و لعلَّ وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد إلى ذلك؛ و لذا استقرَّ العرف على تسميه الثمن عوضاً و قيمه، و لذا يقبَّحون مطالبه الثمن قبل دفع المبيع، كما يقبَّحون مطالبه الأجره قبل العمل أو دفع العين المستأجره. و الأقوى ما عليه الأكثر.

ثمَّ إنّ ظاهر جماعه أنّ محلَّ الخلاف في هذه المسأله بين الخاصّه و العامّه: ما لو كان كلُّ منهما باذلاً و تشاحاً في البدأه بالتسليم، لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل.

قال في المبسوط - بعد اختياره أولاً إجبارهما معاً على التقابض ثمَّ الحكم بأنَّ تقديم البائع في الإيجاب أولى - قال: هذا إذا كان كلُّ منهما باذلاً و أمّا إذا كان أحدهما غير باذل أصلاً، و قال: لا أسلم ما على، أجبره الحاكم على البذل، فإذا حصل البذل حصل الخلاف

ص: ٢٦٢

١ - ١) حكاه السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤: ٧١٩، و راجع التنقيح الرائع ٢: ٦٤-٦٥.

٢ - ٢) التذكرة ١: ٤٧٣.

٣ - ٣) الخلاف ٣: ١٥١، المسأله ٢٣٩ من كتاب البيوع.

فى أئهما ىدفع. هذا إذا كان موسراً قادراً على إحضار الثمن، فإن كان معسراً كان للبائع الفسخ و الرجوع إلى عين ماله كالمفلس (١)، انتهى.

قال فى التذكرة: توهم قوم أن الخلاف فى البدأ بالتسليم خلاف فى أن البائع هل له حق الحبس أم لا؟ إن قلنا بوجوب البدأ للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلما فله ذلك. و نازع أكثر الشافعية فيه و قالوا: هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما فى مجرد البدأ و كان كل منهما يبذل ما عليه و لا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع و أراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن، فله ذلك بلا خلاف، و كذا للمشتري حبس الثمن خوفاً من تعذر تحصيل المبيع (٢)، انتهى.

و قد صرح أيضاً بعدم الخلاف فى جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم بعض آخر (٣).

و لعل الوجه فيه: أن عقد البيع مبنى على التقابض و كون المعاملة يداً بيد، فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارناً لتسليم صاحبه، لا بدونه (٤)، فقد ثبت بإطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه. فلا يرد أن وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطاً

ص: ٢٦٣

١- ١) المبسوط ١:١٤٨.

٢- ٢) التذكرة ١:٥٦٤.

٣- ٣) صرح به فى مفتاح الكرامه ٤:٧٢٠.

٤- ٤) فى «ش» بدل «لا بدونه»: «و التزم على صاحبه أن لا يسلمه مع الامتناع».

بتحقّقه من الآخر، فلا يسقط التكليف بأداء مال الغير عن أحدهما بمعصيه الآخر، وأنّ ظلم أحدهما لا يسوّغ ظلم الآخر.

هذا كلّ مع عدم التأجيل في أحد العوضين، فلو كان أحدهما [مؤجلاً (١)] لم يجر حبس الآخر.

قال في التذكرة: ولو لم يتفق تسليمه حتّى حلّ المؤجل (٢) لم يكن له الحبس أيضاً (٣).

و لعلّ وجهه: أنّ غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليقٍ على تسليم المؤجل أصلاً. وهذا ممّا يؤيد أنّ حقّ الحبس ليس لمجرد ثبوت حقّ للحابس على الآخر، فيكون الحبس بإزاء الحبس.

ثمّ مقتضى ما ذكرنا- من عدم وجوب التسليم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما في يد صاحبه-: أنّه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم يصحّ القبض.

فصحّ القبض بأحد أمرين: إمّا إقباض ما في يده لصاحبه، فله حينئذٍ قبض ما في يد صاحبه و لو بغير إذنه. و إمّا إذن صاحبه سواء أقبض ما في يده أم لا، كما صرّح بذلك في المبسوط (٤) و التذكرة (٥)، و صرّح فيهما: بأنّ له مطالبه القابض برّد ما قبض بغير إذنه؛ لأنّ له

ص: ٢٦٤

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) في «ش» و المصدر: «حلّ الأجل».

٣-٣) التذكرة ٤٧٣:١.

٤-٤) راجع المبسوط ١٢٠:٢.

٥-٥) راجع التذكرة ٤٧٢:١ و ٥٦٢.

حقّ الحبس و التوثق إلى أن يستوفى العوض.

و فى موضعٍ من التذكرة: أنه لا ينفذ تصرّفه فيه (١). و مراده التصرف المتوقف على القبض، كالبيع أو مطلق الاستبدال.

ثمّ إذا ابتداء أحدهما بالتسليم-إما لوجوبه عليه كالبائع على قول الشيخ (٢)، أو لتبرّعه بذلك-أجبر الآخر على التسليم، و لا يحجر عليه فى ما عنده من العوض و لا فى مالٍ آخر؛ لعدم الدليل.

ص: ٢٦٥

١- (١) التذكرة ٤٧٢:١.

٢- (٢) تقدّم قول الشيخ فى الصفحة ٢٦٢.

مسأله يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقاً و من غيرها فى الجملة.

و هذا الوجوب ليس شرطياً بالنسبه إلى التسليم و إن أوهمه بعض العبارات، ففي غير واحدٍ من الكتب: أنه يجب تسليم المبيع مفرغاً (١). و المراد إرجاع الحكم إلى القيد، و إلّا فالتسليم يحصل بدونه، و قد تقدّم عن التذكرة (٢).

و كيف كان، فيدلّ على وجوب التفرغ ما دلّ على وجوب التسليم، فإنّ إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغاً، بل التسليم من دون التفرغ (٣) كالعدم بالنسبه إلى غرض المتعاقدين و إن ترتّب عليه أحكامٌ تعبدية، كالدخل في ضمان المشتري و نحوه.

ص: ٢٦٦

١-١) كما فى الشرائع ٢:٣٠، و المختصر: ١٢٤، و القواعد ٢:٨٥، و الإرشاد ١: ٣٨٢، و الدروس ٣: ٢١٣، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤: ٧٠٦.

٢-٢) تقدّم فى الصفحه ٢٥٣.

٣-٣) العبارة فى «ش»: «فإنّ التسليم بدونه».

فلو كان فى الدار متاعٌ وحب نقله فوراً، فإن تعذر ففى أوّل أزمته الإمكان. و لو تراخى زمان الإمكان و كان المشتري جاهلاً كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه. و فى ثبوت الأجره لو كان لبقائه أجره إلى زمان الفراغ وجهه. و لو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغى الجزم بالأجره، كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم.

و لو كان فى الأرض زرعٌ قد أُحصد وحب إزالته؛ لما ذكرنا. و إن لم يُحصد وحب الصبر إلى بلوغ أوانه؛ للزوم تضرر البائع بالقلع، و أمّا ضرر المشتري فينجبر بالخيار مع الجهل، كما لو وجدها مستأجره.

و من ذلك يُعلم عدم الأجره؛ لأنه اشترى أرضاً تبين أنّها مشغولة، فلا يثبت أكثر من الخيار. و يحتمل ثبوت الأجره؛ لأنه اشترى أرضاً لا يستحقّ عليها الاشتغال بالزرع، و البائع (1) قد ملك الزرع غير مستحقّ للبقاء، فيتخير بين إبقائه بالأجره و بين قلعه؛ لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعه الأرض بالأجره. و يحتمل تخيير المشتري بين إبقائه بالأجره و قلعه بالأرض. و يحتمل ملاحظه الأكثر ضرراً.

و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شىءٍ هدمه بإذن المشتري، و عليه طمّ ما يطمّ برضا المالك و إصلاح ما استهدم أو الأرش، على اختلاف الموارد، فإنّ مثل قلع الباب أو قلع ساجه منه إصلاحه إعادته، بخلاف هدم حائطٍ، فإنّ الظاهر لحوقه بالقيمي فى وجوب الأرش له. و المراد بالأرش نفس قيمه الهدم لا أرش العيب.

ص: ٢٦٧

١- ١) فى «ش» بدل «البائع»: «المالك».

و بالجمله، فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثلى و بعضه بالقيمى، و لو الحق مطلقاً بالقيمى كان له وجهه.

و يظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة:

الإعاده مطلقاً كما فى الشرائع (١) و عن المبسوط (٢).

و الأرش كذلك كما عن العلامة (٣) و المحقق و الشهيد الثانين (٤).

و التفصيل بين ما كان مثلثا كحائط البساتين و المزارع و إلّا فالأرش كما عن الدروس (٥).

و الظاهر جريان ذلك فى كسر الباب و الشبايك. و فتق الثوب من هذا القبيل.

ص: ٢٤٨

١-١) الشرائع ١٢٥:٢.

٢-٢) المبسوط ٣٠٣:٢.

٣-٣) القواعد ١٧٤:٢-١٧٥.

٤-٤) جامع المقاصد ٤٢٤:٥، و المسالك ٢٩١:٤.

٥-٥) الدروس ٣٤٥:٣، و حكاة عنه الشهيد الثانى فى المسالك ٤٩١:٤.

فإن كان لحقٌ - كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن - فلا إثم.

و هل عليه اجره مدّه الامتناع؟ احتمله في جامع المقاصد، إلا أنّ منافع الأموال الفائته بحق لا دليل على ضمانها، و على المشتري نفقه المبيع. و في جامع المقاصد: ما أشبه هذه بمنع الزوجه نفسها حتّى تقبض المهر، فإنّ في استحقاقها النفقه تردّدًا، قال: و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر (1)، انتهى.

و يمكن الفرق بين النفقه في المقامين.

و لو طلب من البائع الانتفاع به في يده، ففي وجوب إجابهته وجهان.

و لو كان امتناعه لا لحقٌ، و جب عليه الأجره؛ لأنّه عادٍ، و مقتضى القاعده أنّ نفقته على المشتري.

ص: ٢٦٩

الكلام فى أحكام القبض و هى التى تلحقه بعد تحقّقه.

مسأله من أحكام القبض انتقال الضمان ممّن نقله إلى القابض،

فقبله يكون مضموناً عليه بعوضه إجماعاً مستفيضاً، بل محققاً، و يسمى ضمان المعاوضه.

و يدلّ عليه-قبل الإجماع-النّبوى المشهور: «كلُّ مبيعٍ تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» (١) و ظاهره-بناءً على جعل «من» للتبعيض-:

أنّه بعد التلف يصير مالاً للبائع، لكن إطلاق المال على التالف إنّما هو باعتبار كونه مالاً عند التلف. و بهذا الاعتبار يصحّ أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته-كما صرّح به فى باب الصلح من الشرائع (٢)

ص: ٢٧٠

١-١) المستدرک ١٣:٣٠٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٢-٢) الشرائع ٢:١٢٢.

و التحرير (١)-و حينئذٍ فلا- بدّ من أن يكون المراد بالنبوى: أنّ المبيع يكون تالفاً من مال البائع، و مرجع هذا إلى انفساخ العقد قبيل التلف آنأ ما، ليكون التالف مالاً للبائع.

و الحاصل: أنّ ظاهر الروايه صيروره المبيع مالاً للبائع بعد التلف، لكن لما لم يتعلّق ذلك تعيّن إرادته وقوع التلف على مال البائع، و مرجعه إلى ما ذكره في التذكرة (٢)-و تبعه من تأخّر عنه (٣)-: من أنّه يتجدّد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان.

و ربّما يقال-تبعاً للمسالك-: إنّ ظاهر «كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع» يوهّم خلاف هذا المعنى (٤). و لعلّه لدعوى: أنّ ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله، بمعنى كون دركه عليه، فيوهّم ضمانه بالمثل و قيمه.

و ممّا ذكرنا من أنّ معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع في ملك البائع و يسمّى «ضمان المعاوضه» لا ضمانه عليه مع تلفه من المشتري، كما في المغصوب و المستام و غيرهما و يسمّى

ص: ٢٧١

١-١) التحرير ٢٣٠:١.

٢-٢) التذكرة ٥٦٢:١، و فيه: «و يتجدّد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان».

٣-٣) مثل المحقّق الثانی فی جامع المقاصد ٤٠٣:٤، و الشهيد الثانی فی المسالك ٣: ٢١٦، و المحدث البحرانی فی الحدائق

١٩:٧٦، و السيّد الطباطبائي فی الرياض ٢٠٨:٨.

٤-٤) قاله السيّد العاملی فی مفتاح الكرامه ٥٩٦:٤.

«ضمان اليد» يعلم أنّ الضمان فيما نحن فيه حكمٌ شرعيٌّ لا حقٌّ مالى، فلا يقبل الإسقاط؛ ولذا لو أبرأه المشتري من الضمان لم يسقط، كما نصّ عليه في التذكرة (١) و الدروس (٢). وليس الوجه في ذلك: أنّه «إسقاط ما لم يجب»، كما قد يتخيل.

□
و يدلّ على الحكم المذكور أيضاً روايه عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى متاعاً من رجلٍ و أوجبه، غير أنّه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يقبض المتاع (٣)» أو يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامنٌ لحقّه حتّى يردّ إليه ماله» (٤) و لعلّ الروايه أظهر دلالةً على الانفساخ قبل التلف من النبوى.

و كيف كان، فلا- خلاف في المسألة، أعنى بطلان البيع عند التلف لا من أصله؛ لأنّ تقدير ماله البائع قبل التلف مخالفٌ لأصالة بقاء العقد، و إنّما احتيج إليه لتصحيح ما في النصّ: من الحكم بكون التالف من مال البائع، فيرتكب بقدر الضروره.

و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري.

و فى معناه الركاز الذى يجده العبد، و ما وهب منه فقبل (٥)، أو

ص: ٢٧٢

١-١) التذكرة ٤٧٣:١.

٢-٢) الدروس ٢١٢:٣.

٣-٣) لم يرد فى «ق».

٤-٤) الوسائل ٣٥٨:١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، و فيه حديث واحد.

٥-٥) فى «ش»: «فقبله و قبضه».

أوصى له به فقبل (١)، كما صرح به في المبسوط و التذكرة (٢). و صرح العلامة: بأن مثونه تجهيزه لو كان مملوكاً على البائع (٣)، و هو مبني على ثبوت الملك الحقيقي قبل التلف، لا مجرد تقدير الملك الذي لا بد فيه من الاقتصار على الحكم الثابت المحوج إلى ذلك التقدير، دون ما عداه من باقى آثار المقدّر [إلا أن يقال: بأن التلف من البائع يدلّ التزاماً على الفسخ الحقيقي (٤)].

ثمّ إنّه يلحق بالتلف تعذر الوصول إليه عادةً، مثل سرقة على وجه لا يرجى عوده، و عليه تحمل روايه عقبه المتقدّمه (٥).

قال فى التذكرة: و وقوع الدرّه فى البحر قبل القبض كالتلف، و كذا انفلات الطير و الصيد المتوحش. و لو غرق البحر الأرض المبيعه أو وقع عليها صخورٌ عظيمةٌ من جبلٍ أو كساها رملٌ، فهى بمثابة التلف، أو يثبت به الخيار؟ للشافعيه وجهان: أقواهما الثانى. و لو أبق العبد قبل القبض أو ضاع فى انتهاب العسكر لم يفسخ البيع، لبقاء المائيه و رجاء العود (٦)، انتهى.

و فى التذكرة أيضاً: لو هرب المشتري قبل وزن الثمن و هو معسرٌ

ص: ٢٧٣

١- ١) فى «ش»: «فقبله».

٢- ٢) المبسوط ١: ١٢٤، و التذكرة ١: ٥٦٢.

٣- ٣) التذكرة ١: ٤٧٤.

٤- ٤) لم يرد فى «ق».

٥- ٥) فى الصفحه ٢٧٢.

٦- ٦) التذكرة ١: ٥٦٢، و فيه: «أقربهما الثانى».

مع عدم الإقباض احتمال أن يملك البائع الفسخ في الحال لتعذر استيفاء الثمن، والصبر ثلاثة أيام للرواية. والأول أقوى؛ لورودها في البازل.

وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم، ثم إن وجد له مالاً قضاه وإلا باع المبيع وقضى منه، والفاضل للمشتري والمعوز عليه (١)، انتهى.

و في غير موضعٍ ممّا ذكره تأمل.

ثم إن ظاهر كثير من الأصحاب: أنه لا يعتبر في القبض المسقط لضمان البائع (٢) وقوعه صحيحاً جامعاً لما يعتبر فيه، فلو وقع بغير إذن ذي اليد كفى في رفع الضمان، كما صرح به في التذكرة (٣) والدروس (٤) وغيرهما (٥). ولو لم يتحقق الكيل والوزن بناءً على اعتبارهما في قبض المكيل، ففي سقوط الضمان بمجرد نقل المشتري قولان.

قال في التذكرة - في باب بيع الثمار -: إنه لو اشترى [طعاماً (٦) مكايلاً فقبض جزافاً فهلك في يده، فهو من ضمان المشتري] [لحصول القبض] (٧) وإن جعلنا الكيل شرطاً فيه فالأقرب أنه من ضمان البائع (٨)، انتهى.

ص: ٢٧٤

١-١) التذكرة ٤٧٣:١.

٢-٢) في «ش» بدل «الضمان البائع»: «للضمان».

٣-٣) التذكرة ٥٦٢:١.

٤-٤) الدروس ٢١٤:٣.

٥-٥) مثل مجمع الفوائد ٥١٣:٨-٥١٤، والجواهر ١٥٢:٢٣.

٦-٦) من «ش» والمصدر.

٧-٧) من «ش» والمصدر.

٨-٨) التذكرة ٥٠٨:١.

و قد تقدّم عن جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناءً على اشتراط الكيل في القبض (١). و لا يخلو عن قوّه.

و هل يكتفى بالتخليه على القول بعدم كونها قبضاً في سقوط الضمان؟ قولان: لا يخلو السقوط من قوّه [و إن لم نجعله قبضاً (٢)].

و كذا الكلام فيما لو وضع المشتري يده عليه و لم ينقله بناءً على اعتبار النقل في القبض.

هذا كلّه حكم التلف السماوى.

و أما الإتلاف: فإما أن يكون من المشتري، و إما أن يكون من البائع، و إما أن يكون من الأجنبى.

فإن كان من المشتري، فالظاهر عدم الخلاف في كونه بمنزله القبض في سقوط الضمان؛ لأنّه قد ضمن ماله بإتلافه. و حجّته الإجماع لو تمّ، و إلّا فانصراف النصّ إلى غير هذا التلف، فيبقى تحت القاعده.

قال في التذكرة: هذا إذا كان المشتري عالماً، و إن كان جاهلاً، بأن قدّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، فهل يجعل قابضاً؟ الأقرب أنّه لا يصير قابضاً، و يكون بمنزله إتلاف البائع (٣). ثمّ مثل له بما إذا قدّم المغصوب إلى المالك فأكله.

أقول: هذا مع غرور البائع لا بأس به، أمّا مع عدم الغرور ففي كونه كالتلف السماوى وجهان.

ص: ٢٧٥

١-١ (١) تقدّم في الصفحه ٢٥٥-٢٥٦.

٢-٢ (٢) شُطب عليه في «ق».

٣-٣ (٣) التذكرة ٥٦٢: ١.

و لو صال العبد على المشتري فقتله دفعاً، ففي التذكرة: أن الأصح أنه لا - يستقرّ عليه الثمن. و حكى عن بعض الشافعيّ: الاستقرار؛ لأنه قتله في غرض نفسه (١).

و لو أتلفه البائع، ففي انفساخ البيع، كما عن المبسوط و الشرائع و التحرير (٢)؛ لعموم التلف - في النصّ - لما كان بإتلاف حيوانٍ أو إنسانٍ أو كان بآفه.

أو ضمان البائع للقيمة؛ لخروجه عن منصرف دليل الانفساخ فيدخل تحت قاعده «إتلاف مال الغير».

أو التخيير بين مطالبته بالقيمة أو بالثمن، إمّا لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيتخيّر المالك في العمل بأحدهما، و إمّا لأنّ التلف على هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دليل الانفساخ لحقه حكم تعذّر تسليم المبيع، فيثبت الخيار للمشتري، لجريان دليل تعذّر التسليم هنا.

و هذا هو الأقوى، و اختاره في التذكرة (٣) و الدروس (٤) و جامع المقاصد (٥) و المسالك (٦) و غيرها (٧)، و عن حواشى الشهيد نسبته إلى

ص: ٢٧٦

١ - ١) التذكرة ٥٦٢:١.

٢ - ٢) المبسوط ١١٧:٢، و الشرائع ٥٣:٢، و التحرير ١٧٥:١، و حكاة عنهم في مفتاح الكرامه ٥٩٧:٤.

٣ - ٣) راجع التذكرة ٥٠٨:١.

٤ - ٤) الدروس ٢١٢:٣.

٥ - ٥) جامع المقاصد ٤٠٤:٤.

٦ - ٦) المسالك ٢١٧:٣ و ٣٦١.

٧ - ٧) مثل مجمع الفوائد ٤١٩:٨، و الحدائق ٧٦:١٩.

فإن اختار المشتري قيمه، فهل للبائع حبس قيمه على الثمن؟ وجهان (٢)، أقواهما عدم.

و لو قبض المشتري بغير إذن البائع - حيث يكون له الاسترداد - فأتلفه البائع في يد المشتري، ففي كونه كإتلافه قبل القبض فيكون في حكم الاسترداد، كما أنّ إتلاف المشتري في يد البائع بمنزله القبض، أو كونه إتلافاً له بعد القبض موجباً للقيمة؛ لدخول المبيع في ضمان المشتري بالقبض وإن كان ظالماً فيه، وجهان. اختار أولهما في التذكرة (٣).

و لو أتلفه أجنبيّ جاء الوجوه الثلاثة المتقدمه، إلا أنّ المتعين منها هو التخيير؛ لما تقدّم، و لو لا شبهه الإجماع على عدم تعيين القيمة تعيّن الرجوع إليها بعد فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

ص: ٢٧٧

١- ١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥٩٧:٤.

٢- ٢) فى «ش» زياده ما يلى: «من أنّها بدل عن العين، و من أنّ دليل الحبس و هو الانفهام من العقد يختصّ بالمبدل».

٣- ٣) التذكرة ٥٦٢:١.

مسأله تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين في جميع ما ذكر،

كما صرح به في التذكرة (١)، وهو ظاهر عبارته الدروس، حيث ذكر: أن بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض (٢)، بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

قال في المبسوط: لو اشترى عبداً بثوبٍ و قبض العبد و لم يسلم الثوب، فباع العبد صحَّ بيعه، و إذا باعه و سلّمه ثم تلف الثوب انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه؛ لأنه لا يقدر على ردّه (٣)، انتهى.

و في باب الصرف من السرائر نظير ذلك (٤). و قد ذكر هذه المسأله أيضاً في الشرائع (٥) و كتب العلامة (٦) و الدروس (٧) و جامع

ص: ٢٧٨

١-١ (١) التذكرة ١:٤٧٤.

٢-٢ (٢) الدروس ٢١٠:٣-٢١١.

٣-٣ (٣) المبسوط ١٢٤:٢.

٤-٤ (٤) راجع السرائر ٢٦٨:٢.

٥-٥ (٥) الشرائع ٣٢:٢.

٦-٦ (٦) مثل القواعد ٨٧:٢، و التحرير ١٧٦:١، و التذكرة ٤٧٤:١ و ٥٦١، و الإرشاد ٣٨١:١.

٧-٧ (٧) الدروس ٢١١:٣.

المقاصد (١) والمسالك (٢) وغيرها (٣) - أعنى مسأله من باع شيئاً معيناً بشيءٍ معينٍ ثمَّ يبيع أحدهما ثمَّ تلف الآخر - و حكموا بانفساخ البيع الأول، و قد صرحوا بنظير ذلك في باب الشفعه أيضاً (٤).

و بالجمله، فالظاهر عدم الخلاف في المسأله.

و يمكن أن يستظهر من روايه عقبه المتقدمه (٥) حيث ذكر في آخرها: «أنَّ المبتاع ضامنٌ لحقّه حتّى يردّ إليه ماله» بناءً على عود ضمير ال «حق» إلى «البائع» بل ظاهر بعضهم شمول النبويّ له بناءً على صدق المبيع على الثمن.

قال في التذكرة: لو أكلت الشاه ثمنها المعين قبل القبض، فإن كانت في يد المشتري فكإتلافه، و إن كانت في يد البائع فكإتلافه، و إن كانت في يد أجنبيّ فكإتلافه، و إن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع، لأنَّ المبيع هلك قبل القبض بأمرٍ لا ينسب إلى آدمي فكان كالسماويه (٦)، انتهى.

ثمَّ إنّه هل يلحق العوضان في غير البيع من المعاوضات به في

ص: ٢٧٩

١-١) جامع المقاصد ٤:٤٠٢.

٢-٢) المسالك ٣:٢٥٧.

٣-٣) مثل الحدائق ١٨٩:١٩، و الجواهر ١٨٢:٢٣، و راجع مفتاح الكرامه ٤:٧١٨.

٤-٤) انظر مفتاح الكرامه ٤:٧١٩ و ٦:٣٩١، و القواعد ٢:٢٥٦.

٥-٥) تقدّمت في الصفحه ٢٧٢.

٦-٦) التذكرة ١:٤٧٤.

هذا الحكم؟ لم أجد أحداً صرّح بذلك نفيًا أو إثباتًا. نعم، ذكروا في الإجاره (١) و الصداق (٢) و عوض الخلع (٣) ضمانها لو تلف قبل القبض، لكن ثبوت الحكم عموماً مسكوتٌ عنه في كلماتهم.

إلّا أنّه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجهٍ يظهر كونه من المسلّمات. قال في مسأله البيع قبل القبض و جواز بيع ما انتقل بغير البيع، قال (٤): و المال المضمون في يد الغير بالقيمه كالعاريه المضمونه أو بالتفريط - و يسمّى ضمان اليد - يجوز بيعه قبل قبضه؛ لتمام الملك فيه - إلى أن قال -: أمّا ما هو مضمونٌ في يد الغير بعوضٍ في عقد معاوضه، فالوجه جواز بيعه قبل قبضه ك: مال الصلح، و الأجره المعينه (٥). و قال الشافعي: لا يصحّ، لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع (٦)، انتهى.

و ظاهر هذا الكلام كونه مسلماً بين الخاصه و العامه.

ص: ٢٨٠

-
- ١- ١) راجع المبسوط ٢٢٢-٣:٢٢٣ و غيرهما من الصفحات، و الشرائع ١٨٣:٢، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٧:٩١.
 - ٢- ٢) المبسوط ٢٧٦:٤، و الشرائع ٣٢٥:٢، و المسالك ١٨٧:٨، و الجواهر ٣١:٣٩.
 - ٣- ٣) المبسوط ٣٥٥:٤، و الشرائع ٥١:٣، و المسالك ٣٩٨:٩، و الجواهر ٣٣:٣١.
 - ٤- ٤) العبارة في «ش» هكذا: «قال في مسأله جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض: و المال...».
 - ٥- ٥) في «ش» و المصدر زياده: «لما تقدّم».
 - ٦- ٦) التذكرة ٤٧٥:١.

مسأله لو تلف بعض المبيع قبل قبضه،

فإن كان ممّا يقسّط الثمن عليه انفسخ البيع فيه فيما يقابله من الثمن؛ لأنّ التالف مبيعٌ تلف قبل قبضه، فإنّ البيع يتعلّق بكلّ جزء، إذ البيع عرفاً ليس إلّا التمليك بعوض، وكلّ جزءٍ كذلك. نعم، إسناد البيع إلى جزءٍ واحدٍ مقتصرًا عليه يوهّم انتقاله بعقد (١) مستقل، [و لذا (٢)] لم يطلق على بيع الكلّ «البيع المتعدّده».

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف في المسأله.

و إن كان الجزء ممّا لا يتقسّط عليه الثمن كيد العبد، فالأقوى أنّه كالوصف الموجب للتعيب. فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد، فالمشترى مخيّرٌ بين الردّ و الأرش، و إلّا كان له الردّ فقط، بل عن الإيضاح: أنّ الأرش هنا أظهر؛ لأنّ المبيع هو مجموع بدن العبد، و قد نقص بعضه، بخلاف نقصان الصفه (٣). و فيه تأمّل.

ص: ٢٨١

١- ١) ظاهر «ق»: «لعقد».

٢- ٢) لم يرد في «ق».

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٥١٠: ١.

بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا (١) مع قوله به في العيب (٢)، فتأمل.

و كيف كان، فالمهمّ نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض.

و الظاهر المصرّح به في كلام غير واحد: أنه لا خلاف في أنّ للمشتري الردّ (٣).

و أما الخلاف في الأرش، ففي الخلاف عدمه، مدّعياً عدم الخلاف فيه (٤)، و هو المحكى عن الحلّي (٥) و ظاهر المحقّق و تلميذه كاشف الرموز (٦)؛ لأصاله لزوم العقد و إنّما ثبت الردّ لدفع تضرّر المشتري به.

و عن النهاية: ثبوته (٧)، و اختاره العلّامة (٨) و الشهيدان (٩) و المحقّق

ص: ٢٨٢

١-١) الشرائع ٢:٣٠ و ٣٥-٣٦، و تردّد في العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض، راجع الشرائع ٢:٣٩.

٢-٢) الشرائع ٢:٣٠ و ٣٥-٣٦، و تردّد في العيب الحادث بعد العقد و قبل القبض، راجع الشرائع ٢:٣٩.

٣-٣) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨:٤٣٥، و المحقّق السبزواري في الكفاية: ٩٣، و المحدّث البحراني في الحدائق ١٩:٨٨، و السيد الطباطبائي في الرياض ٨: ٢٧٥، و راجع تفصيل ذلك في مفتاح الكرامه ٤:٦٢٨.

٤-٤) الخلاف ٣:١٠٩، المسأله ١٧٨ من كتاب البيوع.

٥-٥) السرائر ٢:٢٩٨.

٦-٦) لم نعثر على هذه الحكايه، أمّا المحقّق فقد تردّد في الشرائع ٢:٣٩، و قال في المختصر: ١٢٦: «و في الأرش قولان، أشبههما الثبوت» نعم قوّى في نكت النهاية عدم الأرش، راجع النهاية و نكتها ٢:١٦٢، و أمّا تلميذه فقد اختار في كشف الرموز ١:٤٨٤ عدم الأرش.

٧-٧) النهاية: ٣٩٥.

٨-٨) القواعد ٢:٧٨، و التذكرة ١:٥٢٤.

٩-٩) غايه المراد ٢:٦١، و حاشيه الشهيد الثاني نفس الموضوع، و المسالك ٣:٢٨٤ و ٣:٣٠٣.

الثانى (١) وغيرهم (٢)، و عن المختلف: نقله عن القاضى و الحلبي (٣)، و عن المسالك: أنه المشهور (٤).

و استدلوا (٥) عليه: بأنّ الكلّ مضمونٌ قبل القبض، فكذا أبعاضه و صفاته.

و أُورد عليه: بأنّ معنى ضمان الكلّ انفساخ العقد و رجوع الثمن إلى المشتري و المبيع إلى البائع، و هذا المعنى غير متحققٍ في الوصف؛ لأنّ انعدامه بعد العقد فى ملك البائع [لا (٦)] يوجب رجوع ما قبله من عين الثمن، مع أن الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن.

و يدفع: بأنّ وصف الصحّة لا يقابل بجزء عينٍ من الثمن؛ و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده، بل يقابل بالأعم منه و ممّا يساويه من غير الثمن (٧)، و حينئذٍ فتلفه على المشتري لا يوجب

ص: ٢٨٣

١- (١) جامع المقاصد ٣:٣٥٦.

٢- (٢) مثل الفاضل المقداد فى التنقيح ٢:٨٥، و المحقق الأردبيلي فى مجمع الفائده ٨: ٤٣٥، و راجع تفصيل ذلك فى مفتاح الكرامه ٤:٦٢٨.

٣- (٣) المختلف ٥:١٨٢، و لم نعثر عليه فى المهذب، و راجع الكافى فى الفقه: ٣٥٥.

٤- (٤) المسالك ٣:٢٨٤.

٥- (٥) راجع للاستدلال و ما يورد عليه الرياض ٨:٢٧٦-٢٧٧، و مفتاح الكرامه ٤:٦٢٨، و راجع ٣٢٩ أيضاً.

٦- (٦) لم يرد فى «ق»، و الظاهر سقوطه من قلمه الشريف.

٧- (٧) العبارة فى «ش» من قوله: «مع أنّ الأرش - إلى - من غير الثمن» هكذا: «بل يقابل بالأعم منه و ممّا يساويه من غير الثمن، لأنّ الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن، و يدفع: بأنّ وصف الصحّة لا يقابل ابتداءً بجزءٍ من عين الثمن؛ و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده، بل لا يضمن بمالٍ أصلاً، لجواز إمضاء العقد على المعيب بلا شىء».

رجوع (١) جزءٍ من عين الثمن، بخلاف الكلّ و الأجزاء المستقلّة في التقويم، فحاصل معنى الضمان في المقامين هو: تقدير التلف المتعلّق بالعين أو الوصف في ملك البائع (٢) و أنّ العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، و لازم هذا انفساخ العقد رأساً إذا تلف تمام المبيع، و انفساخه بالنسبه إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض، و انفساخ العقد بالنسبه إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه و تقدير العقد كأن لم يكن بالنسبه إلى حدوث هذا العيب، فكأنّ العيب حدث قبل العقد و العقد قد وقع على عينٍ معييه، فيجرى فيه جميع أحكام العيب: من الخيار، و جواز التبرّي منه في العقد، و جواز إسقاط الخيار بعده ردّاً و أرشاً.

و يؤيد ما ذكرنا: من اتّحاد معنى الضمان بالنسبه إلى ذات المبيع و وصف صحّته، الجمع بينهما في تلف الحيوان في أيام الخيار و تعييه في صحيح ابن سنان: «عن الرجل يشتري الدابّه أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدثٌ، على من ضمان ذلك؟ قال: على البائع حتّى يمضى الشرط» (٣)(٤).

ص: ٢٨٤

١- ١) في «ش» زياده: «شيءٍ إلى المشتري، فضلاً عن».

٢- ٢) العبارة في «ش» من قوله: «فحاصل معنى الضمان- إلى- في ملك البائع» هكذا: «فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف الصحّة قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض: هو تقدير التلف المتعلّق بالعين أو الوصف في ملك البائع في المقامين».

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٥٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

٤- ٤) في «ش» زياده ما يلي: «فقوله عليه السلام: "على البائع حكمٌ بالضمان لموت العبد و حدوث حدثٍ فيه بفوات جزءٍ أو وصف، و معناه تقدير وقوعه في ملك البائع».

نعم، قد يشكل الحكم المذكور؛ لعدم الدليل على ضمان الوصف، لأنّ الضمان بهذا المعنى حكمٌ مخالفٌ للأصل يقتصر فيه على محلّ النصّ و الإجماع، وهو تلف الكلّ أو البعض. ولو لا الإجماع على جواز الردّ لأشكل الحكم به أيضاً، إلّا أنّه لمّا استندوا في الردّ إلى نفي الضرر [قالوا (١)] إنّ الضرر المتوجّه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع.

و حينئذٍ فقد يستوجه ما ذكره العلّامة: من أنّ الحاجه قد تمسّ إلى المعاوضه، فيكون في الردّ ضرر (٢)، وكذلك في الإمساك بغير أورش، فيوجب التخيير بين الردّ و الأورش، لنفي الضرر.

لكن فيه: أنّ تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقّق بمجرد الخيار في الفسخ و الإمضاء، كما في سائر موارد الضرر الداعي إلى الحكم بالخيار.

هذا، و مع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوّه.

هذا كلّه مع تعيبه بآفه سماويّه.

و أمّا لو تعيّب بفعل أحدٍ، فإن كان هو المشتري فلا ضمان بأرشه، و إلّا كان له على الجاني أورش جنائته؛ لعدم الدليل على الخيار في العيب المتأخّر إلّا أن يكون بآفه سماويّه. و يحتمل تخيير المشتري بين الفسخ و الإمضاء، مع تضمين الجاني لأورش جنائته بناءً على جعل العيب قبل القبض مطلقاً موجباً للخيار، و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبي بالأورش.

ص: ٢٨٥

١-١) لم يرد في «ق».

٢-٢) ذكره في المختلف ١٨٢:٥.

لصحيحه ابن حازم المرويه في الفقيه: «إذا اشتريت متاعاً فيه كيلٌ أو وزنٌ فلا تبعه حتّى تقبضه، إلّا أن تولّيه، فإن لم يكن فيه كيلٌ أو وزنٌ فبعه» (١).

□
و صحيحه الحلبي في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل أن يكتاله؟ قال: لا يصلح له ذلك» (٢).

□
و صحيحته الأخرى في الفقيه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام:

عن قوم اشتروا بزّاً، فاشتركوها فيه جميعاً، ولم يقتسموا، أ يصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه؟ قال: لا بأس به، و قال:

ص: ٢٨٦

١- ١) الفقيه ٣: ٢٠٦، الحديث ٣٧٧٢، و الوسائل ١٢: ٣٨٧، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث الأوّل.

٢- ٢) الكافي ٥: ١٧٨، الحديث ٢، و الوسائل ١٢: ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ٥.

لأنَّ (١) هذا ليس بمنزله الطعام، لأنَّ الطعام يكال» (٢) بناءً على أنَّ المراد ما قبل أن يقبضه من البائع، أمَّا إذا أريد من ذلك عدم قبض حصَّته من يد الشركاء فلا يدلُّ على ما نحن فيه؛ لتحقُّق القبض بحصوله في يد أحد الشركاء المأذون عن الباقي.

□
و روايه معاويه بن وهب، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيلاً أو وزنٌ فلا يبعه حتَّى يكيِّله أو يزنه، إلَّا أن يولِّيه بالذى قام عليه» (٣).

□
و صحيحه منصور فى الفقيه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى مبيعاً ليس فيه كيلٌ ولا وزنٌ، إله أن يبيعه مرابحةً قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه؟ قال: لا بأس بذلك ما لم يكن كيلاً أو وزنٌ، فإن هو قبضه كان أبرأ لنفسه» (٤).

و صحيح الحلبي: «فى الرجل (٥) يبتاع الطعام أ يصلح (٦) يبعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتَّى يقبضه و إن كان توليَّه

ص: ٢٨٧

١- ١) فى «ش» و المصدر: «إن».

٢- ٢) الفقيه ٣: ٢١٧، الحديث ٣٨٠٥، و الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ١٠.

٣- ٣) الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ١١.

٤- ٤) الفقيه ٣: ٢١٧، الحديث ٣٨٠٤، و الوسائل ١٢: ٣٩٠، الباب ١٦ من أبواب العقود، الحديث ١٨.

٥- ٥) من هنا إلى قوله: «و أمَّا إذا لم يرض المسلم إليه...» فى الصفحة ٣١١ ساقط من «ق».

٦- ٦) فى «ف» بدل «أ يصلح»: «أ يصح».

و خبر حزام المروى عن مجالس الطوسى، قال: «ابتعت طعاماً من طعام الصدقة، فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه فسألت النبى صلى الله عليه وآله، فقال: لا تبعه حتى تقبضه» (٢).

و مفهوم روايه خالد بن حجاج الكرخى قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام إلى أجلٍ مسمى، فيطلبه التجار منى بعد ما اشتريت قبل أن أقبضه؟ قال: لا- بأس أن تبيع إلى أجلٍ، كما اشتريت (٣)» (٤) والمراد تأجيل الثمن، وقوله: «كما اشتريت» إشارة إلى كون البيع توليةً فيدلّ على ثبوت البأس فى غير التولية.

و مصححه على بن جعفر عن أخيه: «عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح (٥) بيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، وإن كان توليةً فلا بأس» (٦) و فى معناها روايته الأخرى (٧).

ص: ٢٨٨

١- ١) ما ذكره المصنّف بعنوان صحيح الحلبي لم نعثر عليه، بل هو تركيب من روايتين، فقوله: «فى الرجل يبتاع الطعام» من صحيحه الحلبي المتقدمه فى الصفحة ٢٨٦، و الباقي من مصححه على بن جعفر الآتية بعد أسطر.

٢- ٢) الأمالى للطوسى: ٣٩٩، الحديث ٨٩١، و الوسائل ١٢: ٣٩١، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢١.

٣- ٣) فى «ش» زياده: «إليه، الخبر».

٤- ٤) الوسائل ١٢: ٣٩١، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٩.

٥- ٥) فى «ف» بدل «أ يصلح»: «أ يصح».

٦- ٦) الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٩.

٧- ٧) فى «ش»: «روايةً أخرى»، و راجع قرب الإسناد: ٢٦٥، الحديث ١٠٥٢، و الوسائل ١٢: ٣٨٩، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، ذيل الحديث ٩.

خلافاً للمحكى عن الشيخين- فى المقنعه (١) و النهايه (٢)- و القاضى (٣) و المشهور بين المتأخرين (٤)، فالكراهه، لرواياتٍ صارفٍ لظواهر الروايات المتقدمه إلى الكراهه، مثل ما فى الفقيه فى ذيل روايه الكرخى -المتقدمه-: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشتري الطعام من الرجل، ثم أبيع من رجلٍ آخر قبل أن أكتاله، فأقول له: ابعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس» (٥).

□
و روايه جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا- بأس، و يوكل الرجل المشتري من يكيله و يقبضه» (٦).

و هذه الروايات مطلقه يمكن حملها على التوليه، و هو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهه، مع أن استثناء التوليه حينئذٍ يوجب

ص: ٢٨٩

١- (١) المقنعه: ٥٩٦.

٢- (٢) النهايه: ٣٩٨.

٣- (٣) حكاة العلامه فى المختلف ٥: ٢٨١، و ولده فى الإيضاح ١٢: ٥٠٨، و الشهيد فى غايه المراد ٢: ١٣٧ عن القاضى فى الكامل. و لا يوجد الكامل عندنا.

٤- (٤) حكاة المحدّث البحرانى فى الحقائق ١٩: ١٦٨.

٥- (٥) الفقيه ٣: ٢٠٩، ذيل الحديث ٣٧٨٠، و الوسائل ١٢: ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣.

٦- (٦) آخر الحديث فى «ش» و الوسائل هكذا: «و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كيله، قال: لا- بأس»، راجع الوسائل ١٢: ٣٨٨، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

نفى الكراهه فيها، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في الكراهه فيها أيضاً بين أرباب هذا القول و إن كانت أخفّ.

و من ذلك يعلم ما في الاستيناس للجمع بالكراهه بخبر أبي بصير:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ اشترى طعاماً، ثم باعه قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلّا أن يولّيه [كما اشتراه (١)] فلا بأس أن يولّيه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع، و ما كان عنده من شيءٍ ليس بكيّلٍ و لا وزنٍ فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه» (٢).

بناءً على أنّ قوله: «لا- يعجبني» ظاهرٌ في الكراهه، فإنّ ذلك يوجب رفع الكراهه رأساً في التوليه؛ لأنّه في قوّه: «إنّ ذلك في التوليه ليس ممّا لا يعجبني» مع أنّ القائلين بالكراهه لا يفرّقون بين التوليه و غيرها في أصل الكراهه و إن صرّح بعضهم بكونها في التوليه أخفّ (٣).

و ربّما يستدلّ على الجواز بصحيحتي الحلبي و ابن مسلم في جواز بيع الثمره المشتراه قبل قبضها (٤). لكن لا يبعد إرادته الثمره على الشجره، فيخرج عن المكيّل و الموزون.

ص: ٢٩٠

١-١) لم يرد في «ف».

٢-٢) الوسائل ١٢:٣٩٠، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٦.

٣-٣) صرّح به صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:١٦٩.

٤-٤) استدللّ بهما في الجواهر ٢٣:١٦٦، و راجع الوسائل ١٣:١٣، الباب ٧ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٢ و ٣.

و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في جواز بيع السِّلْم على من هو عليه (١) بناءً على عدم الفرق بين المسألتين. وفيه تأمل؛ لعدم ثبوت ذلك، بل الظاهر أنّ محلّ الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع، كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة و القائلين بالتحريم هنا.

و قد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائعه مسألةً أُخرى ذكرها بعد مسألتنا و فروعها، و ذكر: أنّ المجوّزين في المسألة الأولى جزموا بالجواز هنا، و اختلف المانعون [فيها هنا (٢)]. و من العجيب (٣) ! ما عن التنقيح: من الإجماع على جواز بيع السِّلْم على من هو عليه (٤) مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السِّلْم قبل القبض، مصرّحاً بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره (٥).

ثمّ إنّ صريح التحرير (٦) و الدروس (٧): الإجماع على الجواز في غير المكيل و الموزون، مع أنّ المحكى في التذكرة عن بعض علمائنا القول

ص: ٢٩١

-
- ١- ١) استأنس بها في الجواهر ٢٣:١٦٦، و راجع الوسائل ١٢:٣٧٤-٣٧٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، و ١٣:٦٨-٧٣، الباب ١١ من أبواب السلف.
 - ٢- ٢) لم يرد في «ف»، و راجع التذكرة ١:٤٧٥.
 - ٣- ٣) في «ش»: «العجب».
 - ٤- ٤) التنقيح الرائع ٢:١٤٥.
 - ٥- ٥) المبسوط ٢:١٢١.
 - ٦- ٦) التحرير ١:١٧٦.
 - ٧- ٧) الدروس ٣:٢١١.

بالتحريم مطلقاً (١)، و نسبه في موضع آخر إلى جماعه منياً (٢). و صريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول، قال في باب السلم: إذا أسلف في شيء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره و لا أن يوكله؛ لأن النبي صلى الله عليه و آله نهى عن بيع ما لم يقبض، و قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» (٣) إلى أن قال: و بيوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع، فلا- يصح الشركه و لا التولية، و إن كان قد قبضه صحت الشركه و التولية فيه بلا خلاف. و قد روى أصحابنا جواز الشركه فيه و التولية قبل القبض (٤).

ثم إن المحكي عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمه المفصّله بين التولية و غيرها (٥). و هو عجيب؛ فإنّ التفصيل حكاه في التذكرة قولاً خامساً في المسأله لأقوال علمائنا، و هي الكراهه مطلقاً [و المنع مطلقاً (٦)] و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما، و التفصيل بين الطعام و غيره بالتحريم و العدم (٧)- و هو قول الشيخ في المبسوط مدّعياً

ص: ٢٩٢

١- (١) التذكرة ٤٧٤:١.

٢- (٢) التذكرة ٥٦٠:١.

٣- (٣) السنن الكبرى ٦:٣٠، و كنز العمال ٦:٢٤١، الحديث ١٥٥٢٧ و الصفحه ٢٤٢، الحديث ١٥٥٢٩.

٤- (٤) المبسوط ١٨٧:٢.

٥- (٥) المهذب البارع ٢:٤٠٠-٤٠١.

٦- (٦) لم يرد في «ف».

٧- (٧) التذكرة ٤٧٤:١.

عليه الإجماع (١)-و بالكراهه و العدم.

و هنا سادسٌ اختاره في التحرير (٢)و هو:التفصيل في خصوص الطعام بين التوليه و غيرها بالتحريم و الكراهه في غيره من المكيل و الموزون.

و المراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلق ما أُعدّ للأكل، كما قيل:

إنّه موضوعٌ له (٣)لغه (٤).

و يحتمل أن يكون خصوص الحنطه و الشعير، بل قيل:إنّه معناه شرعاً (٥)،و حكى عن فخر الدين نقله عن والده (٦)،و حكى اختياره عن بعض المتأخرين (٧).

و عن الشهيد:أنّه حكى عن التحرير أنّه الحنطه خاصّه (٨)، و حكى عن بعض أهل اللغه (٩).

ص: ٢٩٣

١-١ (١) المبسوط ١١٩:٢-١٢٠.

٢-٢ (٢) التحرير ١٧٦:١.

٣-٣ (٣) في «ف»:«موضوعه».

٤-٤ (٤) قاله الشهيد الثاني في المسالك ٣:٢٤٨،و المحدث البحراني في الحقائق ١٩: ١٧٩.

٥-٥ (٥) قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٦-٦ (٦) الموجود في المصادر المتوفّره لدينا نقله عن فخر الدين نفسه،و لم نعثر على نقله عن والده راجع جامع المقاصد ٤:٣٩٨،و

المسالك ٣:٢٤٨،و مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٧-٧ (٧) حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٨-٨ (٨) حكاه أيضاً السيّد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦.

٩-٩ (٩) حكاه أيضاً في مفتاح الكرامه ٤:٤٧٦،و راجع الصحاح ٥:١٩٧٤ مادة «طعم»،و مجمع البحرين ٦:١٠٥ نفس المادّه،و

فيهما:«و ربما خصّ بالبرّ».

ثم إنَّ الظاهر أنَّ أصل عنوان المسألة مختصُّ بالمبيع الشخصي، كما يظهر من الاستدلال في التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض؛ لانفساخه بالتلف وكون المبيع مضموناً على البائع، فولايه المشتري على التصرف ضعيفه (١).

وذكر في التذكرة الكليّ الغير المقبوض في فروع المسألة، وقال:

المبيع إن كان ديناً لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين؛ لأنَّ المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه، فمع عدمه أولى، فلا يجوز بيع السَّلَم قبل قبضه، ولا الاستبدال به، وبه قال الشافعي (٢)، انتهى.

و كيف كان، فلا فرق في النصِّ و الفتوى بناءً على المنع بين المبيع المعين و الكليّ، بل و لا بناءً على الجواز.

ثم إنَّ ظاهر أكثر الأخبار المتقدِّمه المانع بطلان البيع قبل القبض، و هو المحكي عن صريح العماني (٣)، بل هو ظاهر كلِّ من عبّر بعدم الجواز (٤) الذي هو معقد إجماع المبسوط في خصوص الطعام (٥)؛ فإنَّ جواز البيع و عدمه ظاهران في الحكم الوضعي. إلا أنَّ المحكي عن المختلف: أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع (٦). لكن صريحه في

ص: ٢٩٤

١-١) التذكرة ٤٧٤:١.

٢-٢) التذكرة ٤٧٤:١-٤٧٥.

٣-٣) حكاة عنه العلامة في المختلف ٢٨١:٥.

٤-٤) مثل الصدوق في المقنع: ٣٦٧، والقاضي في المهذب ٣٨٥:١، والطوسي في الوسيله: ٢٥٢.

٥-٥) المبسوط ١١٩:٢.

٦-٦) المختلف ٢٨٢:٥.

مواضع من التذكرة (١) وفي القواعد: أن محلّ الخلاف الصّحّه و البطلان (٢).

و بالجمله، فلا ينبغي الإشكال في أنّ محلّ الخلاف في كلمات الأصحاب (٣) هو الحكم الوضعي.

و ينبغي التنبيه على أمور:

الأول أنّ ظاهر جماعه عدم لحوق الثمن بالمبيع في هذا الحكم، فيصحّ بيعه قبل قبضه.

قال في المبسوط: أمّا الثمن إذا كان معيناً فإنّه يجوز بيعه قبل قبضه، وإن كان في الذمّه فكذلك يجوز؛ لأنّه لا مانع منه ما لم يكن صرّفًا، فأما إذا كان صرّفًا لا يجوز بيعه قبل القبض (٤).

و في موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان الثمن كلياً في الذمّه (٥). و هو ظاهر جامع المقاصد في شرح قول المصنّف قدّس سرّه: و لو أحال من له طعامٌ من سلم... إلخ (٦).

ص: ٢٩٥

-
- ١- ١) منها ما قاله في التذكرة ١:٥٦١: «مسأله: قد تقدّم الخلاف في أنّ بيع المبيع قبل القبض هل يصحّ أم لا...».
 - ٢- ٢) راجع القواعد ٢:٨٧، وفيه: «و على التحريم يبطل».
 - ٣- ٣) في «ش»: «كلمات الأكثر».
 - ٤- ٤) المبسوط ٢:١٢٠.
 - ٥- ٥) التذكرة ١:٤٧٥ و ١:٥٦٣.
 - ٦- ٦) جامع المقاصد ٤:٣٩٩.

و استدللّ عليه في التذكرة بقول الصادق عليه السلام - وقد سئل عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلمّا بلغ الأجل تقاضاه، فقال:

ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً - قال: «لا بأس إنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء» (١).

و يمكن أن يقال: إنّ المطلوب جعل الثمن مبيعاً في العقد الثاني، لا ثمناً أيضاً كما هو ظاهر الرواية، مع اختصاصها بالبيع مّمن هو عليه، فلا يعمّ إلّا بعدم الفصل لو ثبت. و صرح في أواخر باب السّلم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع (٢). و يؤيّدّه تعليل المنع في طرف المبيع بقصور ولايه المشتري لانفساخ العقد بتلفه (٣) فإنّه جارٍ في الثمن المعين.

الثاني هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال فلا يجوز جعله ثمناً و لا عوضاً في الصلح و لا اجرة و لا وفاء عمّا عليه، أم يختصّ بالبيع؟

ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع (٤). و أظهر منها في الاختصاص قوله في التذكرة: الأقرب عندي أنّ النهي به متعلّق بالبيع لا بغيره من المعاوضات (٥). و أظهر من الكلّ قوله في موضع آخر: لو كان لزيد عند

ص: ٢٩٦

١- (١) الوسائل ١٣: ٧١، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

٢- (٢) التذكرة ٥٦٠: ١.

٣- (٣) راجع التذكرة ٤٧٤: ١.

٤- (٤) في «ف»: «بالمبيع».

٥- (٥) التذكرة ٤٧٥: ١.

عمرو طعاماً من سَلِم، فقال لزيد: خذ هذه الدراهم عن الطعام الذي لك عندي، لم يجز عند الشافعي؛ لأنه يبيع المسلم فيه قبل القبض، والأولى عندي الجواز، وليس هذا بيعاً وإنما هو نوع معاوضه (١)، انتهى.

و أصرح من الكلّ تصريحه في موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض؛ لأنه عقدٌ مستقلٌّ لا يجب مساواته للبيع في أحكامه (٢).

وقد صرّح جامع المقاصد أيضاً في غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره (٣). وقد تقدّم في كلامه: أنه لا يجوز بيع السَلَم قبل قبضه، ولا الاستبدال به (٤).

لكنّ العلّامة قد عبّر بلفظ «الاستبدال» في كثيرٍ من فروع مسأله البيع قبل القبض (٥)، مع أنّ ما استدللّ به للمانعين: من قصور ولايه المشتري في التصرف لانفساخ العقد بالتلف (٦)، جارٍ في مطلق التصرف فضلاً عن المعاوضه.

وقد صرّح الشيخ في المبسوط في باب الحواله: بأنّها معاوضه، و المعاوضه على المسلم فيه قبل القبض غير جائزه (٧) [٨]. وهو وإن

ص: ٢٩٧

١-١ (١) التذكرة ٥٦٠:١.

١-٢ (٢) التذكرة ٥٥٩:١.

٣-٣ (٣) لم نعثر على تصريحه بذلك، نعم يظهر منه ذلك، راجع جامع المقاصد ٣٩٩:٤-٤٠١.

٤-٤ (٤) لم نعثر عليه فيما تقدّم من كلامه، و لم نعثر عليه في جامع المقاصد، نعم تقدّم في كلام العلّامة المتقدّم في الصفحه ٢٩٤.

١-٥ (٥) راجع التذكرة ٤٧٥:١.

١-٦ (٦) استدللّ به في التذكرة ٤٧٤:١، و تقدّم في الصفحه السابقه أيضاً.

٧-٧ (٧) الزيادة منّا.

١-٨ (٨) المبسوط ٣١٣:٢.

رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك (١)، لكنه لم يرجع عن الكبرى.

و صرح في الإيضاح بابتناء الفرع الآتى - أعنى إحاله من عليه طعامً لغريمه على من له عليه طعام - على أنّ الحواله معاوضه (٢) أو استيفاء، و أنّ المعاوضه قبل القبض حرامٌ أو مكروه (٣).

و إرادته خصوص البيع من المعاوضه ليست بأولى من إرادته مطلق المعاوضه من البيع فى قولهم: «إنّ الحواله بيعٌ أو ليست بيعاً» بل هذه أظهر فى كلماتهم، و قد صرح الأ-كثر: بأنّ تراضى المسلم و المسلم إليه على قيمه المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض (٤)، فاستدلوا بأخباره (٥) على جوازه.

و يؤيده أيضاً قوله فى التذكرة: لو كان لزید طعامً على عمرو سَلَمًا، و لخالد مثله على زيد، فقال زيد: «أذهب إلى عمرو و اقبض لنفسك مالى عليه» لم يصحّ لخالد عند أكثر علمائنا، و به قال الشافعى و أحمد؛ لأنّ النبىّ صلّى الله عليه و آله نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجرى فيه صاعان: صاع البائع و صاع المشتري (٦).

ص: ٢٩٨

١- ١) راجع المبسوط ٢:٣١٧ و فيه: «و يقوى فى نفسى أنّها ليست ببيع».

٢- ٢) فى «ش» زياده: «مستقله».

٣- ٣) إيضاح الفوائد ١:٥٠٨.

٤- ٤) منهم المحدّث البحرانى فى الحدائق ٢٠:٤٤، و الجواهر ٢٤:٣٢١.

٥- ٥) راجع الوسائل ١٢:٣٨٧، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، و ١٣:٦٨، الباب ١١ من أبواب السلف.

٦- ٦) التذكرة ١:٤٧٣، و راجع الحديث فى السنن الكبرى ٥:٣١٦.

و سيأتى ابتداء هذا الفرع فى كلام جماعه على مسأله البيع قبل القبض (١).

نعم، ذكر الشهيد: أنه كالبيع قبل القبض، و صرح بابتداء الحكم فيما لو قال للمسلم: «اشتر لى بهذه الدراهم طعاماً و اقبضه لنفسك» على حكم البيع قبل القبض (٢).

و كيف كان، فالمسأله محل إشكالٍ من حيث اضطراب كلماتهم، إلا أن الاقتصار فى مخالفه الأصل على المتيقن هو المتعين.

و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الإجاره و الخلع - كما صرح به فى الدروس (٣) - فضلاً عن مثل الإرث و القرض و مال الكتابه و الصداق و غيرها. نعم، لو ورث ما اشترى و لم يقبض أو صدقه أو عوض عن الخلع جرى الخلاف فى بيعه.

الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض، أو ما يعمّ تشخيص الكلّى المبيع به؟

فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسببٍ خاصّ هو البيع، كما لو نهى عن بيع أمّ الولد، أو حلف على أن لا يبيع مملوكه، حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلّى المبيع.

ص: ٢٩٩

١-١) راجع الصفحه ٣٠١ و ما بعدها.

٢-٢) الدروس ٣:٢١١.

٣-٣) الدروس ٣:٢١١.

ظاهر النصّ و الفتوى و إن كان هو الأوّل، بل هو المتعيّن في الأخبار المفصّله بين التولية و غيرها (١). إلّا أنّ المعنى الثاني لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار.

و عليه، فلو كان عليه سلّم لصاحبه، فدفّع إليه دراهم و قال:

«اشتر لي بها طعاماً و اقبضه لنفسك» جرى فيه الخلاف في بيع ما لم يقبض، كما صرح به في الدروس (٢). و لكن في بعض الروايات دلالة على الجواز، مثل صحيحه يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الآخر أحمالٌ من رطبٍ أو تمرٍ فيبعث إليه بدنانير، فيقول: اشتر بهذه و استوف منه الذي لك، قال: لا بأس إذا ائتمنه» (٣).

□
لكن في صحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أسلفته دراهم في طعام فلما حلّ طعامي عليه بعث إليّ بدراهم، فقال: اشتر لنفسك طعاماً و استوف حقّك، قال: أرى أن يولّى ذلك غيرك و تقوم معه حتّى تقبض الذي لك، و لا تتولّى أنت شراءه» (٤).

و في موثقه عبد الرحمن: «يكون معه غيره يوفيه ذلك» (٥).

ص: ٣٠٠

١- (١) راجع الوسائل ٣٨٧: ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

٢- (٢) الدروس ٢١١: ٣.

٣- (٣) التهذيب ٧: ٤٢، الحديث ١٨٠، و الوسائل ٧٣: ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف ذيل الحديث الأوّل، و السائل - كما نقله الشيخ في التهذيب - هو يعقوب ابن شعيب، و ظاهر الوسائل يوهم أنّ السائل هو الحلبي.

٤- (٤) الوسائل ٧٣: ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث الأوّل.

٥- (٥) الوسائل ٧٤: ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٢.

لكن ظاهر الخبرين كراهه مباشره الشراء من جهه كونه فى معرض التهمه، و المطلوب صحه الشراء و عدم جواز الاستيفاء.

ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشتري شخصياً.

و أمّا إذا وُكِّله فى شراء الكلّى فلا يجرى فيه ذلك؛ لأنّ تشخيص ما باعه سَلَمًا فى الطعام الكلّى المشتري موقوفٌ على قبضه ثم إقباضه، و بدون ذلك لا- يمكن الإيفاء إلّا بالحواله أو التوكيل، فتدخل المسأله فيما ذكره فى الشرائع (١) و غيرها (٢)- تبعاً للمبسوط (٣) بل نسب إلى المشهور (٤):-

من أنه لو كان له على غيره طعامٌ من سَلَمٍ و عليه مثل ذلك، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر، فإنّه يكره أو يحرم على الخلاف.

و قد علل ذلك فى الشرائع: بأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه (٥).

و ذكر المسأله فى القواعد بعنوان الحواله، قال: لو أحال من عليه طعامٌ من سَلَمٍ بقبضه على من له عليه مثله من سَلَمٍ، فالأقوى الكراهه، و على التحريم يبطل، لأنّه قبضه عوضاً عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه (٦).

ص: ٣٠١

١-١ الشرائع ٢:٣١.

٢-٢ مفتاح الكرامه ٤:٧١٤، و الجواهر ٢٣:١٧٠.

٣-٣ المبسوط ٢:١٢٢.

٤-٤ الحدائق ١٩:١٨٠.

٥-٥ الشرائع ٢:٣١.

٦-٦ القواعد ٨٦:٢ ٨٧.

و بنى فى الإيضاح جريان الخلاف فى المسأله على أن الحواله معاوضه أو استيفاء، و أن المعاوضه على مال السّلم قبل القبض حرامٌ أو مكروه (١).

و أنكر جماعه ممن تأخر عن العلامه (٢) كون هذه المسأله من محلّ الخلاف فى بيع ما لم يقبض؛ بناءً على أن الحواله ليست معاوضه فضلاً عن كونها بيعاً، بل هى استيفاء.

أقول: ذلك إمّا وكالّه و إمّا حواله، و على كلّ تقديرٍ يمكن تعميم محلّ الخلاف لمطلق المعاوضه و يكون البيع كنايةً عنها؛ و لذا نسب فيما عرفت من عبارته التذكرة المنع فى هذه المسأله إلى أكثر علمائنا و جماعه من العامه محتجين بالنبوى المانع عن بيع ما لم يقبض (٣)، و استند الشيخ رحمه الله أيضاً فى المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض (٤).

و قد عرفت ما ذكره الشيخ فى باب الحواله (٥). و لعله لذا قال الشهيد فى الدروس فى حكم المسأله: إنه كالبيع قبل القبض (٦).

ص: ٣٠٢

١-١) الإيضاح ٥٠٨:١.

٢-٢) مثل المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٣٩٩:٤، و الشهيد الثانى فى المسالك ٣: ٢٥٠، و المحقق السبزوارى فى الكفايه: ٩٦، و صاحب الجواهر فى الجواهر ٢٣: ١٧٠.

٣-٣) راجع الصفحه ٢٩٨.

٤-٤) المبسوط ١٢٢:٢، و راجع الصفحه ١١٩ أيضاً.

٥-٥) راجع الصفحه ٢٩٧.

٦-٦) الدروس ٢١١:٣.

لكنه رحمه الله تعرّض في بعض تحقيقاته لتوجيه إدراج المسألة في البيع: بأنّ مورد السّلم لمّا كان ماهيّة كليّة ثابتة في الذمّة منطبقه على أفرادٍ لا نهايه لها، فأى فردٍ عينه المسلم إليه تشخّص بذلك الفرد و انصبّ العقد عليه، فكأنه لمّا قال الغريم: «اكتل من غريمي فلان» قد جعل عقد السلم معه وارداً على ما في ذمّه المستلف منه (١) و لمّا يقبضه بعد، و لا ريب أنّه مملوكٌ له بالبيع، فإذا جعل مورداً للسّلم الذي هو بيعٌ يكون بيعاً للطعام قبل قبضه، فيتحقّق الشرطان و يلحق بالباب، و هذا من لطائف الفقه (٢)، انتهى.

و اعترضه في المسالك: بأنّ مورد السّلم و نظائره (٣) - من الحقوق الثابتة في الذمّة - لمّا كان أمراً كلياً كان البيع المتحقّق به هو الأمر الكلي، و ما يتعيّن لذلك من الأعيان الشخصيّة بالحواله و غيرها ليس هو نفس المبيع و إن كان الأمر الكليّ إنّما يتحقّق في ضمن الأفراد الخاصّة، فإنّها ليست عينه؛ و من ثمّ لو ظهر المدفوع مستحقّاً أو معيباً يرجع الحقّ إلى الذمّة، و المبيع المعين ليس كذلك، و حينئذٍ فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذٍ مبيعاً غير واضح، فالقول بالتحريم به عند القائل به في غيره غير متوجّه (٤)، انتهى.

أقول: ما ذكره من منع تشخيص المبيع في ضمن الفرد الخاصّ

ص: ٣٠٣

١- ١) في «ش»: «المسلف منه».

٢- ٢) نقله عنه الشهيد الثاني في المسالك ٣: ٢٥٠.

٣- ٣) في «ف» بدل «نظائره»: «غيره».

٤- ٤) المسالك ٣: ٢٥١.

المدفوع و إن كان حقًا من حيث عدم انصباب العقد عليه، إلّا أنّه يصدق عليه انتقاله إلى المشتري بعقد البيع، فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أمّ الولد و عن بيع ما حلف على ترك بيعه، فإنّه لا فرق بين إيقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلّي المبيع.

لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلّي بالكلّي إلّا بالحواله الراجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضه، و هذا لا يسوّغ إطلاق البيع على الكلّي المتشخص به بحيث يصدق أنّه انتقل إلى المحال بناقل البيع.

نعم، هذا التوجيه إنّما يستقيم في الفرع المتقدم (١) عن الدروس و هو: ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصيّ الذي اشتراه للمشتري، فإنّ مجرد قبضه بإذن البائع مشخّص للكلّي المبيع في ضمنه، فيصدق أنّه انتقل بالبيع قبل أن يقبض.

و يمكن أن يقال: إنّ تشخيص الكلّي المبيع في الكلّي المشتري يكفي فيه إذن البائع في قبض بعض أفراد الكلّي المشتري من دون حاجه إلى حواله، فإذا وقع فردٌ منه في يد المشتري صدق أنّه انتقل بالبيع قبل القبض.

و كيف كان، فالأظهر في وجه إدخال هذه المسأله في محلّ الخلاف تعميم مورد الخلاف لمطلق الاستبدال حتّى المتحقّق بالحواله و إن لم نقل بكونها بيعاً. و المسأله تحتاج إلى فضل تتبع، و الله الموفّق.

و استدلّ في الحدائق (٢) على الجواز بما عن المشايخ الثلاثة بطريق

ص: ٣٠٤

١-١) تقدّم في الصفحه ٢٩٩.

٢-٢) الحدائق ١٨١:١٩.

صحيح و موثق عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ عليه كُرٌّ من طعام، فاشترى كُرّاً من رجلٍ آخر، فقال للرجل: انطلق فاستوف كُرّك، قال: لا بأس به» (١).

و فيه: أنّه لا- دلالة لها على محلّ الكلام؛ لأنّ الكلام فيما إذا كان المالان سيّلمين، و مورد الروايه إعطاء ما اشترى به قبل قبضه وفاءً عن دينٍ لم يعلم أنّه سيّلمٌ أو قرضٌ أو غيرهما. و قد استدلّ به في التذكرة على جواز إيفاء القرض بمال السّلم (٢)؛ و لذا قال جامع المقاصد في شرح قوله رحمه الله: «و لو أحوال من له عليه طعامٌ من سلّم بقبضه على من عليه مثله من سلّم... إلخ» فإن قلت: لم اعتبر كون المالكين معاً سيّلمين؟ قلت: لأنّ المنع إنّما هو من بيع ما لم يقبض، و إذا كان أحد المالكين سيّلماً دون الآخر لم يتعيّن لكونه مبيعاً؛ لإمكان اعتباره ثمناً، إذ لا معيّن (٣) لأحدهما (٤)، انتهى.

و يمكن أن يقال: إنّ ظاهر الحوالة بناءً على كونها معاوضةً كون المحيل مملّكاً ماله في ذمّه غريمه بإزاء ما لغريمه عليه، فماله معوّضٌ و مالٌ غريمه عوض، فإذا كان ما له على غريمه سلماً كفى في المنع عن تمليكه

ص: ٣٠٥

١-١) الكافي ١٧٩:٥، الحديث ٥، و الفقيه ٣:٢٠٦، الحديث ٣٧٧٣، و التهذيب ٧:٣٧، الحديث ١٥٦، و الوسائل ١٢:٣٨٧، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

٢-٢) التذكرة ١:٥٦٠.

٣-٣) العبارة في «ف» هكذا: «لا احتمال كونه ثمناً، إذ لا يتعيّن».

٤-٤) جامع المقاصد ٤:٣٩٩.

بإزاء ما لغريمه عليه، لأنه من بيع ما لم يقبض، وحينئذٍ فيتم الاستدلال بالرواية. نعم، لو كان ما عليه سَلَمًا دون ما له أمكن خروجه عن المسألة؛ لأن الظاهر هنا كون المسلم ثمنًا و عوضاً. و إلى هذا ينظر بقوله (١) في القواعد و التحرير- تبعاً للشرائع (٢)-: و لو كان المالان أو المحال به قرضاً صحَّ (٣).

و لا- وجه لا- اعتراض جامع المقاصد عليه: بأنه لا- وجه لتخصيص المحال به بالذكر مع أن العكس كذلك، و استحسان تعبير الدروس بلفظ «أحدهما» (٤). ثم قال: و ليس له أن يقول: إنَّ المحال به شبيه بالمبيع من حيث تخيل كونه (٥) مقابلاً بالآخر، إذ ربما يقال: إنَّ شبهه بالثمن أظهر؛ لاقترانته بالباء. و كل ذلك ضعيف (٦)، انتهى.

و فيه ما لا- يخفى، فإنَّ الباء هنا ليس للعوض، و ظهور الحوالة في كون إنشاء التمليك من المحيل لا ينكر. و احتمال كونه متمكناً مال غريمه بمال نفسه- كما في المشتري المقدم لقبوله على الإيجاب- بعيد. و يدل على هذا أيضاً قولهم: إنَّ الحوالة بيع (٧)، فإنَّ ظاهره كون المحيل بائعاً.

ص: ٣٠٦

١- ١) في «ف»: «قوله».

٢- ٢) الشرائع ٢:٣٢.

٣- ٣) القواعد ٢:٨٧، و التحرير ١:١٧٦.

٤- ٤) الدروس ٣:٢١١.

٥- ٥) في «ف» بدل «من حيث تخيل كونه»: «من حيث إنه يجعل».

٦- ٦) جامع المقاصد ٤:٤٠١.

٧- ٧) راجع المبسوط ٢:٣١٦ و ٣:١٨، و التذكرة ١:٤٧٥ و ٥٦٠ و ٥٦٣، و جامع المقاصد ٥:٣٥٩ و ٣:٤٧.

ثم إنَّ المفروض في المسأله المذكوره ما لو أذن المحيل للمحال عليه (١) في اكتياله لنفسه، بأن يأتي بلفظ الإحاله- كما في عبارته القواعد (٢)- أو يقول له: «اكتل لنفسك» كما في عبارتي المبسوط و الشرائع (٣). أمّا لو وكله في القبض عن الآذن ثم القبض لنفسه فيكون قابضاً مقبضاً، فيبني (٤) على جواز تولّي طرفي القبض، والأقرب صحته، لعدم المانع.

الرابع ذكر جماعه

الرابع ذكر جماعه (٥): أنه لو دفع إلى من له عليه طعامٌ دراهمٌ و قال:

«اشتر بها لنفسك طعاماً» لم يصحّ؛

لأنّ مال الغير يمتنع شراء شيء به لنفسه. و وجهه: أنّ قضيّه المعاوضه انتقال كلّ عوضٍ إلى ملكٍ من خرج عن ملكه العوض الآخر، فلو انتقل إلى غيره لم يكن عوضاً.

و يمكن نقض هذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاه على القول بإفادتها للإباحه، فإنّه يجوز أن يشتري به شيئاً لنفسه، على ما في المسالك: من

ص: ٣٠٧

١- ١) في «ش»: «أذن المحيل للمحال».

٢- ٢) القواعد ٨٦: ٢.

٣- ٣) المبسوط ١٢١: ٢، و الشرائع ٣١: ٢.

٤- ٤) في «ش»: «مبني»، و في نسخه بدله ما أثبتناه.

٥- ٥) مثل الشيخ في المبسوط ١٢١: ٢، و القاضي في المهذب ٣٨٧: ١، و المحقق في الشرائع ٣٢: ٢، و غيرهم، راجع مفتاح الكرامه ٧١٥: ٤.

جواز جميع التصرفات بإجماع القائلين بصحة المعاطاه (١).

و أيضاً فقد ذكر جماعه-منهم العلامة في المختلف (٢) وقطب الدين و الشهيد على ما حكى عنهما (٣):- أن مال الغير المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالماً بكونه مغصوباً باقٍ على ملكه، ويجوز لبائع ذلك المغصوب التصرف فيه بأن يشتري به شيئاً لنفسه و يملكه بمجرد الشراء.

قال في المختلف-بعد ما نقل عن الشيخ في النهاية: أنه لو غصب مالاً و اشتري به جاريةً كان الفرج له حلالاً، و بعد ما نقل مذهب الشيخ في ذلك في غير النهاية و مذهب الحلّي-: إن كلام النهاية يحتمل أمرين:

أحدهما: اشتراء الجارية في الذمه، كما ذكره في غير النهاية.

الثاني: أن يكون البائع عالماً بغصب المال، فإن المشتري حينئذٍ يستبيح و طء الجارية و عليه وزر المال (٤)، انتهى.

و قد تقدّم (٥) في فروع بيع الفضولي و في فروع المعاطاه نقل كلام القطب و الشهيد و غيرهما.

و يمكن توجيه ما ذكر في المعاطاه بدخول المال آناً ما قبل

ص: ٣٠٨

١-١) راجع المسالك ٣:١٤٩، و لم نعثر فيه على الإجماع، نعم فيه: «من أجاز المعاطاه سوّغ أنواع التصرفات».

٢-٢) ستأتي عبارته.

٣-٣) حكاه عنهما السيد العاملي في مفتاح الكرامه ٤:١٩٢.

٤-٤) المختلف ٥:٢٥٨-٥:٢٥٩، و راجع النهاية: ٤٠٤، و المسائل الحائريّات (الرسائل العشر) ٢٨٧-٢٨٨، و السرائر ٢:٣٢٩.

٥-٥) في الجزء الثالث: ٣٨٧، ٨٩، و ٤٧٢.

التصرّف فى ملك المتصرّف، كما يلزمهم القول بذلك فى وطء الجارىه المأخوذه بالمعاطاه. و توجيه الثانى: بأنّه فى معنى تمليك ماله مجاناً بغير عوض.

و كيف كان، فالمعاوضه لا تعقل بدون قيام كلّ عوضٍ مقام معوّضه، و إذا ثبت على غير ذلك فلا بدّ من توجيهه، إمّا بانتقال أحد العوضين إلى غير مالكه قبل المعاوضه، و إمّا بانتقال العوض الآخر إليه بعدها.

و من هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه: «اشتر بدراهمى طعاماً لنفسك» على إرادته كون اللام لمطلق النفع لا للتمليك، بمعنى: اشتر فى ملكى و خذه لنفسك، كما ورد فى مورد بعض الأخبار السابقه:

«اشتر لنفسك طعاماً و استوف حقّك» (١).

و يمكن أن يقال: إنّّه إذا اشترى لنفسه بمال الغير وقع البيع فضولاً كما لو باع الغير لنفسه فإذا قبضه فأجاز المالك الشراء و القبض تعيّن له، و حيث كان استمراره بيد المشتري قبضاً فقد قبض ماله على مالك الطعام، فافهم.

ص: ٣٠٩

مسأله لو كان له طعامٌ على غيره فطالبه به في غير مكان حدوثة في ذمته،

اشاره

فهنا مسائل ثلاث:

أحدها:

أن يكون المال سَلماً

بأن أسلفه طعاماً في العراق و طالبه بالمدينه مع عدم اشتراط تسليمه بالمدينه، فلا إشكال في عدم وجوب أدائه في ذلك البلد. و أولى بعدم الوجوب ما لو طالبه بقيمه ذلك البلد.

و لو طالبه في ذلك البلد بقيمته في بلد وجوب التسليم و تراضيا على ذلك، قال الشيخ: لم يجز؛ لأنه يبيع الطعام قبل قبضه (١). و هو حسنٌ بناءً على إرادته يبيع ما في ذمته بالقيمه، أو إرادته مطلق الاستبدال من البيع المنهى عنه. أمّا لو جعلنا النهى (٢) عن خصوص البيع و لم يحتمل التراضى على خصوص كون القيمه ثمناً، بل احتمال كونه مثنياً و السَلَم ثمناً، فلا- وجه للتحريم. لكنّ الإنصاف: ظهور عنوان القيمه

ص: ٣١٠

١- (١) المبسوط ١:٢١١.

٢- (٢) في «ش»: «المنهى عنه».

-خصوصاً إذا كان من النقيدين- في الثمّية، فينبى الحكم على انصراف التراضى المذكور إلى السبع أو القول بتحريم مطلق الاستبدال.

و أما إذا لم يرض المسلم إليه، ففي جواز إجباره على ذلك قولان، المشهور- كما قيل- العدم (1)؛ لأنّ الواجب في ذمّته هو الطعام لا القيمة.

و عن جماعة- منهم العلّامة في التذكرة- الجواز (2)؛ لأنّ الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم، فكان كما لو عدم الطعام فى بلد يلزمه التسليم فيه.

و توضيحه: أنّ الطعام قد حلّ و التقصير من المسلم إليه، حيث إنّه لو كان فى ذلك البلد أمكنه أداء الواجب بتسليم المال إلى المشتري إن حضر، وإلاّ دفعه إلى وليّه و لو الحاكم أو عزله.

و كيف كان فتعدّر البراءة مستندة إلى غيبته، فللغريم مطالبه قيمة بلد الاستحقاق حينئذٍ. و قد يتوهم أنّه يلزم من ذلك جواز مطالبه الطعام و إن كان أزيد قيمة، كما سيجىء القول بذلك فى القرض.

و لو كان الطعام فى بلد المطالبه مساوياً فى القيمة لبلد الاستحقاق، فالظاهر وجوب الطعام عليه، لعدم تعدّر الحقّ، و المفروض عدم سقوط المطالبه بالغيبه عن بلد الاستحقاق، فيطالبه بنفس الحقّ.

ص: ٣١١

(١-١) راجع الحدائق ١٨٦:١٩.

(٢-٢) التذكرة ٥٦١:١، و لم نعثر على غيره، و نسبه فى المسالك (٣:٢٥٤) إلى بعض الأصحاب، و مثله فى الحدائق ١٨٦:١٩، و العبارة فيهما هكذا: «و ذهب بعض الأصحاب و منهم العلّامة فى التذكرة إلى وجوب دفع القيمة»، نعم يظهر من المحقّق الثانى الميل إليه فى جامع المقاصد ٤٠٨:٤-٤٠٩.

أن يكون ما عليه قرضاً،

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القيمة؛ لأنه (١) إنما يستحقها في بلد القرض، فإلزامه بالدفع في غيره إضرار. خلافاً للمحكى عن المختلف (٢) وقواه جامع المقاصد هنا، لكنه جزم بالمختار في باب القرض (٣). و أما مطالبته بقيمه بلد الاستحقاق، فالظاهر جوازها وفقاً للفاضلين (٤) وحكى عن الشيخ والقاضى (٥)، و عن غايه المرام: نفى الخلاف (٦)؛ لما تقدم (٧): من أن الحق هو الطعام على أن يسلم في بلد الاستحقاق، و قد تعذر بتعذر قيده لا بامتناع ذى الحق، فلا وجه لسقوطه.

غايه الأمر الرجوع إلى قيمته لأجل الإضرار؛ و لذا لو لم تختلف القيمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل؛ لعدم التضرر. لكن مقتضى ملاحظه التضرر إناطه الحكم بعدم الضرر على المقترض أو بمصلحته و لو من غير جهه اختلاف القيمة، كما فعله العلامة في القواعد (٨) و شارحه جامع

ص: ٣١٢

١- ١) في «ش»: «لأنها».

٢- ٢) حكاها عنه في مفتاح الكرامه ٤:٧٢٦، و راجع المختلف ٥:٢٩٠.

٣- ٣) جامع المقاصد ٤:٤٠٩، و ٥:٣٣-٣٤.

٤- ٤) الشرائع ٢:٣٢، و القواعد ٢:٨٨.

٥- ٥) المبسوط ٢:١٢٣، و فيه: «اجبر على دفعها»، و المهذب ١:٣٩٠، و فيه أيضاً بعد الحكم بالجواز: «و صح أن يجبر على دفعها إليه».

٦- ٦) حكاها عنه في مفتاح الكرامه ٤:٧٢٥، و راجع غايه المرام (مخطوط) ١:٣٠٣.

٧- ٧) تقدم في الصفحه المتقدمه.

٨- ٨) القواعد ٢:١٠٥.

المقاصد (١). ثم إنه اعترف في المختلف بتعيين قيمه بلد القرض مع تعذر المثل في بلد المطالبه (٢). وفيه تأمل، فتأمل.

□
و ظاهر بعض عدم جواز المطالبه لا بالمثل و لا بالقيمه، و كأنه يتفرع على ما عن الشهيد رحمه الله في حواشيه (٣): من عدم جواز مطالبه المقترض المثل في غير بلد القرض حتى مع عدم تضرره، فيلزم من ذلك عدم جواز مطالبته (٤) بالقيمه بطريق أولى. و لعله لأن مقتضى «اعتبار بلد القرض»: أن ليس للمقرض إلّا مطالبه تسليم ماله في بلد القرض، و مجرد تعذره في وقت من جهه توقفه على مضى زمان لا. يوجب اشتغاله بالقيمه، كما لو أخر التسليم اختياراً في بلد القرض، أو احتاج تسليم المثل إلى مضى زمان، فتأمل.

الثالث:

أن يكون الاستقرار من جهه الغصب،

فالمحكي عن الشيخ و القاضي:

أنه لا يجوز مطالبته بالمثل في غير بلد الغصب (٥). و لعله لظاهر قوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٦) فَإِنَّ مَا فِي ذَمِّهِ هُوَ

ص: ٣١٣

١-١) جامع المقاصد ٣٣:٥.

٢-٢) المختلف ٢٩٠:٥.

٣-٣) لعله ينظر إلى ما حكاه في جامع المقاصد ٣٤:٥، و فيه: «و ذهب شيخنا الشهيد في حواشيه إلى اعتبار موضع الشرط و الإطلاق في وجوب الدفع و القبول، سواء كان للممتنع مصلحه أم لا».

٤-٤) في «ش»: «المطالبه».

٥-٥) المبسوط ١٢٣:٢، و المهذب ٣٩٠:١، و فيهما: «لم يجبر».

٦-٦) البقره: ١٩٤.

الطعام الموصوف بكونه في ذلك البلد، فإنَّ مقدار مائيه الطعام يختلف باختلاف الأماكن، فإنَّ المالك لمقدارٍ منه في بلدٍ قد يعدّ غنياً، والمالك لأضعافه في غيره يعدّ فقيراً، فالمماثله في الصفات موجودة لا في المائيه.

لكنه ينتقض بالمغصوب المختلف قيمته باختلاف الأزمان. فإنَّ اللازم على هذا عدم جواز مطالبته بالمثل في زمان غلائه.

و حله: أنَّ المماثله في الجنس و الصفات هي المناط في التماثل العرفي من دون ملاحظه المائيه، و لو لا قاعده «نفي الضرر» و انصراف إطلاق العقد في مسألتى «القرض» و «السلم» لتعين ذلك فيهما أيضاً.

و لو تعذّر المثل في بلد المطالبه لزم قيمه ذلك البلد، لأنَّ اللازم عليه حينئذٍ المثل في هذا البلد لو تمكّن، فإذا تعذّر قامت قيمه مقامه.

و في المبسوط و عن القاضي: قيمه بلد الغصب (١). و هو حسنٌ بناءً على حكمها في المثل.

و المعتبر قيمه وقت الدفع؛ لوجوب المثل حينئذٍ، فتعين بدله مع تعذّره. و يحتمل وقت التعذر، لأنه وقت الانتقال إلى قيمه.

و في المسأله أقوالٌ مذكوره في باب الغصب، ذكرناها مع مبانيها في البيع الفاسد عند ذكر شروط العقد، فليراجع (٢).

ص: ٣١٤

١- ١) حكاها عنهما في المختلف ١٢٧: ٦، و راجع المبسوط ٣: ٧٦، و المهذب ٢: ٤٤٣.

٢- ٢) راجع الجزء الثالث: ٢٢٦، السادس من أحكام المقبوض بالعقد الفاسد.

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 الإخصائين 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 قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

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
الغمامة اصحمان



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