



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عشر
عليه
ص

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

۱-۵

اَشَادَاتُ الطَّالِبِ

الْمُحْتَمِلِ

الْحَلِيَّةِ عَلَى الْمَكَايِدِ

تأليف

الاستاذ آية الله الشيخ جواد التبريزي

مؤسسة مطبوعات سماوية عليان

بهران - ديسمبر ١٤٢١ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب

كاتب:

جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دار الصديقه الشهيد

رقمى الناشر:

مركز القائميہ باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٤	ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب
٢٤	اشارة
٢٤	[الجزء الأول]
٢٤	[المقدمة]
٢٥	[فى المكاسب]
٢٥	اشارة
٢٥	[او ينبغى أولا التيمن بذكر بعض الاخبار]
٢٩	[أنواع الاكتساب]
٣٠	[أنواع المكاسب المحرمة]
٣٠	اشارة
٣٠	[النوع الأول الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى]
٣٠	[يحرم المعاوضة على بول]
٣٣	[يحرم بيع العذرة]
٣٤	[يحرم المعاوضة على الدم]
٣٥	[حرمه بيع المنى]
٣٥	[يحرم المعاوضة على الميتة]
٤٠	[يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البرين]
٤١	[او كل مسكر مائع و الفقاع]
٤٤	[يحرم المعاوضة على الأعيان المتنجسة]
٤٤	[المستثنى من الأعيان النجسة]
٤٤	[يجوز بيع المملوك الكافر]
٤٤	[يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش]

- ٥٠ [الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبي]
- ٥٤ [جواز المعاوضة على الدهن المتنجس]
- ٥٤ اشارة
- ٥٧ [التسبيب إلى الحرام]
- ٦٣ [النوع الثاني مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به]
- ٦٣ اشارة
- ٦٤ [الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام]
- ٦٤ [هياكل العبادة]
- ٦٦ [آلات القمار و أواني الذهب و الفضة]
- ٦٧ [الدراهم]
- ٦٨ [القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحللة]
- ٦٩ اشارة
- ٧١ [بيع العنب على أن يعمل خمرا]
- ٧٢ [و يحرم المعاوضة على الجارية المغنية]
- ٧٣ [يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا]
- ٧٣ اشارة
- ٧٧ [إعانة الغير على المحرم]
- ٨٢ [الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنًا]
- ٨٢ اشارة
- ٨٣ [بيع السلاح لأعداء الدين]
- ٨٣ [بيع السلاح من الكفار]
- ٨٥ [النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها عند العقلاء]
- ٨٧ [النوع الرابع مما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه]
- ٨٧ اشارة

- ٨٨ [تدليس الماشطة]
- ٩١ [تزيين الرجل بما يحرم عليه]
- ٩٢ [التشبيب بالمرأة المعروفة]
- ٩٣ [تصوير صور ذوات الأرواح حرام]
- ٩٣ اشارة
- ٩٧ [بقي الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله]
- ١٠١ [ثم ان البخس فى العد و الذرع]
- ١٠٢ [فى التنجيم]
- ١٠٥ [حفظ كتب الضلال حرام فى الجملة]
- ١٠٥ اشارة
- ١٠٧ [تذليل حلق اللحية]
- ١١٠ [الرشوة حرام]
- ١١٦ [سب المؤمنين حرام]
- ١١٩ [فى السحر و حكمه]
- ١٢٢ [الشعبدة حرام]
- ١٢٢ [الغش حرام]
- ١٢٥ [الغناء]
- ١٣٢ [فى الغيبة و حكمه]
- ١٣٢ اشارة
- ١٣٩ [موارد جواز الغيبة]
- ١٣٩ اشارة
- ١٤٠ [أحدهما ما إذا كان متجاهرا بالفسق]
- ١٤٢ [الثانى تظلم المظلوم]
- ١٤٥ [و يحرم استماع الغيبة]

- ١٤٨ [القمار]
- ١٤٨ اشارة
- ١٥٤ [بقى فى المقام أمران]
- ١٥٥ [القيادة حرام]
- ١٥٥ [القيافه]
- ١٥٦ [الكذب حرام]
- ١٥٦ اشارة
- ١٥٨ [الوعد و حكمه]
- ١٦٠ [التوريه و حكمها]
- ١٦٣ [مجوزات الكذب]
- ١٦٣ [أحدهما الضروره إليه]
- ١٦٧ [الثانى من مسوغات الكذب إرادة الإصلاح]
- ١٦٨ [الكهانه حرام]
- ١٦٩ [اللهو حرام]
- ١٧٠ [مدح من لا يستحق المدح]
- ١٧١ [و معونه الظالمين فى ظلمهم حرام]
- ١٧٣ [النجش]
- ١٧٤ [النميمة محرمة]
- ١٧٤ [النوح بالباطل]
- ١٧٦ [الولاية من الجائر]
- ١٧٦ اشارة
- ١٧٧ [المجوزات لقبول الولاية عن الجائر]
- ١٧٧ [القيام بمصالح العباد]
- ١٨١ [الثانى مما يسوغ الولاية الإكراه عليه]

- ١٨١ اشارة
- ١٨١ [ينبغي التنبيه على أمور]
- ١٨٩ [هجاء المؤمن حرام]
- ١٩٠ [الهجر]
- ١٩٠ [النوع الخامس مما يحرم الاكتساب به ما يجب على الإنسان]
- ٢٠٣ [خاتمة تشتمل على مسائل]
- ٢٠٣ [الأولى: بيع المصحف]
- ٢٠٧ [الثانية جوائز السلطان و عماله]
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٧ [الأولى ما لا يعلم بأن في جملة أموال هذا الظالم مالا محرما يصلح لكون المأخوذ منه]
- ٢٠٨ [اما الثانية ما يعلم ثبوت الحرام في أمواله و يحتمل كون الجائزة منه]
- ٢١٣ [الثالثة أن يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه]
- ٢٢٥ [و اما الصورة الرابعة ما علم إجمالا اشتمال الجائزة على الحرام]
- ٢٢٧ [الثالثة ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضي باسمها]
- ٢٢٧ اشارة
- ٢٣١ [ينبغي التنبيه على أمور]
- ٢٣١ [الأول ان ظاهر عبارات الأكثر مختص بما يأخذه السلطان]
- ٢٣٣ [الثاني يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا مغصوبا محرما بمن ينتقل إليه]
- ٢٣٥ [الثالث: أن ظاهر الأخبار و إطلاق الأصحاب حل الخراج و المقاسمة المأخوذين من الأراضي]
- ٢٣٦ [الرابع: ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله]
- ٢٣٧ [الخامس لا يعتبر في حل الخراج المأخوذ ان يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الأخذ للأخذ]
- ٢٣٨ [السادس ليس للخراج قدر معين]
- ٢٤٠ [السابع ظاهر إطلاق الأصحاب أنه لا يشترط فيمن يصل إليه الخراج أو الزكاة من السلطان على وجه الهدية]
- ٢٤٠ [الثامن: أن كون الأرض خراجية يتوقف على أمور ثلاثة]

- ٢٤٠ [الأول كونها مفتوحة عنوة]-----
- ٢٤٦ [الثاني ان يكون الفتح بإذن الإمام (ع)]-----
- ٢٤٧ [الثالث ان يثبت كون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام (ع) محياةً حال الفتح]-----
- ٢٥٠ [الجزء الثاني]-----
- ٢٥٠ اشارة-----
- ٢٥٠ كتاب البيع-----
- ٢٥٠ [تعريف البيع]-----
- ٢٤٢ [الكلام فى المعاطاة]-----
- ٢٤٢ اشارة-----
- ٢٨١ [ينبغى التنبيه على أمور]-----
- ٢٨١ [الأول الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]-----
- ٢٨٢ [الأمر الثانى: أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين]-----
- ٢٨٣ [الأمر الثالث: تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية]-----
- ٢٨٦ [الرابع: ان أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله]-----
- ٢٩٢ [الخامس: فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه]-----
- ٢٩٣ [الأمر السادس: فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة]-----
- ٢٩٨ [السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضةً مستقلة]-----
- ٣٠٠ [الثامن: لا إشكال فى تحقق المعاطاة المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة]-----
- ٣٠١ [مقدمة فى خصوص أفاظ عقد البيع]-----
- ٣٠١ اشارة-----
- ٣٠٥ [فرع لو أوقعا العقد بألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول]-----
- ٣٠٥ [بعض ما يعتبر فى لفظ الصيغة]-----
- ٣٠٥ [اعتبار العربية فى العقد]-----
- ٣٠٦ [تقديم الإيجاب على القبول]-----

- ٣١٠ [التنجيز فى العقد]
- ٣١٤ [اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول]
- ٣١٤ اشارة
- ٣٢٢ [قاعدة ما يضمن بصحيحه]
- ٣٢٩ [حكم المقبوض مع فساد العقد]
- ٣٢٩ اشارة
- ٣٣٠ [ضمان المنافع فى المقبوض بالبيع الفاسد]
- ٣٣٤ [الضمان فى المثلئ و القيمئ]
- ٣٣٤ اشارة
- ٣٥١ [بدل الحيلولة]
- ٣٥٤ [شروط المتعاقدين]
- ٣٥٤ [اعتبار البلوغ]
- ٣٦٢ [يعتبر قصد مدلول العقد]
- ٣٦٢ اشارة
- ٣٦٣ [اعتبار تعيين من له البيع]
- ٣٦٤ [من شرائط المتعاقدين الاختيار]
- ٣٦٤ اشارة
- ٣٨٤ [وجوب الالتزام بالعقد على الطرف الآخر قبل فسخ المكره أو إجازته]
- ٣٨٤ [بيع الفضولئ]
- ٣٨٤ اشارة
- ٣٩٠ [الاستدلال على صحة عقد الفضولئ]
- ٣٩٠ اشارة
- ٣٩٤ [الروايات الواردة فى المضاربة]
- ٣٩٧ [الأخبار فى الاتجار بمال اليتيم]

- ٤٠١ [الأخبار الواردة في تحليل الخمس]
- ٤٠٤ [الاستدلال على بطلان البيع فضولا]
- ٤٢٤ [الإجازة و حكمها]
- ٤٢٤ اشارة
- ٤٣٣ [و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي]
- ٤٣٥ [الثمره بين الكشف و النقل]
- ٤٤٤ [الأموار المعتمبة في الإجازة]
- ٤٥٣ [في شرائط المجيز]
- ٤٥٤ [من باع شيئا ثم ملكه]
- ٤٧٣ [شرائط العقد المجاز]
- ٤٧٩ [في الرد و أحكامه]
- ٤٧٩ اشارة
- ٤٨٤ [رجوع المشتري إلى البائع بالغرارات]
- ٤٩٤ [تعاقب الأيدي بمال الغير]
- ٤٩٨ [بيع ملكه مع ملك غيره بصفقة]
- ٤٩٨ اشارة
- ٥٠٠ [تقسيط الثمن على المالين]
- ٥٠٢ [و لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]
- ٥٠٢ اشارة
- ٥٠٤ [الإقرار بالصحة للغير]
- ٥٠٧ [بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله]
- ٥٠٩ [الجزء الثالث]
- ٥٠٩ اشارة
- ٥٠٩ [تتمة كتاب البيع]

- ٥٠٩ [تتمة شروط المتعاقدين]
- ٥٠٩ [تتمة بيع الفضولي]
- ٥٠٩ [أولياء التصرف]
- ٥٠٩ [يجوز للأب و الجد ان يتصرفا في مال الطفل]
- ٥١٦ [ولاية الفقيه]
- ٥٣٠ [ولاية عدول المؤمنين]
- ٥٤٠ [شروط العوضين]
- ٥٤٠ [اعتبار المالية في العوضين]
- ٥٤١ [اعتبار الملكية في العوضين]
- ٥٤١ اشارة
- ٥٤٢ [أقسام الأراضي]
- ٥٤٢ اشارة
- ٥٤٢ [الأول: ما كان مواتا بالأصل]
- ٥٤٥ [الثاني ما كانت عامرة بالأصالة]
- ٥٤٧ [الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت]
- ٥٤٧ [الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة]
- ٥٤٧ اشارة
- ٥٤٩ [بيع الأراضي المفتوحة عنوة]
- ٥٥٥ [اعتبار كون الملك طلقاً]
- ٥٥٥ اشارة
- ٥٥٨ [لا يجوز بيع الوقف]
- ٥٥٨ اشارة
- ٥٨٢ [و اما الوقف المنقطع]
- ٥٨٨ [بيع الرهن]

- ٥٩٢ [الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم]
- ٦٠٢ [اشتراط العلم بالعوضين]
- ٦٠٢ [المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا]
- ٦٠٣ [المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا]
- ٦٠٣ اشارة
- ٦٠٦ [ثم أن الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكيل و الموزون]
- ٦٠٦ اشارة
- ٦٠٨ [بقي الكلام في تعيين المناط في كون شيء مكيلًا]
- ٦١٠ [إخبار البائع بمقدار المبيع]
- ٦١١ [بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء]
- ٦١٩ [مسألتي بيع صاع من صبرة و استثناء الأبطال]
- ٦٢٠ [بيع العين بالرؤية السابقة]
- ٦٢١ اشارة
- ٦٢١ [الاختلاف في تغير العين المرئية سابقًا]
- ٦٢٥ [بيع المجهول مع الضميمة]
- ٦٢٥ اشارة
- ٦٣٠ [بقي الكلام في ما كان المجهول تابعًا]
- ٦٣٢ [مسألة الإندار للظروف]
- ٦٣٧ [بيع المظروف مع ظرفه]
- ٦٣٩ [دفع المال إلى الغير لصرفه على طائفة]
- ٦٤٢ [خاتمة في احتكار الطعام]
- ٦٤٨ [الجزء الرابع]
- ٦٤٨ اشارة
- ٦٤٨ [الخيارات]

- ٦٤٨ [مقدمتان]
- ٦٤٨ [الأولى الخيار لغة اسم مصدر]
- ٦٥٤ [الأصل فى البيع اللزوم]
- ٦٦٤ [أقسام الخيار]
- ٦٦٤ [الأول: خيار المجلس]
- ٦٦٤ اشارة
- ٦٧٢ [لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع]
- ٦٧٣ [مبدء هذا الخيار من حين العقد]
- ٦٧٥ [مسقطات خيار المجلس]
- ٦٧٥ [الأول لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد]
- ٦٧٥ اشارة
- ٦٨٢ [فرع]
- ٦٨٢ [الثانى إسقاط هذا الخيار بعد العقد]
- ٦٨٤ [الثالث افتراق المتبايعين]
- ٦٩١ [الثانى خيار الحيوان]
- ٦٩١ اشارة
- ٦٩٢ [المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]
- ٦٩٥ [لا فرق بين الأمة و غيرها]
- ٦٩٥ [مبدء هذا الخيار من حين العقد]
- ٦٩٧ [لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين]
- ٦٩٧ [مسقطات خيار الحيوان]
- ٧٠١ [الثالث خيار الشرط]
- ٧٠١ اشارة
- ٧٠٢ [لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا]

- ٧٠٤ [لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة]
- ٧٠٦ [مبدء هذا الخيار من حين العقد]
- ٧٠٧ [يصح جعل الخيار لأجنبي]
- ٧٠٩ [يجوز لهما اشتراط الاستيمار]
- ٧٠٩ [من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه]
- ٧١٠ [توضيح المسألة يتحقق بالكلام في أمور]
- ٧١٠ [الأول ان اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار]
- ٧١٢ [الأمر الثاني الثمن المشروط ردّه]
- ٧١٤ [الأمر الثالث حصول الفسخ برد الثمن أو معه]
- ٧١٤ [الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]
- ٧١٨ [الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]
- ٧٢٠ [الأمر السادس لا إشكال في القدرة على الفسخ]
- ٧٢٢ [الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن]
- ٧٢٣ [الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل]
- ٧٢٣ [لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع]
- ٧٣١ [الرابع خيار الغبن]
- ٧٣١ [اشارة]
- ٧٣٤ [اشتراط الأمران في هذا الخيار]
- ٧٣٤ [الأول عدم علم المغبون بالقيمة]
- ٧٣٩ [الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشاً]
- ٧٤٠ [اشارة]
- ٧٤١ [بقي هنا شيء]
- ٧٤٣ [مسألة ظهور الغبن شرط شرعي]
- ٧٤٥ [سقوط هذا الخيار بأمور]

- ٧٤٥ [أحدها إسقاطه بعد العقد]
- ٧٤٧ [الثاني من مسقطات خيار الغبن شرط سقوطه في متن العقد]
- ٧٤٩ [الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة]
- ٧٥٠ [الرابع تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن]
- ٧٦٢ [الظاهر ثبوت هذا الخيار في كل معاوضة مائتة]
- ٧٦٣ [هذا الخيار على الفور أو التراخي]
- ٧٦٩ [الخامس خيار التأخير]
- ٧٦٩ [اشارة]
- ٧٧١ [اشتراط أمور]
- ٧٧١ [أحدها عدم قبض المبيع]
- ٧٧٣ [الثاني: عدم قبض مجموع الثمن]
- ٧٧٤ [الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]
- ٧٧٤ [الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهة كصاع من صبرة]
- ٧٧٥ [أمور قيل باعتبارها في هذا الخيار]
- ٧٧٦ [منها عدم الخيار لهما أو لأحدهما]
- ٧٧٧ [أو منها تعدد المتعاقدين]
- ٧٧٧ [أو منها: أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية]
- ٧٧٨ [يسقط هذا الخيار بأمور]
- ٧٧٩ [في كون هذا الخيار على الفور]
- ٧٨٠ [لو تلف المبيع بعد ثلاثة من مال البائع]
- ٧٨١ [لو اشترى ما يفسد من يومه]
- ٧٨٢ [السادس خيار الرؤية]
- ٧٨٢ [اشارة]
- ٧٨٤ [مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة]

- ٧٨٥ [الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري]
- ٧٨٧ [يسقط هذا الخيار بترك المبادرة]
- ٧٩٠ [لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت]
- ٧٩١ [الظاهر ثبوت خيار الرؤية في كل عقد]
- ٧٩٢ [لو اختلف البائع و المشتري في الصفة]
- ٧٩٢ [لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي]
- ٧٩٣ [السابع خيار العيب]
- ٧٩٣ اشارة
- ٧٩٤ [ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الرد و أخذ الأرش]
- ٧٩٦ [او يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة]
- ٧٩٦ [القول في مسقطات هذا الخيار]
- ٧٩٦ [سقوط الرد خاصة بأمر]
- ٧٩٦ [الأول و الثاني التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و التصرف في المعيب]
- ٧٩٧ [الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف]
- ٧٩٩ [الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]
- ٨٠٤ [تنبيه]
- ٨٠٧ [يسقط الأرش دون الرد في موضعين]
- ٨٠٧ اشارة
- ٨٠٧ [أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه]
- ٨٠٩ [الثاني: ما لم يوجب العيب نقصا في القيمة]
- ٨٠٩ [سقوط الرد و الأرش معا]
- ٨٠٩ [أحدها العلم بالعيب قبل العقد]
- ٨١٠ [الثاني: تبرى العيوب إجماعا في الجملة]
- ٨١٠ اشارة

- ٨١١ [ثم ان البراءة في المقام يحتمل إضافتها إلى أمور]
- ٨١٢ [ثم ان هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش]
- ٨١٢ اشارة
- ٨١٣ [و منها: التصرف بعد العلم بالعيب]
- ٨١٣ [و منها: التصرف في المبيع المعيب الذي لا ينقص قيمته]
- ٨١٤ [و منها: ثبوت أحد مانعي الرد في المعيب]
- ٨١٦ [و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار]
- ٨١٧ [قال في المبسوط: من باع شيئاً فيه عيب و لم يبيّنه فعل محظوراً]
- ٨١٨ [مسائل في اختلاف المتبايعين]
- ٨١٨ [الأول و هو تارة في موجب الخيار]
- ٨١٨ اشارة
- ٨٢٣ [فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري]
- ٨٢٤ [الرابعة لو ردّ سلعة بالعيب فأنكر البائع]
- ٨٢٥ [الثاني و هو الاختلاف في المسقط]
- ٨٢٥ [الأولى لو اختلفا في علم المشتري]
- ٨٢٦ [الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المنفق عليه]
- ٨٢٨ [الرابعة: لو اختلفا في البراءة]
- ٨٢٨ [الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار]
- ٨٢٩ [الثالث اختلاف المتبايعين في الفسخ]
- ٨٢٩ [الأولى لو اختلفا في الفسخ]
- ٨٣٠ [الثانية لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على الفورية]
- ٨٣٢ [الثالثة لو ادعى المشتري جهله بالخيار أو بالفورية]
- ٨٣٢ [القول في ماهية العيب]
- ٨٣٤ [الكلام في بعض أفراد العيب]

- ٨٣٥ [القول فى الأرش]
- ٨٤٦ [القول فى الشروط التى يقع عليها العقد]
- ٨٤٦ اشارة
- ٨٤٨ [الكلام فى شروط صحة الشرط]
- ٨٤٨ [أحدهما ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف]
- ٨٥١ [الثانى ان يكون الشرط سائغا]
- ٨٥٢ [الثالث ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا]
- ٨٥٣ [الرابع ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة]
- ٨٦٤ [الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد]
- ٨٦٦ [الشرط السادس ان لا يكون الشرط مجهولا]
- ٨٦٧ [الشرط السابع ان لا يكون مستلزما لمحال]
- ٨٦٩ [الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد]
- ٨٧٠ [و قد يتوهم هنا شرط تاسع]
- ٨٧١ [مسألة فى حكم الشرط الصحيح]
- ٨٧١ اشارة
- ٨٧٢ [شرط الصفة]
- ٨٧٣ [شرط النتيجة]
- ٨٧٧ [شرط الفعل]
- ٨٧٧ اشارة
- ٨٨٠ [الثانية فى أنه لو قلنا بوجود الفعل به]
- ٨٨٢ [الثالثة هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإيجاب]
- ٨٨٣ [الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشترط آلا الخيار]
- ٨٨٥ [الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه]
- ٨٨٨ [السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن]

- ٨٩٠ [القول فى حكم الشرط الفاسد]
- ٩٠٠ [الكلام فى أحكام الخيار]
- ٩٠٠ اشارة
- ٩٠١ [بقى الكلام فى ان إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال]
- ٩٠١ اشارة
- ٩٠٢ [ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت]
- ٩٠٢ [رابعها عدم الجواز فى تلك الصورة و الإشكال فى غيرها]
- ٩٠٤ [كيفية استحقاق كل منهم خيارا مستقلا]
- ٩٠٤ [الأول ما اختاره بعضهم]
- ٩٠٥ [الثالث استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه]
- ٩٠٦ [فرع إذا اجتمع الورثة كلهم]
- ٩٠٨ [مسألة لو كان الخيار لأجنبى فمات]
- ٩٠٨ [مسألة من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف]
- ٩١٠ [مسألة و هل الفسخ يحصل بنفس التصرف]
- ٩١٠ اشارة
- ٩١٥ [فرع لو اشترى عبدا بجارية]
- ٩١٦ [مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذى الخيار]
- ٩١٦ اشارة
- ٩٢١ [فرعان]
- ٩٢١ [الأول لو منعا من التصرف]
- ٩٢١ [الثانى هل يجوز اجارة العين فى زمان الخيار]
- ٩٢٣ [مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد]
- ٩٢٩ [مسألة من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار]
- ٩٣٥ [مسألة من أحكام الخيار ما ذكره فى التذكرة فقال لا يجب على البائع]

- ٩٣٧ [مسألة قال فى القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين]
- ٩٣٧ [مسألة لو فسح ذو الخيار فالعين فى يده مضمونة]
- ٩٣٨ [القول فى النقد و النسبة]
- ٩٣٨ اشارة
- ٩٣٨ [مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد]
- ٩٤٠ [مسألة يجوز اشترط التأجيل الثمن مدة معينة]
- ٩٤١ [مسألة لو باع بثمن حالا و بالأزيد منه مؤجلا]
- ٩٤٤ [مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل]
- ٩٤٦ [إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل و جب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]
- ٩٤٩ [مسألة لا خلاف فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال]
- ٩٥٠ [إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده]
- ٩٥٤ [القول فى القبض]
- ٩٥٤ [مسألة اختلفوا فى ماهية القبض فى المنقول]
- ٩٥٤ اشارة
- ٩٥٧ [فرعان]
- ٩٥٧ [الأول قال فى التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة]
- ٩٥٧ [الثانى قال فى المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا]
- ٩٥٩ [القول فى وجوب القبض]
- ٩٥٩ [مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع]
- ٩٦١ [مسألة يجب على البائع تفريغ المبيع من أمواله مطلقا]
- ٩٦٤ [مسألة لو امتنع البائع عن التسليم فان كان لحق]
- ٩٦٥ [الكلام فى أحكام القبض]
- ٩٦٥ [مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان]
- ٩٦٦ [مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين]

- ٩٦٨ [مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]
- ٩٧٠ [مسألة الأقوى من حيث الجمع بين الروايات (١)]
- ٩٧٠ اشارة
- ٩٧٣ [ينبغي التنبيه على أمور]
- ٩٧٣ [الثاني هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال]
- ٩٧٤ [الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع]
- ٩٧٦ [الرابع ذكر جماعة أنه لو دفع الى من عليه طعام]
- ٩٧٧ [مسألة لو كان له طعام على غيره]
- ٩٧٩ تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب

إشارة

- سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.
- عنوان قراردادى : المكاسب. شرح
- عنوان و نام پدید آور : ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب / تالیف جواد التبریزی.
- مشخصات نشر : قم: دارالصدیقه الشهیده، ۱۴ ق. = ۱۳ -
- مشخصات ظاهری : ج.
- شابك : دوره، چاپ چهارم ۲۰-۸۴۳۸-۹۶۴-X؛ ۲۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ چهارم ۶-۱۹-۸۴۳۸-۹۶۴:
- یادداشت : عربی.
- یادداشت : فهرست نویسی بر اساس جلد دوم.
- یادداشت : کتاب حاضر شرحی بر کتاب "المکاسب" تالیف انصاری است.
- یادداشت : ج. ۱ (چاپ چهارم: ۱۴۲۵ ق. = ۱۳۸۳).
- یادداشت : ج. ۲ و ۳ (چاپ چهارم: ۱۳۸۴).
- یادداشت : کتابنامه.
- موضوع : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المكاسب -- نقد و تفسیر
- موضوع : معاملات (فقه)
- شناسه افزوده : انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ ق. المكاسب . شرح
- رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱ الف/م۸۲۱۲۸۷۰۲۱۳۰۰
- رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲
- شماره کتابشناسی ملی :

[الجزء الأول]

[المقدمة]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي أنزل القرآن هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ، وهدانا الى التفقه في أحكام الدين و صلى الله على خير خلقه و أفضل بريته المبعوث رحمة للعالمين و الناسخ بشريته السمحاء شرائع الأولين و على آله الطيبين الطاهرين الهداء المهديين. و اللعنة على أعدائهم من الأولين و الآخرين الى قيام يوم الدين.

و بعد فيقول المعترف بقصور باعه الراجى رحمة ربه جواد بن على التبريزى أن من نعم الله سبحانه على أن فقهنى فى الدين و اجتمع الى ابحاثى الفقهية فريق من أرباب الفضل و رواد العلم الذين أخذوا على عاتقهم حفظ معالم الدين و نشر أحكامه و قد ابدوا رغبتهم الى ضبط محاضراتى التى كان محورها كتاب المكاسب تأليف المحقق البارع و حيد عصره و فريد دهره سماحة آية الله العظمى و حجته الكبرى الشيخ مرتضى الأنصارى تغمده الله برحمته و أسكنه بحبوحة جنته الذى نزلت عند نظره انظار الفحول و أعظم العلماء

الأبرار ذوى الحظ الوافر فى حفظ آثار المتقدمين و حاز قصب السبق فى إحياء علوم الدين و إرشاد المؤمنين الى ما فيه خير الدارين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤

فزلت عند رغبتهم و أجت مسئولهم فجمعت محاضراتى فى هذا المؤلف المتواضع و سميته (إرشاد الطالب الى التعليق على المكاسب) ليكون تذكرة.

و الله تبارك و تعالى أسأل و إياه أرجو أن يجعله ذخرا ليوم فاقتى يوم لا ينفع فيه مال و لا بنون و أن يتقبله بقبوله الحسن انه قريب مجيب و بالإجابة جدير و إياه أستعين فإنه نعم المولى و نعم النصير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥

[فى المكاسب]

إشارة

قوله (ره) فى المكاسب (١)

(١) عنوان الكتاب بالمكاسب أولى من عنوانه بالتاجر، و ذلك، فإن التجارة مصدر ثان لتجر أو اسم مصدر، و معناها البيع و الشراء بغرض الربح، فيطلق التاجر على من تكون حرفته البيع و الشراء و تحصيل الربح بهما، و كيف كان فلا تعم التجارة ما إذا لم يكن البيع أو الشراء بقصد الربح، فضلا عن الأعمال التى يكون الشخص أجيرا عليها، و يقع البحث فى الكتاب عن حكم تحصيل المال بها.

و هذا بخلاف المكاسب، فإنه جمع مكسب: بمعنى ما يطلب به المال، فيعم مثل تلك الأعمال.

لا يقال: قد وقع البحث فى الكتاب عن حرمة بعض الأعمال و حلها مع عدم تعارف كسب المال بها، كالبحث عن حرمة الغيبة و سب المؤمن، و كما يقال ان البحث فيها استطرادى، كذلك يمكن ان يكون المهم فى المقام البحث فى الأعيان المحرم و المحلل بيعها و شراؤها، و ذكر غيرها للاستطراد، فلا موجب لعنوان الكتاب بالمكاسب.

فإنه يقال: قد ذكرنا أن عنوان الكتاب بالمكاسب أولى لا- أنه متعين، مع أن الالتزام بكون المقصود بالبحث تلك الأعيان فقط غير سديد، و الا لكان ذكرها فى شرائط العوضين من كتاب البيع أولى من أفرادها و البحث فيها قبل كتاب البيع و هذا بخلاف ما لو كان المقصود بيان المكاسب المحرمة و تمييزها عن المحللة منها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦

[و ينبغى أولا التيمن بذكر بعض الاخبار]

قوله (ره) و ينبغى أولا التيمن بذكر بعض الاخبار (١).

سواء كان الكسب بالأعيان أو المنافع و الأعمال، حيث أن أفرادها و البحث فيها مستقلا أنسب.

(١) كان المناسب التيمن قبل الاخبار بالكتاب المجيد المستفاد منه بعض الضوابط للكسب الحرام، كقوله سبحانه:

﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ (١).

فنقول الأكل فى الآية بمعنى وضع اليد و التملك، لا الأكل الخارجى، حيث أن إضافته إلى الأموال موجبة لهذا الظهور، سواء كانت الإضافة إلى عنوان المال أو الى مثل الدار و الثوب من مصاديقه، فإذا قيل أكل زيد دار فلان أو ماله فظاهره وضع يده عليهما و

تملكهما.

والحاصل أن النهى عن الأكل فى الآيه من قبيل النهى عن المعامله، و ظهوره فيها هو الإرشاد إلى فسادها، كما أن ظهور النهى المتعلق بالأفعال الخارجيه هو تحريمها تكليفا، وليس المراد أنه لا- يمكن النهى عن المعامله تكليفا، سواء كانت المعامله بمعناها المصدرى أو الاسم المصدرى، فإن إمكان النهى عنها كذلك، بل وقوعه فى الشرع كحرمه البيع وقت النداء أو حرمه بيع الخمر بمعنى كون بيعها مبغوضا للشارع من الواضحات، كيف وقد وقع الكلام فى أن النهى عن معاملة تكليفا هل يقتضى فسادها أم لا. بل المراد ان حمل النهى عن معاملة على التكليف يحتاج إلى قرينه، ومع عدم القرينه ظاهره الإرشاد إلى فسادها أى عدم إمضاء الشارع، فمثلا ملاك النهى عن البيع يوم الجمعة- وهو ادراك صلاتها وعدم تفويتها- قرينه على الحكم التكليفى واللحن الوارد على بايع الخمر و مشتريها قرينه عليها، كما أن قوله عليه السلام ثمن الخمر سحت دليل على فساد المعامله عليها، حيث ان مع صحتها لا يكون الثمن سحتا.

(١) سورة النساء ٤: الآية: ٢٩

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧

.....

و على الجملة (فتارة) تكون المعامله محرمة تكليفا فقط كالبيع وقت النداء، و (أخرى) تكون محرمة وضعا فقط كبيع الميتة على ما سيأتى، و (ثالثه) تكون محرمة وضعا و تكليفا كبيع الخمر، و الآيه المباركه داله على أن أكل أموال الناس و تملكها بالباطل فاسد، و المراد بالتملك بالباطل المحكوم بفساده هو التملك بالباطل و لو ببناء العقلاء.

و الحاصل أن وضع اليد على مال الغير بالنحو الباطل- و لو فى اعتبار العقلاء- فاسد عند الشارع أيضا، و ليس المتعلق للنهى هو خصوص التملك بالباطل فى اعتبار الشارع، حيث لا معنى للنهى عنه لانه من اللغو الواضح، و ايضا خطاب النهى عن وضع اليد على مال الغير و تملكه بالباطل كسائر الخطابات من قبيل القضية الحقيقيه، و الموضوع فيه مطلق التملك بالباطل لا خصوص بعض أنواع التملك، كالقهر على المالك، أو القمار، فمفاد الآيه أنه لا يكون وضع اليد على مال الغير مع انطباق عنوان الأكل بالباطل عليه موجبا للملك شرعا، سواء كان سنخ ذلك الوضع فى زمان صدور الآيه أم لم يكن.

و ما عن السيد الخوئى أطال الله بقاءه من كون الآيه ناظره الى ما كان مرسوما فى ذلك الزمان من أنحاء التملك و الحكم عليها بأن كلها باطله إلا التجاره عن تراض فيه ما لا يخفى.

أما (أولا) فلما ذكرنا من أن متعلق النهى هو التملك بالباطل لا التملك مطلقا، و لا خصوص بعض ما كان مرسوما فى ذلك الزمان.

و اما (ثانيا) فلان التجاره عن تراض غير داخل فى متعلق النهى حتى مع عدم ذكر الاستثناء، فيكون استثناءها منقطعاً لا متصلاً.

و أما (ثالثا) فلان الموجب لأكل مال الغير شرعا لا ينحصر بالبيع و الشراء، فضلا عما إذا كانا بقصد الربح، كما هو ظاهر التجاره، كيف و موجبات التملك كثيره كالإجاره و الصلح و المزارعه و المساقاه و المضاربه و الوكاله و القرض الى غير ذلك، و الالتزام بالتخصيص و رفع اليد عن الحصر فى هذه الموارد الكثيره بعيد جدا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨

قوله (ره) روى فى الوسائل و الحدائق (١).

قوله (ره) فقال جميع المعایش (٢)

(١) لا يخفى أن الاخبار العامة المذكورة في الكتاب كلها ضعيفة سنداً فلا يمكن الاعتماد عليها، نعم لا بأس بها لتأييد الحكم بعد استفادته من غيرها.

أما رواية تحف العقول - و ان قيل بان الكتاب من الكتب المعتمدة و أن مؤلفه شيخ صدوق كما عن صاحب الوسائل (ره) - فلا ريب في أنها باعتبار إرسالها ضعيفة فإن غاية الأمر ان يكون كتاب تحف العقول مثل بحار المجلسي أو وسائل الحر العاملى قدس سرهما، و مؤلفه كمؤلفهما.

و من الظاهر أن مجرد اعتبار كتاب لا يقتضى قبول كل ما فيه، كما أن جلاله المؤلف لا تقتضى قبول كل رواياته و الغمض عن رواياتها الواقعة في اسناد تلك الروايات الى الامام عليه السلام.

و الحاصل أنه لا يكفى في العمل بالرواية العدالة أو الوثاقه في خصوص الراوى الناقل لنا حتى مع اعتبار الكتاب، بمعنى عدم وقوع الدس فيه، بل لا بد من إحراز حال جميع رواياتها.

و دعوى أن مؤلف تحف العقول قد حذف الأسانيد في غالب روايات كتابه للاختصار لا للإيهام لم يعلم لها شاهد، بل على تقديره ايضاً لا يمكن العمل بها، فإنه لا بد في العمل بالرواية من إحراز حال جميع رواياتها كما مر، حيث من المحتمل اعتقاد المؤلف صدورها عن الامام عليه السلام لأمر غير تام عندنا، لا حذفها لكون رواياتها ثقات أو عدولاً.

فالمتحصل أن حذف المؤلف سند الرواية مع الاحتمال المزبور لا يكون توثيقاً أو تعديلاً لرواياتها كما لا يخفى، و مثلها دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور، و ذلك فان بعض الأحكام المذكورة فيها لم يعهد الإفتاء به من فقيه فضلاً عن جل أصحابنا، و نحوها دعوى وجود القرائن في الرواية الكاشفة عن صدق مضمونها كما عن السيد اليزدى (ره)، و لعل الصحيح هو العكس كما هو مقتضى اضطراب متنها، و اشتباه.

المراد و عدم كون العمل معهوداً لبعض ظاهرها كما سنشير اليه.

(٢) المعاييش جمع المعيشة بمعنى ما يعيش به الإنسان مثلاً و يتحفظ به على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩

قوله (ره) فأول هذه الجهات الأربع الولاية (١) قوله (ره) مما لا يجوز (٢) قوله (ره) فكل مأمور به (٣) قوله (ره) فكل أمر يكون فيه الفساد (٤)

حياته، و كان منها المال المكتسب الذى يصرفه في حوائجه، و يكون قوله مما يكون لهم فيه المكاسب بياناً للمعاش بمعنى أن المعاش التى يكون فيها كسب المال اربع جهات، و يمكن كونه بياناً للمعاملة اى المعاملات التى يراد بها المال أربعة أقسام.

(١) لم يعلم وجه كون الولاية هو الأول و الأخير هى الإجازات، كما لم يعلم الوجه فى افراد الإجازات و السكوت عن مثل المزارعة و المساقاة و المضاربة و الوكالة و غيرها، اللهم الا ان يكون التعبير بالأول كلفظة ثم لمجرد العطف و الترتيب فى الذكر، و لكن يبقى فى البين وجه السكوت عن غير الإجارة.

(لا يقال): الوجه فى عدم ذكرها دخولها فى الصناعات و التجارات، (فإنه يقال):

التجارة معناها البيع و الشراء بقصد الربح كما مر، فلا يدخل فيها مطلق البيع و الشراء فضلاً عن غيرهما، و لو دخلت المزارعة و غيرها فى الصناعات لكانت الإجارة أيضاً داخله فيها، فإنه لا فرق بين تسليم الأرض للعامل فيها بالمزارعة و بين إيجارها كما لا يخفى.

(٢) يتعلق بالتفسير بإشراجه معنى التمييز اى تفسير وجوه الحلال من التجارات و تمييزها عما لا يجوز للبائع بيعه و للمشتري شراؤه.

(٣) ظاهر الرواية أن الموجب لحلية البيع أحد أمرين، (الأول) أن تكون فى المبيع مصلحة ضرورية للعباد (الثانى) ما يكون فيه جهة صلاح مقصودة لهم، حيث أن الأول ظاهر قوله فكل مأمور به إلخ، و الثانى ظاهر قوله و كل شىء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من

الجهات.

(٤) لم يظهر الفرق بين هذا وبين المعطوف على ذلك فيما بعد من قوله أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠

.....

يكون فيه وجه من وجوه الفساد، إلا- أن يقال الفرق هو أن المفروض في الأول كل أمر يكون فيه الفساد المحض، وفي الثاني كل شيء يكون فيه جهة الفساد ولو مع الصلاح أيضا، وهذا الفرق مقتضى عطف الثاني على الأول بلفظه أو، وفيه ان مجرد اشتغال شيء على جهة فساد لا- يوجب بطلان المعاوضة فيما إذا كانت معها جهة الصلاح أيضا، وقد مر في بيان ضابط صحة البيع وحليته أن الاشتغال على جهة صلاح كاف في حل بيع الشيء و شرائه.

نعم لا بد من كون جهة الصلاح من المنفعة المقصودة للعقلاء لظهور الصلاح في الشيء في ذلك، والا فلا يوجد شيء خال عن مصلحة ما الا نادرا.

والحاصل أن الملاك الثاني لفساد البيع غير صحيح، فإنه يصح بيع ما فيه الفساد فيما إذا كانت فيه جهة صلاح مقصودة أيضا، ومع عدم جهة صلاح مقصودة محللة يدخل الشيء فيما فيه الفساد المحض، بل الموجب لبطلان البيع على ما يأتي خلو الشيء عن الجهة المقصودة للعقلاء المحللة شرعا، سواء كانت فيه مفسدة أم لم تكن، وهذا الضابط لبطلان البيع لا يستفاد لا من المعطوف، ولا من المعطوف عليه، ولا- من الأمثلة الواردة في الحديث، بل في بعضها لا- يكون فساد إلا في نفس البيع لا في العوضين، كما في البيع الربوي، فإن المتجانسين لا فساد فيهما أصلا، بل الفساد في نفس البيع بالزيادة، والفساد أو الحرمة في هذا القسم تابع للدليل الدال على ثبوت المنع، بخلاف ما إذا لم يكن في الشيء المنفعة المحللة المقصودة، أو كانت فيه المفسدة الخالصة، فإن الحكم بالفساد فيهما لا يحتاج إلى دليل آخر، كما يأتي تفصيل ذلك ان شاء الله تعالى.

ثم انه قد ذكر في الحديث ان في جلود السباع جهة الفساد فلا يصح بيعها، ولعل هذا لا عامل به، وبهذا يظهر حال ما تقدم من أن ضعف الحديث منجبر بعمل الأصحاب، ومثله المنع عن بيع ما لا يجوز نكاحه فلاحظ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١

قوله (ره) يلي أمره (١) قوله (ره) أو يوجر نفسه (٢) قوله (ره) من غير ان يكون (٣) قوله (ره) أو قرابته (٤) قوله (ره) أو وكيله في إجارته (٥) قوله (ره) نظير الحمال (٦) قوله (ره) والخنازير و الميته (٧) قوله (ره) فيه أو له أو شيء منه (٨)

(١) معطوف على يملك أي إجارته ما يملكه أو يلي أمره، الأول كما في إجارته عبده، الثاني إجارته من يكون له عليه ولاية، و دابته و ثوبه معطوفان على نفسه في قوله فإجارة الإنسان نفسه.

(٢) لعله من قبيل الخبر يعني تفسير الإجازات ان يوجر نفسه أو داره و نظيره قوله فلا بأس ان يكون أجيروا أي اما تفسير الإجازات فلا بأس أن يكون أجيروا الخ.

(٣) يعتبر ان لا- يكون في إجارة نفسه أو مملوكه أو من يلي أمره في جهة من المنافع المحللة داخلا- في عنوان الظلمة بأن يعد من أعوان الجائر و عما له، و الا فلا تجوز.

(٤) لا- ولاية له على غير ولده من أقرباؤه، فيكون عطف القرابة على ولده بلا وجه، الا ان يحمل على صورة الوصاية أو الوكالة، و لكنهما لا تختصان بالقرب.

(٥) عطف على نفسه يعني لا بأس بان يوجر نفسه أو وكيله في إجارته، والمراد بالوكيل الوكيل في العمل، والمراد بضمير الجمع في

قوله لأنهم وكلاء الأجير العاملون الذين يكونون وكلاء في العمل عن الذى يؤجرهم من نفسه لا من عند السلطان حتى يكون هو و هم داخلين تحت عنوان الظلمة.

(٦) مثال للموَجِر الذى يوجِر نفسه أو وكيله من عنده لا من عند السلطان.

(٧) و لعل الخنازير و الميتة معطوفتان على هدم المساجد، فيكون اجارة نفسه فى الخنازير و الميتة باعتبار العمل المناسب لهما.

(٨) لعل المراد بالأول كونه أجيرا فى نفس العمل المحرم بان يوجد، و المراد بالثانى كونه أجيرا لعمل يكون ذلك مقدمة للمحرم، بان يكون غرض الأجير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢

قوله الا لمنفعة من استأجرته (١) قوله (ره) و العمل به و فيه (٢) قوله (ره) و فى الفقه المنسوب الى مولانا الرضا- عليه السلام (٣) قوله (ره) فحرام ضار للجسم (٤) قوله (ره) و عن دعائم الإسلام (٥)

وصول المستأجر بما فعله الى الفعل المحرم، و المراد بالثالث فعل الجزء من المركب المحرم، و المراد من الرابع الإجارة لعمل يكون ذلك مقدمة للجزء من المركب المحرم، ثم ان حرمة الإجارة فى غير الفرض الأول مختصة بما إذا قصد بمتعلقها التوصل الى الحرام، و الا فلا وجه للحرمة فضلا عن فسادها.

(١) ظاهره الاستثناء من قوله كل أمر منهى عنه، و لا يبعد ان يكون الصحيح استأجره بدل استأجرته و (التاء) زائدة يعنى كالذى يستأجر الأجير ليحمل الميتة و ينحىها عن أذاه و أذى غيره.

(٢) لعل المراد بالأول تمام العمل و بالثانى بعضه.

(٣) لم يرد فى الرواية ما انحصر المدرك فيه بها، و لو كان واردا لما أمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت ان الكتاب المزبور للإمام عليه السلام، و مجرد دعوى السيد الفاضل الثقة المحدث القاضى أمير حسين رحمه الله عليه أنه اطمئن من القرائن بذلك بعد ما أخذه من القميين الذين جاءوا به الى مكة لا يكون طريقا معتبرا لنا خصوصا مع قوة احتمال ان الكتاب المزبور كان لوالد الصدوق (ره) و وقع الوهم باعتبار التعبير فى الكتاب عن المؤلف (ره) بعلى بن موسى، و يؤيد ذلك توافق عباراته غالبا مع عبارات رسالته الى ولده و لتفصيل الكلام محل آخر.

(٤) يعنى فحرام بيعه و شراؤه و سائر المعاملة عليه، و ارتكابه ضار للجسم، و قلنا ان المراد بالحرام حرمة بيعه حتى لا يلزم التكرار اللغو كما لا يخفى.

(٥) الأمر فى الرواية المزبورة كما مر فى الفقه الرضوى، و لا يخفى أن ما فى دعائم الإسلام على تقدير اعتبار مؤلفه رواية مرسله حيث ان المؤلف و هو نعمان بن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣

قوله (ره) فى النبوى المشهور (١)

[أنواع الاكتساب]

قوله (ره) مع إمكان التمثيل (٢)

محمد بن منصور قاضى مصر المالكي أولا كان فى أيام الدولة الإسماعيلية، فلا يمكن روايته عن الصادق عليه السلام بلا واسطة، و الواسطة مجهولة لنا، نعم ذكر فى الكتاب أنه حذف الأسانيد للاختصار، و لكن قد تقدم عدم نفع مثل هذه الدعوى، و لا تدخل

الرواية معها في موضوع دليل الاعتبار، حتى فيما إذا صرح المؤلف بأن الرواية كانت صحيحة، وذلك فإن الصحة في كلام القدماء لا يدل على توثيق الراوي، وإنما يدل على اعتبارها عند من وصفها بها.

(١) النبوى ضعيف سنداً ولكنه صحيح مضموناً، وذلك فإنه إذا تعلق الحرمة بعين في خطاب الشرع فظاهره تحريم جميع الأفعال المقصودة منها فيكون أخذ العوض عليها من أكل المال بالباطل، حيث مع التحريم المزبور لا منفعة محللة لها، وهذا بخلاف ما إذا تعلق الحرمة بفعل خاص من العين مع بقاء سائر الأفعال المقصودة منها على الحل، كما إذا ورد في الخطاب حرمة أكل التراب فإنه مع بقاء سائر منافعه على الحل لا بأس بالمعاوضة عليه، كما هو كذلك في البلاد التي أراضيها رمل و التراب فيها عزيز.

(٢) لا يخفى أن المستحب هو نفس الرعى أو الزراعة لا الاكتساب بهما كما هو مورد الكلام و لو اشتغل أحد بالرعى لنفسه أو لغيره تبرعاً فعل المندوب، وكذا الحال في الزراعة بل في الصناعة الواجبة أيضاً، حيث ان المطلوب فيها فعل ما يتوقف عليه نظام المسلمين و لو كان بنحو التبرع، وربما يقال المستحب كالاكتساب للتوسعة على العيال و رفع حوائج الناس، و الواجب كالاكتساب الذي توقف عليه الإنفاق الواجب، و فيه ان الكلام في المقام ليس في الكسب بمعناه المصدرى بل في الأعيان أو الأعمال التي يكون كسب المال بها، و أن كسبه بأى منهما حرام أو حلال، و في المذكور نفس الاكتساب مستحب، أو واجب من غير ملاحظة عين خاصة أو عمل خاص كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤

[أنواع المكاسب المحرمة]

إشارة

قوله (ره) بقصد ترتب الأثر المحرم (١) قوله (ره) الا من حيث التشريع (٢)

[النوع الأول الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى]

[يحرم المعاوضة على بول]

قوله (ره) يحرم المعاوضة على بول (٣)

(١) لا يخفى أن حقيقة بيع الخمر و شرائه هو تملكه للآخر بعوض و تملك العوض من الآخر، و إذا فرض الدليل على حرمة بيعه و شرائه زائداً على الفساد كما هو مقتضى اللعن الوارد على بايعه و مشتريه يكون نفس إنشاء التملك أو التملك محرماً، و على ذلك فتقييد متعلق النهى بما إذا كان قاصداً لترتيب الأثر المحرم بلا وجه، بل لو كان مشتريه مثلاً قاصداً شربه بعد تملكه فهو أمر آخر داخل في التجري و لا يرتبط بحرمة نفس البيع و الشراء.

(٢) لا- يكون التشريع الا بالالتزام بحكم شرعى من غير إحرازه بوجه معتبر، و مجرد بيع الخمر مثلاً مع فرض فساده لا يكون تشريعاً، حيث ان المتبايعين لا يلتزمان بصحته شرعاً حتى يكون البناء المزبور تشريعاً، بل غايته إقدامهما على البيع مع علمهما ببطلانه، نظير بيع الغاصب لنفسه، و الحاصل أنهما يلتزمان بالملكية في بنائهما و لا ينسبانهما الى الشرع حتى يكون تشريعاً.

(٣) استدلال على بطلان بيع الأبوال النجسة بوجوه ثلاثة: الأول حرمة شربها فيدخل فيما تقدم من أن المنهى عنه باعتبار أكله أو شربه لا يجوز بيعه و شرائه، و الثانى نجاستها و قد ذكر في حديث تحف العقول عدم جواز بيع أقسام النجس، و الوجهان ضعيفان على ما مر،

و الثالث عدم الغرض المحلل للعقلاء في الأبوال النجسة حتى يكون لها المالية المعبر عنها بالقيمة.

أقول الصحيح في عدم جواز بيعها هو هذا الوجه، و بهذا يظهر عدم الفرق بينها و بين الأبوال الطاهرة، لانتفاء المالية فيهما فعلا، و ما يظهر من المصنف (ره) من الميل الى جواز بيع أبوال ما يؤكل لحمها بناء على جواز شرب أبوالها اختيارا لا يمكن المساعدة عليه، فان شربها ما لم يكن بحيث يبذل باعتباره المال لا يصحح البيع، بل يكون تملك المال بإزائها من أكله بالباطل المحكوم بالفساد في ظاهر إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥

قوله (ره) عدا بعض افراده قبول الإبل الجلالة (١)

الاية المباركة، و ذكر السيد الخوئي أطال الله بقاءه أنه لا دليل على حرمة بيع الأبوال النجسة وضعا، فضلا عن حرمة تكليفها، و ذلك فان الآية المباركة ناظرة إلى أسباب تملك مال الغير التي كانت متعارفة زمان الجاهلية، من بيع الحصاة و القمار و نحوهما و ان تملك الأسباب كلها باطلة، إلا التجارة عن تراض، و أما أنه يعتبر في التجارة عن تراض المالية في المبيع فليست الآية في مقام بيان مثل تملك الجهة، بل يكفي في صحة البيع تعلق غرض المشتري بالمبيع حتى لا يكون بذله المال بإزائه سفيها، ثم ذكر أن هذا أيضا لا يعتبر، فإنه لا دليل على بطلان البيع السفهي، بل الدليل دل على بطلان بيع السفهي، و فيه أن عنوان أكل مال الغير بالباطل كسائر العناوين التي تعلق بها الحكم الشرعي في خطابات الشارع في كون مدلولها ثبوت الحكم لعنوان الموضوع بنحو القضية الحقيقية، فإن حمل الخطاب على ثبوت الحكم لعنوان بنحو القضية الخارجية أو على أخذ العنوان مشيرا الى عنوان آخر يكون هو الموضوع في الحقيقة يحتاج إلى قرينة.

و الحاصل ان ظاهر الآية هو أن عنوان تملك مال الغير بالباطل في اعتبار العقلاء فيما إذا تحقق يكون محكوما بالفساد شرعا، و صدق العنوان على تملك المال بإزاء بول الحمار مثلا فضلا عن الأبوال النجسة قبول الكلب لا يحتاج إلى تأمل، و معه لا يحصل فيه عنوان البيع حتى يحكم بحله، فضلا عن عنوان التجارة عن تراض.

(١) الاستثناء راجع الى عدم النفع المحلل، و لكنه غير صحيح، و ذلك فان بول الإبل الجلالة أو الموطوثة بناء على نجاسته كما هو الصحيح يجري فيه ما جرى في سائر الأبوال النجسة حتى الوجه الثالث، حيث أن تصوير جواز التداوى بالببول المزبور- في مورد الانحصار به و عدم التمكن من بول الإبل الآخر- لا يوجب كونه من المنفعة المحللة التي توجب المالية، ثم ان ظاهر كلام المصنف (ره)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦

قوله (ره) فالظاهر جواز بيعها (١) قوله (ره) و بالجملة فالانتفاع بالشئ حال الضرورة (٢)

أيضا نجاسة البول المزبور كما هو مقتضى التعرض له في بيع الأبوال النجسة، نعم زعم عدم جريان الوجه الثالث فيه.

(١) قد ذكرنا أن مجرد جواز شرب شئ أو أكله لا يوجب جواز بيعه و أخذ المال بعوضه، كما أن مجرد عدم جواز أكل شئ أو شربه لا يوجب بطلان بيعه، بل لا بد من كون الشرب أو الأكل منفعة مقصودة للعقلاء بحيث يبذلون العوض له بلحاظهما و لا يعتبر في المنفعة المقصودة عدم اختصاصهما بحال و عمومهما لجميع الأحوال فلاحظ الأثر الظاهر للثوب السميكة المنسوج من الصوف و الوبر حيث ان ذلك الأثر مقصود في حال البرد لا مطلقا، و من ذلك القبيل الأدوية و العقاقير المتعارفة لأن المنفعة المقصودة منها مختصة بحال المرض لا مطلقا، و لو فرض عدم جواز استعمالها في غير حال المرض، فهذا النحو من تحريم الأكل و الشرب لا يوجب بطلان بيعها و شرائها، بل الموجب له هو ما إذا كان التحريم راجعا إلى المنفعة المقصودة كما ذكرنا.

و مما ذكرنا يظهر أنه لو كانت المنفعة المقصودة من الشئ منحصرة بالانتفاع به في خصوص حالة الاضطراب الراجع للتكليف كفت

في جواز بيعه و شرائه، كما في المظلة التي يستعملها الطيار عند الاضطرار الى الهبوط لا-حترق الطائرة و نحوه، و من هذا القبيل الأدوية أو العقاقير المصنوعة لاستعمالها حالة الاضطرار إليها، مع كونها نجسة أو فيها ما لا يجوز اكله حتى طبا في غير تلك الحالة، و على ذلك فلو كانت هناك رواية دالة على أن حرمة أكل شيء أو شربه حال الاختيار موجبة لفساد بيعه، فلا بد من رفع اليد عن عمومها في مثل العقاقير و الأدوية، فإنه لا يمكن الالتزام ببطان المعاملات الجارية عليها و يكون كسائر الموارد التي يرفع فيها اليد عن العمومات بالسيرة الجارية على خلافها في بعض أفرادها.

(٢) حاصل ما يذكره في الفرق بين الأدوية التي لا يجوز استعمالها حال الصحة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧

لا كتحریم شحوم غير مأكول اللحم (١) و الجواب عنه مع ضعفه (٢) اما لجواز شربه اختيارا (٣)

و بين مثل الأبوال الطاهرة التي لا يجوز شربها اختيارا ان الحرمة في الأول ثابتة لاستعمالها بعنوان أنها ضارة للجسم، و يتبدل هذا العنوان حال المرض، فيكون استعمالها صلاحا للجسم، و هذا بخلاف الأبوال، فإن حرمة شربها بعنوان أنها من الخبائث، و ليس انتفاء الحرمة عن شربها حال التداوى أو غيره لتبدل عنوان الخبيث بالطيب، بل باعتبار الاضطرار الى المحرم، فلا يوجب جواز البيع في الأدوية لثبوت المالية لها قياس الأبوال الطاهرة عليها حتى فيما إذا استعملت للتداوى.

(١) في كون المحرم علينا خصوصا أكلها لا سائر الانتفاعات من الإسراج بها و نحوه، فيكون الفرق بين الشحوم و اللحوم بأن حرمة الأكل في الأول لا توجب فساد البيع، بخلاف حرمة أكل الثاني، حيث ان اللحوم منفعتها المقصودة منحصرة بالأكل.

(٢) الجواب عنه مبتدأ و خبره لزوم تخصيص الأكثر، بمعنى أن الأخذ بظاهر النبوى المذكور يلزم تخصيص الأكثر، مع أنه ضعيف سندا و دلالة، و قوله لقصورها تعليل لضعفه في جهة دلالة، و لكن تعليل ضعف دلالة به من قبيل أخذ المدعى دليلا عليه كما لا يخفى.

(٣) تقدم أن صحة البيع في شيء لا تدور مدار جواز شربه، بل اللازم كون شربه من المنفعة المقصودة منه بحيث يخرج أخذ المال بإزائه من أكله بالباطل.

و الظاهر أن الشرب حتى في بول الإبل ليس كذلك، و اما حكم الشرب اختيارا و بلا حاجة إليه فمقتضى موثقة عمار «١» عدم الجواز في بول الإبل و غيره، قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن بول البقر يشربه الرجل؟ قال: ان كان محتاجا اليه يتداوى به

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٥٩) من أبواب الأطحمة المباحة- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨

.....

يشربه و كذلك أبوال الإبل و الغنم» حيث ان ظاهر التعليق على الشرط انتفاء الجواز مع عدم الحاجة، و به يرفع اليد عن إطلاق نفى البأس في مثل رواية أبي البختری «١» عن جعفر عن أبيه أن النبي (ص) قال: «لا بأس ببول ما أكل لحمه» نعم في رواية الجعفرى «٢» قال: «سمعت أبا الحسن موسى (ع) يقول: أبوال الإبل خير من ألبانها، و يجعل الله الشفاء في ألبانها» و مقتضى الحكم بكون أبوالها خيرا من ألبانها هو جواز شربه حتى اختيارا، و بلا ضرورة، و بعد وقوع المعارضة بينها و بين المفهوم يرجع الى أصالة الحلية، و دعوى ان الرواية ناظرة إلى بيان حكم طبي لا شرعى يدفعها أن حمل كلام الشارع على بيان مجرد الحكم الطبى خلاف الظاهر، و العمدة في عدم إمكان رفع اليد بها عن المفهوم ضعفها سندا، فان في سندها بكر بن صالح و هو ضعيف، بل و لا يبعد مع فرض المعارضة

الرجوع إلى عموم حرمة الخبائث فإن الأبوال منها حتى من المأكول لحمه.

اللهم الا- ان يقال لم يعلم شمول الخبائث للأبوال الطاهرة، حيث من المحتمل كون معناها الرجس المعبر عنه بالفارسية ب (بليد) فتخص بالنجسة منها أضف إلى ذلك انه يمكن القول بعدم المفهوم للشرط الوارد في الموثقة، فإن اختصاص حرمة فعل بصورة عدم الحاجة إليه و حله معها غير معهود في الشرع، و الشرط فيها باعتبار أنه لا يكون للإنسان داع إلى شرب مثل البول من غير حاجة إليه كالتداوى به ثم ان جواز شرب البول مطلقاً أو مع الحاجة إلى التداوى به يختص بأبوال ما يؤكل لحمه، و أما الأبوال النجسة فلا يجوز شربها الا مع الاضطرار الراجع للتكليف، و لا يجوز بمجرد الحاجة، و على الجملة الأمر فيها كما في سائر المحرمات.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٥٩) من أبواب الأتعمة المباحة الحديث: (٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٥٩) من أبواب الأتعمة المباحة الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩

كما يدل عليه رواية سماعه (١)

[يحرم بيع العذرة]

يحرم بيع العذرة (٢)

(١) لا دلالة لرواية سماعه «١» على عدم جواز الشرب مع عدم الحاجة حيث ان الراوى فرض في سؤاله شربه عند الحاجة لا أنه (ع) أخذه في الجواب قيذا للجواز كما لا يخفى.

(٢) المنسوب إلى الشهرة عدم جواز بيع العذرة مما لا يؤكل لحمه، و يستدل عليه برواية يعقوب بن شعيب عن ابي عبد الله (ع) قال: «ثمن العذرة من السحت» «٢» و في سندها على بن مسكين، و لذلك لا- يمكن الاعتماد عليها، مع أنها معارضة برواية محمد بن مضارب عن أبي عبد الله (ع) قال: «لا بأس ببيع العذرة» «٣» و قد جمع الطوسي (قده) بينهما بحمل الاولى على عذرة الإنسان، و الثانية على عذرة البهائم، و ذكر المصنف (ره) في تقريب الجمع المزبور أن الرواية الأولى نص في عذرة الإنسان و ظاهرة في غيرها، بعكس الثانية، فيطرح ظاهر كل منهما بنص الأخرى، و أيد التقريب بموثقة سماعه قال: «سأل رجل أبا عبد الله (ع) و أنا حاضر، فقال: انى رجل أبيع العذرة فما تقول؟ قال: حرام بيعها و ثمنها، و قال: لا بأس ببيع العذرة» «٤» باعتبار أن الجمع بين الحكم بعدم الجواز و الجواز في كلام واحد للمخاطب الواحد دليل على أن الموضوع لعدم الجواز غير الموضوع للجواز، فتكون هذه الموثقة قرينة على أن تعارض الروايتين الأولتين ليس باعتبار العلم بعدم ثبوت الحكمين معاً، بل باعتبار دلالتهما، فلا يصح فيهما الرجوع إلى المرجحات السندية أو الخارجية، كما لا يصح القول بأن الحكم بعد فقد الترجيح هو التخيير بين المتعارضين، أو التساقت، لا طرح ظهور كل منهما

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٥٩) من أبواب الأتعمة المباحة، الحديث: (٧)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٤٠) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١)

(٣) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٤٠) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٢)

(٤) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٤٠) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠

حمل خير المنع على التقيّة (١)

كما عليه جمع الطوسي (قده).

أقول: لا يصح جعل الموثقة قرينة على ما ذكر، إذ يحتمل كونها من قبيل الجمع في الرواية، بأن سمع الراوى الحكيم في مجلسين و جمع بينهما في النقل، بل يمكن أيضا كون المخاطب في أحدهما غير المخاطب في الآخر، فتكون الموثقة من الروايتين المتعارضتين، و يؤيد ذلك تكرار (قال) و عطفه على الأول و الإتيان بالاسم الظاهر بدل الضمير، حيث أنه لو كان كلاهما واحدا لكان الأنسب أن يقول:

(لا بأس ببيعها)، نعم كونها من الجمع في المروى محتمل أيضا، و لكن اختلاف صدرها و ذيلها يوجب إجمالها، هذا (أولا).
و (ثانيا) أن المتيقن في الإرادة من الخارج لا- يوجب أن يكون أحد الدليلين نصا في ذلك المتيقن و ظاهرا في غيره ليجمع بينهما بالأخذ بذلك المتيقن، و طرح الظاهر، كما إذا ورد مثلا الأمر بإكرام العلماء في خطاب، و النهى عنه في خطاب آخر، فان حمل الأول على العادل، و الثانى على الفاسق، بدعوى كون ذلك متيقنا بالإرادة منهما لا يوجب كون الحمل من الجمع العرفى، و مثل الجمع المزبور حمل حرمة البيع و الثمن على الفساد، و حمل نفي البأس على الجواز تكليفا، و ذلك فإنه ليس بأولى من حمل حرمة البيع و تحصيل الثمن على التكليف فقط، و الأخذ بظاهر نفي البأس و هو الإرشاد إلى صحة البيع.

(١) لا- يخفى أن الحكم بجواز بيع العذرة لا يحتاج إلى الرواية، فإن وجود المنفعة المقصودة للعقلاء في شىء بحيث يبدلون بإزائه المال كاف في نفوذ بيعه، و المعاملة عليه، و قد تقدم أيضا أن مجرد نجاسة شىء لا يوجب فساد بيعه، و لذا يتعين القول بالجواز، مع أن الترجيح للخبر الدال عليه، لان معظم العامة على المنع.

و ما ذكره المصنف (ره) من أن رواية الجواز لا- يجوز الأخذ بها من وجوه لا- يمكن المساعدة عليه، فان مراده بالوجه يمكن أن يكون ضعف الرواية سندا بمحمد بن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١

[يحرم المعاوضة على الدم]

يحرم المعاوضة على الدم (١)

مضارب، و مخالفتها لفتوى المشهور بالمنع، و كذا مخالفتها للروايات العامة، حيث ذكر في بعضها عدم جواز بيع وجوه النجس، و لكن ضعف السند مشترك بين الرواية الدالة على الجواز و الدالة على المنع، و لم يعلم أن فتوى المشهور بالمنع هل كان لخلل في رواية الجواز غير المعارضة المزبورة، و غير ضعف سندها و خلافها للاحتياط كما أن الروايات العامة لا تصلح للاعتماد عليها كما مر، و على الجملة لا فرق بين الأرواث الطاهرة و النجسة في أن المنفعة المحللة المقصودة كالتسميد بها و استعمالها وقودا كافيّة في الحكم بجواز الاكتساب بها.

(١) الأظهر جواز المعاوضة عليه فيما إذا فرضت له منفعة محللة، كما في يومنا هذا بالإضافة إلى دم الإنسان، فإنه يستعمل في المعالجة بتزريقه لإنسان آخر يحتاج إليه. و الإجماع التعبدى في المقام غير حاصل، لاحتمال أن المدرك على تقدير الاتفاق بعض الروايات المتقدمة التى علم حالها، و نقل الإجماع لا يزيد على محصله، و كذا الحال في غير دم الإنسان من الدماء النجسة المستعملة للتسميد في المزارع و البساتين و أما مرفوعة أبي يحيى الواسطى «١» الدالة على عدم جواز بيع الدم، فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها،

قال: «مر أمير المؤمنين (ع) بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة أشياء من الشاة نهاهم عن بيع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال و الكبد.»

و ما ذكره المصنف (ره) و تبعه السيد الخوئي دام بقاءه- من كون الرواية ناظرة إلى بيع الدم للأكل، و حرمة البيع في هذا الفرض لا تحتاج الى دليل خاص، فإنها على القاعدة- لا يمكن المساعدة عليه، لإطلاق النهي في الرواية (أولاً) و (ثانياً) أن قصد المشتري و علم البائع باستعمال المبيع في المحرم لا يزيد عن بيع العنب مع علم البائع باستعماله المشتري في التخمير، و قد التزموا فيه بالجواز.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب (٣١) من أبواب الأطعمة المحرمة، الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢

[حرمة بيع المنى]

و الظاهر أن حكمهم (١)

[يحرم المعاوضة على الميتة]

يحرم المعاوضة على الميتة (٢)

(١) أى أن الحكم بأن الولد فى الحيوانات تابع للام متفرع على أن منى الحيوان لا يكون قابلاً لصيرورته ملكاً لأحد، و لو كان قابلاً له لكان الولد- كالزراع فى ملك الغير- ملكاً لصاحب الفحل، و على ذلك فلو قيل بأن المنى قابل للتملك كما فى منى الإنسان حيث أن الولد فيه تابع للفحل و يكون ملكاً لمالك الفحل، فلا بد فى الحكم بعدم جواز بيع المنى الواقع فى الرحم من التشبث بنجاسته، و لكن هذا التشبث ايضاً غير صحيح، و ذلك فإن المنى الخارج من الباطن الى الباطن كالدّم الموجود فى الباطن لا دليل على نجاسته. و علل فى الغنية عدم جواز بيع هذا القسم بالجهالة أو عدم القدرة على التسليم ايضاً كما فى المنى الموجود فى صلب الفحل المعبر عنه بالعسيب فى مقابل الملايح المراد بها الواقع فى الرحم. و المراد بالجهالة عدم العلم بتكون الولد منه، و يؤيد المنع فى العسيب النبوى «أن رسول الله (ص)، نهى عن خصال تسعة: عن مهر البغى و عن عسيب الدابة يعنى كسب الفحل» (١).

أقول: و لكن الأظهر جوازه، فإن المنى الموجود فى صلب الفحل- نظير البذر الذى لا يعلم حاله من جهة نموه و عدمه- قابل للبيع، و يكون تسليمه بإرساله للضرب، و الرواية المزبورة ضعيفة سنداً، بل و دلالة، فإن ظاهر كسب الفحل إجارتته للضرب، و بما أن إجارتته لذلك جائزة- كما هو مدلول بعض الروايات المعتبرة- فلا بد من حمل النهى على الكراهة، و فى صحیحہ معاویة بن عمار عن ابى عبد الله (ع) قال: «قلت له: أجر التيوس، قال: ان كانت العرب لتعاير به و لا بأس» (٢) و بهذا يظهر الحال فى بيع الملايح يعنى المنى المستقر فى رحم الام فيما إذا كان المنى تابعاً للفحل، و كان البيع قبل فساده أو استحالتها الى الدم.

(٢) ذكر (ره) فى وجه عدم جواز بيع الميتة وجوها: (الأول)- الاخبار العامة المتقدمة كحديث تحف العقول حيث ذكر فيه عدم جواز بيع النجس و ما نهى عن

(١) وسائل الشيعة، الجزء (١٢) الباب: (٥) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١٣)

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

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣

.....

الانتفاع به (الثاني) أنه لا- يجوز الانتفاع بالميتة مطلقا سواء كان الانتفاع بما هو مشروط بالطهارة كالأكل أو الشرب أو اللبس في الصلاة أو كان من غيره من سائر الانتفاعات، كما يظهر ذلك من الاخبار التي ذكر فيها أن الميتة لا ينتفع بها، وإذا كان الانتفاع ممنوعا فتدخل فيما لا نفع فيه، فيكون أخذ الثمن في مقابلها من اكله بالباطل (الثالث) رواية السكوني حيث عد فيها من السحت ثمن الميتة. و لكن يظهر من بعض الروايات جواز بيع الميتة، كرواية الصيقل قال: «كتبوا الى الرجل: جعلنا الله فداك، انا قوم نعمل السيوف ليست لنا معيشة ولا تجارة غيرها، ونحن مضطرون إليها، و انما علاجنا جلود الميتة و البغال و الحمير الأهلية لا- يجوز في أعمالنا غيرها، فيحل لنا عملها و شراؤها و بيعها و مسها بأيدينا و ثيابنا و نحن نصلى في ثيابنا، و نحن محتاجون الى جوابك في هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا؟ فكتب: اجعل ثوبا للصلاة.» «١» و ناقش (ره) في دلالتها على جواز بيع الميتة بما أشار إليه بقوله «و يمكن أن يقال ان مورد السؤال.» و حاصله أنه لم يفرض في الرواية تعلق البيع بجلود الميتة أو غلاف السيوف مستقلا أو في ضمن بيع السيوف حتى يكون نفى البأس المستفاد من التقرير دليلا على جواز بيع الميتة، بل غايته دلالتها على جواز الانتفاع بالميتة بجعلها غمدا للسيوف الذي يباع بشرط الغمد.

أقول: مورد السؤال في الرواية شراء الجلود و بيعها و مس تلك الجلود بأيديهم و ثيابهم، حيث أن الصيقل أو ولده لم يكن شغلهم شراء السيوف و بيعها، بل عملها و بيعها، كما أنه لا معنى للسؤال عن مس السيوف بأيديهم و ثيابهم و ترك السؤال عن مس الجلود كما لا- يخفى، و ناقش (ره) (ثانيا) بأن دلالة الرواية على جواز بيع الميتة و شرائها بالتقرير و لا اعتبار به، فإنه غير ظاهر في الرضا خصوصا في المكاتبات المحتملة للتقية.

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٣٨) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤

و لكن الإنصاف أنه إذا قلنا بجواز الانتفاع (١)

و فيه أن مورد السؤال- كما ذكرنا- استعمال الجلود و بيعها و شراؤها و مسها بالأيدى و الثياب و الصلاة في تلك الثياب، و نهى الامام (ع) في الجواب عن الصلاة فيها و السكوت عن الباقي ظاهر في جواز غيرها، و هذا إطلاق مقامي، لا ترك للتعرض لما يكون في ذهن السامع و إقراره على اعتقاده، كما هو المراد بالتقرير.

و ربما نوقش في الرواية بوجه ثالث و هو أن المفروض فيها الاضطرار الى الاستعمال، و الكلام في المقام في الاختيار، و فيه أن الاضطرار المفروض فيها بمعنى الحاجة، لا الاضطرار الراجع للتكليف، مع أن الاضطرار إلى المعاملة الفاسدة لا يصححها، و بعبارة أخرى عدم جواز بيع الميتة وضعى لا تكلفى، و الاضطرار أو الإكراه يكون رافعا للتكليف لا موجبا لصحة المعاملة.

و الصحيح في الجواب ان الرواية في سندها ضعف لجهالة الصيقل و ولده فلا يمكن الاعتماد عليها (لا يقال): (راوى المكاتبه محمد بن عيسى لا الصيقل و أولاده، و الا لكان هكذا قالوا كتبنا الى الرجل، و الحاصل أن ضمير الفاعل في قال يرجع الى محمد بن عيسى فلا يضر باعتبارها جهالة الصيقل و أولاده، فإنه يقال) نعم راوى المكاتبه محمد بن عيسى الا أن نقل القضية الراجعة إلى الغير و منها المكاتبه (تارة) يكون بشهود الناقل و حضوره تلك الواقعة و في مثل ذلك لا يضر جهالة ذلك الغير باعتبار الرواية، و (أخرى) يكون

نقلها بحسب حكاية نفس ذلك الغير، و في مثل ذلك تكون جهالة ذلك الغير موجبة لسقوط النقل عن الاعتبار. و رواية محمد بن عيسى من قبيل الثاني، كما هو مقتضى كلمة عن الداخلة على ابي القاسم الصيقل و ولده في سندها، و الا لكان المتعين أن ينقل الطوسي (ره) الرواية هكذا: (محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن عيسى، قال: ان أبا القاسم الصيقل و ولده كتبوا الى الرجل).

(١) ثم ذكر (ره) أنه لا بأس ببيع الميتة على تقدير الالتزام بجواز الانتفاع بها، كما هو الحال في الانتفاع بجلودها في غير ما هو مشروط بالطهارة، فإن حديث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥

و مما ذكرنا يظهر قوة جواز بيع الميتة (١)

تحف العقول لا- ينافي جواز البيع في الفرض، لأن النهي عن بيع أقسام النجس معلل فيه بعدم جواز الانتفاع، فلا يشمل النجس الذي يجوز الانتفاع به، و كذا الحال في رواية دعائم الإسلام، حيث أنها لا تشمل ما يجوز الانتفاع به. و الإجماع على عدم جواز بيع النجس في فرض عدم جواز الانتفاع، كما يظهر ذلك مما ذكره في جواز بيع الزيت النجس للاستصباح، و في جواز بيع العبد الكافر و كلب الصيد و نحوه.

(أقول): لم يذكر (ره) وجه رفع يده عن ظاهر رواية السكوني الدالة على بطلان بيع الميتة، كما هو مقتضى كون ثمنها سحتا.

(١) الأظهر عدم جواز بيع الميتة مطلقا حتى مع جواز الانتفاع بها، أما جواز الانتفاع، فلان المنع و ان كان ظاهر بعض الروايات، الا أنه لا بد من رفع اليد عن ظهورها بحملها على كراهة الانتفاع، بقرينة ورود الترخيص في البعض الآخر من الروايات، و في صحيحة على بن المغيرة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الميتة ينتفع منها بشيء؟ فقال: لا.» (١) و موثقة سماعة، قال: «سألته، عن جلود السباع أ ينتفع بها؟ فقال: إذا رميت و سميت فانتفع بجلده، و اما الميتة فلا» (٢) و صحيحة الكاهلي، قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده، عن قطع أليات الغنم؟

فقال: لا- بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك، ثم قال: ان في كتاب علي عليه السلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به» (٣) الى غير ذلك، و ربما يحمل النهي فيها على الكراهة بشهادة رواية ابن إدريس عن جامع البزنطي صاحب الرضا عليه السلام قال: «سألته، عن الرجل يكون له الغنم يقطع من ألياتها و هي أحياء، أ يصلح أن ينتفع بما

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٣٤) من أبواب الأطعمة المحرمة- الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٣٤) من أبواب الأطعمة المحرمة- الحديث: (٤)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب: (٣٠) من أبواب الذبائح- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦

.....

قطع؟ قال: نعم يذبيها و يسرح بها و لا يأكلها و لا يبيعها» (١) و رواها أيضا في قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام.

و لكن مثل هذه الرواية لا تصلح لرفع اليد بها عن ظاهر ما تقدم، فان طريق ابن إدريس إلى جامع البزنطي غير معلوم لنا، و في سند قرب الاسناد عبد الله بن الحسن العلوي و لم يثبت حاله، كما لا تصلح لذلك رواية الصيقل المتقدمة، لضعفها على ما تقدم، و ان كانت دلالتها على جواز الانتفاع بل على جواز البيع تامة، كما لا تصلح لرفع اليد عن ظهور ما تقدم رواية أبي بصير، قال: «سأل أبا

عبد الله (ع) عن الصلاة في الفراء؟ فقال: كان علي بن الحسين (ع) رجلا صردا فلا تدفئه فراء الحجاز، لان دباغها بالقرظ، فكان يبعث الى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فإذا حضرت الصلاة ألقاه و القى القميص الذي يليه، فكان يسأل عن ذلك، فيقول: ان أهل العراق يستحلون لباس الجلود الميتة، و يزعمون أن دباغها ذكاته» (٢).

و الوجه في عدم صلاحها ضعف سندها (أولاً)، و عدم ظهور جهة إلقاء الفرو المزبور (ثانياً)، فان الفرو المفروض باعتبار أخذه من بلد الإسلام محكوم بالتذكية، و الاحتياط لا يجرى في أمثال المقام مما يعلم صحة العمل حتى مع النجاسة الواقعية أو لبس الميتة، كما هو مقتضى حديث لا- تعاد، فلا يصح ما قيل من أن الإلقاء كان للاحتياط، كما أن التعليل و الاستمرار على العمل لا يناسبان القول بأنه عليه السلام كان عالماً بعلم الإمامة أن الفرو المزبور من الميتة، بل العمدة في الحمل على الكراهة صحيحة على بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن الماشية تكون لرجل، فيموت بعضها أ يصلح له بيع جلودها و دباغها و يلبسها؟ قال: لا، و ان

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب: (٣٠) من أبواب الذبائح- الحديث: (٤)

(٢) التهذيب الجزء (٢) الباب (١١) ما يجوز الصلاة فيه من اللباس، الحديث: (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧

.....

لبسها فلا يصلح فيها» (١)، فإنها ظاهرة في جواز لبسها في غير الصلاة، و أن قوله عليه السلام و ان لبسها استثناء عن النهي، و الا لكان التعبير هكذا: (و لا يلبسها و لا يصلح فيها) ليستفاد منه حرمة اللبس و المانع للصلاة معاً، و مثلها موثقة سماعاً، قال: «سألته عن جلد الميتة المملوح و هو الكيمخت؟ فرخص فيه، و قال: ان لم تمسه فهو أفضل» (٢) حيث يحمل الترخيص على الانتفاع باللبس و نحوه لا ما يعم البيع بقريئة النهي عن بيع الميتة في الصحيحة المتقدمة.

و يؤيد جواز الانتفاع الروايات المتقدمة التي كان في سندها ضعف، و أما المنع عن بيع الميتة فمضافاً إلى صحيحة على بن جعفر المتقدمة يقتضيه ما ورد في كون ثمن الميتة سحتاً (٣) و لكن في السند ضعفاً، لأن السكوني و ان كان لا بأس به على ما ذكره الشيخ في العدة من أن الأصحاب قد عملوا برواياته، الا- أن الراوى عنه- و هو النوفلى- فيه كلام، و لكن ليس هو على نقل الصدوق في الخصال راوياً عن السكوني، الا أن في السند موسى بن عمرو، و ليس عندي توثيق له.

و الحاصل أن الرواية مؤيدة و العمدة في المنع الصحيحة، و هي لا تشمل الأجزاء التي لا تحلها الحياة، و لا الميتة من الحيوان الذي لا يكون له دم، بل لو تم الإطلاق لما تحل الحياة، لرفع اليد عنه بمثل حسنة حرز، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام لزرارة و محمد بن مسلم: اللين و اللبأ و البيضة و الشعر و الصوف و القرن و الناب و الحافر و كل شيء يفصل من الشاة و الدابة فهو ذكى، و ان أخذته منه بعد أن يموت فاغسله و صل فيه» (٤) حيث أن ظاهرها أن مثل المذكورات محكومة بالذكاة، فيجوز أكلها أو لبسها في الصلاة، الى غير ذلك من أحكام التذكية التي

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب: (٣٤) من أبواب الأطعمة المحرمة الحديث: (٦)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب: (٣٤) من أبواب الأطعمة المحرمة الحديث: (٨)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٥)

(٤) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب (٣٣) من أبواب الأطعمة المحرمة- الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨

لم يجز بيعه أيضا (١) مع أن المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام (٢)

منها جواز البيع.

(١) بل الأظهر جواز بيع المذكى المشتبه من غير حاجة إلى دليل خاص عليه، و الوجه في ذلك أن الانتفاع من الميتة بسائر الانتفاعات غير المشروطة بالطهارة و التذكية جائز كما تقدم، سواء كانت الميتة مشتبهة أو ممتازة، كما أنه لا بأس بمثل هذه الانتفاعات من المذكى المشتبه بالميتة قطعاً، و هذه المنفعة المحللة توجب المالية، غاية الأمر أنه يرفع اليد عن ذلك في الميتة بقيام الدليل على المنع عن بيعها، و أما في ناحية المذكى المشتبه فلم يقيم دليل على المنع، فيحكم بصحة بيعه أخذاً بالإطلاق في مثل أحل الله البيع، و على ذلك فيقع البيع في الفرع المفروض على المذكى، و يسلم البائع كلا المشتبهين إلى المشتري ليقبض ما يصح بيعه من غير فرق بين إسلام المشتري و كفره. و لعل ذكر المستحل في الصحيحتين باعتبار أن المسلم لا يقدم غالباً على شراء المذكى بداعي الانتفاع بمثل تلك الانتفاعات و هذا بخلاف المستحل فإنه يشتريه، و علم البائع بأن المشتري المستحل يستعمله في الأكل لا يضر بجواز البيع، كما يأتي في مسألة بيع العنب ممن يعلم أنه يعمله خمراً.

(٢) رواه في المستدرک عن الجعفریات، أخبرنا محمد، حدثني موسى، قال: «حدثني أبي عن أبيه عن جده جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام أنه سئل عن شاة مسلوخة و أخرى مذبوحة عن عمي على الراعي أو على صاحبها، فلا يدري التذكية من الميتة، قال: يرمى بها جميعاً إلى الكلاب» و ظاهرها عدم جواز الانتفاع بالميتة أصلاً، فتكون من الروايات المحمولة على الكراهة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩

فافهم (١) و يمكن حملها على صورة قصد البائع (٢) و في مستطرفات السرائر (٣)

(١) لعله إشارة إلى أن التفصيل بين المشتبهات و ان كان خلاف ما ذكره (ره) في الأصول من أنها لا- تجرى في أطراف العلم الإجمالي، سواء كانت موافقة لمقتضى العلم الإجمالي بالتكليف- كما في المقام- أو مخالفة له، باعتبار أن شمولها لأطرافه يوجب التناقض في مدلول دليلها، الا- أن القائل بجواز ارتكاب بعض أطراف العلم تخييراً يلتزم بالتفصيل المزبور، فالإشكال عليه بجريان استصحاب عدم التذكية في كل منهما مبنى على ذلك المسلك.

نعم لقائل أن يقول: ان موضوع عدم جواز البيع هي الميتة، لا غير المذكى، و استصحاب عدم التذكية لا يثبت عنوان الميتة، فلا بأس باستصحاب عدم كون المبيع ميتة، بناء على عدم تساقط الأصلين المتنافيين معاً، للعلم بالتكليف، بل يجري أحدهما تخييراً، و الحاصل أن مقتضى الأصل جواز بيع أحدهما.

نعم القول بجواز ارتكاب بعض الأطراف في نفسه ضعيف، و توضيحه موكول إلى محله.

(٢) لا يخفى عدم الموجب لذلك، فإنه لم يفرض في قوله عليه السلام:

(إذا اختلط الذكي بالميت) في صحیحة الحلبي اختلاط جميع أجزاء الحيوان أو اشتباه أحد الحيوانين بالآخر، ليقال: ان المراد منه قصد بيع الأجزاء التي لا تحلها الحياة بل الكلام المزبور يعم ما إذا كان هناك مقدار من اللحم أو الشحم بعضه مذكى و بعضه ميتة و قد اختلطاً كما لا يخفى.

(٣) لم يظهر وجه ذكر الرواية في اشتباه المذكى بالميتة. و لعل هذا الكلام كان بعد التعرض لرواية الصيقل و قبل قوله: (و لكن

الإنصاف أنه إذا قلنا بجواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠

مع أنها معارضة بما دل (١) لوجود المقتضى و عدم المانع (٢)

[يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين]

يحرم التكسب بالكلب الهراش و الخنزير البريين (٣)

الانتفاع) حيث أنه ربما يقع الوهم بأن رواية البرنطى - مثل رواية الصيقل - منافية للأدلة المانعة عن بيع الميته، (١) و رواه الكليني عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن على، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، فقلت: جعلت فداك: ان أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها؟ قال: هي حرام، قلت فنصطح بها؟ قال: أما تعلم أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام» (١) و لا يخفى أن هذه الرواية لا تصلح لمعارضه ما دل على جواز الانتفاع بالميته، و منه رواية جامع البرنطى، و ذلك فان ظاهر قوله عليه السلام: (و هي حرام) حرمة أكل الليات المقطوعة، و لذا أعاد السائل السؤال عن سائر الانتفاعات، و مقتضى قوله عليه السلام فى الجواب ثانيا: (أما تعلم) كون النهى عن الانتفاعات المزبورة إرشاديا لثلا يبتلى الشخص المستعمل تلك الليات بنجاسة البدن و الثوب، و الا فلا يكون اصابة اليد أو مس الميته و لو عمدا حراما تكليفا، بل على تقدير كون المنع عن الانتفاع تكليفا، يحمل على الكراهة جمعا، كما تقدم. و كون المراد بالحرام هي الكراهة ككون المراد بالوجوب الاستحباب غير عزيز فى الروايات. (٢) لا يخفى أن المانع ما عد فيه ثمن الميته من السحت، و لا عذر لمثل المصنف (ره) الذى لا يلاحظ سند الروايات فى الإغماض عنها، فإن الإطلاق فيه يعم ميته ما لا نفس له، الا أن يعتذر بعدم عمل المشهور بهذا الإطلاق. (٣) يشهد لذلك مثل صحيحه محمد بن مسلم و عبد الرحمن بن ابى عبد الله

(١) و سائل الشيعة: الجزء (١٦) الباب (٣٢) من أبواب الأطمعة المحرمة، الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١

.....

معا عن ابى عبد الله عليه السلام قال: «ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت» (١) فإن الرواية لو لم تكن ظاهرة فى خصوص الكلب الهراش فلا ريب فى أنها تعمه، بل فى ثبوت المالية لكلب الهراش الموجبة لخروج أخذ العوض عليه عن عنوان الأكل بالباطل تأمل. نعم لا- ريب فى جواز التكسب به بمثل من يكون خبرته فى جمع تلك الكلاب و قتلها تحصيلاً لراحة الناس، و التكسب بهذا النحو خارج عن مدلول الرواية، و ليس لدينا إجماع تعبدى يمنع عن ذلك، و أما الخنزير فيستفاد فساد بيعه من مثل صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرا أو خنزيرا إلى أجل، فأسلما قبل أن يقبضا الثمن، هل يحل له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: انما له الثمن فلا بأس أن يأخذه» (٢) حيث أن ظاهر السؤال ارتكاز فساد بيع المسلم الخمر أو الخنزير، و انما سأل عن أخذ الثمن باعتبار فرض البيع حال الكفر، و ظاهر الجواب ايضا أن عدم وقوع البيع حال الإسلام و حدوث ملك الثمن حال الكفر موجب لعدم البأس بأخذه. و فى مرسله ابن ابى عمير عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن نصرانى أسلم و عنده خمر أو خنزير، و عليه دين هل يبيع خمرة أو خنازيره و يقضى دينه؟ قال: لا» (٣) نعم فى حسنة محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام «فى رجل كان له على رجل دراهم، فباع خمرا و خنازير و هو ينظر فقضاه، فقال: لا بأس به أما للمقتضى فحلل، و أما للبائع فحرام» (٤) و لكن لا- بد من حملها على بيع الكافر من مثله، بقريته ذكر الخمر المحكوم بيعه بالبطلان جزما، فيما كان بايعه مسلما.

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٤) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٣)
 (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٦١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١)
 (٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥٧) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١)
 (٤) وسائل الشيعة الجزء (١٤) الباب: (٦٠) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢

.....

و الحاصل أنه لا يمكن الأخذ بإطلاق الرواية حتى تقع المعارضة بينها وبين ما تقدم، و مثلها صحيحة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام «في الرجل يكون لى عليه الدراهم، فيبيع بها خمرا أو خنزيرا، ثم يقضى منها؟ قال: لا بأس به، أو قال خذها» (١). و على الجملة فلا بأس بالانتفاع بمثل جلد الخنزير و شعره كما هو مقتضى أصالة الحل، و لكن لا يجوز بيعه، كما تقدم نظير ذلك في الميتة، و ربما يقال أن جواز الانتفاع بمثل جلده بل جواز بيعه مقتضى بعض الروايات: (منها) رواية سليمان الإسكاف قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير يخرز به؟ قال: لا بأس به، و لكن يغسل يده إذا أراد أن يصلى» (٢) و رواية برد الإسكاف، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير يعمل به؟ قال: خذ منه فاعسله بالماء حتى يذهب ثلث الماء و يبقى ثلثاه، ثم اجعله فى فخارة جديدة ليلة باردة، فإن جمد فلا تعمل به، و ان لم يجمد فليس له دسم فاعمل به، و اغسل يدك إذا مسسته عند كل صلاة، قلت و وضوء؟ قال: لا اغسل يدك كما تمس الكلب» (٣) و نحوها غيرها.

و لكن لا يخفى عدم الدلالة فيها على جواز البيع أصلا، فإن العمل بشعر الخنزير حتى فيما إذا كان بنحو الصنعة يمكن وقوعه بنحو الإجارة، بأن يكون الشخص أجيرا للخرازة أو صنع الحماثل من شعر الخنزير، و لا ينحصر الكسب به بالبيع، و بما أن الروايات المشار إليها واردة فى حكم العمل بشعر الخنزير، لا الكسب به، فلا يمكن دعوى إطلاقها و شمولها لبيع المصنوع من شعر الخنزير كما لا يخفى.

و هذا مع الإغماض عن ضعفها سنداً بل دلالة أيضاً، فإنه لو جاز الانتفاع بشعر الخنزير،

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٦٠) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٣)
 (٢) وسائل الشيعة الجزء (٢) الباب: (١٣) من أبواب النجاسات - الحديث: (٣)
 (٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥٨) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣

[و كل مسكر مائع و الفقاع]

و كل مسكر مائع و الفقاع (١)

فلا يفرق بين كون الشعر دسماً أولاً، و لا أظن الالتزام بالتفصيل من أحد، و ربما يقال باستفادة جواز الانتفاع من صحيحة زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن الحبل يكون من شعر الخنزير يستسقى به الماء من البئر هل يتوضأ من ذلك الماء؟

قال: لا بأس» (١). و غير خفى أن الحكم بجواز الوضوء لا- يلزم الحكم بجواز استعمال شعر الخنزير كالاتسقاء به من البئر، فإنه يمكن أن يكون الوضوء بالماء المزبور جائزا مع حرمة إخراج ماء البئر بذلك الحبل، كما هو الحال في الاتسقاء بحبل الغير، فإنه يجوز الوضوء من ذلك الماء مع أنه لا- يمكن الالتزام بجواز إخراج الماء به بلا- اذن مالكة، و بعبارة أخرى لا يستلزم جواز الانتفاع بالوضوء من الماء المزبور على تقدير الاتسقاء جواز استعمال نفس ذلك الشعر أو الاتسقاء به، كما لا يخفى.

(١) بلا خلاف معروف أو منقول، و قد نزل الفقاع- بل كل مسكر- منزلة الخمر في بعض الروايات المعتبرة، و مقتضى هذا التنزيل ترتيب جميع آثار الخمر، و في صحيحة على بن يقطين عن ابي الحسن الماضى عليه السلام- قال: «ان الله عز و جل لم يحرم الخمر لاسمها، و لكن حرمها لعاقبتها، فما كان عاقبته عاقبة الخمر فهو خمر» (٢).

و في موثقة ابن فضال، قال: «كتبت الى ابي الحسن عليه السلام أسأله عن الفقاع؟ فقال: هو الخمر و فيه حد شارب الخمر» (٣) و قريب منهما غيرهما، و كيف كان فيستفاد من بعض الروايات حرمة المعاملة على المسكر تكليفا و وضعاً، ففي موثقة زيد بن على عن آباءه عليهم السلام، قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه و آله الخمر

(١) وسائل الشيعة الجزء (١) الباب: (١٤) من أبواب الماء المطلق، الحديث: (٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (١٩) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث (١)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٢٧) من أبواب الأشربة المحرمة الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤

.....

و عاصرها و معتصرها و بائعها و مشتريها و ساقياها و آكل ثمنها و شاربها و حاملها و المحمولة إليه» (١) حيث أنها دالة على حرمة بيعها تكليفاً، كما هو ظاهر لعن بائعها و مشتريها، و فساده و وضعاً كما هو مقتضى لعن آكل ثمنها، و في مقابلها صحيحة جميل التي رواها ابن ابي عمير و على بن حديد جميعاً عنه قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام يكون لى على الرجل الدراهم، فيعطينى بها خمرا؟ فقال: خذها ثم أفسدها، قال على: و أجعلها خلا» (٢).

و ظاهرها جواز أخذ الخمر و معاوضتها بالدراهم، و قد حملها المصنف (ره) على أحد أمرين: (الأول) إبراء المديون عما عليه من الدراهم و أخذ الخمر مجاناً و الانتفاع بها بعد ذلك بجعلها خلا. (و الثانى)- أخذ الخمر أمانة بأن ثبت الحق فيها لمعطيها، ثم يجعلها الأخذ خلا- و يملك ذلك النخل عن مالكة المديون وكالة أو تقاصاً، و لكن كلا الأمرين طرح لظهورها في مقام المعارضه كما لا يخفى.

و ذكر السيد الخوئي طال بقاؤه أن هذه الرواية عامة من جهة بايع الخمر، أى أنها بإطلاقها تشمل كونه مسلماً أو كافراً، و خاصة من جهة المعاملة، حيث أنها بقصد التخليل. و فى مقابل ذلك ما يدل على أنه لا يجوز للمسلم بيع الخمر سواء كان بقصد التخليل أو غيره، و هذا خاص من جهة البائع و عام من جهة المعاملة، فتقع المعارضه بينهما فى البائع المسلم فيما إذا كان يبيعه للتخليل، و بعد تساقطهما يرجع الى إطلاق قوله عليه السلام: (ثمن الخمر سحت)، و الرواية المزبورة رواية يونس فى مجوسى باع خمرا أو خنازير الى أن قال: «أسلم رجل و له خمرا أو خنازير، ثم مات و هى فى ملكه- الى ان ذكر- و ليس له أى للمسلم أن يبيعه و هو حى و لا يمسكه» (٣) و نحوها

(١) وسائل الشيعة، الجزء (١٢) الباب: (٥٥) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة، الجزء (١٧) الباب: (٣١) من أبواب الأشربة المحرمة: الحديث: (٦)

(٣) وسائل الشيعة، الجزء (١٢) الباب: (٥٧) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥

.....

مرسله ابن ابى عمير أو أبى نجران «١» وفيه أن رواية يونس ضعيفه سندا. نعم مرسله ابن ابى عمير لا بأس بها على شهادة الشيخ (ره) فى العده من أنه لا يرسل ولا يروى إلا عن ثقة، حيث أن هذا الكلام منه (ره) توثيق عام لمشايخ ابن ابى عمير لا يرفع اليد عنه الا فى موارد علم فيها نقله عن غير الثقة، وليس لنا علم- ولو إجمالاً- بإرساله عن غير الثقة حتى يمنع هذا العلم عن الأخذ بمرسلاته، نعم بالإضافة إلى رواياته المسنده فروايتها فيها عن غير الثقة معلوم إجمالاً، ولكن هذا العلم ينحل بالظفر بأشخاص نحتمل انحصار غير الثقة من مشايخه بهم، ولكن سيأتى عدم تمامية ذلك وأنه لا اعتبار لمرسلاته.

ومع الإغماض عن السند فلا يتم ما ذكر، لظهور صححة دراج فى جواز شراء الخمر مطلقاً، سواء كان بقصد التخلييل أو لغاية أخرى، والأمر بجعل الخمر خلا حكم آخر فى الرواية، وليس قيذا لجواز شرائها، فإنه فرق بين قوله: (خذها و اجعلها خلا) كما فى الرواية، وبين قوله (خذها إذا جعلتها خلا)، حيث إن الأول كظاثره من الأمر بتغسيل الميت و الصلاة عليه لا يوجب تقييدا فى الحكم الأول، و على ذلك فظاهر الصححة جواز شراء الخمر وضعا و تكليفا، فتكون منافية لما دل على حرمة بيعها و فساده، و الترجيح مع الاخبار الدالة على المنع تكليفا و وضعا، لموافقتهما للكتاب العزيز الدال على لزوم الاجتناب عن الخمر، باعتبار كونه رجسا، فان لزوم الاجتناب يعم بيعها و شراءها كما لا يخفى.

و ذكر الإيروانى (ره) أن تفسير الإفساد بجعل الخمر خلا من ابن ابى عمير لا من الامام عليه السلام، و لا عبرة بفهم ابن ابى عمير فيما إذا كان ظاهر كلامه

(١) وسائل الشيعة، الجزء (١٢) الباب: (٥٧) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦

.....

عليه السلام غيره، و ظاهر إفساد الخمر جعلها بحيث لا يرغب فيها حسماً لمادة الفساد، فلا دلالة فى الرواية على تجويزه عليه السلام أخذ الخمر بدلا عن الدراهم، ليكون ذلك منافيا لما تقدم من المنع عن بيعها وضعا و تكليفا.

أقول لا- ينبغى الريب فى عدم وجوب اهراق الخمر و جواز جعلها خلا، و يشهد لذلك غير واحد من الروايات كموثقة زرارة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الخمر فيجعلها خلا؟ قال لا بأس» «١» و كيف كان فلا يجب إتلاف الخمر بإهراقها، بل يجوز إفسادها بجعلها خلا، و لو لم يكن ظاهر إفسادها هو التخلييل كما فسره به على بن حديد، فلا أقل من حمله على ما يعمه جمعا بينها و بين مثل الموثقة مما دل على جواز أخذها و تخليلها، كما أن ظاهر قوله عليه السلام: خذها فى الجواب عن السؤال عن أخذها بدل الدراهم- هو تجويز المبادلة، و الا لكان اللازم أن يقول عليه السلام خذها و لك ما عليه من الدراهم.

ثم لا- يخفى أن تقييد المسكر بالمائع- فى كلام المصنف (ره) ليس باعتبار أنه لا بأس ببيع المسكر الجامد، باعتبار أن الكلام فى المقام فى عدم جواز بيع النجاسات، و المسكر الجامد بالأصالة- باعتبار عدم نجاسته- خارج عن موضوع البحث، و داخل فيما يأتى مما يحرم التكسب به باعتبار حرمة الانتفاع.

(تنبيه)

لا يخفى أن ما ورد- من أن كل مسكر خمر حكما أو موضوعا- لا يوجب الحكم بحرمة بيع ما يعرف في زماننا هذا بالاسبيرتو (الكل صنعتي) بل المائع المزبور محكوم بالطهارة للأصل- و بجواز البيع باعتبار المنفعة المقصودة المحللة

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٣١) من أبواب الأشربة المحرمة- الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧

[يحرم المعاوضة على الأعيان المتنجسة]

يحرم المعاوضة على الأعيان المتنجسة (١)

فيه، و ليس مسكرا بالفعل لتعمه تلك الروايات، و علاجه بالماء أو غيره لتصبح مسكرا غير محرز و على تقديره فلا يضر، لظهورها في أن الموضوع للنجاسة و الحرمة هو ما يكون مسكرا بالفعل و معدا للإسكار فلاحظ.

(١) لو لم تكن للمتنجس منفعة محللة مقصودة، كما إذا كانت منفعته المقصودة الأكل أو الشرب، فحرمتهما مع عدم إمكان تطهيره توجب كون أخذ المال في مقابله من أكله بالبطل. و العجب من المصنف (ره) أنه لم يتعرض لهذا الاستدلال، بل ذكر في وجه بطلان بيعه روايات تقدم عدم صحة الاعتماد عليها، بل مع الإغماض عما تقدم، فلا يمكن الاستدلال بها على حكم المقام، فإنه لم تتعلق الحرمة في خطاب الشرع بنفس المتنجس حتى يعمه قوله: (إذا حرم الله شيئا حرم ثمنه) أو قوله في رواية دعائم الإسلام: (ما كان محرما أصله لم يجز بيعه و شراؤه) بل حرمة شرب المتنجس أو أكله مستفادة مما ورد في أبواب مختلفة، كالنهي الوارد عن شرب الماء و المضاف للمتنجسين، و كالأمر الوارد بإهراق المرق المتنجس و غسل لحمه، و غير ذلك مما هو إرشاد إلى عدم جواز تناول المتنجس.

(لا يقال) يكفي في تعلق النهي بنفس المتنجس مثل قوله سبحانه يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ «١» (فإنه يقال) لم يعلم أن المراد بالخبائث الأعيان ليدعى شمولها للأعيان المتنجسة أيضا، بل الظاهر أن المراد بها الأعمال القبيحة و ذوات المفسد، كما ان المراد بالطيبات خلافها. و هذا مقتضى وصف النبي الأمي بأنه يحل لهم الطيبات و يحرم عليهم الخبائث، حيث أن التعرض في مقام توصيفه لتحليله بعض المأكول و المشروب و تحريمه بعضهما الآخر دون سائر ما جاء به من الأحكام غير مناسب، و لو لم يكن ما ذكرنا ظاهرا فلا أقل من الاحتمال. كيف؟ و قد

(١) سورة الأعراف (٧) الآية (١٥٦)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٨

قيل بعدم جواز بيع المسوخ من أجل نجاستها (١)

[المستثنى من الأعيان النجسة]

[يجوز بيع المملوك الكافر]

يجوز بيع المملوك الكافر (٢)

ذكر الخبائث في قوله سبحانه نَجِّينَاهُ مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَائِثَ «١» و المراد به الفعل القبيح بلا شبهة. و على الجملة لم يثبت أن الخبيث نفس المنتجس، بل هو أكله و شربه، هذا كله بالإضافة الى ما لا يقبل التطهير. و اما ما يقبل التطهير كالحليب المنتجس يعمل جنباً و يظهر ذلك الجبن بالغسل، فلا بأس ببيعه، و لا يكون مجرد تنجسه مانعاً عنه، لان المنتجس لا يزيد على الأعيان النجسة التي ذكرنا صحة بيعها مع المنفعة المقصودة المحللة لها.

(١) قال في المبسوط لا يجوز بيع الأعيان النجسة كالكلب و الخنزير و جميع المسوخ، و في الخلاف لا يجوز بيع القرد للإجماع على أنه مسخ نجس، و ذكر في أطعمته الكتاب أن المسوخ كلها نجسة انتهى. و لكن الأظهر طهارتها فإنها مقتضى الأخبار المعتبرة الموجبة لحمل ما ورد في ترك سؤر المسوخ على التنزه، و عليه فلو قيل بعدم جواز بيعها يكون محل التعرض له القسم الثاني مما يجوز بيعه باعتبار عدم المنفعة المحللة المقصودة فيه.

(٢) يجوز بيع الكافر بلا-خلاف ظاهر، بل ادعى الإجماع على الجواز، و ليس الإجماع بعيداً، و يمكن تحصيله بالتبع في الموارد المناسبة لمسألة جواز بيع العبد الكافر من جواز استرقاق الكفار و لو بأسرهم، حيث أن الكافر يملك بالاسترقاق و جواز البيع من آثار الملك، و من جواز شراء بعض الكفار من بعضهم كما فيما إذا باع الكافر الحرى ولده، فيجوز للمسلم شراؤه، و من ان العبد إذا أسلم على مولاه الكافر يباع عليه، فإنه يستفاد من المذكور في تلك المسألة أنه يجوز للكافر بيع عبده قبل إسلامه، و يجبر على البيع بعد إسلامه، و من جواز عتق العبد الكافر

(١) سورة الأنبياء (٢١) الآية (٧٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٩

عدا ما يظهر من بعض الأساطين (١) و ان كان عن فطرة على اشكال (٢) ثم ذكر المحارب الذي لا تقبل توبته (٣)

الموقوف على تملك العبد أولاً بالشراء أو غيره، و من تجوزهم بيع المرتد، و من حكمهم بخيار الفسخ للمشتري فيما إذا ظهر كفر العبد المشتري على ظاهر الإسلام، حيث أنه لو لم يصح بيع الكافر لكان البيع باطلاً لا خيارياً الى غير ذلك.

(١) كأن مراد بعض الأساطين أن المرتد الفطرى لا يسقط عنه القتل، و لكن إذا تاب يحكم بإسلامه أى يجرى عليه أحكام الإسلام. و من تلك الأحكام طهارته، فيجوز بيعه، و أما إذا لم نقل بقبول توبته أى بعدم جريان أحكام الإسلام عليه فلا يجوز بيعه حتى بعد توبته، لكونه نجساً كسائر الكفار.

(٢) أى على اشكال فى رهنه، و وجه الاشكال- على ما فى جامع المقاصد- هو أن جواز بيع المرتد يوجب جواز رهنه بطريق أولى، باعتبار أن البيع من العقود اللازمة، فجوازه يوجب جواز العقد الجائر، و من أن المقصود بالبيع مجرد ملك العين. و هذا يحصل فى المرتد أيضاً، بخلاف الرهن، فإنها الوثيقة على الدين و المرتد فى معرض القتل، اما مطلقاً، كما فى الفطرى، أو مع عدم توبته، كما فى الملى، فلا يحصل الوثوق المعتبر فى حقيقة الرهن.

(٣) المراد بالمحارب المحكوم بالقتل من شهر السلاح على الناس لاخافتهم فى المصر أو خارجه، سواء كان مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً، و إذا تاب هذا المحارب و أظهر الندم على فعله قبل القدرة عليه، سقط عنه الحد. و أما إظهاره الندم بعد القدرة عليه، فلا يوجب سقوط الحد، كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ، فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُوٌّ رَحِيمٌ «١».

ثم إذا كان المحارب عبداً يجوز بيعه، و لا يكون الحكم عليه بالقتل موجبا

(١) سورة المائدة (٥) الآية (٣٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٠

[يجوز المعاوضة على غير كلب الهراش]

من غير ظاهر إطلاق المقنعة و النهاية (١)

لسقوطه عن الملك و المالية رأسا، حيث أن له منفعة مقصودة و أقلها عتقه في كفارة و نحوها، فيكون نظير العبد المرتد الفطري كما لا يخفى.

(١) اي ان بيع كلب الصيد من غير السلوقي جائز إلا في ظاهر الكتابين، فان الاستفادة منهما عدم جواز بيع غير الكلب السلوقي، و هذا بإطلاقه يعم كلب الصيد غير السلوقي، ثم ان الإطلاقات الدالة على بطلان بيع الكلب و كون ثمنه سحتا تامه، و لا بد في رفع اليد عنها من ثبوت الحجّة على تقيدها. و الصحيح ثبوتها بالإضافة إلى كلب الصيد سلوقيا كان أو غيره، كصحيحة عبد الرحمن بن ابي عبد الله و محمد ابن مسلم معا عن ابي عبد الله (ع)، قال: «ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت» (١) فان مقتضى التقييد بالذي لا يصيد جواز بيع كلب الصيد، و بمثلها يرفع اليد عن إطلاق مثل صحيحة إبراهيم بن ابي البلاد، قال: «قلت لأبي الحسن الأول (ع): جعلت فداك ان رجلا- من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن أربعة عشر الف دينار، و قد جعل لك ثلثها، فقال لا حاجة لي فيها ان ثمن الكلب و المغنية سحت» (٢) و نحوها غيرها.

(لا يقال): ان ما دل على جواز بيع كلب الصيد منصرف إلى السلوقي، (فإنه يقال): لا موجب لتوهم الانصراف الا غلبة الاصطياد به خارجا، و الغلبة ممنوعة أولا- و لا- توجب الانصراف ثانيا، بل الموجب له كثرة الاستعمال و غلبته، بحيث توجب أنس الأذهان من المطلق به.

و ذكر المصنف (ره) أنه على تقدير الانصراف بغلبة الوجود، فلا تتم دعوى الانصراف في مثل قوله (ع) في الصحيحة «ثمن الكلب الذي لا يصيد أو ليس بكلب الصيد» مما يكون الموضوع للفساد هو الكلب الذي يصح سلب مبدأ الاصطياد عنه، فإنه لا يصح سلب المبدأ عن كلب الصيد، و لو كان من غير السلوقي، و هذا بخلاف

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٤) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٦) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤١

و يؤيد بما عن المنتهى (١)

ما يكون فيه الموضوع لصحة بيعه هو الكلب الموصوف بالاصطياد به أو المضاف الى عنوان الصيد، فان توهم الانصراف فيهما باعتبار غلبة الوجود ممكن.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا فرق بين إثبات المبدأ و الوصف و بين نفيهما، و ذلك فإنه لو كان الوصف أو المبدأ في طرف الإثبات منصرفا الى نوعه الغالب يكون في نفيه أيضا كذلك، بمعنى أنه يكون المسلوب ذلك النوع الخاص، و الحاصل أنه يصح نفي كلب الصيد عن غير السلوقي إذا كان في طرف إثباته منصرفا إلى السلوقي.

(١) ذكر في المنتهى ما حاصله أن الموجود في كلام المفيد و الشيخ (رحمهما الله) جواز بيع الكلب السلوقي، و مرادهما بالسلوقي مطلق كلب الصيد، و ذلك فان غالب كلاب السلوق و هي قرية في اليمن صيود، و بهذا الاعتبار ينسب كلب الصيد الى تلك القرية، و يطلق على كلب الصيد أنه سلوقي، و يحتمل أن يكون مراد المنتهى أن المذكور في كلام المفيد و الشيخ و ان كان مطلق السلوقي، الا أن مرادهما الصيود منه لا مطلق كلاب تلك القرية، و أطلق في العبارة و لم يقيد السلوقي بالصيود باعتبار التغليب، حيث أن أكثر كلاب تلك القرية معلمة، و هذا الاحتمال في عبارة المنتهى ضعيف، و لذا ذكر المصنف (ره) أن الأظهر في عبارته هو الأول، و الوجه في ضعفه أن الأنسب - على ذلك الاحتمال - أن يكون التفریع على التعليل هكذا، فأطلق المنسوب إليها و لم يقيد بالصيود، مع أن التفریع الموجود هكذا، فنسب الكلب إليها أي نسب كلب الصيد إليها. و بعبارة أخرى عبر عن مطلق كلب الصيد بالكلب السلوقي. ثم ان مقتضى الإطلاقات عدم جواز بيع الصغار من الكلاب التي لا تصلح فعلا للصيد و تصلح له بعد كبرها و تعليمها، و الوجه في ذلك ظهور الوصف في الروايات المقيدة في الصالح للصيد فعلا و اما الصالح بالإمكان و معلقا على الكبر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٢

و ظاهر الفقرة الأخيرة (١) لكون المنقول مضمون الرواية (٢) بل ظهور الاتفاق (٣)

و التعليم، فباق في الإطلاقات المانعة و القاضية بأن ثمن الكلب سحت.

(١) المراد بالفقرة الأولى (قوله لا بأس بشراء الكلب الصائد و الحارس للماشية و الزرع) كما أن المراد بالفقرة الأخيرة (قوله لا خير في الكلب فيما عدا الصيود و الحارس) فان كان مراد ابن الجنيد من الحارس في هذه الفقرة الأخيرة عين ما ذكره في الفقرة الأولى فلازم ذلك اختصاص جواز البيع بالحارس للماشية و الزرع، و عدم شموله الحارس لغيرهما، و ان كان مراده معناه المطلق، فيعم الجواز جميع أقسام الحارس.

(٢) يريد بيان قصور دلالة المرسله. و تقريره أن المروى على تقدير كونه منقولاً باللفظ أو بما يرادفه أو ترجمته و لو بلغه أخرى يكون النقل مع ثقة الناقل حجة، لأن احتمال الاشتباه في الترجمة أو الإتيان بغير المرادف مدفوع بسيرة العقلاء الجارية في الاعتناء باخبار الثقات حتى في مثل هذه الموارد، بخلاف ما إذا كان المنقول مضمون الكلام و حاصله، فإنه لا يخلو من إظهار الرأى في كلام الغير، و لذا لو كان المنخبر بالمضمون ثقة كمال الثقة لم يكن اعتبار قوله الا من باب حجية الرأى، و نقل الشيخ (ره) في المقام من هذا القبيل، فان قوله (ره) (أنه روى ذلك) لا يحتمل كونه متن الرواية، و على ذلك يكون فتوى المشهور بالجواز جائزة لقصور المرسله في جهة دلالتها ايضاً حيث يظهر من افتائهم أن تلك الرواية كانت ظاهرة في الجواز، و هذا بعد إحراز أن مستند حكمهم تلك الرواية بعينها.

(٣) يعنى قصور سند المرسله و دلالتها منجبر بالإجماع الظاهر من قول الشيخ (ره) في كتاب الإجارة و هو أن أحدا لم يفرق بين بيع هذه الكلاب و إجارتها مع ملاحظة الاتفاق على صحة إجارتها، و الظاهر من قول العلامة (ره) في التذكرة من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٣

.....

انه يجوز بيع هذه الكلاب عندنا، و الظاهر من الكلام المحكى عن الشهيد (ره) في الحواشى حيث ذكر فيها أن أحدا لم يفرق بين الكلاب الأربعة.

أقول قد ظهر مما ذكرنا الى هنا أن مقتضى الأدلة الالتزام بعدم جواز بيع غير الكلب الصالح فعلا للصيد و ما تقدم من مرسله الشيخ (ره) لا يزيد على سائر المرسلات التي لا يمكن الاعتماد عليها.

(لا- يقال) لا- يمكن التمسك في إثبات بطلان بيع الكلب مطلقاً بمثل صحيحة إبراهيم بن أبي البلاد، لعدم الإطلاق فيها باعتبار عدم ورودها في مقام بيان حكم بيع الكلب، بل في مقام تحقير الجارية المغنية و تسوية ثمنها مع ثمن الكلب، و كذا لا يمكن التمسك برواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال: «السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر البغي و الرشوة في الحكم و أجر الكاهن» (١) و الوجه في ذلك عدم الإطلاق لها أيضاً باعتبار أنها لم ترد في بيان الحكم لثمن الكلب حتى يؤخذ بإطلاقه، بل في مقام تعداد السحت نظير ما ورد في تعداد الحرام من الكذب و الغيبة و التهمة و الربا و غير ذلك، أو في تعداد الواجب من أنها الصلاة و الصوم و الحج و الزكاة إلى غير ذلك.

و الحاصل انه كما لا دلالة فيما ورد في تعداد الحرام على كون الربا مثلاً بإطلاقه حراماً أو أن الحرام قسم خاص منه و لا دلالة فيما ورد في تعداد الواجب على وجوب الحج بإطلاقه أو أن له شرطاً، و لذا لا يمكن التمسك عند الشك في جزئية شيء أو شرطيته للصلاة مثلاً بالإطلاق المزبور في نفي جزئية ذلك المشكوك فيه أو شرطيته، كذلك لا دلالة فيما ورد في تعداد السحت، على أن السحت ثمن مطلق الكلب أو ثمن كلب خاص. و على ذلك فلا يصح الحكم ببطلان بيع كلب الزرع أو الماشية أو الحارس أخذاً بالإطلاقات المزبورة، و أيضاً لا يمكن الحكم بفساد بيعها أخذاً

(١) وسائل الشيعة، الجزء (١٢) الباب: (٥) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٤

.....

بمفهوم الوصف في مثل صحيحة عبد الرحمن و محمد بن مسلم معاً، و ذلك فان المراد بالذى يصيد ليس هو خصوص الكلب المعلم للصيد حتى يكون المراد بالذى لا يصيد غير المعلم للصيد، بل المراد به معناه اللغوي و هو الذى يأخذ الحيوان الممتنع، سواء كان مأكول اللحم أولاً، حتى إذا كان الأخذ المزبور من الكلب بمقتضى طبعه الذى من السباع، فالكلب الذى لا يصيد هو ما يكون مهملاً و عاطلاً عن مقتضى طبعه بالمرّة بحيث لا يأخذ الحيوان الممتنع، و الحاصل أن الكلاب الأربعة كلها من كلاب الصيد و يصح بيعها كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود و إطلاق دليل حل البيع، و الفاسد ببيعها هو الكلب الهراش العاطل عن مقتضى طبعه بالمرّة و الساقط عن درجة كونه سباعاً.

(فإنه يقال): لا بد من الحكم ببطلان بيع كلب الماشية أو الزرع أو الحارس و نحوها بمقتضى الإطلاق فيما ورد في كون ثمن الكلب سحتاً و بمقتضى التقييد فيما ورد من عموم جواز بيع الكلب الذى لا يصيد، و ذلك فان الخطاب الدال على الحكم لموضوع يحمل على كون المتكلم به في مقام البيان من جهة القيود المحتملة للحكم و موضوعه الا- مع القرينة على الخلاف، و من القرينة على الخلاف ما إذا تعلق الوجوب أو الحرمة بأفعال مختلفة ثم ورد خطاب آخر في تعداد تلك الواجبات و المحرمات المبينة في الخطابات السابقة: و أما إذا كان بيان وجوبها أو حرمتها بذلك الخطاب الجامع فلا بأس بالأخذ بالإطلاق فيه في ناحية الحكم و موضوعه.

مثلاً- إذا ورد في الخطاب أن من الحرام الرشا في الحكم و الغيبة و الكذب و الغناء حمل على كونه بياناً لحرمة تلك الأفعال، فيؤخذ بالإطلاق في ناحية الحرمة و متعلقها، لما تقدم من أن الأصل في الخطاب الدال على الحكم و موضوعه صدوره في مقام بيان ذلك الحكم من جهة متعلق الحكم، فيؤخذ بإطلاقه من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٥

بأن الدية لو لم تدل (١)

سائر الجهات، كما إذا كان متعلق الحكم في الخطاب من الأمور التي لا يعرفها العرف كالعبادات، مثل ما ورد في بناء الإسلام على الخمس: (الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج و الولاية) حيث أن عدم معرفة العرف بتلك العبادات قرينة على أنها ليست في مقام بيانها من جهة اجزائها و شرائطها، بل في مقام بيان أهميتها بالإضافة إلى سائر الوظائف و الواجبات، و لذا يمكن التمسك في إثبات كون الأهم كل الفرائض اليومية بلا فرق بين صلاة و أخرى بإطلاق المتعلق من هذه الجهة كما لا يخفى.

و الحاصل أنه لا قرينة على أن مثل رواية السكوني الواردة في أن ثمن الميتة أو الخمر أو الكلب و غيرها من السحت في مقام تعداد ما ثبت كونه سحتا بالخطابات الأخرى لاحتاج في تعيين ما هو السحت سعة و ضيقا إلى ملاحظة تلك الخطابات، بل الظاهر أن الرواية في مقام بيان أن المذكورات محكومة بكونها سحتا، فيؤخذ بالإطلاق في ناحية الخمر و الكلب و الميتة و غيرها، كما أن صحيحة إبراهيم بن أبي البلاد و رודה في مقام الجواب عن سؤال ثمن الجارية المغنية لا ينافي كونها في مقام بيان حكم ثمن الكلب أيضا، و أيضا ليس المراد بالصيد في مثل قوله الكلب الذي لا- يصيد أو يصيد مطلق صيد الحيوان، فإنه لا- يقع البيع و الشراء خارجا على الكلاب المهملة الساقطة عن مقتضى طبعها بالمرّة لاحتاج في المنع عن بيعها في الروايات المتعددة إلى التقييد المزبور، بل المراد بالذي يصيد هو الصالح لإرساله للصيد فعلا، نظير ما يقال عن الحيوان الصالح فعلا للركوب أنه يركب، و في مثل هذا يحتاج المنع عن بيع غيره إلى التقييد فلاحظ.

(١) الصحيح أنه لا دلالة لتعيين الدية على المالية و لا على عدمها و ذلك لثبوت الدية في قتل العبد مع كونه مالا و في الحر مع عدم كونه ملكا أو مالا، نعم في الماليات مقتضى قاعدة الإلتاف ضمان القيمة في مورد لم تثبت فيه الدية، هذا مع أن في ثبوت الدية في غير السلوقى تأملا، لضعف الرواية الدالة عليها و أما الدالة
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٦
و أما كلام ابن زهرة فهو مختل (١)

على أن دية السلوقى أربعون درهما فرواية معتبرة (١).

(١) و بيانه ان المصنف (ره) قد صحح فيما تقدم كلام ابن زهرة بحمل الكلب المعلم للصيد فيه على المثال و وجه التصحيح أن ابن زهرة ذكر في وجه عدم جواز بيع النجس عدم جواز الانتفاع به و استثنى عن حرمة بيعه شيئين (أحدهما)- الكلب المعلم للصيد و (ثانيهما) الزيت، و قال بورود الترخيص في الانتفاع بالزيت المتنجس للاستصباح، و بما أن الانتفاع بكلب المشية و نحوها ككلب الصيد جائز، فيكون مقتضى ذلك جواز بيعهما أيضا، فيحمل الكلب المعلم للصيد في كلامه على المثال، و يذكر المصنف فعلا أن التصحيح غير مفيد، و كلام ابن زهرة مختل على كل حال أى سواء حمل الكلب المعلم للصيد فيه على المثال أو لا، فإنه إذا لم يحمل على المثال فيرد عليه أنه لا وجه لتخصيص جواز البيع بكلب الصيد مع جريان وجه الجواز عنده في كلب المشية و غيرها أيضا، و أن حمل على المثال بما يجوز بيعه من الكلاب فلا وجه لإهمال العبد الكافر و الاقتصار في الاستثناء على كلب الصيد و الزيت المتنجس. اللهم إلا أن يدفع هذا الخلل بحمل كلب الصيد في كلامه على المثال لمطلق النجس الذي يجوز الانتفاع به، بحيث يعم العبد الكافر أيضا و يكون ذكر الزيت بعد ذلك لورود النص الخاص في جواز الانتفاع به.

أقول: يمكن أن يكون ذكر كلب الصيد للمثال للكلاب الأربعة، و إهماله العبد الكافر لعدم قوله (ره) بنجاسته، فلا بد من ملاحظة ما ذكره في مسألة نجاسة الكافر.

و المتحصل في المقام أنه لا يجوز بيع غير كلب الصيد من سائر الكلاب أخذا بالإطلاق السابق و بمقتضى التقييد في مثل صحيحة عبد الرحمن المتقدمة نعم لا بأس

(١) وسائل الشيعة - الجزء (١٩) الباب: (١٩) من أبواب دييات النفس - الحديث: (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٧

[الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبي]

الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبي (١)

بإجارتها أو هبتها إلى غير ذلك من المعاملات التي لا تندرج في عنوان البيع كما هو مقتضى عموم الوفاء بالعقود و نفوذ الصلح و الهبة أو نحوها كما لا يخفى، بقي في المقام أمر و هو انه ليس المراد بالصيود و الذي يصيد تلبس الكلب فعلا بالصيد بان يكون حال البيع مرسلا إلى الصيد للقطع بعدم اعتبار هذا التلبس في جواز بيعه بل المراد هو الصالح للاستعمال في الصيد في مقابل مالا يصيد، و المراد بكلب الصيد اما الكلب الذي يستعمل فعلا في الصيد بحيث يكون شغله الفعلي هو الصيد نظير كلب الماشية أو الزرع حيث يكون ظاهرهما ما شغله حراسه الزرع أو الماشية، فيكون الصيود أو الذي يصيد أعم مطلقا من كلب الصيد، و يكون المراد بكلب الصيد عين المراد من الصيود، و بينهما تساوي، و على كل فموضوع عدم الجواز في صحیحه عبد الرحمن هو الكلب الذي لا يصيد إى لا يصلح لاستعماله في الصيد.

و أما الصالح له فيجوز بيعه، سواء كان مع صلاحه له حارسا للزرع و نحوه أيضا أو لا، و الذي لا يجوز بيعه من كلب الماشية أو الزرع أو الحائط ما لا يكون صالحا فعلا لاستعماله في الصيد، و أيضا الكلاب القابلة للصيد، بعد كبرها و تعليمها، باعتبار أن عدم فعليّة الصلاح فيها داخله في المطلقات القاضية بأن ثمن الكلب سحت، بل يصح أن يقال إنها لا تصيد، فيعمها قوله (ع): «ثمن الكلب الذي لا يصيد سحت» و احتمال - كون المراد بالصيود معنى يعم ما له الاستعداد للصيد و لو لم يكن فعلا صالحا له - ضعيف: و على تقدير الإغماض يكون معنى الصيود أو الذي يصيد أو لا يصيد مجملا مرددا بين الأقل و الأكثر، فيرجع في غير الصالح فعلا إلى إطلاق ما دل على كون ثمن الكلب سحتا».

(١) لا يخفى أنه لا يحكم بنجاسة العصير العنبي بنشيشه أو غليانه، سواء كان ذلك بالنار أو بالشمس أو بنفسه، و انما يحكم بنجاسته، فيما إذا صار خمرا، و الحكم بالطهارة مقتضى الأصل في الأشياء، و لكن المنسوب إلى المشهور نجاسته بنشيشه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٨

.....

أو غليانه، و ذلك لصحیحيتين: (الأولى) صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج عن ابى - عبد الله (ع) قال: قال رسول الله (ص): «الخمير من خمسة: العصير من الكرم، و النقيع من الزبيب، و البتع من العصل، و المرز من الشعير، و النيذ من التمر» (١).

و فيه أنه ليس مفادها أن عصير الكرم بإطلاقه خمير، بل أن الخمير المحكوم بالنجاسة و حرمة الشرب و عدم جواز بيعها تحصل منه كحصولها من الأربعة الباقية، و لذا لا يمكن الالتزام بدلالاتها على كون عصير العنب خمرا حتى مع عدم غليانه، و كذا الحال في الزبيب و أنه خمير فيما إذا القى في الماء حتى يدخل الماء في جوفه و يصير نقيعا.

و الحاصل أن مفاد الرواية أن المأخوذ من غير الخمسة لا يكون خمرا و لا يختص الخمير بالمأخوذ من بعض هذه الخمسة، كما كان عليه فتاوى العامة على ما قيل (الثانية) صحیحه معاوية بن عمار قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل من أهل المعرفة يأتي بالخبثج، و يقول قد طبخ على الثلث و أنا أعرفه أنه يشربه على النصف فأشربه بقوله و هو يشربه على النصف؟ قال خمير لا تشربه» (٢) حيث أن الحكم بكون العصير خمرا مقتضاه ثبوت جميع أحكامها له و منها نجاستها و عدم جواز بيعها و فيه أولا أن الموجود في رواية

الكلينى (فقال لا تشربه) بلا ذكر لفظ خمر بل الظاهر أن نسخ التهذيب كانت مختلفه و كانت الزيادة فى بعضها و لذا نقل فى الوسائل الروايه عن الكافى أولا، ثم قال و رواه الشيخ (ره) بلا تعرض منه لزيادة لفظ خمر فى روايه التهذيب:
و الحاصل أنه لم تثبت لفظه خمر فى روايه الشيخ (ره)، بل على تقديره يكون خلو روايه الكافى موجبا لعدم ثبوته لا لترجيح روايه الكافى، و كون رواياته أضبط حتى يقال لا دليل على الترجيح، بعد كون كل منهما خبر عدل يدخل فى دليل اعتبار

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (١) من أبواب الأشربة المحرمة- الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٧) من أبواب الأشربة المحرمة- الحديث: (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٤٩

و جب عليه غرامة الثلثين (١)

خبر العدل لو لا- الآخر، بل باعتبار أن عدم اللفظ فى أحد النقلين فى المقام ليس من اختلافهما بالأقل و الأكثر فى النقل حتى يؤخذ بالثانى، و يقال أن راوى الأقل لا- ينفى الزائد فإن الظاهر فى مثل المقام مما يوجب وجود للفظ فى أحدهما اختلاف المضمون أن الراوى بلا زيادة ينفى وجودها.

أضف الى ذلك أنه على تقدير ثبوت لفظ الخمر فى النقلين لا يصح الحكم بنجاسة العصير قبل ذهاب ثلثيه، و ذلك فان قوله خمر لا تشربه ليس بيانا للحكم الواقعى للعصير، بل الحكم الواقعى له كان معلوما لدى السائل، و إنما سأل الإمام عليه السلام عن الشبهة الموضوعية و اعتبار اخبار ذى اليد فيها.

و الحاصل ان الروايه غير ناظره إلى بيان الحكم الواقعى للعصير بعد غليانه حتى يؤخذ بإطلاق التنزيل و كونه خمرا، بل هى ناظره إلى بيان الحكم الظاهرى، و أنه عند الجهل بحال العصير لا يعتنى باخبار ذى اليد الذى لا يعتقد حل العصير بذهاب ثلثيه. و من الظاهر أن الحكم الظاهرى تابع للحكم الواقعى، فإن كان التنزيل فى خطاب الحكم الواقعى من جميع الجهات، كان الحكم الظاهرى أيضا كذلك، و لو كان من جهة حرمة شربه فقط، فلا يمكن كون الحكم الظاهرى تنزيلا مطلقا، فلا بد من ملاحظه خطاب الحكم الواقعى لا التمسك بإطلاق خطاب الحكم الظاهرى فتدبر.

(١) بل الأصح ضمان تفاوت قيمتى العصير بلحاظ قبل غليانه و بعده، و ذلك فإن الأوصاف- و منها غليان العصير و عدمه، و ان لم يكن بالنسبة إليها ضمان المعاوضه بمعنى انه لا يقع بعض الثمن فى مقابل وصف المبيع و بهذا- يفترق الوصف عن جزء المبيع، إلا أنها تدخل فى ضمان اليد أو الإتلاف، و بعبارة أخرى كما أن تلف الشئ، أو بعضه فى يده أو إتلافهما على الآخر يوجب ضمان المثل أو القيمة، كذلك النقص فى الأوصاف.

و قد اعترف المصنف (ره) بان غليان العصير فى يد الغاصب ليس من تلف العين كانقلاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٠

مثل قوله (ع) و إن غلى فلا يحل بيعه (١)

الخل خمرا حتى يكون ضامنا لأصل المال، و عليه يكون التالف هو وصف عدم الغليان، فيرجع الى التفاوت بين القيمتين لا إلى غرامة الثلثين و أجره إذهابهما.

(١) كما فى روايه أبى كهمس قال: «سأل رجل أبا عبد الله (ع) عن العصير، فقال: لى كرم و أنا أعصره كل سنه و أجعله فى الدنان و أبيعه قبل أن يغلى؟ قال:

لا- بأس به، و إن غلا- فلا- يحل بيعه، ثم قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا، «١» و هذه لضعف سندها بعدم ثبوت توثيق لأبي كهمس لا- يمكن الاعتماد عليها، مع أن ظاهرها بقريئة ما في ذيلها من قوله (ع): (نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا) ان جهة سؤال الراوى انما هو بيع العصير ممن يجعله خمرا.

و المذكور فى الجواب التفصيل بين بيعه قبل غليانه و بيعه بعده بالجواز فى الأول و عدم الجواز فى الثانى، و مقتضى قوله: (فلا يحل) عدم الجواز حتى مع إعلام الحال للمشتري، و دعوى المصنف (ره)- أنها لا تشمل ما إذا كان البيع بقصد التطهير مع إعلام المشتري بالحال- لا يمكن المساعدة عليها.

و بهذا يظهر الحال فى رواية أبى بصير قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن ثمن العصير قبل أن يغلى لمن يتاعه ليطبخه أو يجعله خمرا! قال: إذا بعته قبل أن يكون خمرا و هو حلال، فلا- بأس» «٢» مع أن فى سندها قاسم بن محمد الجوهرى عن على ابن أبى حمزة و الظاهر أنه البطائنى، و ذكر السيد الخوئى طال بقاءه ان أبا بصير فى نظير الرواية مردد بين ابن البختري و بين ليث المرادى و كلاهما كوفى و لم يكن فى الكوفة فى ذلك الزمان عنب كثير حتى يباع عصيرة ممن يجعله خمرا أو يطبخه دبسا، فالظاهر أن مراد السائل هو عصير التمر و لا ريب فى جواز بيعه حتى بعد غليانه و قبل كونه خمرا فالرواية أجنبية عن المقام.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٦-٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٦-٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥١

.....

أقول لا يخفى ما فيه (أولا)- كون الراوى كوفيا بحسب الأصل لا يدل على أن سؤاله راجع الى ما يكون فى بلده. و (ثانيا) أنه لا علم لنا بحال الكوفة فى ذلك الزمان من قلة العنب أو كثرته فيها. و (ثالثا) أن تقييد الجواب بقوله: (و هو حلال) ظاهر فى اعتبار عدم الغليان، و إلا كان تأكيدا و إطلاق العصير ينصرف الى عصير العنب. و يظهر ذلك بمراجعة ما ورد فى حكم العصير. و أما مرسله محمد بن الهيثم عن أبى عبد الله (ع)، قال: «سألته عن العصير يطبخ بالنار حتى يغلى من ساعته أ يشربه صاحبه؟ قال: إذا تغير عن حاله و غلى فلا خير فيه حتى يذهب ثلثاه، و يبقى ثلثه» «١» فمع ضعفها بالإرسال و غيره ظاهرها السؤال عن شرب العصير، و ظاهر الجواب بنفى الخير غايته عدم جواز الشرب لا عدم جواز بيعه، فلا نظر فى الرواية إلى المعاملة على العصير أصلا.

و الحاصل أن مقتضى القاعدة جواز بيع العصير بعد غليانه أخذا بمقتضى إطلاق حلية البيع و نفوذه حتى فيما إذا قيل باعتبار حديث تحف العقول الوارد فيه النهى عن بيع وجوه النجس، أو باعتبار النبوى الدال على أن تحريم الشئ يلازم حرمة ثمنه و فساد بيعه، و ذلك فإن النجاسة فى العصير أو الحرمة طارئة ترتفع بذهاب الثلثين، و هذه النجاسة المعبر عنها بقبول الشئ للطهارة غير داخله فى مدلول الحديث كسائر الأعيان المنتجسة القابلة لها، كما أن مثل الحرمة المزبورة غير داخله فى مدلول النبوى، و لذا يصح بيع ما يحرم فى حال خاص كحال الإحرام، و الحاصل أن ظاهر النبوى هو ان النهى عن شئ مطلقا بحيث يعم جميع أحواله يلازم فساد بيعه.

ثم إنه لا- بأس بالإشارة فى المقام الى حكم العصير العنبى و الزببى و التمرى بعد الغليان من حيث الحل و الحرمة، فنقول لا ينبغى الريب فى حرمة شرب العصير

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٢) من أبواب الأشربة المحرمة الحديث: (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٢

.....

العنبي بعد غليانه سواء كان غليانه بالنار أو بنفسه أو بغير ذلك، بل لا أعرف خلافاً في ذلك. و الأظهر حله حتى فيما إذا كان غليانه بنفسه بذهاب ثلثيه، سواء كان الذهاب بالشمس أو بالهواء أو بالنار (لا يقال) العصير إذا غلى بنفسه يصير خمرا و مسكرا فينحصر حله بانقلابه خلا- (فإنه يقال): مجرد غليانه بنفسه لا يوجب كونه خمرا، و لو فرض بقاء العصير بعد غليانه بنفسه أو بغيره على حاله حتى صار مسكرا فهو خارج عن مفروض الكلام.

و كيف كان فيشهد لما ذكرنا مثل صحيحة حماد بن عثمان عن ابي عبد الله (ع)، قال: «لا يحرم العصير حتى يغلى» «١» و في معتبرته الأخرى عنه (ع) قال: «سألته عن شرب العصير، فقال: تشرب ما لم يغل و إذا غلى فلا تشربه، قلت: و أى شىء الغليان؟ قال: القلب» «٢» و في صحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع): «كل عصير أصابته النار فهو حرام حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه» «٣» و المراد بإصابة النار الغليان بقريته ما سبق و في موثقة ذريح، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا نش العصير أو غلى حرم» «٤» و المراد بالغليان فيها هو القلب بالنار و بالنشيش ما لا يكون فيه القلب عادة كالغليان بنفسه، فيكون حاصل الموثقة أنه إذا غلى العصير بنفسه أو كان غليانه بالنار بنحو القلب فقد حرم، و يقتضى ذلك عطف الغليان على النشيش مع ملاحظة ان ما دل على اعتبار القلب ظاهره المورد الذى يمكن فيه و هو

(١) الوسائل الجزء (١٧) الباب: (٣) من أبواب الأشربة المحرمة- الحديث: (١-٣-٤)

(٢) الوسائل الجزء (١٧) الباب: (٣) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث: (١-٣-٤)

(٣) الوسائل الجزء (١٧) الباب: (٢) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث: (١)

(٤) الوسائل الجزء (١٧) الباب (٣) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث: (١-٣-٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٣

.....

الغليان بالنار.

و ما قيل من أن المراد بالنشيش هو الصوت الحاصل قبل الغليان غير ثابت، بل ظاهره هو الصوت الحاصل عند غليان الشىء بنفسه. و يؤيد ذلك ما فى موثقة عمار من قوله (ع): «إذا كان أيام الصيف و خشيت أن ينش.» «١» و ذكرنا انه إذا ذهب ثلثا العصير بعد غليانه يصير حلالا، سواء كان الذهاب بالنار أو بغيرها، و يقتضى ذلك قوله (ع) فى صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة: (حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه) فإنه ليس فى البين ما يقتضى تقييد الذهاب بكونه بالنار، نعم فى صحيحته الأخرى قال: «ذكر أبو عبد الله (ع) أن العصير إذا طبخ حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه فهو حلال» «٢» و لكن بما أن ذهاب الثلثين يكون بالطبخ غالبا فلا يمنع ذلك عن الأخذ بإطلاق صحيحته الأولى، كما هو الحال فى جميع القيود الغالبية التى لا توجب رفع اليد عن المطلقات.

و لا يخفى ان المراد بالعصير فى هذه الروايات العصير العنبي فلا يشمل العصير الزببى فضلا عن التمرى، و الوجه فى ذلك (أولا) أن العصير يطلق على ما يخرج من الشىء إى على الماء المتكون فى داخل الشىء بعد إخراجه، فلا يشمل المخرج من الزبيب و التمر مما لا يتكون فى داخلهما، و لذا ذكر فى صحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج فى أقسام الخمر العصير من الكرم و النقيع من الزبيب و النبيذ من التمر، «٣» و ثانيا أن حمله على العموم غير ممكن حيث لا يصح لأحد الالتزام بحرمه كل عصير حتى مثل عصير الجزر و البطيخ بالغليان، و حملة- على خصوص الثلاثة أى عصير العنب و الزبيب و التمر بلا- قرينة- غير ممكن، بل المتيقن منه العصير العنبي و

العموم

(١) الوسائل الجزء (١٧) الباب (٥) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث (٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب (٢) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث (٧)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب (١) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٤

.....

باعتبار أفراده كما لا يخفى.

و الحاصل أنه لا يمكن التعدي عن عصير العنب إلى ماء الزبيب و التمر، بل الأظهر فيهما حملها حتى بعد غليانهما، و ليس في البين ما يقتضى حرمتها بعد غليانهما.

نعم ورد في الزبيب ما ربما يقال بظهوره في حرمة مائه بعد غليانه كموثقتي عمار «١» و لكن بما أن المذكور فيهما من الأمور الكثيرة غير دخيل في حل ماء الزبيب قطعاً، و لا مجال فيها لاحتمال استحباب رعايتها، فلا بد من كون المراد دخالتها في حله مع بقاءه مدة طويلة، بحيث لا ينقلب فيها إلى الخمر. و يؤيد ذلك رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي التي مثلها في ذكر تلك الأمور، و ذكر في ذيلها و هو شراب طيب لا يتغير إذا بقي ان شاء الله تعالى.

و أما رواية زيد النرسي في أصله، قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن الزبيب يدق و يلقي في القدر ثم يصب عليه الماء و يوقد تحته؟ قال: لا- تأكله حتى يذهب الثلثان و بقي الثلث، فان النار أصابته، قلت فالزبيب كما هو في القدر و يصب عليه الماء ثم يطبخ و يصفى عنه الماء، فقال: كذلك هو سواء إذا أدت الحلاوة إلى الماء فصار حلوا بمنزلة العصير، ثم نش من غير أن تصيبه النار فقد حرم، و كذلك إذا أصابته النار فأغلاه فقد فسد» رواها في المستدرک فدلالته على جريان حكم العصير العنبي في ماء الزبيب واضحة، إلا أنها لا تصلح للاعتماد عليها، حتى ما لو قيل بأن زيد النرسي موثق، باعتبار أن الراوي عنه هو محمد بن ابى عمير، و ذكر الشيخ في عدته أنه لا يروى إلا- عن ثقة، و هذا توثيق عام لمشايخ محمد بن ابى عمير، و يرفع اليد عنه في مورد ثبوت الخلاف لا مع عدمه كما في المقام، و حتى ما لو قيل بأن أصل زيد النرسي معتبر كما عن النجاشي و غيره، و وجه عدم صلوحها عدم إحراز

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب (٥) من أبواب الأشربة المحرمة، الحديث (٢-٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٥

[جواز المعاوضة على الدهن المتنجس]

إشارة

و جعل هذا مستثنى (١)

أن ما نقل عنه هذه الرواية و هي النسخة التي كانت بيد المجلسي (ره) هي أصل النرسي المعتبر، بل من المحتمل أنها كانت مجعولة مدسوسة، و مجرد اشتغالها على بعض الروايات التي ثبت أنها لزيد لا يدل على أنها بتمامها روايات.

و بعبارة أخرى النسخة التي كانت بيد المجلسي (ره) و نقل عنها هذه الرواية و كانت مصححة بخط الشيخ منصور بن الحسن الابي لم

يظهر لنا وسائطها إلى زيد، كما هو المؤلف بين أصحاب الحديث لنعتمد عليها مع إحراز حال تلك الوسائط، ويزيد الشبهة ما عن الصدوق (ره) من أن أصل زيد النرسى و أصل زيد الزراد موضوعان وضعهما محمد بن موسى الهمداني ذكر ذلك محمد بن الحسن الوليد (ره).

(لا يقال) قد ذكر المجلسى فى البحار أنه وجد فى أول النسخة هكذا حدثنا الشيخ أبو محمد هارون بن موسى التلعكبرى أيده الله، قال حدثنا أبو العباس أحمد بن سعيد الهمداني، قال حدثنا جعفر بن عبد الله العلوى أبو عبد الله المحمدى، قال حدثنا محمد بن أبى عمير عن زيد النرسى و النسخة المزبورة كانت مصححة بخط الشيخ منصور بن الحسن الابى، و هو نقله من خط الشيخ الجليل محمد بن الحسن القمى و كانت كتابتها سنة أربع و سبعين و ثلاثمائة، و على ذلك فالنسخة مسنده بطريق مألوف.

(فإنه يقال) لم يظهر لنا حال منصور بن الحسن الابى حتى يثبت بنقله النسخة و إسنادها إلى زيد، و ما حكى عن منتج الدين أنه عالم فاضل قرأ على الشيخ الطوسى غير المصحح للنسخة كما يشهد بذلك تاريخ التصحيح، مع أن شهادة صاحب البحار بكتابة منصور بن الحسن ليست بطريق قد وصل إلينا وسائطه كما لا يخفى.

(١) يعنى عد الدهن المنتجس فى المستثنى لعدم جواز بيع الأعيان النجسة مبنى على كون الحكم المزبور للأعيان النجسة و المنتجسة بنحو العموم، كما إذا قيل بحرمة الانتفاع بالمنتجس، فيكون بيعه فاسدا باعتبار عدم ثبوت المنفعة المحللة له أو قيل بجواز الانتفاع بهما، و لكن لا يجوز المعاملة عليهما، فان الحكم بجواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٦

و هو ظاهر غيره ممن عبر بقوله جاز بيعه للاستصباح (١) و يمكن أن يقال باعتبار قصد الاستصباح (٢)

بيع الدهن المنتجس يكون استثناء عن ذلك الحكم العام، و هذا بخلاف ما إذا قيل بعدم حرمة الانتفاع و عدم بطلان بيعهما الا فيما يحرم كل الانتفاع المقصود منهما، فإنه على ذلك لا يعم الحكم المذكور فى طرف المستثنى منه الدهن المنتجس باعتبار خروجه عن موضوع ذلك الحكم من الأول.

(أقول): لم يظهر وجه تخصيص انقطاع الاستثناء أو اتصاله بالدهن المنتجس، بل يجرى ذلك فى الكافر ايضا، و حتى فى كلب الصيد، فان جواز بيعه و إن كان من قبيل التقييد فيما دل على ان: ثمن الكلب سحت، إلا- أن جواز بيعه استثناء من عدم جواز بيع الأعيان النجسة المستفاد من حديث تحف العقول يكون بنحو الانقطاع كما مر.

(١) وجه الظهور أن قولهم للاستصباح باعتبار صحة تعلقه بالبيع لا يتعلق بالجواز كما هو مقتضى قولهم: (القريب يمنع البعيد) نعم لو كان متعلقا بالجواز كما هو تأويل المحقق الثانى لكان مقتضاه القول الثالث و هو جواز بيع الدهن المنتجس مطلقا بمعنى أنه لا يعتبر اشتراط الاستصباح و لا قصده.

(٢) ظاهره التفصيل بين الدهن الذى يكون الاستصباح بالإضافة إليه من المنفعة النادرة التى لا تكون ملاكا للمالية فى الأشياء، و بين الدهن الذى يكون الاستصباح به من المنفعة المتعارفة، و فى الأول يعتبر قصد الاستصباح فى بيعه دون الثانى، و وجه الفرق هو أن الموجب للمالية فى الأول و هى المنفعة الشائعة باعتبار نجاسة الدهن تكون محرمة. و أخذ المال فى مقابله بلحاظ تلك المنفعة أكلا له بالباطل، كما أن أخذه بلحاظ منفعته النادرة المحللة كذلك، حيث أن المنفعة النادرة لا توجب المالية حتى يخرج المأخوذ من عنوان الأكل بالباطل، نعم إذا ورد دليل على جواز أخذ المال بإزاء ذلك الدهن ليصرفه فى منفعته المحللة النادرة يكون هذا حاكما على خطاب حرمة أكل المال بالباطل، حيث أنه بعد تجويز الشارع الأخذ لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٧

و تعامل من غير قصد (١)

بيعه بإزاء الثمن من تملك المال بالباطل. وهذا بخلاف القسم الثاني من الدهن المتنجس، فإن أخذ المال بإزائه حتى بدون قصد المنفعة المحللة جائز، ولا يدخل في العنوان المنهى عنه، باعتبار أن الإسراج من المنفعة المحللة المقصودة الغالبة على منفعة الأكل أو المساوية له يوجب المالية للدهن المزبور نعم لو اشترط استعماله للأكل يكون بيعه باطلا، لأن الشرط الفاسد مفسد للمعاملة حتى يمنع عنه بل البطلان يعم ما كان استعماله في المحرم من قصد المتبايعين فإنه بالقصد المزبور يكون تملك الثمن بإزائه من أكله بالباطل، كما يشعر بذلك ما ورد من أن ثمن الجارية المغنية سحت، فإن الجارية مع كونها ذات منفعة محللة مقصودة كالاستمتاع بها أو استخدامها لا وجه لفساد ثمنها، إلا إذا كان قصد استيفاء منفعة الغناء موجبا له كما لا يخفى.

(١) و ظاهر ذلك التسوية في الدهنين و عدم الفرق بينهما في مقام الثبوت بل الفرق بينهما في مقام المعاملة فقط فيما إذا التفتنا إلى منافعهما، ففي الأول مع عدم قصد المنفعة النادرة المحللة ينصرف العقد إلى لحاظ منفعته المحرمة، فيحكم بفساده، بخلاف الثاني، و أما مع عدم التفاتهما إلى منفعتهما المحللة و المحرمة، فيمكن تصحيح المعاملة في القسمين حتى في الأول، باعتبار أن الدهن المزبور مال شرعا وقع مورد المعاملة و لم يقصد منفعته المحرمة حتى يحكم بفساد بيعه استظهارا مما ورد في ثمن الجارية المغنية. (أقول و في كلامه موارد للنظر).

(أولا) أن المنفعة النادرة التي لا توجب المالية للشيء هي التي لا يلاحظها العقلاء حتى مع عدم إمكان صرف ذلك الشيء في الجهة الأخرى، مثلا قطعات الكوز المكسور لا مالية لها فإنه لا يلاحظ استعمالها في البناء نظير استعمال قطع اللبن، حتى مع عدم إمكان صرفها في منفعتها الغالبة أي حزن الماء فيها، وهذا بخلاف الدهن المتنجس، فإن مع عدم إمكان صرفه في الأكل مثلا يلاحظ فيه جهة الإسراج به.

و بعبارة أخرى عدم لحاظ الإسراج به بلحاظ منفعته الأخرى الأهم و الأكمل و هي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٨

و ربما يتوهم من قوله (ع) (١)

الأكل، و مثل ذلك لا يوجب سلب المالية عنه.

و (ثانيا) أنه مع قيام الدليل على جواز البيع في القسم الأول يكون الدليل المزبور كاشفا عن كون المنفعة النادرة عندنا من الغالبة عند الشارع، كما هو مقتضى حكومته على دليل حرمة الأكل بالباطل، فيكون للدهن المزبور مالية و باعتبارها يصح بيعه كما في القسم الثاني، من دون انصراف العقد إلى لحاظ منفعته المحرمة و جعل العوض بلحاظها، فإن انصراف العقد إلى جعل العوض بلحاظ المنفعة المحرمة بلا قصد من المتعاقدين غير معقول.

و (ثالثا) أن مجرد قصد المنفعة المحرمة لا يوجب فساد البيع فيما إذا كان للشيء مالية باعتبار منفعته المحللة، فإن الثمن في المعاملة يقع بإزاء نفس الشيء لا منافعه، نعم ربما يكون لحاظ بعض الأوصاف في تسعير الشيء موجبا لفساد بيعه، فيما إذا كان المترتب على تلك الصفة هو الحرام دائما أو غالبا، كما في الجارية المغنية، و هذا غير داخل في مورد الكلام، فإن المفروض في المقام مجرد قصد صرف الشيء في منفعته المحرمة، و الدخيل في تسعير الشيء أو صافه لا استعماله في إحدى منفعتيه.

(١) وجه الوهم أن قوله (ع): (فبيتاع للسراج) تفريع على علم المشتري بحال الدهن، و أن مع تبين نجاسته له يشتره للسراج، فتكون الجملة بمنزلة قوله (فلا تبعه الا لمن يبتاعه للسراج) و ظاهر ذلك اعتبار قصد الإسراج في جواز شرائه، و بهذا تفرق هذه الرواية- المذكور فيها حكم واحد و هو تجويز بيعه من المشتري المزبور- عن رواية معاوية بن وهب المذكور فيها حكمان: أحدهما جواز البيع، و ثانيهما وجوب إعلام المشتري بنجاسة الدهن و لو بعد البيع ليصرفه في الاستصباح، و هذه تكون قرينة على أن الوارد في رواية

الأعرج من الابتاع للسراج غاية للإعلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٥٩

فهل يجب مطلقاً (١) لا إشكال في وجوب الاعلام (٢) مثل ما دل على أن من أفتى (٣)

أيضاً، لا أنه دخيل في صحة البيع. والحاصل اعتبار المشتري المزبور باعتبار عدم لزوم محذور التسيب إلى الحرام بصرف المشتري ذلك الدهن في الأكل بسبب جهله بحال الدهن كما نذكر توضيحه في الموضوع الثاني.

(١) يجب الاعلام مطلقاً أي سواء قيل بكون البيع مشروطاً بالاستصباح أو بقصده أو غير مشروط بشيء منهما.

(٢) لا يخفى أن قصد المشتري الإصباح بالدهن المزبور لا يلازمه إعلام البائع، بل النسبة بينهما عموم من وجه، فقد يظهر البائع حال الدهن ونجاسته ومع ذلك يكون المشتري قاصداً صرفه في الأكل، وقد يترك الاعلام ولكن المشتري يقصد شراءه لمثل الإسراج، وظاهر الروايات كون الاعلام تكليفاً على البائع لئلا يكون جهل المشتري بحال الدهن ونجاسته منشأً لصرفه في الأكل، قال (ع) في موثقة أبي بصير: (وإن كان ذائباً فأسرح به وأعلمهم إذا بعته) «١»

(٣) ما دل على ذلك أجنبى عن مسألة عدم جواز التسيب إلى فعل الحرام أو ترك الواجب فإن الإفتاء بغير علم حرام حيث أنه من الافتراء والكذب على الله سبحانه عمل بها أحد أو لم يعمل، وتحديد العقوبة بوزر من عمل بها على تقدير العمل لا يدل على أن حرمة الإفتاء بغير علم لأجل التسيب، فإن مثل الخبر يعم ما إذا لم يكن تسيب، كما إذا كان العامل بها عالماً بأن المفتى ليست له أهليته الإفتاء ومع ذلك أخذ بفتواه بداع من الدواعى النفسانية.

و أما ما ورد في تحمل الامام مع أنه معارض بما يدل على عدم ضمانه بشيء وفي صحیحته زرارة قال: «سألت أحدهما (ع) عن الامام يضمن صلاة المأموم؟ قال لا» «٢» فلا يرتبط بالمقام فإنه لو فرض عدم نقص صلاة المأموم عن الصلاة الفريضة إلا في

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٦) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (٥) الباب (٣٠) من أبواب صلاة الجماعة- الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٠

[التسيب إلى الحرام]

والحاصل أن هنا أموراً أربعة (١)

ترك القراءة فلا ينبغي الريب في عدم بطلان تلك الصلاة بذلك، فان مقتضى حديث لا تعاد وغيره عدم بطلان الصلاة بترك القراءة فيها عن عذر، والتسيب- في مثل ذلك مما يكون للعلم والإحراز دخل في حرمة الشيء تكليفاً أو عدم جوازه وضعا- لا بأس به، ولذا لا- يجب على البائع إعلام الغير بنجاسة الثوب الذي يشتريه، بخلاف نجاسة المبيع المأكول، والفرق أن نجاسة الثوب لا تكون مانعة عن صحة الصلاة إلا مع إحرازها، بخلاف نجاسة المأكول، فإنها موضوع لحرمة أكله، غاية الأمر ربما يكون الجهل عذراً في مخالفة التكليف الواقعي، نعم لو أحرز الامام ان مأمومه يأتي في صلاته بما يكون مبطلا لها حتى مع العذر، كتعدد الركوع في الركعة الواحدة الذي يكون عدم فساد الصلاة به في خصوص صلاة الجماعة في بعض الموارد، فمع علمه بهذا لا يجوز له التصدي للإمامة مع فقد شرائطها.

والعمدة في حرمة التسيب هو الفهم العرفي من خطابات المحرمات وغيرها، فإنه إذا ورد في خطاب حرمة أكل الميتة فأهل العرف لا

يفهمون الفرق بين أكلها بالباشرة أو أكل الغير بتسيبه جهلا أو إكراهها، وهكذا ما ورد في نهى الجنب عن دخول المسجد، فإنهم لا يفرقون بين الدخول والإدخال إلى غير ذلك.

فقد ظهر مما ذكرنا أن الكلام في عدم جواز التسيب إلى الحرام فيما إذا كان ذلك الحرام مطلقا بحيث يكون مع الجهل مورد الاحتياط، وأما مدلول رواية أبي بصير فأجنى عن ذلك، فإنه لا تكون كراهة لأكل البهيمة أو الطفل حتى يكون سقيهما أو إطعامهما من التسيب إلى الكراهة، بل مدلولها حكم السقى أو الإطعام بما هو هو.

(١) الفرق بين إكراه الغير على المحرم وبين تقديم الطعام المتنجس إلى الغير الجاهل بأن الأول من قبيل العلة التامة لصدور الحرام عن الغير، والثاني من قبيل السبب فيه ما لا يخفى. والصحيح أن كلا من الإكراه وتقديم الطعام المتنجس مثلا إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦١
لان استناد الفعل إلى السبب أقوى (١)

إلى الجاهل المرید للأكل لا يكون موجبا لخروج الفعل عن كونه اختياريا للمكره بالفتح أو المقدم اليه، وأن حرمة الإكراه أو التقديم لا تكون الا من جهة التسيب إلى الحرام، فإن العمدة في دليل حرمة كما مر هو الفهم العرفي، بأن المنهى عنه يعم إصدار الفعل عن الغير بالإكراه أو الإغراء، بل ولو بمثل صب الخمر في حلقه.

و أما القسم الثالث فان كان ترغيبا للآخر إلى ارتكاب المحرم و تحييا اليه لينقذح في نفسه الداعي إلى ارتكابه فيكفي في إثبات حرمة فحوى ما دل على وجوب نهى الغير عن المنكر، وكذا ما إذا كان موجبا للعناد كسب آلهة الكفار الموجب لالقائهم في سب الحق، و أما بيع مثل العنب ممن يعلم أنه يعمل خمرًا فسيأتي الكلام فيه مفصلا، و اما إرشاد الجاهل و اعلامه في غير موارد التسيب فلا يجب إلا في الأحكام الشرعية الكلية كما هو مقتضى ما دل على وجوب تبليغها إلى الجاهلين بها، و في الجهل بالموضوعات فيما إذا وجب على المرشد التحفظ فيها على الواقع، كالتحفظ على دم مؤمن أو عرضه في مورد يريد الجاهل بإيمانه قتله أو هتكه و نحو ذلك.

(١) لا يخفى أن وجه استقرار الضمان على من قدم الطعام المملوك للغير إلى الجاهل هي قاعدة الغرور لا مجرد التسيب، و لذا يكون لمالك الطعام الرجوع إلى الجاهل المتلف و لو كان من باب استناد الفعل إلى السبب لم يكن له الرجوع إلا إلى المقدم، و الحاصل أن مقتضى تلك القاعدة رجوع المغرور إلى غاره و لا تجرى هذه القاعدة في مورد الإكراه على إتلاف مال الغير، بل يكون الضمان فيه ابتداء على المكره بالكسر، و الوجه في ذلك أنه يستفاد من مثل ما ورد في ضمان الشاهد ما أتلّف على المشهود عليه بشهادته الزور ضمان المكره بالكسر ايضا، و مقتضى حديث الرفع نفى الضمان عن المكره بالفتح، و نفيه عنه مع فرض ثبوته للمكره بالكسر لا ينافي الامتنان.

فالمتحصل ان في مورد كون السبب أقوى يكون الضمان على ذلك الأقوى ابتداء، كما إذا وضع قارورة تحت رجل نائم فانكسرت بتحريكه رجله في النوم،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٢

بأن النجاسة عيب خفي (١) عدا ما يدعى من مرسله الشيخ (ره) (٢)

فان الضمان في الفرض على واضعها لا على النائم، باعتبار أن الإتلاف يستند اليه لا إلى النائم، و هذا بخلاف مورد تقديم الطعام، فإن الإتلاف يكون من المباشر و عليه ضمانه و المقدم بالكسر ضامن ايضا بضمان اليد، فللمالك الرجوع إلى كل منهما، و إذا رجع إلى المباشر فيرجع إلى غاره كما مر، و لعله لذلك ذكر أن الإكراه علة تامة و تقديم الطعام سبب.

(١) ظاهر الروايات المتقدمة وجوب الاعلام حتى فيما لا- يجب فيه بيان العيب كما إذا تبرأ البائع من عيوب المبيع، حيث انه يجب إظهار العيب الخفي، باعتبار أن عدم ذكره غش، و مع التبري لا- غش. و أيضا لا فرق كما يذكر المصنف (ره) في وجوب الإعلام بنجاسة المأكول أو المشروب بين كونهما موردين للمعاوضة أو للهبئة، و لو كان وجوبه باعتبار أن إخفاء نجاسته غش في المعاملة لا- يختص وجوبه بموارد المعاوضة، و لذا لا- يجب بيان العيب للمتهب، هذا مع أن تناول المتنجس منكر واقعي شرعا، فيجب اعلامه للجاهل الذي يريد تناوله حتى لو لم نقل بوجوب إظهار عيب المبيع. و وجه وجوبه حرمة التسيب الى الحرام و إلقاء الغير فيه، و لو اختص كون الشيء منكرا بصورة العلم بنجاسته، كما في لبس الثوب النجس في الصلاة لا يجب الاعلام، بل لا تكون نجاسته عيبا.

(٢) مرسله الشيخ (ره) هي التي ذكرها في مبسوطه بقوله روى أصحابنا أنه يستصح به تحت السماء، و هذه المرسله مؤيدة بشهرة الفتوى بمضمونها، و بالإجماع المذكور في كلام ابن إدريس، و إذا انجبر ضعفها بما ذكر يكون المقام من الموارد التي يرد فيها في مقابل خطاب المطلق خطاب آخر يدور أمر ذلك الخطاب الآخر بين كونه مقيدا للمطلق أو محمولا على الاستجاب أي أفضل الافراد، و في المقام يدور أمر المرسله بين كونها مقيدة للإطلاق في الروايات التي رخص فيها في صرف الزيت المتنجس في الاستصباح و بين ان يكون التقييد الوارد فيها محمولا على الاستجاب،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٣

.....

بان يكون المستحب في الاستصباح بالدهن المتنجس الاستصباح به تحت السماء أو يكون الأمر المستفاد من الجملة الخبرية محمولا على الإرشاد، و أن الاستصباح تحت السماء بلحاظ ان لا يتأثر السقف بالدخان المتصاعد الذي يكون نجسا على ما ذكره الشيخ الطوسي (ره) باعتبار اشتماله على اجزاء دهنية متصاعدة معه.

ثم ان حمل الأمر بالاستصباح تحت السماء على الإرشاد و بان لا يتأثر السقف اولى من تقييد الإطلاقات الكثيرة الواردة في مقام البيان، خصوصا ان تقييد تلك الإطلاقات و اعتبار كون الاستصباح تحت السماء لا يكون الا بالالتزام بعدم جواز تنجيس السقف أو كونه تعبدا محضا، و الأول مخالف لما عليه المشهور من طهارة دخان النجس أو المتنجس، و الثاني بعيد جدا. و لعله لذلك أفتى الشيخ (ره) في مبسوطه مع نقله المرسله بكراهة الإسراج تحت السقف.

و الإنصاف ان الحكم في المقام لا يخلو عن اشكال لورود المطلقات في مقام البيان و عدم كون المرسله سالحة لتقيدها، و في مقابل ما ذكر من الشهرة المحققة و الإجماع المنقول على اعتبار كون الاستصباح تحت السماء يكون الرجوع الى أصالة البراءة عن اعتبار كون الاستصباح تحت السماء بعيدا عن الاحتياط، و جراءة على مخالفة المشهور.

و عن العلامة التفصيل بين صورة العلم بتصاعد اجزاء الدهن مع الدخان و عدمه و اعتبر كون الاستصباح تحت السماء في الأول دون الثاني. و هذا التفصيل مبنى على حرمة تنجيس السقف و لكن لم يظهر له دليل، نعم من ذكر في رده بان الاستصباح تحت السماء تعبدا محض لا لتنجيس السقف لان الدخان المتصاعد ظاهر، ظاهره قبوله حرمة التنجيس و الا لذكر في الرد أن تنجيس السقف لا بأس به انتهى تقرير كلامه في المقام.

أقول استعمال الدهن المتنجس في الاستصباح لا يكون حكما مولويا حتى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٤

و منها قوله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ (١)

يتكلم في التقييد الوارد في مثل المرسله التي لا- يمكن الاعتماد عليها، على ما ذكرناه في بحث الأصول، بل الأمر بالاستصباح به في

الروايات للإرشاد إلى عدم جواز استعماله في الأكل كما مر، و على تقدير كونه مولويا فهو ترخيص لا حكم إلزامي واحد ليكون المقام من موارد لزوم حمل المطلق على المقيد، و لا- منافاة بين الترخيص في الإسراج بالدهن المنتجس مطلقا و بين الترخيص في إسراجه تحت السماء، كما إذا ورد في خطاب الترخيص في شرب الخل مطلقا و في خطاب آخر الترخيص في شرب الخل في المساجد، و قد ذكر في باب المفاهيم أنه لا مفهوم للوصف حتى يوجب ذلك المفهوم تقييدا في خطاب المطلق.

(١) كان المستدل بالآية أراد ان الرجس فيها ينطبق على المنتجس ايضا و أن الأمر بالاجتناب عنه يعمه فالحكم بجواز الانتفاع به في مورد يحتاج إلى دليل خاص و ذكر المصنف (ره) في الجواب أن الرجس ما يكون كذلك في ذاته لا ما عرضت له النجاسة، فيختص بالأعيان النجسة و لا يعم المنتجسات و الا لزم تخصيص الأكثر باعتبار جواز الانتفاع بأكثر المنتجسات (هذا أولا) و (ثانيا) أن المذكور في الآية كون الرجس من عمل الشيطان أي من صنعه فيختص وجوب الاجتناب بمخترعات الشيطان و مبتدعاته سواء كان قدرا ماديا كالخمر أو معنويا كاليسر.

و الحاصل أن مجرد كون عين نجسة فضلا عن المنتجس لا يوجب دخوله في صنع الشيطان و مخترعاته، و ان أريد من عمل الشيطان هو الصادر عن المكلف بإغوائه ليكون الرجس عنوانا لنفس تلك الأعمال فكون الانتفاع بالمنتجسات رجسا و عملا بإغواء الشيطان أول الكلام (أقول) لفظ الرجس بمعنى النجس في مثل قوله سبحانه (إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خنزيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ) و ان كان ممكنا الا أنه لا يمكن في المقام. و ذلك بقريته حمل على اليسر، حيث انه فعل و لا يتصف بالنجاسة، فلا بد من حمله على معنى غير النجاسة المصطلحة. و صدق ذلك المعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٥

ان المراد هنا حرمة الأكل (١) غاية الأمر التعدي من حيث غاية البيع (٢) من ظهور الاستثناء (٣)

على مطلق المنتجس بل النجس ايضا ممنوع.

و (ثانيا)- أن الأمر بالاجتناب عن الرجس حتى بمعنى يعم المنتجس ظاهره الاجتناب عن استعماله المتعارف و لا- يعم جميع الانتفاعات، و من هنا يظهر الحال في قوله عز من قائل وَ الرَّجْزَ فَاهْجُرْ ﴿١﴾ بناء على أنه بمعنى الرجس كما قيل.

(١) لا دلالة في الآية على كون المراد بالخباث الأعيان حتى يقال أنها تعم المنتجس ايضا، بل الظاهر منها و لا أقل من الاحتمال كما مر سابقا كون المراد الأفعال المنكرة، كما ورد ذلك في قضية قوم لوط، قال عز من قائل وَ نَجَّيْنَاهُ مِنَ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ تَعْمَلُ الْخَبَايِثَ ﴿٢﴾ و على تقدير كون المراد بها الأعيان، فلا ريب في أن ظهور تحريمها- بمناسبة الحكم و الموضوع- حرمة الانتفاع المناسب للعين لا حرمة كل انتفاع، و ما ذكره المصنف (ره) من كون المراد من تحريم الخباث حرمة أكلها بقريته مقابلته لحل الطيبات، ففيه ما لا يخفى، قال سبحانه في وصف النبي الذي يؤمن به المتقون الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْمِائِجِيلِ يَأْمُرُهُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَايِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ ﴿٣﴾ و ظاهرها بقريته المقام تحريم الأفعال المنكرة و تحليل المستحسنه منها، و لا يناسب مدحه مجرد أنه أحل المأكولات الطاهرة و حرم أكل الأشياء النجسة.

(٢) أي لا- يعتبر في صحة بيع الدهن المنتجس قصد الاستصباح فقط، بل يجوز بيعه لغايه أخرى من قصد طلى الأجر أو صنع الصابون و نحوهما.

(٣) هذا وجه لعدم جواز بيع سائر المنتجسات، و المراد الظهور الإطلاقي

(١) سورة المدثر (٧٤) الآية (٥)

(٢) سورة الأنبياء (٢١) الآية (٧٤)،

(٣) سورة الأعراف (٧) الآية (١٥٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٦

و مما تقدم في مسألة جلد الميتة (١) و يمكن حمل كلام من أطلق المنع (٢)

أي عدم عطف منتجس آخر على الدهن في كلماتهم حيث ان مقتضاه عدم التزامهم بجواز البيع في سائر المنتجسات حتى مع تحقق النفع لها.

(١) هذا وجه لجواز بيع سائر المنتجسات التي لها منفعة محللة كالدهن، حيث يظهر من كلماتهم في تلك المسألة أن جواز البيع دائر مدار تحقق المنفعة المحللة، إلا أن يقوم دليل خاص على عدم جواز البيع حتى مع تلك المنفعة كما في الآليات المقطوعة من الغنم، فإنه لا يجوز بيعها مع جواز الإسراج بها أو عملها صابوناً، وكذا لا يجوز بيع مطلق نجس العين على كلام يأتي حتى مع جواز الانتفاع بها، و يقتضى أيضاً جواز بيع سائر المنتجسات استحباب الحكم الثابت لها قبل التنجس، حيث كان بيعها جائزاً و بعد التنجس الأصل بقاؤها على حالها، و الجواز قبل التنجس مقتضى القاعدة المستفادة من رواية تحف العقول وغيرها، و هي كون المناط في جواز بيع الشيء حصول الصلاح فيه.

(٢) هذا جواب عن الوجه المتقدم لعدم جواز بيع سائر المنتجسات، و حاصله أن قولهم لفائدة الاستصباح تعليل للاستثناء لا قيد لبيع الدهن المنتجس بمعنى انه يجوز- لتحقق المنفعة المحللة و هي الاستصباح- بيع الدهن المنتجس، نظير ما يقال يجوز لتحقيق الاستشفاء ببول الإبل بيعه، نعم يحتمل أن يكون لفائدة الاستصباح في كلامهم قيدا و غاية للبيع، و حيث أن الغاية تكون في القصد مقدما و في الحصول مؤخرا يكون معنى كلامهم جواز بيع الدهن المنتجس لغاية الاستصباح و قصده و لكن يؤيد أن قولهم للاستصباح تعليل للاستثناء لا غاية و قيد لبيع الدهن ما ذكر في جامع المقاصد في شرح قول العلامة، ما حاصله أن قول العلامة للاستصباح تحت السماء خاصة تعليل للاستثناء، لا قيد للبيع لتكون في كلامه دلالة على حصر جواز البيع بفائدة الاستصباح، و أن قول العلامة خاصة راجع إلى اعتبار كون الاستصباح تحت السماء، فلا يجوز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٧

و كيف كان فالحكم بعموم كلمات هؤلاء (١) فهي نفس المنفعة لا الانتفاع (٢) مع احتمال أن يراد من جميع التقلب (٣)

تحت السقوف، لا أنه لا يجوز بيع الدهن لسائر المنافع.

(١) يعني استثنى جماعة كما مر الدهن المنتجس لفائدة الاستصباح من عدم جواز بيع النجس، و الحكم بأن مقتضى اقتصارهم في الاستثناء على الدهن هو عدم جواز بيع سائر المائعات النجسة حتى مع حل الانتفاع المعتد به بها محل تأمل، و ان ذكر ذلك في المسالك و قال ان القوم لم يفرقوا في عدم جواز بيع النجس بين ما يكون له نفع أو لا. و وجه التأمل هي الملازمة بين حل الانتفاع المزبور و جواز البيع و باعتبار هذه الملازمة أورد المحقق الثاني في حاشية الإرشاد على كلام العلامة أي على قوله و لا بأس ببيع ما عرض له التنجس مع قبوله الطهارة بمثل الأصباغ المنتجسة، فإنها لا تقبل التطهير و مع ذلك يجوز بيعها باعتبار عدم توقف الانتفاع بها على طهارتها، و المحقق و ان أجاب عن إيراده بان الأصباغ بعد جفافها قابلة للتطهير، الا انه لو لم تكن ملازمة بين جواز الانتفاع و جواز البيع لما صح الإيراد و الجواب، اللهم إلا أن يقال ان إيراد المحقق الثاني على العلامة مبني على مختاره و هو قبول الملازمة بين الجوازين، و ليس مراده أن الحكم الذي ذكره العلامة مشكل حتى عند العلامة.

(٢) يعني مراد العلامة من المنتجس الذي يقبل التطهير قبوله للطهارة قبل الانتفاع به و لا يقبل الصبغ الطهارة قبل الانتفاع به، حيث أن اللون الباقي بعد غسل الثوب منفعلة لا انتفاع، و المنفعة اسم مصدر و الانتفاع مصدر. و الحاصل أن الأصباغ قابلة للطهارة بعد الانتفاع

بها، بل أنها لا تقبل التطهير حتى بعد الانتفاع، حيث ان القابل للطهارة هو الثوب الذي كان متنجسا بملاقاة ذلك الصبغ لا اجزاء ذلك الصبغ.

(٣) اى جميع أنواع التناول كالأكل أو الشرب بلا- طبخ أو معه و مع خلطه بشيء آخر و عدمه الى غير ذلك، كما أن المراد من إمساكه إمساكه للأكل أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٨

لكن مع تفصيل لا يرجع الى مخالفة (١) و لذا قيد هو (قده) (٢) ثم ان الانتفاع المنفى فى الميته (٣) و فى الرواية إشعار بالتقرير (٤) و يمكن ان ينزل (٥) و الظاهر ثبوت (٦)

الشرب.

(١) اى لا يكون تفصيله تحريماً للانتفاع بالنجس رأساً.

(٢) أى حيث ان الممنوع فى النصوص الانتفاع بالميته ذكر فى كلامه الانتفاع أولاً ثم قيده بما يسمى استعمالاً، و الا كان المناسب ان يقول كالميته التى لا يجوز استعمالها.

(٣) اى ما ورد من ان الميته لا ينتفع بها لا يعم جعل الميته وقوداً أو سدا لساقية الماء، و ليس وجه عدم العموم انصراف الانتفاع بالميته إلى الانتفاع بها فى المنافع المقصودة منها كالأكل فى المأكول و الشرب فى المشروب و نحوهما حتى يقال أن مثل النكرة الواقعة فى حيز النفى أو النهى لا ينصرف الى بعض افراده، بل وجه عدم العموم عدم عد مثل سد ساقية الماء بها انتفاعاً بها لا أنه انتفاع و لكنه غير مقصود كالاسراج بدهن اللوز، حيث أنه إذا ورد فى خطاب أنه لا ينتفع بدهن اللوز المتنجس فلا وجه لدعوى أنه لا يعم الإسراج به.

(٤) أى اشعار برضا الامام عليه السلام باستعمال العذرة و عظام الموتى فى بعض المنافع كإحراق الجص.

(٥) و حاصله أن ما ورد من أن الميته أو غيرها من النجس لا ينتفع بها يراد استعمالها كاستعمال الطاهر حتى مع البناء على تطهير ما أصابها من اليد و الثياب للصلاة، و لا بعد فى الالتزام بحرمه هذا الاستعمال تكليفاً فى الأعيان النجسة، كما يظهر ذلك من رواية الوشاء، و يشير اليه قوله سبحانه (وَ الرَّجَزَ فَاهْجُرْ)، نعم لا بأس هذا الاستعمال فى المتنجسات كاستعمال الدهن المتنجس بنحو يوجب تلوين الثوب و البدن.

(٦) و حاصل ما ذكره (ره) فى المقام أن من الأعيان النجسة ما ينتفع بها و لكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٦٩

.....

باعتبار عدم كون ذلك الانتفاع مقصوداً للعقلاء أصلاً لا يوجب مآليتها، و فى هذا القسم يثبت حق الاختصاص، و منشأ ثبوت هذا الحق كون العين فى السابق ما لا للمالك كما فى الخل المنقلب الى الخمر، أو حيازة تلك الأعيان و أخذها كما فيما إذا جمع العذرة حتى صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها فى المزارع و البساتين. و كيف كان فلا- بأس بالمصالحة على ذلك الحق بعوض و لا يعد ذلك العوض ثمناً لعين النجس حتى يكون سحتاً. و اولى منها أخذ المال لرفع يده عن تلك العين، و بعد الاعراض يحوزها باذل المال، و من هذا النحو بذل المال لمن يسبق إلى الأمكنة المشتركة، كما إذا جلس فى مكان من المسجد أو السوق، أو يسبق إلى غرفة فى المدرسة فلا-آخر بذل مال له ليرفع يده عن المكان أو الغرفة حتى يسبق إليهما الباذل، و اولى من ذلك ما إذا جمع العذرة فى مكانه المملوك و أخذ المال حتى يأذن للباذل بدخول ذلك المكان لأخذ العذرة مجاناً.

ثم انه يعتبر في ثبوت حق الاختصاص بالحيازة ان يكون قصد الحائز الانتفاع بتلك العين كما يعتبر في ثبوت الحق بالسبق الى المشتركات الانتفاع بذلك المكان بما يناسبه، ففي السوق الانتفاع به بالكسب فيه و في المدرسة الانتفاع بها بالسكنى و في المساجد و المشاهد الانتفاع بها للعبادة و نحوها، و أما إذا كان قصده اشغال المكان في المسجد أو السوق أو المدرسة حتى يأخذ من الغير مالا ليرفع يده عنه، فلا- يوجب سبقه حقا و على ذلك فان لم يكن قصد من جمع العذرة الانتفاع بها بالبساتين مثلا، فلا يثبت له حق الاختصاص، فالمتعين في حقه ما ذكر أخيرا من جمع العذرة في مكانه المملوك و أخذ المال لإذنه في الدخول فيه.

أقول: يمكن أن يقال: إن النهى عن المعاملة على الشيء أو عد ثمنه سحطا مقتضاه سقوط ذلك الشيء عن المالية شرعا، لا سقوطه عن كونه ملكا أيضا، و الملك أعم من المال، حيث يكون الملك من غير كونه مالا كما في الحبة و الحبتين من الحنطة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٠

.....

أو قليل من التراب و نحوه، فيترتب عليه آثار الملك من عدم جواز التصرف فيه بلا رضا مالكة، و لا يثبت مثل ضمان التلف في اليد أو الإتلاف فإنه من آثار كون الشيء مالا.

و الحاصل أنه لم يعلم الفرق بين الحبة و الحبات من مثل الحنطة و بين الخمر الممكن انقلابه الى الخل في كون الأول ملكا و الثابت في الثانى حقا ليقال لا دليل على حدوث هذا الحق بعد زوال الملك و المالية، بل الظاهر و لا أقل من أن مقتضى الاستصحاب كون الموجود فعلا- هو ملك من كان له في السابق، و على ذلك فلا- بأس في مثل الخمر المزبور بالمصالحة على عوض أو أخذ المال للاعراض عنها، حتى يملكها باذل المال بالحيازة، حيث أن المنهى عنه بيعها و السحت ثمنها و المصالحة و الاعراض لا يكونان بيعا، و العوض فيهما لا يكون ثمنا.

اللهم إلا- أن يقال مقتضى سقوط الشيء عن المالية شرعا كونه كسائر ما لا تكون له مالية في اعتبار العقلاء، و أن أخذ المال و لو بعنوان المصالحة عليه أو الاعراض عنه أكل لذلك المال بالباطل، و أيضا لا بأس بالالتزام بحدوث الملك بالحيازة في المباحات القابلة للنقل أو المملوكة بعد أعراض مالكةا عنها، و أن الأخذ في مثل ذلك يكون موجبا لدخولها في ملك آخذها، و على ذلك سيرة العقلاء، بل ربما يمكن أن يقال باستفادة ذلك من صحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام.

قال: «من أصاب مالا أو بعيرا في فلاة من الأرض قد كلت و قامت و سيبها صاحبها مما لم يتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها و أنفق نفقته حتى أحيها من الكلال و من الموت فهي له و لا سبيل له عليها و إنما هي مثل الشيء المباح» (١) و لكن مفادها التملك بالاحياء لا بمجرد الأخذ، و هذه الرواية نظير ما ورد في الأراضي الميتة من كون إحيائها مملكا كما لا يخفى.

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٧) الباب: (١٣) من أبواب اللقطة، الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧١

[النوع الثانى مما يحرم التكب به ما يحرم لتحرير ما يقصد به]

إشارة

النوع الثانى مما يحرم التكب به ما يحرم (١)

[الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام]**[هياكل العبادة]**

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن الاستيلاء على العذرة و جمعها بقصد تملكها موجب لكونها ملكا فيجوز المصالحة عليها أو الاعراض عنها بعوض، حتى إذا كان الغرض من جمعها ذلك، و حتى فيما إذا لم نقل بجواز بيعها. هذا ان لم نقل بما أشرنا إليه من أن مقتضى إلغاء المالية عنها كون أكل المال و لو بعنوان المصالحة عليها أو الاعراض عنها من أكله بالباطل كما في سائر ما لا يكون ما لا في اعتبار العقلاء كما لا يخفى.

(١) الكلام في النوع الأول كان في أن نجاسة الشيء بالأصالة أو بالعرض هل تكون موجبة لعدم جواز الاكتساب به بحيث يكون الحكم بجواز البيع في مورد محتاجا الى قيام دليل عليه كما هو منسوب الى المشهور، بل نسب إليهم عدم جواز الانتفاع الا مع نص خاص فيه كالاسراج بالآدهان المتنجسة، أو ان مجرد نجاسة الشيء أو تنجسه في موارد ثبوت المنفعة المقصودة لا يمنع عن الاكتساب به، بل يحتاج المنع الى دليل خاص، و الكلام في هذا النوع في أن ترتب المنفعة المحرمة على شيء يكون موجبا لعدم جواز الاكتساب به، و هذا على أقسام أشار إليها:

(الأول) - أن لا تكون المنفعة المترتبة عليه بما هو هو ال- الحرام، و لا يكون فيه بما هو غرض محلل آخر، كما في هياكل العبادة و آلات القمار و غيره، و لو لم يكن في هذا القسم للشيء مالىة بحسب مادته ايضا، كما في الصنم المصنوع من الجص أو الطين، حيث ان الطين و الجص الميت لا قيمة لهما فلا إشكال في بطلان المعاملة و عدم جواز أخذ المال بإزائه، لأن انحصار المنفعة المقصودة منه بالمحرم يكون موجبا لدخول أخذ المال بإزائه في عنوان أكل المال بالباطل، و إذا كانت لمادته مالىة كما في الصنم المصنوع من الخشب، فالمعاملة عليه بما هو صنم أيضا باطله، و ذلك فإن الهيئة المزبورة في نظر العرف مقومة للمبيع، و ان كانت بنظر العقل من أوصافه، و لذا لو باع الشيء بعنوان السرير، فبان منبرا يحكم ببطلان البيع من غير ان يثبت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٢

.....

للمشترى خيار تخلف الوصف، فالهيئة في المقام كسائر الأوصاف المقومة للمبيع داخله في المعاملة، و بما أنه ليس لها في مورد الكلام مالىة شرعا تكون المعاملة محكومة بالبطلان باعتبار أن تملك العوض معه داخل في عنوان الأكل بالباطل.

ثم ان المعاملة المزبورة لا تكون منحلّة إلى معاملتين بالإضافة إلى المادة و الهيئة بأن تكون المعاملة عليه في نظر العرف نظير بيع شيئين بصفقة واحدة حتى يحكم بفسادها بالإضافة إلى الهيئة و بصحتها بالإضافة إلى المادة، و لذا لا تكون المادة ملكا لأحد و الهيئة ملكا لآخر، و إذا صنع خشب الغير سريرا فان كان ذلك باذن منه فيستحق عليه أجره المثل، و لا يملك هيئة السرير، فان لم يأذن فيه بل صنعه من عنده فلا يستحق عليه شيئا و لا يملك هيئته، و هذا بخلاف موارد بيع شيئين بصفقة واحدة، فإنه يمكن كون أحدهما ملكا لشخص و الآخر ملكا لآخر، نعم في هذه الصورة تكون المعاملة عليه بعنوان المادة بلا دخل للهيئة في أخذ العوض محكومة بالصحة، فإن كون المادة مالا- شرعا و عرفا يكون موجبا لدخول المعاملة عليها تحت الإطلاقات المقتضية لنفوذها، نظير ما إذا باع مقدارا من الحطب فظهر بعضه صنما مصنوعا من الخشب أو مقدارا من النحاس، فظهر بعضه آلة قمار مصنوعة منه و هكذا.

و ذكر السيد اليزدى (ره) في تعليقه وجها آخر لبطلان المعاملة في صورة وقوعها على الصنم بما هو صنم، سواء كانت لمادته مالىة أو

لا وهو قوله سبحانه فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ «١» فَإِنْ بَيَعَهَا يَنْفَى الاجْتِنَابَ عَنْهَا انتهى.

(لا- يقال) ظاهر الاجتناب في الأوثان ترك عبادتها ولا يعم ترك بيعها أو ترك إمساكها مع أن الأمر بالاجتناب تكليف لا وضع، و غاية دلالة الآية انه لو باع الوثن فعل حراما و اما فساد البيع فلا دلالة لها عليه (فإنه يقال) قد تقدم سابقا ان الأمر بالاجتناب عن الخمر يعم ترك بيعها و شرائها لعددهما من مقدمات شربها خصوصا إذا كان الشراء بقصد

(١) سورة الحج (٢٢) الآية (٣٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٣

.....

شربها، و عليه فلا- يبعد كون الأمر بالاجتناب عن الأوثان أيضا كذلك، فيعم الأمر به ترك بيعها و شرائها خصوصا إذا كان الشراء بقصد عبادتها، ثم بما أن النهي عن المعاملة ظاهر في فسادها يكون الأمر بالاجتناب بالإضافة الى غير المعاملة من سائر الأفعال تكليفا و بالإضافة إلى البيع و سائر المعاملة وضعا و لا مانع من الجمع بين التكليف و الوضع في استعمال واحد كما لا يخفى.

و ذكر السيد الخوئي طال بقاؤه في وجه بطلان المعاملة في موارد دخل الهيئة فيها أن الهيئة باعتبار كون المترتب عليها هو الحرام فقط ليست بشيء عند الشارع، فتكون المعاملة عليها من بيع المعدوم (أقول) هذا منه طال بقاؤه التزام باعتبار المايه في المبيع، و ذلك، فإنه ان كان المراد بنفي الشيء عن الهيئة عدم تحققها خارجا فالمفروض أنها موجودة، و ان كان المراد أنه لا نفع محلل في تلك الهيئة فلا يكون مالا عند الشارع، فهذا التزام باعتبار المايه حتى لا يكون أخذ المال بإزاء تلك الهيئة من اكله بالباطل، هذا.

و يمكن الاستدلال على بطلان بيع الصنم و الصليب بفحوى صحيحة عمر بن أذينة، قال: «كُتِبَ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ لَهُ خَشَبٌ، فَبَاعَهُ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ بَرَابِطُ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ، وَ عَنْ رَجُلٍ لَهُ خَشَبٌ فَبَاعَهُ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ صُلْبَانَا، فَقَالَ: لَا» «١» حيث ان ظهور النهي في المعاملة فسادها، و إذا كان بيع الخشب للمشتري المزبور باطلا فكيف يكون بيع الصنم أو الصليب منه صحيحا، و نحوهما معتبرة عمرو بن حريث «٢» و لكن سيأتي أن مقتضى مناسبة الحكم و الموضوع هو كون النهي عن بيع الخشب من المشتري المزبور تكليفا و بملاك دفع فساد الشرك و سد الطريق اليه كما لا يخفى.

بقي في المقام أمر و هو انه قد التزم المحقق الإيرواني بالصحة فيما إذا كانت لمادة الصنم مالا حتى مع فرض بيعها بعنوان الصنم، و ذكر في وجهها أن المنفعة

(١) وسائل الشيعة، الجزء (١٢) الباب: (٤١) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة، الجزء (١٢) الباب: (٤١) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٤

.....

المحرمة لا توجب بطلان البيع فيما إذا كان في المبيع منفعة محللة مقصودة أيضا، و لا فرق بين أن يكون كلتا المنفعتين مترتبتين على الهيئة فقط أو ترتب إحداها على المادة و الأخرى على الهيئة كما في المقام، فان لمثل الصنم المصنوع من الصفر أو الخشب منفعة محللة باعتبار مادته و محرمة باعتبار هيئته، و لا يخفى ما فيه فإنه يصح البيع فيما إذا كانت المنفعتان مترتبتين على الهيئة، و لا يصح فيما إذا كان المترتب عليها هو المحرم فقط، و ذلك فان مع ترتب المنفعتين على الهيئة تكون لها مالا شرعا، فلا يكون أخذ المال

بإزائها من أكله بالباطل، بخلاف ما إذا لم يكن المترتب عليها إلا الحرام فقط حيث لا يكون لها في هذا الفرض مالية، فأخذ المال بإزائها أكل له بالباطل، و الثمن و ان لم يقع بإزاء الهيئة فقط بل بإزاء مجموع المادة و الهيئة، إلا أن عدم انحلال البيع بالإضافة إليهما يوجب بطلان البيع رأساً، نظير الثمن في مثل الحيوان، فإنه و ان وقع في مقابل المجموع إلا- أنه لا يكون البيع بالإضافة إلى الأجزاء الخارجية للحيوان انحلالياً.

ويمكن الاستدلال على البطلان فيما كان لمادة الصنم بعد محو صورتها ماليةً بفحوى ما دل على بطلان بيع الجارية المغنية، حيث ان كون الجارية مغنية إذا أوجب بطلان بيعها باعتبار أن الوصف المزبور مادة و منشأ في الغالب للهو الذي فساده دون فساد الشرك و الوصف كما سيأتي لا يقابله الثمن، بل يكون داعياً إلى زيادته، فكيف يصح بيع الصنم الذي يقابل فيه الثمن الهيئة التي منشأ فساد عظيم. و استعماله بين قوم في أمر مباح لا يخرج عن كونه إله المشركين و معبودهم، فلا يجوز بيعه و شراؤه حتى فيما إذا عدوه من الأشياء العتيقة و ادخروه في مثل المتاحف لهذا الغرض، و لا- يبعد- باعتبار كونه مادة لهذا الفساد العظيم- الالتزام بوجود محو صورته كما يظهر من كلماتهم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٥
و حمله على الإتلاف (١) و لعل التقييد في كلام العلامة (٢)

[آلات القمار و أواني الذهب و الفضة]

و يدل عليه جميع ما تقدم في هياكل العبادة (٣)

(١) بان يزيل الغاصب هيئتها أولاً و يتلف مادتها بعد ذلك، و هذا الحمل تمحل أي تكلف بلا موجب.
(٢) وجه المصنف (ره)- تقييد جواز بيع المادة قبل إزالة هيئتها في كلام العلامة بكون المشتري ثقة في دينه- بان دفع هيكل العبادة إلى المشتري مع عدم الوثوق بديانته تقوية لوجه من وجوه المعصية، و ظاهر حديث تحف العقول بطلان البيع معه، ثم أورد على ذلك بان بيع المادة و دفع الهيكل قبل إزالة هيئته إلى المشتري لا يزيد على الإعانة على الإثم التي بمجرد ما لا تكفي في الحكم ببطلان المعاملة، فإن انطبق العنوان المحرم على المعاملة لا يكون موجبا لبطلانها، مع أن الإعانة إنما تكون بدفعه إلى المشتري قبل إزالة الهيئة لا ببيع مادته و لو قبل إزالة الهيئة ثم يكسر و يدفع إلى المشتري و لا بأس أيضاً بالكسر المزبور بعد البيع و بعد فرض دخوله في ملك المشتري، فان المشتري لا يملك الهيئة و لا تكون مالا بل لا يبعد ان يقال بوجود إزالة الهيئة كفاًئاً حسماً لمادة الفساد، و إذا قام به المشتري سقط عن البائع و الا يباشر بها قبل الدفع مع عدم الثقة.
(لا يقال) لعل التقييد في كلام العلامة بكون المشتري موثقاً في ديانته باعتبار عدم جواز بيع المادة قبل إزالة الهيئة تكليفاً لا وضعا، فلا- يرد عليه ما ذكره المصنف (ره) (فإنه يقال) ظاهر قول العلامة (يجوز بيعها من المشتري المزبور) هو صحته و نفوذه، فينتفى فيما إذا لم يكن المشتري موثقاً في دينه، و هذا ظاهر الجواز أو عدم الجواز المضاف إلى المعاملات، مع أن الحرمة تكليفاً في دفع الهيكل إلى المشتري قبل إزالة هيئته لا في نفس البيع.

(أقول) لو تم الدليل على بطلان بيع الخشب فيما إذا أحرز بئعه ان المشتري يصنعه صنماً أو صليباً لكان مقتضاه بطلان بيع مادة الصنم، مع العلم بأن المشتري لا يزيل الهيئة و لكن سيأتي أن عدم جواز بيعه تكليفاً فقط.

(٣) أقول: يأتي في آلات القمار بأنواعها فيما إذا بيعت بعنوان أنها آلة القمار ما تقدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٦

و قوى في التذكرة الجواز مع زوال الصفة (١)

من كون أكل المال في مقابلها من اكله بالباطل، فيكون بيعها فاسدا حتى فيما إذا كانت لموادها بعد إزالة هيئاتها مالية، و ذلك لما تقدم من عدم انحلال البيع بالإضافة إلى المادة و الصورة إلى بيعين حتى يحكم بصحة أحدهما و بفساد الآخر، و اما سائر الوجوه المتقدمة فلا مجرى لها في المقام. نعم لا يبعد دعوى العلم فيها أيضا بوجوب إزالة هيئتها حسما لمادة الفساد، و بما أن وجوب الإزالة في آلات القمار مجرد تكليف فلا يوجب عدم إزالتها فساد البيع حتى فيما إذا علم بان مشتريها لا يزيل الهيئة، و لو باع قبل إزالتها دفعها إلى المشتري المزبور كما هي فعل حراما، بخلاف ما إذا أزالها قبل دفعها إليه أو دفع إلى المشتري الذي يثق بأنه يزيلها، لان وجوب الإزالة على تقديره واجب كفائي يكون قيام المشتري به كافيا في سقوط التكليف.

ثم ان هذا لا-يجرى في مثل أواني الذهب و الفضة حتى لو قيل بحرمة صنعهما و بفساد بيعهما، و أنه لا تختص الحرمة بالأكل و الشرب فيهما، و وجه عدم الجريان عدم الدليل على وجوب إزالة هيئتهما، و لو باع أحدهما بعنوان الذهب أو الفضة و دفعه إلى المشتري قبل إزالة الهيئة، فلا بأس حتى مع علمه بان مشتريه لا يزيلها، فما في كلام جملة من الأصحاب من تسوية حكمهما مع حكم آلات القمار بل مع حكم الصنم و الصليب فيه ما لا يخفى، بل الأظهر جواز بيعهما بما هي آنية ذهب أو فضة و جواز صنعهما و أخذ الأجرة عليه، لان المحرم استعمالهما في الأكل و الشرب و الطهارة لا الاقتناء و التزين بهما. و الحاصل أن لهما منفعة مقصودة محللة و باعتبارها تكونان من الأموال و لتام الكلام فيهما محل آخر.

(١) ان كان المراد بزوال الصفة زوالها عند البائع بأن يبيع الآلات بعد زوال هيئتها فالأمر كما يذكر المصنف (ره) من عدم قائل بعدم الجواز في الفرض، و لا ينبغي جعله مورد الخلاف بين العلامة و غيره، و ان أراد زوالها عند المشتري بأن يكسرها المشتري فكسرها غير معتبر في صحة بيعها بعنوان مكسورها كما تقدم، و الظاهر مراده الكسر عند المشتري و استفاد ذلك من كلام العلامة بحمل الثقة فيه على الطريقة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٧

مثل ما يعملونه شبه الكرة (١)

[الدرهم]

بناء على جواز ذلك (٢)

(١) الترتة اسم لما يعملونه شبه الكرة، و الصولجان هو العصا الذي يضربون به الترتة عند اللعب، و حيث لم يكن في البين رهن لا يدخل اللعب في القمار حتى يحكم بحرمة فلا بأس ببيع ما كان من هذا القبيل مما يعد للعب فقط كان هنا رهن أو لا، و لا يدخل ذلك في المعاملة على الآلات المعدة للقمار كما لا يخفى.

(٢) اي بناء على جواز مثل التزين بها أو دفعها إلى الظالم، بان يجوز إبقاؤها و لا يجب إتلافها، و لا يخفى أن مثل الدفع إلى الظالم لا يكون من المنفعة المقصودة الموجبة للمالية. نعم فائدة التزين و نحوه من المنفعة المقصودة، كما أشرنا إلى ذلك في أواني الذهب و الفضة. ثم إنه يقع الكلام في الدرهم أو الدينانير المغشوشة كان غشها من جهة مادتها أو سكتها، بان كانت السكة فيها غير التي تكون بها المعاملة في جهتين (الأولى)-اقتناؤها، و (الثانية)- صحة المعاملة بها على تقديري جواز الاقتناء و عدمه.

اما الجهة الأولى فقد يقال بعدم جواز الاقتناء و يستدل عليه برواية الجعفي، قال:

«كنت عند أبي عبد الله (ع)، فلقى بين يديه دراهم، فألقى إلي درهما منها، فقال:

أيش هذا؟ فقلت: ستوق، فقال: و ما الستوق؟ فقال: طبقتين فضة و طبقة من نحاس و طبقة من فضة فقال: اكسرها فإنه لا يحل بيع هذا

و لا إنفاقه» (١) و ظاهر الأمر بالكسر إزالة عنوان الدرهم أو الدينار و إسقاطه عن كونه معرضا للبيع و الإنفاق، و لكن الرواية في نفسها ضعيفة و معارضة بما دل على جواز المعاملة بالمغشوش مع اعلام حاله حيث أن مقتضى جواز بيع المغشوش كذلك جواز اقتنائه، ففي صحيحه محمد بن مسلم المروية في الباب المزبور قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره، ثم يبيعهها، قال: إذا بين (الناس) ذلك فلا بأس» (٢) و نحوها غيرها.

و يستدل على عدم جواز الاقتناء برواية موسى بن بكر قال: «كنا عند أبي الحسن - عليه السلام -، و إذا دنانير مصبوبة بين يديه، فنظر إلى دينار فأخذه بيده ثم قطعه بنصفين،

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٠) من أبواب الصرف، الحديث: (٥)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٠) من أبواب الصرف، الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٨

بطل البيع (١) و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات (٢)

ثم قال لى: ألقه في البالوعة حتى لا يباع شيء فيه غش» (١) و الأمر بإلقائه في البالوعة ظاهر في وجوب إزالته، و يعم الوجوب كل ما فيه غش، و لو لم يكن درهما كما هو مقتضى التعليل. هذا، و لكن لا بد من حملها على صورة عدم كون مادته مالا، و الا يكون إلقاؤه في البالوعة خصوصا بعد كسره من تبذير المال، مع أنها أيضا باعتبار ضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها في مقابل ما تقدم من المعتبرة الدالة على جواز المعاملة بالمغشوش مع بيان حاله.

(١) ظاهر كلامه صورة وقوع المعاملة على الشخص لا الكلى، و الا لكان للطرف الاستبدال لا بطلانها أو ثبوت الخيار، و إذا وقعت المعاملة على الشخص، فان وقعت بعنوان الدرهم المسكوك بالسكة الرائجة، و كان الغش في السكة يحكم بطلان المعاملة، فإن السكة الرائجة من الأوصاف المقومة للمال، فيكون تخلفها موجبا لبطلانها، و كذا إذا كان الغش في المادة، بحيث يوجب انتفاء عنوان الدرهم عنه، و الا- كان للأخر خيار العيب، و أما إذا وقعت عليه المعاملة بعنوان الذهب أو الفضة، و كان الغش باعتبار السكة، فلا يوجب التخلف خيارا لا العيب و لا التدليس، بل خيار التدليس غير خارج عن خيار العيب أو تخلف الوصف المشروط، فما يظهر من كلامه (ره)- من ثبوت خيار التدليس في الفرض (أى في صورة وقوع المعاملة على المادة و ثبوت الخلاف في السكة)- لا يمكن المساعدة عليه.

(٢) لم يظهر لى وجه ربط هذا الكلام بما قبله، حيث أن الدرهم أيضا إذا بيع بعنوان أنه درهم مسكوك بالسكة الرائجة فظهر غيره يحكم بطلان بيعه، و لا- يصح البيع بالإضافة إلى مادته من الذهب أو الفضة، و الوجه في ذلك ما ذكرناه من كونه مسكوكا بها كالهئية في الآلات و الصنم مقوم للمبيع، و بما أن المبيع في الفرض ينظر العرف شيء واحد لا تعدد فيه، و قد بيع بثمان، فاما يصح البيع مطلقا أو يبطل مطلقا،

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٨٦) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٧٩

[القسم الثانى ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحللة]

إشارة

القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان (١)

و انما يكون الانحلال في موارد تعدد المبيع بنظر العرف، بحيث ينحل البيع الى بيع كل واحد من ذلك المتعدد، كما انه إذا لم يكن الوصف عنوانا مقوما للمبيع، بل كان من الأوصاف التي تكون داعية الى زيادة القيمة، فإن ظهر التخلف فيها يثبت خيار الفسخ، و لو كان الوصف أمرا فاسدا، فبطلان البيع مع اشتراطه مبنى على كون الشرط الفاسد مفسدا، نعم لا كلام في البطلان في مورد قيام دليل خاص عليه كما في بيع الجارية المغنية على ما سيأتى ان شاء الله تعالى.

(١) و حاصله أن في المقام مسائل ثلاث: (الاولى) ما إذا كان توافقهما على خصوص المنفعة المحرمة. (الثانية) ما إذا كان الملحوظ كلتا المنفعتين المحللة و المحرمة كما هو الحال في بذل الثمن للجارية المغنية (الثالثة) - ما إذا كانت المنفعة المحرمة و استعمال الشيء في الحرام داعيا لهما الى المعاملة، كما إذا اشترى العنب و كان قصدهما تخميره، و لكن بلا التزام منهما خارجا أو اشتراطه في المعاملة.

ثم إنه لا إشكال في فساد المعاملة و حرمتها في الأولى، حيث أن المعاملة مع الالتزام و الإلزام بالمنفعة المحرمة تكون إعانة على الإثم، و أخذ العوض أكلا له بالبطل، سواء ذكرا هذا الإلزام و الالتزام في العقد بعنوان الشرط أو لا.

(أقول): إثبات الحرمة للمعاملة المزبورة تكليفا و وضعيا موقوف على حرمة مجرد الإعانة على الإثم، و كون أكل الثمن فيها أكلا له بالبطل، و لكن المحرم هو التعاون على المعصية و العدوان، بان يجتمع اثنان أو أكثر على تحقيق الحرام و إيجادها، و صدور الحرام عن شخص و تحقيق مقدمه من مقدماته من شخص آخر المعبر عن تحقيق المقدمة بالإعانة على الإثم لا يكون من التعاون على ذلك الحرام، و لو كان مجرد الإعانة على الإثم محرما، لكان بيع العنب ممن يعمله خمرا حراما تكليفا، حتى مع عدم اشتراط التخمير و عدم قصد البائع ذلك، و كذا لا يمكن الالتزام بالفساد، فان الثمن في المعاملة لا يقع بإزاء الشرط أو المنفعة، بل إنما يقع بإزاء نفس المبيع، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٠

.....

و بما أن للمبيع منفعة محللة و مالية شرعا يكون الحكم بالفساد مع اشتراط المنفعة المحرمة مبنيا على كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد، هذا كله بالإضافة إلى البيع.

و أما بالإضافة إلى الإجارة فإن كان الشرط راجعا الى تضييق مورد الإجارة و تقييدها بالمنفعة المحرمة تكون باطله باعتبار أن أخذ الأجرة بإزاء تلك المنفعة من أكل المال بالبطل، و هذا بخلاف ما إذا رجع الشرط الى التزام زائد على أصل الإجارة بحيث يكون التخلف من المستأجر في مثل الشرط موجبا لثبوت خيار الفسخ للموخر لا المطالبة بأجرة المثل عما أتلّفها عليه من المنفعة، فإن مع عدم تقييد مورد الإجارة تكون بطلانها باشتراط الحرام مبتنيا على مسألة فساد العقد بفساد الشرط، نعم في رواية جابر (صابر) قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يؤاجر بيتا فيباع فيه الخمر قال: حرام أجره» (١) و لكنها لو حملت على صورة تقييد المنفعة فهو، و الا- فلا يمكن الاعتماد عليها لضعفها سندا و معارضتها بحسنه ابن أذينة، قال: «كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل يؤاجر سفينته و دابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر، و الخنازير، قال: لا بأس» (٢).

هذا مع أن الروايتين غير ناظرتين إلى صورة الاشتراط، و ما ذكره (ره)- في الجمع بين الروايتين من حمل الثانية على صورة اتفاق حمل الخمر أو الخنزير من غير أن يؤخذ ركنا أو شرطا في العقد- لا- يمكن المساعدة عليه، فان كون الحرمة متيقنة- من رواية بالإضافة إلى أمر و الجواز من رواية أخرى بالإضافة إلى أمر آخر- لا يوجب كون كل منهما قرينة عرفية على التصرف في الأخرى،

كما تقدم ذلك في علاج المعارضة بين ما ورد من أن ثمن العذرة سحت، و ما ورد من عدم البأس به و لعله الى ذلك أشار (ره) في آخر كلامه بقوله فتأمل.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٣٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٣٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨١

.....

و الحاصل أنه لو تم الحكم بالبطلان في المسألة الثالثة الاتية ثبت في هذه المسألة أيضا بالفحوى، و الا فلا موجب للالتزام في المسألة بالفساد، بل و لا- لحرمة المعاملة تكليفا، نعم شراء المشتري العنب للتخمير داخل في التجري، و إلزام البائع داخل في ترغيب الناس للحرام، و هذا لا- يوجب حرمة نفس المعاملة كما لا- يخفى. نعم لا- بأس بالالتزام بالحرمة تكليفا في بيع العنب حتى فيما إذا كان التخمير مما التزم به المتعاقدان خارجا بلا- اشتراطه في البيع بفحوى اللعن الوارد على غارس الخمر، و لكن الحرمة لا تقتضى فساده كما هو المقرر في محله. و ربما يقال في وجه بطلان المعاملة- في مثل بيع العنب بشرط أن يصنعه خمرا- أن هذا الشرط ينافى مقتضى العقد، و وجه منافاته له أنه كما ان بيع الشيء مع اشتراط عدم الانتفاع به أصلا مساوق لاشتراط عدم ملك المبيع للمشتري و عدم كونه مالا له، كذلك اشتراط عدم الانتفاع به انتفاعا حلالا، حيث أن هذا الشرط مع انضمام منع الشارع عن التخمير مثلا إسقاط للعنب عن كونه ملكا و مالا- للمشتري من جهة التخمير و من جهة سائر المنافع، فلا- يتم البيع الذي حقيقته جعل المبيع ملكا و مالا للمشتري بإزاء الثمن، و هذا الفساد لا يرتبط بالقول بكون الشرط الفاسد مفسدا، فان تلك المسألة فيما إذا لم يكن الشرط موجبا لفقد شرط أو ركن من أصل المعاملة، و الا كان أصل العقد باطلا حتى مع الالتزام فيها بعدم الإفساد.

(أقول): الموجب لبطلان الشرط بل بطلان المعاملة معه فيما إذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد هو عدم قصد إنشاء المعاملة مع الشرط المزبور، مثلا في قول البائع بعتك هذه العين بكذا بشرط أن لا تدخل في ملكك كان الشرط باطلا و مبطلا للبيع، لرجوعه الى عدم قصده تملكها للمشتري، مع أن البيع هو تملك العين بعوض، و أما إذا كان الشرط ملائما لجعل الملك و اعتبار دخول المبيع في ملك المشتري، كما إذا قال بعتك هذا المال على ان يخرج عن ملكك، فيدخل في مسألة

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ١، ص: ٨٢

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٢

.....

كون الشرط الفاسد مفسدا أم لا. و هذا في المورد الذي يكون الخروج عن الملك محتاجا الى سبب، و الا فلا بأس بالشرط في مثل بيع العبد من ابنه الحر بشرط خروجه عن ملكه، و اشتراط عدم الانتفاع بالمبيع أصلا لا يلازم عدم دخول العين في ملك المشتري، بل يصح البيع و الشرط معا فيما إذا كان في الاشتراط غرض عقلائي، كما إذا باعه قطعة من الذهب و اشترط أن لا ينتفع بها أصلا، و كان غرضه بقاءها حتى تصل إلى ورثة المشتري. و اما إذا لم يكن فيه غرض عقلائي كان الشرط باطلا، كما إذا باع العنب و اشترط عدم

الانتفاع به أصلاً، حيث ان الشرط - لكونه سفهائياً و العمل به تذبذرا للمال - باطل، و لكن لا ينافي هذا الاشتراط قصد دخول العنب فى ملك المشتري.

(لا- يقال) العنب مع الشرط المزبور لا يكون مالا، فيكون أكل الثمن بإزائه من أكل المال بالباطل (فإنه يقال) إنما لا يكون العنب مالا فيما إذا كان الشرط نافذاً، و أما مع إلغائه كما هو مقتضى كون الشرط سفهائياً، فلا يدخل تملك الثمن بإزاء العنب فى العنوان المزبور.

(و الحاصل) أن اعتبار الملك للمشتري لا ينافي اشتراط عدم انتفاعه بالمبيع، بل الشرط المزبور ينافي كونه مالا مع نفوذه و لزومه، و المفروض أنه غير لازم و غير نافذ حتى فى اعتبار العقلاء، فيكون المبيع ملكاً و مالا للمشتري كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع، و هذا فيما إذا اشترط فى البيع عدم الانتفاع بالمبيع أصلاً بأى انتفاع، و أما إذا كان الشرط عدم الانتفاع المحلل أو الانتفاع به بالمحرم فلا ينافي الشرط الملك، و لا كون المبيع مالا، و ذلك فان اعتبار شىء ملكاً للمشتري و مالا له فى اعتبار المتعاقدين لا يتوقف على ثبوت المنفعة المحللة له، و لذا يتعاملون فيما بينهم على الخمر و غيرها مما لا منفعة محللة له. و على ذلك فيبيع العنب مع اشتراط تخميره بيع فى اعتبار العقلاء، و بما أن دليل إمضاء الشروط لا يعم اشتراط تخميره فالشرط المزبور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٣

[بيع العنب على أن يعمل خمراً]

و الفرق بين مؤجرة البيت (١)

ملغى، و بعد إلغائه لا مانع من شمول أحل الله البيع لبيع العنب و اعتبار كونه ملكاً و مالا للمشتري، لأن المفروض أن العنب مال حتى شرعاً لثبوت المنفعة المحللة له، و لو كانت تلك المنفعة ملغاة عند المتعاقدين باشتراط التخميم.

و ذكر السيد الخوئى طال بقاؤه أن المعاملة مع اشتراط المنفعة المحرمة و إن كانت صحيحة، إلا أنها محرمة تكليفاً، و ذكر فى وجه ذلك أن إلزام الغير بالمحرم - كإكراهه عليه - حرام، فالمعاملة المشتملة على الشرط الحرام بما أنها إلزام للغير بالمحرم تكون محرمة. و لكن حرمتها بهذا العنوان كحرمتها بسائر العناوين الطارئة عليها لا تكون موجبة لفسادها.

و لا- يخفى ما فيه فان الشرط فى مثل التخميم من الأعمال ليس بنفسه إلزاماً للغير، بل هو التزام على نفسه للغير، و إذا تم هذا الالتزام يكون للغير حق إلزامه، فيكون الإلزام من آثار صحة الشرط لا نفس الشرط الذى لا حرمة فيه الا وضعا. نعم هو قسم من التجرى، و الحاصل أن الإلزام فى شرط الأعمال فعل للمشروط له و خارج عن أصل المعاملة و شرطها، و اثر لتمام الشرط فيها، فلا يترتب فيما إذا لم يتم الشرط، كما إذا كان المشروط عملاً محرماً.

(١) كأنه (ره) يريد دفع ما يمكن ان يقال من أنه قد ورد المنع فى رواية جابر المتقدمة عن إيجار البيت لبيع فيه الخمر، و قد حمل (ره) تلك الرواية على صورة الاشتراط بان يشترط فى إيجارها استيفاء منفعة البيت ببيع الخمر فيها، أو أن يجعل تلك المنفعة ركناً، بان يكون متعلق التملك فى الإجارة خصوص قابلية البيت لبيع الخمر فيه و لا- يرضى (ره) ان يحمل على الاشتراط ما ورد فى بيع الخشب ممن يصنعه صنماً أو صليباً، فما الفرق بينهما؟ و أجاب بالفرق بينهما و ان الاشتراط فى مثل بيع الخشب بعيد عن المسلم، بخلاف اجارة البيت لبيع الخمر أو إحرازها فيه، بان يجعل بيعها فيه أو إحرازها ركناً فى عقد الإجارة أو شرطاً فيه، فان صدور هذا النحو من الإيجار من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٤

مع أن الجزء أقبل للتفكيك بينه و بين الجزء الآخر (١)

[و يحرم المعاوضة على الجارية المغنية]

و يحرم المعاوضة على الجارية المغنية (٢)

المسلم غير بعيد، كما إذا كانت الأجرة في مقابل تلك المنفعة زائدة على أجره سائر منافعها، و بما أن السائل يحتمل حرمة هذا الإيجار و فساده فسأل الإمام (ع) عن حكمه.

(١) كأنه (ره) يريد بيان وجه بطلان المعاملة رأسا في مورد اشتراط صرف المبيع في الحرام، مع أن المفروض أن للمبيع منفعة محللة مقصودة. و حاصل الوجه أنه قد تقدم في بيع آلات القمار و نحوها بطلان المعاملة رأسا و عدم انحلالها إلى المعاملة على الهيئة و المعاملة على المادة، حتى تبطل الاولى و تصح الثانية، مع أن كلا من الهيئة و المادة جزء الشيء، و انحلال المعاملة على الكل إلى المعاملة على الأجزاء أولى مما نحن فيه، مما تكون المعاملة جارية على الشرط و المشروط. و المراد بالشرط المنفعة المحرمة و بالمشروط نفس الشيء.

و بعبارة أخرى لا يكون مع بذل الثمن على الشيء بلحاظ منفعته المحرمة انحلال في المعاملة لتبطل بالإضافة إلى الشرط، و تصح بالإضافة إلى أصل المشروط (أقول): هذا الكلام باطل و السرف في ذلك أن الثمن في البيع لا يقع بإزاء الشرط أو المنفعة من غير فرق بين المحلل منهما أو المحرم، و لذا لا- يثبت مع تخلف الشرط أو المنفعة إلا الخيار لا تبعض الثمن. و على ذلك ففي مورد بطلان الشرط الذي في نفسه التزام آخر غير أصل البيع لا موجب لبطلان نفس البيع، و هذا بخلاف صورة كون الهيئة مما لا يتمول شرعا، كآلات القمار، فإنه لا يمكن فيها تصحيح البيع بالإضافة إلى المادة بعد بطلانه بالإضافة إلى الهيئة، لما تقدم من ان الثمن في بيعها يقع بإزاء الهيئة و المادة بما هما شيء واحد، فلا يصح البيع بالإضافة إلى أحدهما بعد بطلانه بالإضافة إلى الآخر فلاحظ و تدبر.

(٢) حاصل ما افاده (ره) أنه إذا كانت في العين صفة يقصد منها الحرام ككون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٥

.....

الجارية مغنية و العبد ماهرا في القمار أو السرقة فليبيع صور ثلاث.

(الاولى) ما إذا جرت المعاملة على تلك العين و لوحظ فيها الوصف المزبور بان زيد الثمن باعتباره، و يجعل ذلك الوصف شرطا في تلك المعاملة ففي هذه الصورة يحكم ببطلانها باعتبار أن تقسيط الثمن على الوصف غير متعارف، و انما يكون الوصف داعيا إلى زيادة الثمن، فيكون أخذ ذلك الثمن بإزاء تلك العين المشروط فيها الوصف المزبور من تملكه بالباطل.

(الثانية) ما إذا اشترى الجارية المغنية بما هي جارية أى لم يشترط في بيعها كونها مغنية، بحيث لو فرض عدم ثبوت الوصف فيها واقعا لم يثبت في اعتبار المتعاملين للمشتري خيار تخلف الوصف، ففي هذه الصورة يصح البيع حتى فيما إذا كان الوصف داعيا إلى شرائها، بل و بذل ثمن زائد عليها، حيث أن مع عدم اشتراط وصف كونها مغنية لا يكون أخذ الثمن بإزائها من أكله بالباطل.

(الثالثة) ما إذا جعل كونها مغنية شرطا في المعاملة و زيد ثمنها باعتبار الوصف، إلا أنه لم يقصد الحرام من ذلك الوصف بل جعله شرطا باعتبار أنه وصف كمال قد يصرف في المحلل، بان يكون منشأ للحلال، كالغناء في الأعراس، ففي هذه الصورة مع كون المنفعة المحللة المترتبة على الوصف مقصودة للعقلاء و لم تكن نادرة فلا بأس بالبيع المزبور.

و أما إذا كانت نادرة فهل يكون الوصف المشروط المترتب عليه المنفعة الغالبة المحرمة مع المنفعة النادرة المحللة على الفرض، كالعين التي لها منفعة غالبية محرمة و منفعة نادرة محللة، بان لا يجوز البيع بمجرد تلك المنفعة النادرة أو أنه لا بأس باشتراط الوصف

المزبور، ولا- يقاس الوصف بالعين؟ ذكر (ره) ان الأقوى عدم الإلحاق و الحكم بصحة بيع الجارية المغنية مع شرط كونها مغنية بلحاظ أنها صفة كمال تصرف في الحلال و لو نادرا. و ما ورد من أن ثمن الجارية المغنية سحت منصرف إلى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٦

[يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا]

إشارة

يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا (١)

الغالب يعنى إلى البيع في الصورة الاولى، و وجه القوة أن الجارية لها منفعة مقصودة محللة كالاتمتاع بها و اشتراط كونها مغنية انما توجب كون المأخوذ في مقابلها أكلا- للمال بالباطل، فيما إذا كان المقصود من الصفة هو الحرام و مع عدم قصد الحرام لا توجب ذلك، و هذا بخلاف ما إذا لم يكن في العين إلا المنفعة المحللة النادرة غير الملحوظة عند العقلاء، حيث يكون أكل الثمن بإزائها من أكله بالباطل.

(أقول) إذا لم يكن الوصف من الأوصاف المقومة للمبيع يكون الثمن في المعاملة بإزاء نفس العين، حتى في صورة اشتراطه في المعاملة، و ليس شرط الوصف قيما للمبيع، بل كما هو المقرر في محله التزام آخر غير أصل المعاملة، و حقيقة اشتراط الوصف هو جعل المشتري الخيار لنفسه في صورة تخلف ذلك الوصف، و لو فرض بطلان هذا الجعل، فلا بأس بشمول أحل الله البيع لأصل المبادلة، و كيف يكون أخذ الثمن بإزاء الجارية من أكله بالباطل، مع أن الجارية- المفروض وقوع تمام الثمن بإزائها في نفسها- من الأموال.

و الحاصل أن الحكم بالبطلان في المقام على خلاف القاعدة و للنص الوارد في أن ثمن الجارية سحت. و النص المزبور يعم الصورة الثالثة أيضا. و دعوى انصرافه إلى الصورة الأولى فقط بلا وجه. نعم لا يعم الصورة الثانية لظهوره في بيع الجارية المغنية بما هي مغنية، و في تلك الصورة يكون بيعها بما هي جارية كما لا يخفى. و على ذلك، فإن أمكن الاطمئنان بعدم الفرق في الحكم بين بيع الجارية المغنية و بين مثل بيع العبد الماهر في القمار يتعدى عن مورد النص و إلا فيقتصر على مورده.

(١) تعرض (ره) أولا- لما إذا باع مثلا العنب ممن يعمله خمرا و يكون داعيه إلى بيعه منه تخميره، و نفى في هذه الصورة الاشكال و الخلاف في حرمة البيع، و ظاهر الحرمة عند إضافتها إلى البيع، و ان كان هو الفساد، إلا أن تعليلها يكون البيع إعانة على الإثم قرينة على كون المراد هو التكيليف. ثم تعرض لما إذا باع العنب مثلا إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٧

.....

ممن يعمله خمرا من غير أن يكون داعيه إلى بيعه منه تخميره، بحيث يبيعه منه حتى لو لم يعمله خمرا، و ذكر أن الأكثر في هذا الفرض على الجواز لبعض الأخبار، كصحيحة عمر بن أذينة، قال: «كتبت إلى أبي عبد الله (ع) أسأله عن رجل له كرم، أبيع العنب و التمر ممن يعلم أنه يجعله خمرا أو سكرًا؟ فقال: إنما باعه حلالا في الإبان الذي يحل شربه أو أكله فلا بأس ببيعه» (١) و رواية أبي كهمس، قال: «سأل رجل أبا عبد الله (ع) عن العصير، فقال: لى كرم و أنا أعصره كل سنة و اجعله في الدنان- إلى ان قال (ع)- هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا» (٢) و نحوهما غيرهما و في مقابلهما صحيحة ابن أذينة و معتبرة عمرو بن حريث، و في الأولى: «كتبت إلى أبي عبد الله (ع) عن رجل له خشب، فباعه ممن يتخذه صلبانا قال: لا» (٣) و في ثانيهما، قال: «سألت أبا عبد الله

(ع) عن التوت أبيع من يصنع الصليب و الصنم؟ قال: لا، «٤» و عن بعض الجمع بين الطائفتين بحمل الناهية على صورة اشتراط المنفعة المحرمة على المشتري و المجوزة على غير صورة الاشتراط. و أورد (ره) على ذلك بأنه بعيد فإنه لا يكون للمسلم داع فيما إذا باع شيئاً الى ان يشترط على مشتريه استعماله فى الحرام ثم يسأل الإمام (ع) عن ذلك، فلا يمكن حمل صحيحة ابن أذينة و نحوها على ذلك، و ذكر (ره) وجهين آخرين فى الجمع بينهما (الأول) حمل الناهية على الكراهة بشهادة صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) أنه «سئل عن بيع العصير ممن يصنعه خمرًا، فقال يبعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب الى، و لا أرى بالأول بأساً» «٥» حيث أن التعبير عن ترك البيع بالأحب و نفي البأس بعده قرينه على

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٥)
- (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث (٦)
- (٣) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٤١) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١)
- (٤) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٤١) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٢)
- (٥) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٥٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٨

فقد يستدل على حرمة البيع (١)

الكراهة و الثانى الالتزام بالمنع و التحريم فى بيع الخشب ممن يصنعه صليبا أو صنما كما هو مفاد الطائفة الثانية و بالجواز فى غيرهما، و قال: إن هذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولاً بالفصل يعنى تفصيل فى المسألة لو لم يكن خرقاً للإجماع المركب. (أقول) المتعين هذا الوجه و حمل الجواز على كونه بنحو الكراهة غير ممكن و ذلك فإنه قد ورد فى صحيحة رفاعه قوله (ع): «ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شراباً خبيثاً» «١» حيث لا- يمكن الالتزام باستمراره (ع) على ارتكاب المكروه، بل لا- يمكن ذلك حتى فى صحيحة عمر بن أذينة فإنه ذكر (ع) فيها جواز بيع الخشب ممن يصنعه برابط ثم منع عن بيعه ممن يعمل صنماً أو صليبا. و الحاصل أن المتعين هو الوجه الأخير يعنى ان بيع الشئ ممن يجعله هيكل عبادة صنماً أو صليبا لا يجوز تكليفاً كما مر، بخلاف البيع فى غير ذلك فإنه جائز بلا كراهة، نعم يستحب اختيار المشتري الذى يصرف الشئ فى الحلال كما هو مقتضى التعبير بصيغة التفضيل فى صحيحة الحلبي المتقدمة التى جعلها (ره) شاهدة الجمع بين الطائفتين.

(١) قد يقال: إن الاخبار المجوزة لا يمكن الأخذ بها، بل لا بد من إرجاع علمها إلى الأئمة عليهم السلام، فان جواز بيع مثل العنب ممن يعلم أنه يصنعه خمرًا مخالف لحكم العقل القطعى و للكتاب المجيد. أما العقل، فإنه يستقل بقبح إعانة الغير فى جرمه و تهية المقدمة له، و إن شئت قلت إن تهية المقدمة للجرم الصادر عن الغير بنفسه جرم و لذا يؤخذ الشخص بها فى المحاكم الدولية و فى القوانين الدارجة عند العقلاء، حتى فيما لو فرض عدم صدق التعاون على ذلك الجرم، ألا ترى أن من أعان السارق و هيا له الأسباب يحكم عليه فى تلك المحاكم بالجزاء. و قد ورد فى الشرع أيضاً- فيما لو أمسك أحد شخصاً و قتله الآخر و راهما ثالث- أن القاتل يقتل،

- (١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٥٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٨)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٨٩

والممسك يحبس و الناظر تشمل عيناه. و الظاهر عدم الفرق بين ما كانت تهيئة المقدمات بداعى توصل الغير الى الجرم و الحرام أو غيره، مثلا تسليم السلم الى السارق و بيعه منه قبيح، حتى و إن لم يكن التسليم بداعى وصول السارق الى جرمه. نعم القبح فى صورة كون داعيه وصوله إليه أوضح.

و الحاصل أن حكم العقل بقبح تهيئة مقدمة الحرام الصادر عن الغير كاف فى كشف عدم جوازه شرعا (أقول): الظاهر أنه اشتبه على هذا القائل الجليل مسألة منع الغير عن المنكر الذى يريد فعله، و مسألة إعانة الغير على الحرام يعنى فعل المكلف ما هو مقدمة للحرام الصادر عن الغير، حيث أن منع الغير عن المنكر مع التمكن منه واجب.

و يمكن الاستدلال على وجوبه بحكم العقل باستحقاق الذم فيما إذا ترك المنع مع التمكن منه و لزوم منعه عن جرمه مع التمكن منه هو المراعى فى تلك القوانين الدارجة عند العقلاء، كما إذا باع السارق سلما مع علمه بان السارق يستعمله فى سرقة الأموال، فلا يؤخذ على بيعه فيما إذا ثبت أنه لم يكن يترتب على ترك بيعه ترك سرقتها، كما إذا كان السارق فى بلد يباع فى جميع أطرافه السلم، بحيث لو لم يبع هذا السلم منه لأخذ السلم من غيره، و لو ممن لا يعرفه بأنه سارق، و فى مثل ذلك لا يؤخذ البائع ببيعه بل يقبل اعتذاره عن البيع بما ذكر، مع ثبوته. و ما ذكر من الرواية ناظر الى هذه الجهة، و إلا لم يكن وجه لتسميل عيني الناظر، فإنه لم يرتكب الجرم و لم يساعد عليه، بل إنما لم يمنع عن القتل، و لا بعد فى كون الجزء لعدم المنع مختلفا بأنحاء عدم المنع.

و على الجملة حكم العقل و المراعى فى بناء العقلاء هو التمكن من منع الغير عما يريد من الجرم، و نلتزم بذلك ايضا و نقول بعدم جواز بيع الخشب أو العنب فيما لو لم يبيعهما من المشتري المزبور لما يكون فى الخارج خمرا أو آله قمار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٠

.....

و أما إذا أحرز أنه لو لم يبيعه لا يشتري من غيره، فمثل ذلك يدخل فى مسألة إعانة الغير على الحرام. و لا دليل على قبح هذه الإعانة و لا على حرمتها إلا فى مورد الإعانة على الظلم، فإنها غير جائزة شرعا، كما سيأتى.

و يظهر ايضا جوازها فى غير ذلك المورد من بعض الروايات كموثقة ابن فضال قال: «كتبت الى ابي الحسن الرضا (ع) أسأله عن قوم عندنا يصلون و لا يصومون شهر رمضان، و ربما احتجت إليهم يحصدون لى، فإذا دعوتهم الى الحصاد لم يجيبونى حتى أطمعهم، و هم يجدون من يطعمهم، فيذهبون إليهم و يدعونى، و أنا أضيق من إطعامهم فى شهر رمضان، فكتب بخطه أعرفه أطمعهم» (١) و حملها على صورة الاضطرار إلى الإطعام لا تساعده قرينه، فإن المذكور فى الرواية احتياج المعطى الى عملهم، و الحاجة غير الاضطرار الراجع للتكليف، كما ان حملها على صورة كونهم معذورين فى الإفطار يدفعه إطلاق الجواب و عدم الاستفصال فيه عن ذلك.

و أما مخالفة تلك الاخبار للكتاب المجيد، فقد قيل أنها تخالف قوله سبحانه:

وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ (٢) و هذا الوجه على تقدير تماميته لا يقتضى الا حرمة البيع المزبور تكليفا لإفساده وضعا، حيث أن انطباق عنوان محرم على المعاملة مساوق لتعلق النهى بها، و لكن النهى عن المعاملة لا يقتضى فساده. و أورد على الوجه المزبور بأمر، (الأول) - أن النهى فى الآية لا يكون تحريما بل يناسب التنزيه و قد ذكر فى مقابل الأمر بالتعاون على البر و التقوى و لا ريب فى ان البر و التقوى غير واجبين بإطلاقهما فضلا عن التعاون عليهما (أقول): هذا الإيراد ضعيف غايته، لما ذكرنا فى الأصول من أن قيام قرينه على رفع اليد عن ظهور بعض الخطاب لا يوجب رفع اليد عن ظهور بعضه الآخر، و فى المقام أيضا الأمر ظاهر فى الوجوب و النهى ظاهر

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٧) الباب: (٣٦) من أبواب أحكام شهر رمضان، الحديث: (١)

(٢) سورة المائدة (٥) الآية (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩١

.....

في التحريم، و لكن قد علم أن متعلق الأمر في الآية غير واجب، و باعتبار القرينة نرفع اليد عن ظهوره. و اما رفع اليد عن ظهور النهي في التحريم فهو بلا وجه.

(الأمر الثاني)- و هو الصحيح كما ذكرنا سابقا أن التعاون على الإثم غير الإعانة عليه و المستفاد من الآية حرمة الأول لا الثاني، و التعاون على الإثم عبارة عن اجتماع اثنين أو أكثر على إيجاد الحرام، كما إذا اجتمع جماعة على هدم مسجد أو قتل شخص أو غير ذلك مما يكون فيه كل بعض معينا للبعض الآخر في تحقيق ذلك العمل. و أما إذا كان الحرام صادرا عن الغير فقط، و الذي يفعله هذا الشخص دخيل و مقدمة للحرام الصادر عن ذلك الغير، كما إذا اعطى الخشب لمن يريد صنع آلة القمار أو الغناء، فهذه اعانة على الإثم و لا دلالة في الآية المباركة على حرمتها. نعم لا شبهة في حرمة إعانة الظالم على ظلمه، فان ذلك مقتضى غير واحد من الروايات ففي صحيحة أبي حمزة عن علي بن الحسين: «إياكم و صحبة العاصين و معونة الظالمين» (١) و في رواية الحسين بن زيد عن الصادق- عليه السلام- قال: «ألا و من علق سوطا بين يدي سلطان جعل الله ذلك السوط يوم القيامة ثعبانا من النار طوله سبعون ذراعا» (٢).

(الأمر الثالث) ما أشار إليه المصنف (ره) بقوله: (و قد يستشكل في صدق الإعانة) و حاصله أنه يعتبر في صدق الإعانة على الإثم على فعل المكلف قصده الحرام، بأن يكون داعيه الى ذلك الفعل توصل الغير و وصوله الى الحرام. و المفروض في مثل مسألة بيع العنب ممن يعلم أنه يعمل خمرًا عدم قصد البائع ذلك، بل قصده و داعيه الى البيع هو حصول ملك العنب للمشتري، سواء صرفه في الحلال أو الحرام. و ربما يضاف الى اعتبار قصد الحرام اعتبار تحقق ذلك الحرام من الغير، و إلا فلا يكون فعل الشخص إعانة للغير على الحرام، بل القصد إلى الإعانة و هو من التجري، كما

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٢

.....

لا يخفى.

و ناقش المصنف (ره) في هذا الأمر (أولا) بأنه لا يعتبر في صدق عنوان الإعانة على الحرام على فعل الشخص تحقق الحرام من الغير، و لو حصل الحرام منه لم يتعدد عقاب الشخص من جهة التجري و من جهة اعانة الغير على الحرام. و الحاصل ان الفعل من الشخص بقصد حصول الحرام من الغير اعانة لذلك الغير على الحرام حصل ذلك الحرام أم لا.

(ثانيا) بأنه يظهر من كلام الأكثر عدم اعتبار القصد المزبور أيضا في صدق عنوان الإعانة على الحرام. مثلا ذكر الشيخ (ره) في المبسوط في الاستدلال على وجوب بذل الطعام لمن يخاف تلفه قوله (ص): (من أعان على قتل مسلم و لو بشرط كلمة جاء يوم القيمة مكتوبا بين عينيه هذا آيس من رحمة الله) حيث ان الممسك لطعامه لا- يكون داعيه الى الإمساك قتل الآخر، و ايضا استدلال في

التذكرة على حرمة بيع السلاح من أعداء الدين بان في البيع اعانة على الظلم أى على ظلمهم على أهل الدين، مع أن البائع لم يقصد من بيعه ذلك. و استدلال المحقق الثاني على حرمة بيع العصير المنتجس ممن يستحله بان بيعه منه اعانة على الإثم، مع ان غرض البائع من بيعه منه ليس شرب المشتري. و يظهر عدم اعتبار القصد ايضا من بعض الاخبار كما ورد في أكل الطين (من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه) مع أن داعي الإنسان إلى أكله لا يكون موته، و من هذا القبيل بعض الاخبار الواردة في أعوان الظلمة.

(أقول): لا- ينبغى الارتياح في أنه يعتبر في صدق عنوان الإعانة على الحرام على عمل المكلف و إتيانه بالمقدمة صدور الحرام من الغير، و الا فيكون الإتيان بها مع اعتقاده حصول الحرام تجريا، و كيف يكون اعانة للغير على الحرام، مع أن الغير لم يفعل الحرام على الفرض. نعم في كون التجري موجبا لاستحقاق العقاب كالعصيان كلام آخر. و أما اعتبار القصد في صدق الإعانة على الحرام على فعل المقدمة، فإن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٣

[إعانة الغير على المحرم]

و قال المحقق الأردبيلي في آيات أحكامه (١)

أريد الإتيان بالمقدمة لتوصل الغير بها الى الحرام، فهذا غير معتبر قطعاً، بل يكفي في صدقها إحراز أن الغير يتوصل بها الى الحرام. و الحاصل أن عنوان الإعانة على الإثم لا يزيد على سائر الأفعال التي يعتبر في صدقها أو تعلق الحكم بها التعمد، كما إذا علم المكلف في نهار شهر رمضان أنه لو ذهب الى المكان الفلاني يصب الماء في حلقه، و أنه لو القى نفسه من الشاهق لارتطمس في الماء يكون أكله أو ارتماسه تعمدياً و مفطراً للصوم.

(١) ذكر المحقق الأردبيلي في كتابه (آيات الأحكام) أنه لا يعتبر في صدق الإعانة على الحرام على فعل شخص خصوص القصد أى كون داعيه الى ذلك الفعل وصول الغير الى الحرام، بل ربما تصدق عرفاً بدون ذلك القصد، كما في إعطاء العصا للظالم فيما إذا أراد ضرب المظلوم، و لكن لا- يصدق العنوان المزبور على تجارة التاجر فيما إذا علم بان العشار سوف يأخذ منه العشور، و لا على الحاج فيما إذا علم أنه يأخذ منه الظالم المال في الطريق و نحو ذلك، كما لا يصدق على بيع العنب ممن يعلم انه يصنعه خمراً أو الخشب ممن يصنعه آلة قمار، و لذا ورد في الروايات الصحيحة جواز ذلك.

و أورد عليه المصنف (ره) بأنه لا فرق في صدق الإعانة على الحرام بين إعطاء العصا للظالم مع إرادته ضرب المظلوم، و بين بيع العنب ممن يعلم أنه يعمل خمراً أو يبيع الخشب ممن يصنعه آلة القمار، حيث أن في كل منهما يحصل بفعل المكلف أمر يمكن للغير صرفه في الحرام أو الحلال، مع علم المكلف بصرف ذلك الغير في خصوص الحرام، فدعوى الفرق بين إعطاء العصا في الفرض و بين بيع الخشب أو العنب ممنوعة. نعم فرق بينهما و بين مسألة تجارة التاجر أو مسير الحاج في صدق الإعانة على الأولين دون الأخيرة، و ذلك فإن داعي المكلف في الأولين إلى فعله هو تمكين الغير و الإتيان بأمر له، بخلاف تجارة التاجر، فان داعيه الى تجارته كسب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٤

فإذا بنينا على أن شرط الحرام حرام مع فعله توصلنا الى الحرام (١)

المال لنفسه لا- للعشار. نعم يعلم بأنه يأخذ من ذلك المال ظلماً. و بعبارة أخرى لا يكون في مثال التجارة أو السفر للحج غرض المكلف الى الفعل وصول الغير الى الحرام، و لا وصول الغير الى ما هي مقدمة لذلك الحرام، بخلاف الأولين فإن الداعي فيهما أى الغاية وصول ذلك الغير الى مقدمة الحرام كما لا يخفى.

(١) غرضه من هذا الكلام توجيه صدق الإعانة على الحرام على فعل البائع وبيعه المبيع ممن يصرفه في الحرام حتى فيما لو قيل في صدق الإعانة على بيعه باعتبار القصد أي كون الداعي إلى بيعه وصول المشتري إلى الحرام. وحاصل التوجيه أن تملك المشتري العنب مثلاً بقصد تخميره في نفسه حرام، كما أن تخميره حرام آخر، وكذا شربه، فيكون بيع البائع لغرض تملك المشتري العنب إعانة للمشتري على شرائه المحرم. نعم لو لم يكن المشتري حال الشراء قاصداً تخميره، ولكن علم البائع بأنه يبدو له ذلك، وأنه سوف يريد تخميره لا يكون بيع العنب منه إعانة على الشراء المحرم، لعدم حرمة الشراء في الفرض. ومن هذا القبيل شراء الفساق الطعام، فإنهم لا يريدون حين شرائه التقوى به على الحرام والفسق، بل يريدون الفسق والفجور بعد تملكهم أو تناولهم ذلك الطعام، فلا يكون بيعه منهم إعانة على الشراء المحرم.

ولكن يرد على هذا التوجيه أنه لا يصح إلا فيما إذا دل دليل خاص على حرمة الشراء بقصد التوصل إلى الحرام، ولا يبعد قيامه في تملك العنب بقصد تخميره، حيث يقتضيه فحوى لعن غارس الخمر. وأما في غيره كشراء الخشب بقصد صنعه آلة القمار مثلاً فليس في الشراء إلا التجري، والتجري يكون بقصد صنع آلة القمار.

ومن الظاهر أن بيع البائع ليست إعانة للمشتري على تجريبه أي قصده صنع آلة القمار.

(لا يقال) نفس الشراء وإن لم يكن تجريباً إلا أنه مقدمة للتجريب فيكون محرماً باعتبار كونه مقدمة له، ويكون بيع البائع إعانة على ذلك الشراء المحرم المفروض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٥

فافهم (١) إلا أن يريد الفحوى (٢) ثم انه يمكن التقصير (٣)

كونه مقدمة للتجريب (فإنه يقال) إنما تكون مقدمة الحرام محرمة فيما إذا قصد الفاعل التوصل بها إلى الحرام. وفيما نحن فيه لا يمكن للمشتري قصد التوصل بالشراء إلى تجريبه، حيث أن لازم ذلك أن يكون تجريبه أي قصده صنع آلة القمار مثلاً ناشئاً عن قصد آخر، وهذا يستلزم التسلسل كما هو المقرر في محله.

(١) لعله إشارة إلى أنه لو كان التجري بإرادة فرضاً لما كان نفس الشراء محرماً أيضاً لأن متعلق الحرمة على الفرض هو الشراء مقيداً بقصد التوصل إلى التجري، لا نفس الشراء مطلقاً. والتجري ليس بمحرم، شرعاً حتى تكون مقدمته محرمة، بل غاية الأمر كونه موجباً لاستحقاق الذم والعقاب، كما لا يخفى.

(٢) لم يظهر وجه الفحوى، فإن حرمة الإعانة على قتل مسلم أو الإضرار به لا يلازم وجوب إنقاذ حياته أو دفع الضرر عنه، وبذل الطعام في المثال إنقاذ للحياة، فتركه يكون تركاً للإنقاذ، لا إعانة على الهلاك.

(٣) وهذا بيان ضابط آخر لصدق عنوان الإعانة على الحرام، وحاصله: أنه إذا لم يكن داعي المكلف إلى فعله -بيعاً كان أو غيره- توصل الغير به إلى الحرام، بل كان داعيه إلى فعله تحقيق نفس ما هي مقدمة للحرام الذي يعلم بإرادة الغير إياه، كما إذا كان غرضه من بيعه تملك المشتري الخشب أو العنب، ولكن مع علمه بأنه سوف يعمل أو يصنع خمراً أو آلة القمار، ففي مثل هذا المورد مع عدم الفائدة المترتبة على تلك المقدمة الأمر المحرم فقط أي المحرم الذي يريده الغير، كما في إعطاء السوط أو السيف للظالم الذي يريد ضرب الآخر أو قتله يكون الإتيان بالمقدمة إعانة للغير على المحرم، فلا يجوز. وأما إذا لم تكن الفائدة المترتبة على تلك المقدمة منحصرة بالحرام عرفاً حتى حال الإتيان بها، فلا يكون مجرد الإتيان بها حتى مع العلم بأن الغير يستفيد منها الحرام داخل في عنوان الإعانة على الإثم نعم. لو كان داعيه إليها توصل الغير بها إلى المحرم لدخل في العنوان المزبور بلا كلام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٦

و الحاصل أنه لو أحرز في مورد أن الفائدة المترتبة على المقدمة منحصرة بالحرام عرفا كان الإتيان بها محرما باعتبار كونها إعانة على الإثم، و كذا ما إذا كان داعي الفاعل توصل الغير بها الى المحرم، و الا فلا موجب للحكم بحرمة المقدمة لعدم إحراز كونها إعانة على الإثم.

(أقول) لعل هذا الكلام عين ما تقدم عن الأردبيلي (قدس سره) فلا وجه لعهده تفصيلا آخر كما لا يخفى. و الصحيح في المقام أن يقال: إن إعانة الغير على عمله عبارة عن تقليل الكلفة عنه في ذلك العمل بتهيئه مقدمته، فلا يكون الإتيان بالشئ إعانة له على ذلك العمل فيما إذا لم يكن تقليل الكلفة عنه، كما في تجارة التاجر أو مسير الحاج، فان هذا لا يكون تقليل كلفة الظلم الصادر من العشار أو الظالم، بل فيهما تكثير لكلفته كما لا يخفى، و كذا لا تحصل الإعانة فيما إذا كان العمل الصادر عن الغير متوقفا عليه عقلا، و لكن لا- يحسب ذلك الشئ مقدمة لذلك العمل، كما في بيع الطعام و نحوه لأهل المعاصي، فإن المعصية الصادرة عن الفاسق تتوقف عقلا على قوة جسمه و سلامته بدنه، إلا أن بيع الطعام منه أو إعطاءه له مجانا لا يحسب عرفا مقدمة لفسقه، و لذا يكون الفاسق بصدد تحصيل مثل الطعام حتى فيما إذا ندم و بنى على ترك فسقه. و هذا بخلاف ما إذا عد الشئ عرفا من مقدمات العمل الصادر عن الغير بحيث يكون في تحقيقها تقليل لكلفة ذلك العمل عنه كما في إعطاء العنب للخمار مجانا أو بعوض، حيث أن التخمر يتوقف عرفا على تحصيل العنب، و في بيعه منه تقليل لكلفه طلبه، و كما إعطاء السيف أو السوط للظالم مجانا أو بعوض، فان فيه تقيلا لكلفة تحصيلهما عنه.

ثم انه لا يكون صدق الإعانة على الإثم على فعل المقدمة موقفا على كون الداعي إلى فعلها توصل الغير بها الى ذلك الإثم، بل لا يعتبر العلم ايضا بتوصل الغير بها اليه، و لو احتمل توصله فمع تحقق الحرام من الغير يحصل عنوان الإعانة بفعل إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٧

و يمكن الاستدلال على حرمة بيع الشئ ممن يعلم انه يصرف المبيع في الحرام بان دفع المنكر كرفعه واجب (١)

المقدمة. نعم ما دام لم يحرز هذا التوصل بوجه معتبر يكون المكلف معذورا في تحقيق تلك المقدمة كسائر الموارد التي لا يحرز فيها عنوان الحرام بالشبهة الخارجية.

و مما ذكرنا ظهر أن بيع البائع العنب ممن يعمله خمرا أو الخشب ممن يصنعه آلة القمار اعانة للتخمر أو صنعة الحرام، و لو فرض الدليل على حرمة الإعانة على الإثم و العدوان تكون دلالة على حرمة الإعانة فيما إذا لم يكن الإثم ظلما على الغير نفسا أو عرضا أو مالا بالإطلاق، فيرفع اليد عن هذا الإطلاق بمثل الأخبار المتقدمة الظاهرة في عدم البأس بالإعانة في مثل بيع العنب مما لم يكن الفعل الصادر عن الغير ظلما على الغير، حيث أن الخطاب المزبور لا يزيد على سائر المطلقات التي يرفع اليد عنها بالمقيدات.

(١) حاصل الاستدلال أن دفع المنكر أي الفعل الحرام الصادر عن الغير كرفعه واجب على المكلفين، و المراد برفعه قطع استمراره فيما كان له استمرار، كما إذا جعل حمام بيته بحيث يصيب غسالته في ملك الغير، و المراد بالدفع الممانعة عن أصل صدوره و الحاصل أنه إذا كان الصادر عن الغير عملا- محرما يجب على السائرين منعه بقطع استمراره أو الممانعة عن صدوره، و بما أن هذا التكليف كسائر التكليف لا يتعلق بغير المقدور، فيكون الواجب هو المنع المقدور. و على ذلك، فلو كان المشتري المرید تخمير العنب حال شرائه بحيث لا يجد العنب على تقدير عدم بيع هذا البائع، ففي الفرض يكون البائع المزبور متمكنا على منعه عن التخمر بترك بيعه منه، فيجب. و أما لو كان بحيث لو لم يبع منه العنب لحصله من مصدر آخر و يحصل منه التخمر لا محالة، فلا يكون ترك البائع البيع منه منعا للمشتري عن التخمر حتى يجب.

(لا يقال) أنه لا فرق- على ذلك- في عدم جواز بيع العنب من المشتري بين كونه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٨

.....

مريدا للتخمين حال الشراء أو بدا له التخمين بعد شرائه، و كما لا يجوز البيع في الأول كذلك في الثاني، (فإنه يقال) لا يجب المنع عن المنكر في الثاني، بل إنما يجب فيما إذا كان الغير مريدا له حال المنع. و أما الذي سيهم بالمنكر بعد ذلك فلا دليل على وجوب تعجيزه فعلا، حتى لا يقصد المعصية بعد ذلك، حيث أن الدليل النقلى على وجوب منع الغير عن المنكر لا يدل على أزيد من ذلك، و العقل القاضى بوجوب اللطف يحكم بلزوم فعل ما يوجب قرب العباد الى الله سبحانه. و مما يوجب قربهم امتناعهم عن المنكر و لا يستقل على أزيد مما ذكر.

(لا- يقال) كما يحرم على البائع بيع العنب من المشتري المزبور كذلك يحرم بيعه منه على سائر الباعة فلا- يصح فى حكم العقل ارتكاب البائع المزبور الحرام و بيعه العنب منه معتذرا بأنه لو لم يبعه لباعه الآخر (فإنه يقال) ان هذا الكلام أى عدم صحة الاعتذار إنما يجرى فيما إذا كان العمل الواحد حراما على كل واحد من المكلفين مستقلا، و المراد بالعمل الواحد إخراج طبيعى الفعل عن العدم المعبر عنه بصرف الوجود، (مثلا) لا يصح لمكلف هدم مسجد اعتذارا، بأنه لو لم يهدمه لهدمه الآخرون. و أما إذا كان التكليف وجوبيا و متعلقا بإخراج الفعل الى الوجود، و كان الفعل بحيث لا يحصل خارجا بفعل مكلف واحد أو تركه، بل يحصل باجتماع جميعهم على الفعل أو الترك، كما إذا وجب حمل ثقيل من مكان الى آخر، و كان الحمل موقوفا على اجتماع اثنين أو أكثر على رفعه، ففي هذه الصورة لا يجب على المكلف إلا الرفع المقدور، و الرفع المقدور له هو الرفع الضمنى لا الاستقلالى، و إذا فرض عدم شركة آخر فى رفعه لما وجب عليه رفعه، لان رفعه فى هذا الفرض غير مقدور له، و الوجوب لا يتعلق بغير المقدور. و الأمر فى المقام كذلك، فان التكليف- و هو وجوب منع الخمار عن المنكر- يحصل باجتماع جميع باعة العنب على ترك بيعه منه.

و بعبارة أخرى المقدور من المنع لهذا البائع هو ترك بيع العنب منه عند ترك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٩٩

.....

السائرين يبعه منه، و على ذلك فيجوز له البيع مع إحرازه أنه لو لم يبعه لباعه الآخر، و الوجه فى الجواز عدم كون يبعه فى الفرض مخالفة لوجوب المنع عن المنكر.

و لو شك فى قيام السائرين بالمنع بتركهم البيع منه كان مرجع الشك الى كونه متمكنا فعلا على منع ذلك المشتري عن المنكر أولا، فإن قلنا بان مورد الشك فى القدرة على الواجب- كما ادعى- داخل فى قاعدة الاحتياط، فلا يجوز للمكلف البيع منه. و أما لو قلنا بأنه من موارد الشك فى التكليف، و أنه تجرى فيه أدلة البراءة إلا- مع إحراز القدرة بوجه معتبر، و لو كان ذلك الوجه المعتبر هو الاستصحاب كان المورد من موارد البراءة. و الظاهر من أول كلام المصنف (ره) جعله من موارد الرجوع الى البراءة، حيث قال: (ثم إن هذا الاستدلال يحسن مع علم البائع بأنه لو لم يبعه لم يحصل المنكر) كما أن ظاهر آخر كلامه جعله من موارد الاحتياط، حيث قال: (فان علم أو ظن أو احتمال قيام الغير بالترك وجب قيامه به أيضا).

(أقول): لا- بأس بالالتزام بدلالة الكتاب المجيد على وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و الدعوة الى فعل الخير اى فعل المعروف و ترك المنكر كفاية، قال عز من قائل وَ لَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ. «١» حيث أن ظاهر الأمر الوجوب و التعبير عن القائمين بالعمل بعده من المسلمين لا يناسب الوجوب العينى، بل ظاهره الوجوب الكفائى، و يشمل الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و الدعوة الى الخير صورة علم المدعوين بالحكم الشرعى و عدم قيامهم بالعمل، فلا

تختص الآية بوجوب تبليغ الأحكام الشرعية إلى الجاهلين بها، بل تعم المسألة المعروفة بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. والحاصل أن وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والدعوة إلى الخير كوجوب تبليغ أحكام الشريعة إلى الجاهلين بها كفاً، ويكون المقدار الواجب في الأمر والنهي هو المقدار المتعارف الواجب في تبليغ الأحكام، فلا يجب الفحص

(١) سورة آل عمران (٣) الآية (١٠٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٠

.....

عن تعيين الفاسق و تارك الخير حتى يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر بخصوصه.

و يدل على وجوب ما ذكرنا الروايات، نعم بعضها باعتبار ضعفها سنداً أو دلالة لا تصلح للاستدلال بها، ولا تصح دعوى استقلال العقل بوجوب النهي. وما ذكره المصنف (ره) من حكمه بلزوم اللطف لا نفهمه، فإنه يكفي في إتمام الحجّة على العباد تبليغ الأحكام إليهم وإعلامهم بما أوعده الله به الطغاة والعصاة.

هذا بالنسبة إلى المنع القولي وأما المنع الخارجي في مقابل المنع الإنشائي والقولي، فلا دليل على وجوبه لا عقلاً ولا نقلاً، إلا أنه ربما يقال باستفادته وجوبه من فحوى دليل النهي عن المنكر، بدعوى كون ملاك وجوب النهي عن سد طريق الفساد والمنع عن حصوله خارجاً، وفيه أنه لا يمكننا استفادته وجوبه فيما إذا كان المنع المزبور ملازماً أو موقوفاً على ارتكاب عمل لا يجوز ذلك العمل بمقتضى سائر الأدلة الشرعية، كما إذا كان منع شخص عن الإفطار في نهار شهر رمضان موقوفاً على دخول بيته بدون إذنه و رضاه، أو موقوفاً على ترك بعض الصناعات الواجبة ولو بنحو الكفاية، كما إذا كان المنع المزبور موقوفاً على ترك بيع الطعام من جميع الناس أو غير ذلك، بل يمكن أن يقال بعدم وجوب المنع مطلقاً، حيث لم يظهر من أدلة النهي عن المنكر أن تمام ملاك وجوبه دفع الفساد حتى يمكن التعدي، كما يقال بأنه لم يظهر من دليل اعتبار خبر العدل أن تمام ملاك اعتباره هو الظن الحاصل منه حتى يوجب ذلك الالتزام باعتبار سائر الظنون.

نعم بعض الأمور الفاسدة والمنكرات التي نعلم بعدم رضا الشارع بحصولها خارجاً بأي حال حتى فيما إذا حصل الفساد من غير المكلف كرواج القمار وشرب الخمر علناً وقتل النفوس ونهب الأموال وسائر أنواع الفساد مما يختل به نظام اجتماع المسلمين، فيجب منعها قولاً وعملاً، وفيما إذا كان منعها موقوفاً على ارتكاب أمر لا يجوز ذلك الأمر بمقتضى الأدلة الشرعية يكون المقام من المتزامين،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠١

لتعلق النهي بما هو خارج عن المعاملة (١) ويحتمل الفساد لإشعار قوله (ع) في رواية تحف العقول (٢)

فيجب فيهما رعاية الأهم أو محتمل الأهمية.

ثم إنه على القول بوجوب النهي عن المنكر فيما إذا لم يتوقف على ارتكاب الحرام، لا فرق في وجوبه بين من يهمل بالمعصية حال المنع، وبين من يهمل بها بعد ذلك، حيث أن مقتضى الآية المباركة وجوب النهي عن المنكر في كلتا صورتين، ويستفاد وجوب المنع عنه فيهما من فحواها، نعم الرواية التي أشار إليها المصنف (ره) من قوله (ع): (لو لا أن بنى أمية وجدوا من يجبي لهم الصدقات ويشهد جماعتهم ما سلبوا حقنا) لا دلالة فيها على ذلك. حيث أن كون الشخص من أعوان الظلمة في نفسه من المحرمات حتى فيما إذا لم يعد من أعوانه في ظلمة، بل في سائر أموره، فهي ناظرة إلى ذلك لا إلى عدم جواز العمل فيما يكون سبباً لإرادة الغير المعصية

بعد ذلك.

(١) لا يخفى أن النهي عن معاملة بمعنى تحريمها تكليفا لا يقتضى فسادها حتى فيما إذا تعلق النهي بنفس المعاملة، كما ذكرنا ذلك في شراء العنب بقصد تخميره أو بيعه بداعي تخمير المشتري، ولا يختص بما كان بعنوان آخر كعنوان الإعانة على الإثم أو عنوان المسامحة في المنع عن المنكر. والوجه في عدم اقتضائه مطلقا هو أن النهي عن المعاملة منع عن إيجادها، وصحتها بعد إيجادها أى مضائها أمر آخر لا ينافي النهي عن الإيجاد.

(٢) لعل مراده أن المذكور في حديث تحف العقول من ملاك فساد البيع وأن لم يعم المقام، إلا أنه لا يخلو عن الإشعار إليه (بيان ذلك): أن المراد بحرمة البيع في الحديث المزبور فساد كما هو ظاهر تحريم المعاملة، والمذكور فيه من ملاك فساد كونه المبيع منهيًا عنه في خطاب الشرع، كتحریم الميتة والدم ونحوهما.

وبعبارة أخرى لا تتعلق الحرمة ثبوتًا بغير الفعل، ولكن الملاك في فساد بيع الشيء ليس مجرد حرمة الفعل والانتفاع، بل تعلق الحرمة في الخطاب بنفس

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٢

.....

ذلك الشيء حتى يفيد حرمة جميع منافعه أو خصوص المقصودة منه، ووجه دلالة الحديث على هذا الملاك، هو أن المراد بالضمير في قوله فهو حرام محرم بيعه و شراؤه هي العين، إذ البيع لا يتعلق بغيرها، ويكون رجوعه -الى (كل منهي عنه) في قوله: (و كل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله أو يقوى به الشرك أو الكفر من جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحق) - قرينه على المراد من المرجع.

والحاصل أن هذا الملاك لا ينطبق على العنب حيث لم يتعلق به النهي في خطاب، بل المنهي عنه بيعه أو شراؤه بقصد تخميره. نعم الحديث لا يخلو عن إشعار إلى كون النهي عن الشيء موجبا لفساد بيعه لحرمة الانتفاع معه، وهذا الأمر موجود في المقام أيضا، حيث ان الانتفاع من العنب بالتخمير أو شراؤه أو بيعه بداعيه حرام، بل يجرى في مورد قصد المشتري التخمير، و كان بيع البائع منه لجهله بالحال و عدم علمه بأن المشتري يعمله خمرًا، حيث أن شراء المشتري باعتبار كونه انتفاعا محرما من العنب حرام، فيفسد، و بما أن البيع لا يتبعض بأن يصح من طرف البائع و يبطل من طرف المشتري فيحكم بفساده من الطرفين.

ومما ذكر يظهر أن المذكور في الحديث من ملاك فساد البيع لا يعم المقام حتى لو قيل بوجود فقرة أخرى في الحديث، كما في النسخة المطبوعة من تحف العقول الموجودة في أيدينا، وهي قوله: (أو باب من الأبواب يقوى به باب من الضلالة أو باب من أبواب الباطل) و وجه الظهور أنه سلمنا كون المراد بالباطل مطلق الانتفاع المحرم فرضًا، إلا أنه ليس مجرد حرمة الانتفاع ملاكًا، لفساد البيع، بل الملاك تعلق النهي بنفس العين، و العنب لم يتعلق به النهي في خطاب.

هذا مع أن وجود فقرة في مثل تحف العقول المطبوع لا يوجب الاعتماد عليها، بل لا بد من إحراز وجود تلك الجملة في رواية حسن بن شعبة الواصلة إلينا بطريق معتبر كما لا يخفى (لا يقال): لا يمكن الحكم في المقام بصحة البيع حتى مع فرض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٣

[الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنًا]

الثالث ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأنًا (١)

[بيع السلاح لأعداء الدين]

كونه محرماً بعنوان الإعانة على الإثم أو المسامحة في دفع المنكر. و الوجه في ذلك أن عنوان الإعانة إنما يتم بتسليم العنب مثلاً إلى المشتري، و إذا كان التسليم محرماً، فلا- يتم البيع، حيث لا يعمه قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بل و لا قوله أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ باعتبار أن من شرط البيع التمكّن من تسليم المبيع.

(فإنه يقال) غاية الأمر أن لا يعمه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ قَبْلَ الْإِقْبَاضِ، و أما بعده و لو عصياناً فلا مانع من شمولهما له، فتكون النتيجة أن إقباض المبيع شرط لتمام البيع، نظير تمام بيع السلم بقبض الثمن (و بعبارة أخرى) البيع قبل الإقباض أو مع الإقباض محرّم بعنوان الإعانة على الإثم أو المسامحة في دفع المنكر، و بهذا الاعتبار لا تعمه أدلة الإمضاء و دليل وجوب الوفاء بالعقود، و لكن تعمه بعد ذلك.

و إن شئت قلت إن المقام نظير ما خرج عن العام أو المطلق فرد من الأول، و دار أمره بين الخروج إلى الأبد أو في الزمان الأول فقط، حيث يرجع فيه إلى العام و المطلق بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان، كما يذكر مثل ذلك فيما إذا باع الراهن الرهن ثم فكه. و مما ذكرنا يظهر أنه لا مانع من صحة البيع من الأول فيما إذا كان البيع بالمعاطة أي بإقباض المبيع، و وجه الظهور هو أن النهي عن إيجاده بذلك الإقباض لا ينافي إمضاءه بعد حصوله.

(١) أي يحرم الاكتساب بالعين و بيعها باعتبار أن تلك العين قابلة لاستعمالها في الحرام، و من الظاهر أن مجرد قابلية المبيع لاستعماله في الحرام لا يوجب عدم جواز بيعه تكليفاً أو وضعاً، لان غالب الأموال يمكن استفادة الحرام منها. بل لا بد- في الالتزام بعدم جواز البيع فيما يكون من هذا القبيل- من إقامة دليل على المنع، كما في بيع السلاح من أعداء الدين، حيث يكون عدم الجواز فيه باعتبار الدليل عليه.

و يقع الكلام في أن المحرم هل هو البيع حال حربهم مع المسلمين فقط أو مطلقاً؟

المشهور على الأول، و المحكى عن الشهيد في حواشيه على القواعد هو الثاني، و هذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٤

[بيع السلاح من الكفار]

و صريح الروايتين اختصاص الحكم بصورة قيام الحرب (١)

هو الأظهر كما يظهر وجهه فيما بعد.

ثم إن ما ذكرنا من أن مجرد قابلية المبيع للانتفاع المحرم لا يوجب عدم جواز بيعه فيما إذا لم يعلم البائع باستعمال المشتري العين المزبورة في الحرام، و لم يكن قصده و داعيه إلى بيعها استعمال المشتري و انتفاعه المحرم، و إلا لدخل البيع في عنوان الإعانة على الإثم أو يكون قسماً من التجري كما لا يخفى.

(١) لا يخفى أنه ليس بيع السلاح و نحوه من الكفار من مدلول الروايتين، بل مدلولهما البيع من المخالفين، و قد حكم فيهما بالجواز باعتبار الهدنة في البين، كزمان رسول الله (ص)، و لان الله يدفع بالمتربعين على كراسي الحكم و المسلطين على رقاب المسلمين شر الكفار عن المؤمنين. و أما الرواية النازرة إلى بيع السلاح و نحوه من الكفار فمقتضى إطلاقها عدم الجواز، حتى في حال غير الحرب،

كصحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى (ع) قال: «سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجارة؟ قال إذا لم يحملوا سلاحاً فلا بأس» (١) فإن مفهومها عدم جواز حمل السلاح إليهم حتى في غير حال الحرب، بل لا يبعد كونها نظرة إلى خصوص هذا الحال فإن تقويتهم حال حربهم مع المسلمين ولو بإرسال مثل الطعام إليهم غير جائز لا يظن بمثل على بن جعفر السؤال عنه. و أما مكاتبه أبي القاسم الصيقل، قال: «كتب إليه إني رجل صيقل اشتري السيوف و أبيعها من السلطان أ جائر لى بيعها؟ فكتب لا بأس به» (٢) فالمراد فيها البيع من السلطان المخالف، فلا يكون مورد الكلام، مع أنه لا ضمارةا و جهالة حال كاتبها لا يمكن الاعتماد عليها، فالأظهر في المقام ما ذكره الشهيد (ره) في حواشيه، و لا- يكون ذلك من قبيل الاجتهاد في مقابل النص. و مراده من تقويتهم إعلاء شوكتهم و تأييد القدرة القتالية فيهم، و لا يعم مثل بيع الطعام منهم،

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٨) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٦)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٨) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٥

مع إمكان دعوى ظهور بعضها في ذلك (١) مثل مكاتبه الصيقل (٢) كالمجن (٣) فالمقصود من بيع ما يكن منهما (٤)

فإن بيع مثله لا يوجب شوكة و عزة لهم و لا تقوية لهم في جهة قتالهم المحتمل مع المسلمين. نعم في حالة الحرب لا يجوز بيع الطعام أيضا. و قد ذكرنا انصراف الصحيحة إلى غير حال الحرب، فلا يكون عدم تقييد نفي البأس عن حمل غير السلاح منافيا لحرمة تأييدهم حال الحرب.

(١) أي مع إمكان دعوى ظهور بعض تلك المطلقات في الاختصاص.

(٢) مثال للمطلقات جوازا و منعا.

(٣) بكسر الميم صفحة من فولاد يتحفظ بها عن الإصابة في القتال و يعبر عنه في لغة الفرس ب (سپر) و الدرع منسوج مثل القميص و يتحفظ بلبسه في القتال على الجسد، و المغفر ينسج للتحفظ بلبسه في القتال على الرأس، و سائر ما يكن أي سائر ما يستتر به عند القتال.

ثم إن المنع عن بيع السلاح من الكفار كما ذكرنا باعتبار عدم إعلاء كلمتهم و زيادة شوكتهم و تأييد القدرة القتالية فيهم يعم بيع مثل الدرع مما لا يكون سلاحا، و لكن يستعمل في القتال كالسلاح، كما انه لا ينافي ما ذكر جواز بيع السلاح من الكفار، بل وجوبه فيما إذا طرأ عنوان آخر، كما إذا توقف الدفع عن حوزة الإسلام على ذلك البيع، فيما إذا هاجم عدو مشترك بلاد المسلمين و اعطى المسلمون السلاح للكفار ليشاركوا المسلمين في دفع ذلك العدو. و بعبارة أخرى بيع السلاح في الفرض مقدمة لواجب أهم و هو الدفاع عن حوزة الإسلام و بلاد المسلمين، و مثل صحيحة على بن جعفر المتقدمة غير ناظرة إلى ذلك فلاحظ.

(٤) يعنى المقصود من بيع ما يكن للفتنين تحفظ كل من الفتنين عن صاحبه و ترسه أي تحفظه بما يتحفظ به.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٦

ثم إن النهي في هذه الاخبار (١)

(١) بيان ذلك أن النهي- عن حمل السلاح إلى المشركين أو مثل أهل الشام عند مبايحتهم لأهل الإيمان بمناسبة الحكم و الموضوع نظير النهي عن البيع عند النداء- حكم تكليفي حيث انه كما أن المفهوم من النهي عن البيع عند النداء هو التحفظ على صلاة الجمعة و إقامتها، فكذلك النهي عن حمل السلاح و بيعه منهم باعتبار أن لا تكون كلمتهم العليا و شوكتهم قصوى أو يفكروا في الهجوم على

المسلمين أو محو شوكة المؤمنين، و لذا لا- حرمة فيما إذا لم يكن الأمر كذلك، كما إذا كانت طائفتان من الكفار متحاربتين و أعطاهما المسلمون سلاحا ليبيد كل منهما الآخر، حتى يبقى العزة و الشوكة للمسلمين.

(لا يقال) قد ورد في صحيحة محمد بن قيس عدم جواز ذلك، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الفئتين تلتقيان من أهل الباطل نبيعهما السلاح؟ فقال: بهما ما يكنهما الدرع و الخفين و نحو هذا» (١) (فإنه يقال) المنع في الصورة التي ذكرناها غير محتمل لعدم الحرمة للطرفين، و هذه الصحيحة لا بد من حملها- كما ذكر المصنف (ره)- على طائفتين يكون كل منهما باعتبار كونهما من أهل الجزية و نحوها محقونة الدم، و بيع السلاح منهما مع كونهما في حالة حرب إعانة على ظلم كل منهما الآخر، فلا يجوز، بخلاف بيع مثل الدرع مما يتحفظ به كل منهما على نفسه من جور الآخر.

و الحاصل أن النهي عن حمل السلاح الى المشركين أو المخالفين في مورد ثبوته تكليفي ملاكه تقوية الكفر و الشرك و الباطل، و هذا القسم من النهي عن المعاملة لا يقتضى فسادها، لما تقدم من انه لا منافاة بين المنع عن إيجادها و إمضائها على تقدير حصولها حتى لو قيل بأن التقوية تحصل بتسليم المبيع الى المشركين أو سائر أهل الباطل، فإن غاية ذلك أن لا يكون البيع المزبور من الأول مشمولاً لأدلة الإمضاء، و لكن تشمله بعد حصول التسليم خارجاً، نظير ما ذكرنا في بيع العنب ممن يعلم أنه

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٨) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٧

[النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها عند العقلاء]

و ليس كالاكتساب بالخمير و الخنزير (١)

يعمله خمرا.

هذا كله في بيع السلاح من الكفار أو أهل الباطل من المخالفين و أما بيعه من مثل قطاع الطريق فمع إحراز البائع استعمال المشتري ذلك السلاح في الاعتداء على الغير فلا يجوز، باعتبار كون البيع إعانة على ظلمه، و مع عدم الإحراز فلا بأس.

و كذا الحال في غير السلاح مما يستعمل في الاعتداء على الناس.

(١) أى أن المنع عن الاكتساب بهذا النوع و وضعى فقط، بخلاف الخمر و الخنزير، حيث أن الاكتساب بهما ممنوع تكليفاً و وضعاً (أقول): المنع التكليفي بالإضافة إلى الخمر صحيح كما هو مقتضى لعن بائعها و مشتريها، و أما الخنزير فلا- موجب للالتزام فيه بالتكليف. (و كيف كان) فيقع الكلام في المقام في اعتبار المالية و لكن لا ينبغى الريب فيه، فان تملك العوض بإزائه مع عدم ماليته من أكله بالباطل. و قد تقدم أن عنوان أكل المال بالباطل في الآية المباركة بنفسه موضوع للحكم و متعلق للنهي الوضعى، لا أنه أخذ عنواناً مشيراً الى ما كان متعارفاً في زمان الجاهلية من أنحاء التملك بالقهر و القمار و المنابذة و غيرها، و أن كلها فاسدة، إلا التجارة عن تراض.

و ذكر السيد الخوئي طال بقاء أنه لا تعتبر المالية في المبيع و منع عن كون أخذ الثمن بإزاء ما لا يكون بمالٍ داخل في عنوان الأكل بالباطل، و استشهد لعدم اعتبارها بموارد قد استعمل فيها لفظ الشراء مع عدم المالية، كقوله سبحانه إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ. «١» وَ لَبَسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ «٢» الى غير ذلك و الحاصل ان المبادلة حتى مع عدم المالية فيها للمبيع داخله في التجارة عن تراض و في العقود المحكوم عليها بوجوب الوفاء بها.

و فيه ما لا يخفى فإن إطلاق الشراء أو البيع في مثل تلك الموارد يكون بالادعاء و العناية، كيف؟ و ليس فيها تملك اعتبارى كما هو

مقتضى حقيقة البيع و الشراء،

(١) سورة التوبة (١٠) الآية (١١١)

(٢) سورة البقرة (٢) الآية (١٠٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٨

.....

فلاستشهاد- بمثل الآيتين على عدم اعتبار المالىة فى العوضين فى موارد التمليك و التملك الاعتبارين كما هو المطلوب فى المقام- عجيب. و آية النهى عن أكل المال بالباطل تكون مانعة عن التمسك بأوفوا بالعقود، كما أن قوله عز من قائل إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ لا يشمل موارد الأكل بالباطل، لأن التجارة هو البيع و الشراء بقصد الربح، و قد ذكرت فى الآية فى مقابل أكل المال بالباطل، فكيف يعم موارد.

و أما الكلام فيما يذكر مثالا لعدم المالىة له من السباع و الحشرات فلا ينبغي الريب فى أن لبعضها مالىة عند العقلاء، و لا يكون غير الأكل فى جميع الحيوانات من المنفعة النادرة، حتى لا- يكون موجبا لماليتها. و يؤيد ذلك ما ورد فى جواز بيع الهرة. نعم ورد فى القردة المنع عن بيعها، و لكن باعتبار ضعف سنده لا يصلح لرفع اليد به عن الإطلاق أو العموم فى مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ التَّيِّعَ «١» و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «٢».

و ذكر المصنف (ره) عدم المنفعة المقصودة فى القرد و يدفعه ان القرد اولى بالمنفعة المقصودة من الهرة، فإنه لا ينحصر فائدها بحفظ المتاع بل الاستمتاع برؤيتها و التفرج بحركاتها كاف فى ثبوت المالىة لها كما لا يخفى، بل عن السيد الخوئى طال بقاه عكس ما ذكره حيث قال بعدم المنفعة المقصودة للهرة حتى تكون لها مالىة، و الرواية الدالة على جواز بيعها شاهدة لعدم اعتبار المالىة فى المبيع، بخلاف القرد فان له منفعة مقصودة محللة و أى منفعة تكون أرقى و أهم من التحفظ على متاع الإنسان و ماله، و فيه ان الهرة القسم الهراش منها كما ذكره من أنه لا منفعة لها، و المعاملة على هذا القسم محكومة بالفساد، فإنها نظير بيع كلب الهراش من أوضح افراد أكل المال بالباطل. و الرواية المزبورة منصرفه عن ذلك، و ما هو محكوم بصحة بيعها هى

(١) سورة البقرة (٢) الآية (٢٧٥):

(٢) سورة المائدة (٥) الآية (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٠٩

أمكن الحكم بصحة المعاوضة عليها لعمومات التجارة (١) و أخرى إلى قلته (٢) و كان عليه مثله ان كان مثليا (٣)

الهرة التى تؤخذ للتحفظ بها عن الفار، أو للتفرج برؤيتها، و هذا القسم باعتبار ثبوت المنفعة المقصودة فيه يكون مالا. روى الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابان عن محمد بن مسلم و عبد الرحمن بن ابى عبد الله عن ابى عبد الله (ع) قال: «ثمن الكلب الذى لا يصيد سحت و لا بأس بثمان الهرة» و الرواية صحيحة و روى الكليني (ره) عن عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن محمد بن الحسن بن شمون عن الأصم عن مسمع عن ابى عبد الله (ع)، قال: «ان رسول الله (ص) نهى عن القردان يشترى و ان يباع» «١» و ضعفها باعتبار سهل و محمد بن الحسن و الأصم.

(١) لا يخفى ان التجارة هو البيع و الشراء بداعى تحصيل الربح و صدقها مع عدم إحراز المالىة للشىء عند العقلاء مشكوك فيه، فلا

يمكن فيه التمسك بما دل على حليتها أو على حل أكل المال بها. نعم لا بأس بالتمسك بأوفوا بالعقود و ما هو من قبيله كما انه لا بأس بإعطاء المال لرفع الآخر يده عن ذلك الشيء حتى يتملكه المعطى.

(٢) و ثالثة إلى كثرته كالماء فى شاطئى الفرات و التراب فى بعض البلاد.

(٣) الوجه فى تقييده بالمثل هو أن غير المثلئ يكون ضمانه بالقيمة، فيختص الضمان بمورد يكون للشيء قيمة. و ألحق فى التذكرة المثلئ بغيره فى عدم الضمان مع قلته، و أورد بعض على هذا الإلحاق بأن لازمه عدم الضمان فيما لو غصب صبرة تدريجا، و لكن الإيراد ضعيف، فإنه يمكن أن يلتزم فى المثلئ المغصوب تدريجا بما يلتزم به فى القيمى المتلف تدريجا، و أنه كما يكون تلف القيمى المزبور أو إتلافه موجبا للضمان بشرط الانضمام اليه من سائر الاجزاء ما يكون مجموع التالف

(١) وسائل الشيعه: الجزء (١٢) الباب: (٣٧) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٠

.....

مالا، بخلاف ما إذا لم ينضم، فكذلك المثلئ المتلف تدريجا، و هذا لا يقتضى الضمان مع عدم الانضمام كما لا يخفى. و عن السيد الخوئى طال بقاءه ثبوت الضمان، بلا فرق بين كون الشيء مثليا أو قيميا، غاية الأمر يكون فراغ الذمة بأداء المثلئ فيما كان مثليا، و فى القيمى يكون الاشتغال باقيا الى يوم القيمة إلا- بالتراضى مع المالك، و ذكر فى وجه أن عموم على اليد يقتضى كون الشيء فى عهدة المكلف بمجرد الاستيلاء عليه فإنه لم يؤخذ فى حديثه عنوان المال، فيعم كلا القسمين: و يكون أداء المثلئ بأداء المثل، فتفرع به العهدة، بخلاف القيمى المفروض أنه لقلته لا قيمة له، فيبقى فى عهده الى أن يرضى ماله. و هذا بالإضافة إلى ضمان التلف فى اليد. و أما ضمان الإلتلاف فالأمر فيه ايضا كذلك، لأن ضمان الإلتلاف يستفاد من حديث على اليد بالفحوى.

(أقول): الصحيح عدم الضمان فى المقام، فان حديث على اليد ضعيف، و حديث من ألتف بإطلاقه موهوم. نعم الضمان فى موردى التلف فى اليد و الإلتلاف مستفاد من سيرة العقلاء. و النص فى بعض موارد هما، و لم تحرز سيرتهم عليه فيما إذا لم يكن الشيء لقلته مالا إلا فى مورد الانضمام إلى سائر الاجزاء، من غير فرق بين المثلئ و القيمى.

ثم إنه لا ينبغى الربى فى عدم جواز التصرف فى ملك الغير بلا رضاه حتى فيما إذا لم يكن مالا لقلته، و يكفى فى ذلك ما دل على تحريم الظلم و التعدى. و أما إذا لم يكن مالا لخسته، فهل يجوز التصرف فيما يكون عليه يد الغير بلا رضاه؟ أشار إليه المصنف (ره) بقوله: (ثم إن منع حق الاختصاص). و لكن الحديث المزبور ضعيف، و السيرة- على كون السابق أحق بمعنى ثبوت حق الاختصاص فى الشيء غير القابل للملك باعتبار عدم المنفعة له و ان كانت نادرة- ممنوعة، و مع فرض المنفعة له و ان كانت نادرة غير مقصودة للعقلاء يدخل فى الملك كما تقدم سابقا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١١

[النوع الرابع مما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما فى نفسه]

النوع الرابع مما يحرم الاكتساب به (١)

[تدليس الماشطة]

و يظهر من بعض الاخبار المنع (٢)

(١) حرمة الاكتساب في الأعيان تكليفا لا- تلازم فساد المعاملة عليها، بل ربما كانت المعاملة على العين محرمة تكليفا مع صحتها وضعا، كما في موارد انطباق العنوان المحرم عليها، ولكن الاكتساب بالأعمال لا يكون كذلك، فإن حرمة فعل تلازم الحكم بفساد المعاملة عليه. وذلك فان مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يمكن أن يعم المعاملة المزبورة، حيث أن الوفاء بها يكون بتسليم العمل أى الفعل. و المفروض منع الشارع عنه، و مع عدم شمول مثله لها، لا يمكن إثبات صحتها، بل يكون أخذ الأجرة على ذلك العمل من أكل المال بالباطل.

(٢) لا- يخفى أن الاخبار الواردة في المنع كلها ضعيفة سندا غير صالحة للاعتماد، و مع الغض عن ذلك فالممنوع عنه فيها من فعل الماشطة أمور: مسح الوجه بالخرقة، و الوصل، و النمص، و الوشم، و الوشر. و مقتضى إطلاق المنع عنها عدم الفرق بين صورتى التدليس و عدمه، مع أن التدليس لا يكون بفعل الماشطة.

و سنذكر أن مجرد فعل يوجب ظهور حسن أو خفاء عيب في المرأة لا- يكون حراما، بل الحرام هو الغش في المعاملة و التستر على الواقع فيها. و هذا فعل المالك أو ولى الجارية، فلا يرتبط بالماشطة. نعم إذا علمت الماشطة أن المالك أو الولى يتستر بما تفعله على الواقع و لا- يبين الحال للطرف، يكون فعلها من الإعانة على الإثم، نظير ما تقدم في بيع العنب ممن يعمله خمرا، و ذكرنا أنه لا دليل على حرمتها في غير مورد الإعانة على الظلم.

و الحاصل أن التدليس محكوم بالحرمة باعتبار كونه غشا في المعاملة، و يحصل مع اعتقاد الطرف بصفة كمال أو فقد عيب في الشيء باعتبار فعل الغاش. و أما مجرد كون الشيء موهما لوجود صفة فيه مع علم الطرف بالحال، و أنه ليس للوهم حقيقة، فلا يكون من الغش ليحكم بحرمته، و عدم تحقق الغش غالبا في تمشيط الماشطة لا يكون موجبا لتعميم التدليس في المقام. و ذلك فان الدليل على حرمة فعلها هي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٢

.....

الأدلة العامة الدالة على حرمة غش المسلم في المعاملة أو غيرها، لا روايات الباب، فإنه لم يتعلق فيها نهى بتدليس الماشطة، بل تعلق بالأفعال الخمسة المتقدمة، و لا بد من الالتزام بكراهة مسح الوجه بالخرقة، و لا تختص كراهته بالمرأة و لا بفعل الماشطة، بل هو في نفسه عمل مكروه كما يدل عليه ما ورد في آداب الحمام من النهى عنه معللا بأنه يذهب ماء الوجه «١» و في صحيحة محمد بن مسلم عن ابى عبد الله (ع) قال «قال رسول الله (ص) لأم عطية إذا أنت قنيت الجارية فلا تغسلى وجهها بالخرقة فإن الخرقة تشرب ماء الوجه» «٢».

و لا- ينبغى الريب في أن التعليل يناسب الكراهة و لا- ربط له بالتدليس و لا- يختص بالأمة التى يراد بيعها و لا- بالجارية التى يراد تزويجها، و اما النمص أى نتف شعر الوجه فالأظهر أنه لا بأس به بل لا يكون مكروها أصلا و فى رواية على بن جعفر أنه «سأل أخاه موسى بن جعفر عن المرأة التى تحف الشعر عن وجهها؟ قال: لا بأس به» «٣» نعم فى رواية معانى الاخبار عن جعفر بن محمد عن

آبائه عليهم السلام قال: «لعن رسول الله (ص) و آله النامضة و المنتمضة و الواشرة و الموتشرة و الواصلة و المستوصلة و الواشمة و الموتشمة» (٤).

و ربما يقال: ان مقتضى الجمع بينها و بين رواية علي بن جعفر هو الالتزام بكراهة التتف و فيه أن رواية معاني الأخبار غير قابلة للحمل على الكراهة، فإن اللعن الوارد فيها لا يناسبها، فلا بد من طرحها أو تأويلها بما في رواية سعد الإسكاف قال:

«سئل أبو جعفر (ع) عن القرامل التي تضعها النساء في رؤوسهن يصلنه بشعورهن؟ فقال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها، قال: قلت: بلغنا أن رسول الله (ص)

- (١) وسائل الشيعة: الجزء (١) الباب: (١٣) من أبواب آداب الحمام، الحديث: (٣)
 (٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (١٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (١)
 (٣) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (١٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٨)
 (٤) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (١٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٣

.....

لعن الواصلة و المستوصلة، فقال ليس هنالك إنما لعن رسول الله (ص) الواصلة التي تزني في شبابها فلما كبرت قادت النساء الى الرجال فتلك الواصلة و الموصولة» (١).

و أما وصل الشعر بالشعر فقد ورد النهي عنه في مرسله ابن ابي عمير عن ابي عبد الله (ع)، قال: «دخلت ماشطة على رسول الله (ص) فقال لها: هل تركت عملك أو أقت عليه؟- الى ان قال. و لا تصلى الشعر بالشعر» (٢) و في مرسله الصدوق في ذلك الباب قال قال (ع): «لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطي، و تصل شعر امرأة بشعر غيرها، و أما شعر المعز فلا بأس أن توصله بشعر المرأة» (٣) و على ذلك فالمتعين الالتزام بكراهة وصل شعر امرأة بشعر مثلها بتقييد المرسله الأولى بالثانية، و حمل النهي في الأولى على الكراهة بقرينة رواية سعد الإسكاف الواردة في حكم القرامل، حيث أن ظهورها- في عدم البأس بما يكون من زينة المرأة لزوجها حتى إذا كان من وصل الشعر بالشعر- غير قابل للإنكار.

و أما الوشم و الوشر و المراد بالأول ما يعبر عنه في لغة الفرس ب (خال كوبي) و بالثاني تزيق الأسنان و جعلها حادة، فقد ورد النهي عنهما في رواية معاني الأخبار التي ذكرنا أنها لا تناسب الحمل على الكراهة، فالمتعين طرحها أو تأويلها بقرينة رواية الإسكاف المتقدمة. و على ذلك فلا كراهة إلا في مسح الوجه بالخرقة و في وصل شعر المرأة بشعر امرأة أخرى. و كراهة الثاني مبني على الإغماض عن أمر السند، و الا فلا تصلح روايتا معاني الاخبار و عبد الله بن الحسن و مرسلتا ابن ابي عمير و الصدوق للاعتماد عليها. (لا- يقال): لا بأس بالاعتماد على مرسله ابن ابي عمير في الحكم بكراهة وصل شعرها بشعر امرأة أخرى، و تأييدها بغيرها مما ورد النهي فيه عن ذلك. و وجه الاعتماد

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٣).
 (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٢).
 (٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٦).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٤

نعم قد يشكل الأمر في وشم الأطفال (١) بناء على ان لا مصلحة فيه (٢) دلت على كراهة كسب الماشطة (٣)

شهادة الشيخ (ره) بأن ابن ابى عمير لا يروى ولا يرسل إلا عن ثقة، وهذا منه (ره) توثيق عام لمشايع ابن ابى عمير، (فإنه يقال): وإن ذكرنا سابقا احتمال الاعتماد على مراسيله لتلك الشهادة، إلا أنه أشرنا إلى ضعف الاعتماد، وذلك، فإن فى مشايخ ابن ابى عمير من ضعفه الشيخ وغيره، وهذا التضعيف يكون كالاستثناء من التوثيق العام، كما أن فى مشايخه من ضعفه غير الشيخ (ره) مع سكوت الشيخ (ره) عن تضعيفه، ويكون التوثيق العام فيه معارضا بتضعيف غيره كالنجاشى مثلا، فيسقط التوثيق العام فى ذلك الراوى عن الاعتبار للمعارضة. و عليه فيحتمل ان يكون الراوى الذى أرسل ابن ابى عمير هذه الرواية عنه هو ذلك الشخص الذى سقط فيه التوثيق العام عن الاعتبار للمعارضة أو الاستثناء، فلاحظ و تدبر.

(١) لا- يخفى ما فيه، فإنه إذا فرض أن ذلك دخيل فى ظهور جمال الطفل خصوصا فى الأنتى، فللولى فعل ذلك لما فيه المصلحة، كما فى تزيين شعر الطفل، فإنه ربما يوجب إيذاء الطفل وبكائه، ومع ذلك لوليه فعل ذلك، لما فيه صلاحه من نظافته أو ظهور جماله.

(٢) أى إذا كانت المرأة متزوجة، ففى الوشم لها صلاح، ويكون الوشم فى غيرها تدليسا أى موهما لما ليس فى البدن واقعا من البياض و الصفاء (أقول): التدليس بهذا المعنى لا دليل على حرمة، بل ولا على كراهته كما مر آنفا.

(٣) و عبارة أخرى المراد من قوله: (و قبلت ما تعطى) عدم مناقشتها فى أجره عملها بعده، كما أن المراد بالمشاركة المناقشة فيها قبل عملها، و بما أن الكراهة أو غيرها من الأحكام التكليفية لا تتعلق بالعمل بعد تحققه خارجا، ضرورة أن الحكم لأجل أن يكون داعيا للمكلف الى الفعل أو الترك، فلا بد من حمل قوله: (و قبلت ما تعطى) على قصدها و بنائها على ترك المناقشة فى أجرتها حيث أنه لو كان الشرط فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٥

.....

عدم الكراهة نفس ترك المناقشة خارجا، فلازمه تعلق الكراهة بالعمل بعد تحققه.

(أقول) هذا إذا كان ترك المناقشة فى أجرتها بعد عملها شرطا فى ارتفاع الكراهة بنحو الشرط المقارن. و أما إذا أخذ بنحو الشرط المتأخر، فلا محذور.

ثم إن المصنف (ره) ذكر فى وجه استحباب ترك المشاركة احتمالات ثلاثة:

(الأول) أن ما يعطى لها لا يكون فى الغالب أقل من أجره المثل، فتكلمها- فى أجرتها قبل عملها أو بعده- باعتبار توقعها ممن تعمل له الزيادة على تلك الأجره، و ربما تعطى لها صيانة للعرض أو حياء، و المأخوذ كذلك لا يخلو عن شبهة، فأمرت بالقناعة على المقدار المعطى لها، و ترك مطالبه الزائد. و هذا الأمر لا ينافى امتناعها عن قبول المعطاه فيما إذا كانت أقل من أجره المثل.

(الثانى)- أن مناقشة مثلها فى أجره عملها لا يناسب المروء و شرافه الأشخاص فإن مما كسبهم فى إعطاء ما توقع مثلها ربما لا تناسب المروء، و المسامحة لا تكون صلاحا باعتبار زيادة مقدار توقعها، فالذى تعمل له مكلف وجوبا بأداء أجره المثل، و هى مكلفه ندبا بقبول ما تعطى، و ان كان أقل من أجره مثلها على الوجه الثانى لا على الوجه الأول.

(الثالث)- أن الرجح فى حقها ترك الأجره و العمل للناس تبرعا، و قبول ما يعطى لها تبرعا، و على ذلك فلا يكون لها حق المطالبة فيما إذا لم تعط عوضا، و الفرق بين هذا الوجه و سابقه أن هذا الوجه لا ينافى ما ورد من قوله: (و لا تستعملن أجيرا حتى تقاطعه كما فى بعض الروايات) «١» بخلاف الأولين فإنهما ينافيانه، فلا بد من رفع اليد عن إطلاق ذلك النهى، كما أن هذا الوجه لا يناسب ظاهر

المرسلة، فإن مدلولها نفى البأس عن كسب الماشطة، و كسبها عملها بالأجرة، و إلا لم يكن عملها كسبا، كما لا يكون ما يعطى لها اجرة. و ما ذكره (ره) - في الوجه الأول من قوله (و هذا لا يخلو

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٣) الباب: (٣) من أبواب أحكام الإجارة - الحديث: (٢)
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٦

[تزيين الرجل بما يحرم عليه]

تزيين الرجل بما يحرم عليه (١)

عن شبهة) - ضعيف، فإن المحرم وضعاً أخذ المال و تملكه بإكراه مالكة. و أما مع عدم الإكراه، فلا مانع من أخذه. و ما يقال من أن المأخوذ حياء كالمأخوذ غصبا لا شاهد له، فإن الرضا المعتبر في المعاملات هو عدم الإكراه لا طيب النفس واقعا، و إلا لاتجه الحكم بفسادها في موارد الاضطرار إليها أو مورد الاستحياء، كما إذا اشترى متاعا بثمن زائد حياء من أصدقائه أو من بائعه في المناقشة في ثمنه أو المماكسة في شرائه.

(١) لا يخفى أن المحرم على الرجال ليس التزيين بالحرير المحض، بل لبسه بلا خلاف ظاهر، سواء كان بنحو التزيين أم لا، كما إذا لبسه تحت ثيابه و بين التزيين و لبس الحرير عموم من وجه، فلا يكون الدليل على حرمة أحدهما دليلا على حرمة الآخر. و في موثقة سماعة بن مهران، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن لباس الحرير و الديباج؟ فقال: أما في الحرب فلا بأس به، و ان كان فيه تماثيل» (١) و في موثقة إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله (ع) «في الثوب يكون فيه الحرير، فقال: إن كان فيه خلط فلا بأس» (٢) الى غير ذلك مما ظاهره حرمة لبس الحرير المحض، كما أن التزيين بالذهب لم يتم على حرمة دليل، بل مدلول الروايات المعتبرة و ظاهر الأصحاب عدم جواز لبسه، سواء كان تزيينا أم لا و في موثقة عمار بن موسى عن أبي عبد الله (ع)، قال: «لا يلبس الرجل الذهب و لا يصلى فيه، لانه من لباس أهل الجنة» (٣) و في صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع): «سألته هل يصلح للرجل ان يتختم بالذهب؟ قال: لا» (٤) و ظاهر النهي في الثاني هو التحريم و هو كاف في

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٣) الباب (١٢-١٣) من أبواب لباس المصلى - الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (٣) الباب (١٢-١٣) من أبواب لباس المصلى - الحديث: (٤)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٣٠) من أبواب لباس المصلى - الحديث: (٤)

(٤) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٣٠) من أبواب لباس المصلى - الحديث: (١٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٧

و في دلالاته قصور (١)

المقام، حتى لو نوقش في دلالة الأول بدعوى ان التعليل المزبور يمنع عن ظهور النهي في التحريم.

(لا يقال): لا بد من حمل النهي في الثانية أيضا على الكراهة بقريئة صحيحة عبيد الله بن علي الحلبي عن ابي عبد الله (ع)، قال: «قال علي (ع): نهاني رسول الله و لا أقول نهاكم عن التختم بالذهب و عن ثياب القسي» (١) «فإنه يقال) نفى علي (ع) القول من نفسه لا

يدل على انتفاء قول النبي (ص)، حيث أن مثل هذا التعبير في مقام النقل متعارف، يقول أحد أولاد الرجل لإخوته نهاني أبي عن فعل كذا، و لا أقول نهاكم عنه، و إلا- لو كان النهي لا يعم غير علي (ع) لقال روجي له الفداء و لم ينهكم عنه، مع أن نهيه (ص)- و ان كان بعنوان الكراهة- مسلم لا ينبغي الريب فيه.

و اما تعليل النهي بما في موثقه عمار غايته أن لا يكون النهي معه ظاهرا في التحريم، لا أنه يوجب ظهوره في الكراهة الاصطلاحية، حتى ينافي ظاهر النهي في صحيحة علي بن جعفر فتدبر.

(١) وجه قصور دلالته «٢» كما ذكر (ره) ان المراد بتشبه الرجال بالنساء و تشبه النساء بالرجال ليس مجرد لبس أحدهما لباس الآخر، بل المراد بالأول تأنث الرجل، و بالثاني تذكّر المرأة بأن يكون غرض الرجل و داعيه الى لبس لباس المرأة التأنث، فيكون اللبس المزبور تشبها بالمرأة، و هكذا العكس. ثم أيد ذلك بالرواية المحكية عن العليل «أن عليا (ع) رأى رجلا به تأنث في مسجد رسول الله (ص ع)، فقال له اخرج من مسجد رسول الله، فاني سمعت رسول الله يقول لعن الله.» و برواية يعقوب بن جعفر الواردة في المساحقة و الوجه في جعلهما تأييدا لا قرينه هو احتمال كون المذكور في الروايتين أقوى مراتب التشبه لإتمام مراتبه.

(١) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٣٠) من أبواب لباس المصلى الحديث: (٧)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٨٧) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٨

نعم في رواية سماعه (١) بأن الظاهر عن التشبه صورة علم المتشبه (٢)

[التشيب بالمرأة المعروفة]

التشيب بالمرأة المعروفة (٣)

(١) هذه معتبرة سندا «١» الا أنه لا دلالة لها على المراد من النبوى كما لا دلالة لها على التحريم لو لم نقل بظهورها في الكراهة. نعم ظاهر الرواية الثانية حرمة لبس أحدهما لباس الآخر، و لا يصغى الى ما ذكره المصنف (ره) من عدم ظهورها في الحرمة، فإن إطلاق الزجر كإطلاق النهي مقتضاه التحريم، إلا أنها باعتبار ضعف سندها غير صالحة للاعتماد عليها، حيث رواها في مكارم الأخلاق مرسلا كما في الوسائل «٢».

(٢) و يكفي في تحقق عنوان التشبه العلم الإجمالي المزبور.

(٣) هذا العنوان لم يتعلق به النهي في شىء من الخطابات، و إنما يكون الوجه في حرمة انطباق بعض العناوين المحرمة عليه، و ايضا لم يظهر وجه صحيح لاعتبار قيد الاحترام بعد اعتبار كونها مؤمنة فان المتجاهرة بالفسق لا يجوز ايضا تشبيها لجريان الوجوه الاتية فيها كلا أو بعضا كما لا يخفى.

ثم إن المصنف (ره) ذكر في عبارته وجوها ثمانية لحرمة، و لكن الظاهر عدم تمامية شىء منها:

(الأول) كون التشيب هتكا و تفضيحا للمرأة، و فيه أن النسبة بين التشيب و الهتك عموم من وجه، فإنه قد لا يكون هتك فيه، كما إذا أنشأ شعرا في محاسن امرأة بين النساء أو أقاربها العارفين بحالها و جمالها، و قد يكون ذكر محاسنها هتكا لها بلا تشيب، كما إذا ذكرها بين الأجانب بالنشر بلا إنشاء شعر.

(الثاني) كون التشيب إيذاء لها، و فيه أن الإيذاء- بنحو يوجب تأثر الغير و تألمه بالتصرف في مال ذلك الغير أو ما يتعلق به- حرام، و

كذا فيما إذا كان تصرفه

(١) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٢٣) من أبواب أحكام الملابس - الحديث: (٤)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (٣) الباب: (١٣) من أبواب أحكام الملابس - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١١٩

نعم لو قيل بعدم حرمة التشييب بالمخطوبة (١) واما المعروفة عند القائل (٢)

في مال نفسه أو ما يتعلق به ولكن كان غرضه منه تأثر ذلك الغير فتألمه واما إذا كان تصرفه في مال نفسه أو ما يتعلق بداع صحيح يترتب عليه تألم الغير وتأثره، فلا يكون من الإيذاء المحكوم بالحرمة. و على ذلك فإذا كان لذاكر محاسنها للغير غرض صحيح يترتب عليه تألمها وتأثرها فلا يكون من الإيذاء حتى يحكم بحرمة.

(الثالث) إغراء الجهال بها، وفيه ان التشييب لا يكون ملازما للاغراء وهذا واضح.

(الرابع) - إدخال النقص عليها وعلى أهلها، وفيه ان الفرق بين ذلك وبين هتكها غير ظاهر.

(الخامس) - كون التشييب من اللهو والباطل، وفيه أنه لا إطلاق في دليل حرمة اللهو كما سيأتى حتى يعم مثل التشييب.

(السادس) كون التشييب من الفحشاء، فيعمه مثل قوله سبحانه المتضمن لتحريم الفحشاء وفيه ان كونه من الفحشاء أول الكلام.

(السابع) - كونه منافيا للعفاف، وفيه ان اعتبار العفاف - بمعنى الاجتناب عن المحرمات - في العدالة ظاهر، و أما غيره فلا.

(الثامن) استفادة حرمة من بعض الآيات والروايات الواردة في بعض المحرمات والمكروهات، وفيه أن غاية ما يمكن استظهاره من الآيات والروايات المشار إليها في المتن كون تهيج القوة الشهوية حكمة فيها، لا أن التهيج المزبور علة حتى يمكن التعدي إلى مثل المقام.

(١) قد ذكرنا ان التشييب بعنوانه غير محرم، بل يحرم فيما إذا انطبق عليه عنوان محرم آخر، بلا- فرق في ذلك بين المخطوبة أو من يراد تزويجها أو غيرها.

(٢) يمكن كون المرأة معينة عند القائل ومجهولة عند السامع، وهذا تارة مع علم السامع إجمالا بقصده امرأة من بيت فلان أو من بلد فلان مثلا، وأخرى لا يدري ذلك ايضا، ولكن لم يظهر وجه الإشكال في الجواز، خصوصا في الفرض الثاني.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٠

و اما التشييب بالغلام (١)

[تصوير صور ذوات الأرواح حرام]

إشارة

تصوير صور ذوات الأرواح حرام (٢)

(١) إذا كان غرض قائله إظهار كمال الغلام وجماله المنعم له من خالقه، نظير ما يذكر قارئ العزاء في وصف علي بن الحسين الأكبر سلام الله عليه وعلى أبيه، فلا دليل على حرمة. و أما إذا كان للاشتياق إلى ما فيه فساد الديار ونزول عذاب الجبار إلى أهلها، فلا فرق في الحرمة بين إنشاء الشعر أو ذكر محاسنه بغيره، فإنه من الترغيب إلى المنكر المستفاد حرمة من فحوى دليل وجوب النهي عنه كما

لا يخفى.

(٢) يحرم تصوير ذوات الأرواح بنحو المجسمة، بلا خلاف ظاهر، و في حرمة إذا كان بنحو النقش كلام. و ظاهر جماعة أو صريحهم عدم الجواز، كما أن ظاهر بعضهم جوازه، و هو الأظهر، كما هو مقتضى الأصل بعد عدم تمام الدليل على المنع. و ما قيل في وجه عدم جوازه أمور:

(الأول) رواية الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه في حديث المناهي:

«و نهى عن التختم بخاتم صفر أو حديد، و نهى ان ينقش شيء من الحيوان على الخاتم» (١) و فيه مضافا الى ضعف سندها يحتمل أن يكون النهى راجعا الى التختم بخاتم يكون فيه نقش الحيوان. بل مع تعلق النهى بنقش الحيوان على الخاتم يكون المحرم أو المكروه نقش الحيوان على الخاتم، لا مطلق تصوير الحيوان بنحو المجسمة، فضلا عن كونه بنحو النقش على الحائط أو مثل القرطاس.

(الثاني) موثقة أبي بصير عن ابي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص):

«أتانى جبرئيل، قال: يا محمد إن ربك يقرئك السلام و ينهى عن تزويق البيوت، قال أبو بصير فقلت و ما تزويق البيوت؟ فقال: تصاوير التماثيل» (٢) و فيه أنه لم يظهر كون متعلق النهى هو المعنى المصدري للتصوير بل من المحتمل جدا أن يكون متعلقه اتخاذ الصور في البيوت نقشا أو مجسمة، و لا بد من حمل هذا النهى على الكراهة،

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٩٤) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٦)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٣) من أبواب أحكام المساكن - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢١

.....

لما سيأتى من الترخيص فيه في الروايات الأخرى.

(الثالث) - ما تقدم من تحف العقول من أنه لا بأس بصنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثل الروحاني، و فيه أنها و ان كانت ظاهرة في عدم جواز تصوير الحيوان بنحو النقش أو التجسيم، الا - أن دعوى انصراف الصورة و المثال بقول مطلق الى المجسمة لا - يمكن المساعدة عليها، كما يظهر وجهه بملاحظة الروايات و اللغة، و لكنها باعتبار ضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها كما ذكرنا ذلك عند التعرض لها.

(الرابع) ما في الروايات المستفيضة، و (منها) ما رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن ابي عمير عن رجل عن ابي عبد الله (ع) قال: «من مثل تماثلا كلف يوم القيمة ان ينفخ فيه الروح» و في حديث المناهي المتقدم و قال رسول الله من صور صورة كلفه الله يوم القيمة أن ينفخ فيها، و ليس بنافخ» و ربما يناقش في دلالتها بعد الإغماض عن سندها بان مقتضى الأمر بالنفخ ان تكون الصورة مجسمة، و يجب عن ذلك تارة بإرجاع الأمر بالنفخ الى الأمر بالتجسيم أولا، ثم النفخ فيه، و هذا الجواب كما يذكر المصنف (ره) خلاف الظاهر، و أخرى بأن النقش باعتبار محله أو باعتبار الأجزاء اللطيفة من الصبغ قابل للنفخ، و كذا إذا كان من قبيل أمر الإمام (ع) الأسد المنقوش على بساط الخليفة بأخذ الساحر في ذلك المجلس، و لعله في الحقيقة من تعلق إرادته (ع) بمحو الصورة عن البساط و حضور أسد يكون صورته موافقا لما كان في البساط.

(أقول) التكليف الوارد في هذه الاخبار بالنفخ اعتذارى لا يعتبر تعلقه بالممكن أو المقدور، فلا يكون في الأمر قرينة على اختصاص الصورة بالمجسمة، كما لا حاجة الى فرض إمكان النفخ في النقش. اللهم إلا أن يقال: إن الأمر بالنفخ يقتضى كون الصورة مجسمة، لا لأن الأمر يتعلق بالممكن أو المقدور حتى يجب عنه بان الأمر به اعتذارى، بل لأن الأمر بالنفخ ظاهره نقص الصورة من الحيوان أو

الإنسان في جهة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٢

.....

الروح فقط.

(الخامس) - صحیحہ محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ فقال: لا بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان» (١) و ذكر المصنف (ره) أن هذه أظهر ما في الباب من حيث شمولها للصورة بنحو النقش، و ذلك بقريته تمثال الشمس و القمر الذي يكون بالنقش عادة، و فيه أن هذه الصحيحة لا- دلالة لها على عدم جواز التصوير بمعناه المصدري، حيث ان من المحتمل رجوع السؤال فيها الى اقتناء الصور، (لا يقال) على تقدير كون المراد منها السؤال عن الاقتناء تكون دالة على حرمة التصوير ايضاً، حيث ان حرمة الاقتناء لازمها حرمة عملها، إذ لا يحتمل حرمة اقتناء الصورة و جواز عملها. و الحاصل ان حرمة عملها تثبت بالصحيحة على كل تقدير، إما بدالاتها المطابقة، كما إذا كان السؤال راجعاً الى العمل أو بالالتزام بناء على كونها نظرة إلى حكم الاقتناء (فإنه يقال) إذا كان النهي فيها عن الاقتناء فيحمل على الكراهة لا محالة، لما يأتي من القرينة الواضحة عليها. و كراهة الاقتناء لا تلازم حرمة العمل.

(السادس) ما في المحاسن عن أبيه عن ابن سنان عن ابي الجارود عن الأصبغ بن نباتة عن أمير المؤمنين (ع)، قال: «من جدد قبراً أو مثل مثلاً فقد خرج عن الإسلام» و وجه دلالة ان التصوير و الممثل كما حكى كاشف اللثام عن أهل اللغة مترادفان، و الغالب خارجاً من تصوير الحيوانات نقشها، و لو لم تكن الرواية مختصة بالغالب فلا أقل من شمولها له. و ربما يقال: إن المراد بتمثيل الممثل فيها صنع الصنم بقريته خروج الفاعل عن الإسلام، كيف؟ و لا- يكون التصوير أشد من الزنا و نحوه من المعاصي الكبيرة التي لا يخرج فاعلها بفعلها عن الإسلام.

(أقول): هذا خروج حكيم عن الإسلام نظير قوله سبحانه

(١) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٣) من أحكام المساكن - الحديث: (١٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٣

و يؤيده ان الظاهر ان الحكمه في التحريم (١)

وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ (١) و الافصاح الصنم ايضاً لا يوجب الخروج عن الإسلام.

و الحاصل أن التصوير لا يقل وزراً عن تجديد القبر و تعميره، و قد ذكر في الحديث خروج فاعلها عن الإسلام. و العمدة ضعف السند و عدم ثبوت الترادف بين التصوير و التمثال كما لا يخفى.

(١) يعني يؤيد حرمة تصوير الحيوان- و لو كان بنحو النقش - حكمه هذا الحكم و هو تشبه المصور بالخالق تعالى. و فيه (أولاً) أنه لا سبيل لنا إلى إحراز أن حكمه الحكم هو التشبه بالخالق، و الا لجرى في تصوير الأشجار و غيرها كما سنذكر. و (ثانياً) ان التشبه لا يكون بمجرد النقش، بل بإبداع الجسم الشامل على تمام وسائل الحياة و ابرارها. و دعوى أنه لا- دخل للمادة في التشبه لا يمكن المساعدة عليها كما لا يخفى.

و قد تحصل من جميع ما ذكرنا عدم تمام الدليل على حرمة التصوير بنحو النقش و لا بنحو التجسيم، و ان كان التجسيم باعتبار عدم ظهور الخلاف في حرمة مورداً للاحتياط.

(لا يقال) قد ورد في روايات مستفيضة من صور صورة كلف يوم القيمة ان ينفخ فيها و ليس بنافخ، و دلالتها على حرمة التصوير بنحو المجسمة تامة، و ضعف سندها منجر بعمل المشهور، بل بعدم ظهور الخلاف بين الأصحاب، (فإنه يقال) لم يعلم استناد كلهم أو جلهم في حكمهم بعدم الجواز إلى تلك الروايات، و لعلهم استفادوا الحكم من صحيحة محمد بن مسلم أو موثقة أبي بصير المتقدمين. و بما أنا ناقشنا في دلالتها على حرمة إيجاد الصورة و عملها، فيكون المقام نظير قولهم بنجاسة ماء البئر استنادا إلى اخبار النزح. و كيف كان فلا يمكننا الإفتاء بالحرمة، بل غاية الأمر بالالتزام بالاحتياط كما ذكرنا. ثم لا يخفى أن ما دل على حرمة التصوير و لو نقشا على تقدير تمامه لا يعم التصوير المتعارف في زماننا المعبر عنه بالفارسية (عكس گرفتن)، و ذلك، فإن ظاهر ما تقدم

(١) سورة آل عمران (٣) - الآية (٩٧).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٤

و ان كان ما ذكره لا يخلو عن نظر (١) و لكن العمدة في اختصاص الحكم (٢) فيها يقيد بعض ما مر من الإطلاق (٣)

حرمة إيجاد الصورة و عملها نقشا أو مجسمة. و أما العمل على بقاء الصورة الواقعة من الشيء في شيء آخر كما في هذا التصوير المتعارف، فغير داخل في مدلولها، كما إذا صب المكلف مائعا على المرأة الواقعة عليها صورة إنسان، فثبتت في المرأة تلك الصورة بصبه، فإنه لا يسمى ذلك تصويرا بالمعنى الوارد عليه الاخبار.

(١) و وجهه كما سيذكر (ره) أن روايات المنع ظاهرها قصد حكاية الشيء و تمثله. و أما فعل ما تدعوه إليه حاجته و يكون شبيها بشيء من خلق الله من غير قصد تصويره و الحكاية عنه، فلا- تعمه تلك الروايات، و ثياب ذوات الاعلام أو الثياب المحشوة مع شبه طرائقها بالأخشاب من هذا القبيل. و الحاصل أن حرمة نقش غير الحيوان من سائر المخلوقات لا تلازم حرمة خياطة الثياب المحشوة و غيرها.

(٢) و لكن لا تصل النبوة إلى أصالة الإباحة في مقابل ما يدل على جواز تصوير غير الحيوان.

(٣) أي أنه بهذه الرواية الدالة على جواز تماثيل الشجر و غيره بنحو النقش و التجسيم، يرفع اليد عن إطلاق مثل قوله: (و نهى عن تزويق البيوت) بحمله على تزويقها بصورة الحيوان أو الإنسان نقشا أو مجسمة.

ثم ان من الأقوال في المسألة المنع عن تصوير ذى الروح و غيره بنقش أو تجسيم أخذا بالإطلاق المتقدم اللازم تقييده بما ذكر، و المنع عن التصوير بنحو المجسمة، سواء كانت صورة حيوان أو غيره. و التفصيل في المنقوش بين الحيوان و غيره مما لا حياة له، فلا يجوز الأول و يجوز الثاني.

و الوجه في هذا التفصيل دعوى انصراف الروايات المجوزة إلى بيان حكم النقش، و أن المنقوش لا- بأس به إذا لم يكن حيوانا، و لكن مقتضى الدعوى المزبورة هو الحكم بكراهة التصوير مطلقا، سواء كان بنحو المجسمة أو النقش أم كان حيوانا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٥

فلا يقدح نقص بعض الاجزاء (١) و لو اشتغل بتصوير حيوان فعل حراما (٢)

أو غيره، و ذلك لما ذكره المصنف (ره) من ان التصوير و التمثال على تقدير انصرافه إلى النقش باعتبار كون الغالب خارجا هو المنقوش لكان هذا الانصراف في كلتا الطائفتين أي في الروايات المانعة عن التصوير و المجوزة له، فلا بد من حمل المانعة على الكراهة باعتبار ورود الرخصة في الثانية، فلا يكون في البين دليل على حرمة التصوير بالمجسمة في الحيوان و غيره، فتكون مكروهة

إلحاقاً لها بالنقش. وهذا الأشكال من المصنف (ره) مبنى على التزام القائل المزبور بعدم الفصل بين الحيوان وغيره، واللا لكانت النتيجة حرمة نقش الحيوان والإنسان و جواز نقش غيرهما، وذلك لثبوت الترخيص في نقش غير الحيوان والإنسان، فيحمل المنع في الطائفة الأولى على نقشهما و يلحق تصوير الإنسان أو الحيوان بنحو المجسمة بنقشهما بالفحوى كما لا يخفى.

(١) بان يصدق على الناقص أنها صورة إنسان أو حيوان، كما في الحيوان المقطوع أذنه أو رجله، و ليس فيما ورد من تغيير الصورة بقلع عينها أو غيره دلالة على جواز تصوير الناقص، لان القلع موجب لارتفاع كراهة اقتناء الصورة لا جواز تصويره كذلك.

(٢) يعنى لو قصد تصوير الحيوان مثلاً بتمامه و شرع فيه، يكون بشروعه مستحقاً للعقاب حتى فيما لو بدا له بعد ذلك فلم يتمه. و هل هذا الاستحقاق على مخالفة النهى عن التصوير أو للتجربى؟ وجهان: وجه كونه تجريباً أنه قصد الحرام و اشتغل ببعض مقدماته، و وجه كونه محرماً من حيث التصوير أن معنى حرمة الفعل الذى من قبيل المركب ليس عرفاً الا الاشتغال به بداعى تحقيقه و ان لم يتمه. و الفرق بين تحريم المركب و إيجابه مع أن موافقة الإيجاب لا تكون إلا بتمام ذلك المركب قضاء العرف.

(أقول) فيه ما لا يخفى، فان العنوان المحرم إذا كان بحيث لا يصدق الا على المجموع كما هو المفروض، لأن المنهى عنه تصوير الحيوان أو الإنسان و عمل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٦

[بقي الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله]

بقي الكلام فى جواز اقتناء ما حرم عمله (١)

تمثالهما، و هذا يكون بنقشهما أو تجسيمهما من قرنهما الى قدمهما، فيكون اتصاف الجزء الأول بكونه حراماً مشروطاً بتحقيق الجزء الآخر كما فى الواجبات الارتباطية، فالترفة بين الواجبات و المحرمات فى ذلك بلا وجه. و لو اشتغل اثنان بتصوير حيوان بان قصد هذا تصوير بعضه و الآخر تصوير بعضه الآخر، و كان ذلك بعلم كل منهما بفعل صاحبه، فلا يبعد الالتزام بحرمة تصوير البعض فى الفرض أخذاً بقوله سبحانه:

وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ حَيْثُ أَنْ مَقْتَضَى الْأَدْلَةَ الْأُولَى عدم جواز تصوير كل مكلف تمام الحيوان، و مقتضى الآية حرمة الاشتراك فى تحقيق ذلك الحرام كما لا يخفى و ليس المحرم بحسب الأدلة هو إتمام الصورة كما إذا قصد أحد تصوير جسد الحيوان مثلاً بلا رأس، بلا علم منه ان الآخر يكمله، و أكمله الآخر برسم الرأس له، فلا يكون فعل الثانى حراماً باعتبار كونه إتماماً لتلك الصورة، فإن المحرم هو تصوير كل مكلف الحيوان أو الإنسان لا إتمام صورتهما، و تصويرهما لا يصدق على مجرد إتمامهما، كما انه لا يصدق على تصوير بعضهما. و قد تقدم دلالة صحيحة محمد بن مسلم على عدم البأس بتصوير لا يكون حيواناً، كما ان المستفاد من روايات التكليف بالنفخ اعتبار المنهى عنه بنحو يكون بالنفخ إنساناً أو حيواناً. و تصوير بعض أعضائهما لا يكون كذلك فتدبر.

(١) لا يخفى أن جواز اقتناء الصورة ملازم لجواز المعاملة بها، فان اقتناءها لزينة البيوت و غيرها منفعه مقصوده يوجب جوازه جوازها، و لا يقاس اقتناؤها باقتناء الخمر مثلاً، حيث أن جواز اقتنائها للتخليل لا يكون موجبا لجواز بيعه، فإن المنفعة المقصوده من الخمر شربها و هو محرم، بخلاف الصور. هذا مع ورود النهى عن بيع الخمر و شرائها وضعا و تكليفاً كما مر. و أما لو قيل بحرمة اقتناء الصورة أو وجوب محوها فلازمه الحكم بفساد المعاملة عليها، باعتبار عدم المنفعة المحللة فيها، فيكون أكل المال بها أكلاً بالباطل. و لذا ذكر فى جامع المقاصد جواز إبقاء الصور و اقتنائها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٧

.....

فيجوز بيعها. و عن المقنعة و النهاية و السرائر عدم جواز التجارة بها، و لازمه عدم جواز اقتنائها. و كيف كان فذكر المصنف (ره) في عدم جواز اقتنائها وجوها:

(الأول) ان الدليل على حرمة شيء حدودا دليل على حرمة إبقائه، باعتبار ان ذلك مقتضى مبعوضيته، و أجاب عن ذلك فيما بعد ان ظاهر الدليل هي حرمة عمله.

و اما إبقاؤه بعد عمله فلا يستفاد حرمة. نعم لو كان حرمة عمل الشيء بحيث يعم بقاءه بان تكون دلالة على حرمة الإبقاء بالملازمة العرفية كما في حرمة تنجيس المسجد باعتبار احترامه، و عدم جواز هتكه، فيعم الحكم الإبقاء، و يكون الدليل على حرمة تنجيسه دالا بالملازمة على وجوب تطهيره.

(الثاني) صحيحة محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر؟ قال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان» (١) بدعوى رجوع السؤال عن الأعيان إلى الفعل المناسب لها، و المناسب للتماثيل اقتناؤها لزينة البيوت و غيرها لا عملها، كما إذا سئل عن الخمر و أجيب بالحرمة يكون ظاهره حرمة شربها، فإنه المتعارف في الخمر لا عملها، بل ما نحن فيه يمتاز عن مثل الخمر بأن عمل الخمر يقع من كل انسان يريد عمله، بخلاف التصوير، فإنه لا يقع الا من البعض، فيمكن رجوع السؤال عن الخمر الى عملها بخلاف التماثيل.

و أجاب (ره) عن هذا الوجه برجوع السؤال إلى عملها، فان عمل التصاوير مرتكز في أذهان عامة الناس، و يكون السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفة حكم عملها، إذ لا يحتمل عدم جواز اقتناء ما يجوز عمله.

(أقول) لم يظهر من الصحيحة رجوع السؤال إلى عمل التماثيل، فإنه لو لم تكن ظاهرة في حكم الاقتناء فلا أقل من عدم ظهورها في عملها. و ما ذكره المصنف (ره) في وجه رجوع السؤال إلى عملها ضعيف، فإنه يمكن ان لا يعلم السائل حكم عملها:

(١) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٣) من أبواب أحكام المساكن - الحديث: (١٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٨

.....

و مع ذلك يسأل عن حكم اقتنائها باعتبار خروج عملها عن ابتلائه، لعدم معرفته بالتصوير أو عدم قصده، بخلاف اقتنائها كما يمكن علمه بحرمة عملها أو كراهته من قبل و يسأل فعلا عن حكم اقتنائها.

و ما ذكر - في وجه رجوع السؤال إلى الاقتناء من أن السؤال عن الخمر لا ينصرف الى عملها، مع أن عملها يقع من كل واحد فكيف بالتصوير، فإنه عمل مختص بالنقاش - غير تام، بل الأمر أشبه بالعكس، فإنه لا يعرف كل انسان عمل الخمر، بخلاف التصوير و لو بصورة ما كما لا يخفى.

(الثالث) الحصر المذكور للصناعة في حديث تحف العقول حيث ذكر فيه أن الصناعة المحرمة هي التي يجيء منها الفساد المحض، و لا يكون فيها جهة صلاح، و يحرم جميع الثقلب فيها و إذا حرم تصوير الحيوان كما هو الفرض يكون فيه الفساد المحض، بمقتضى الحديث كما يحرم جميع الثقلب فيه الذي منه بيع الصورة و شراؤها و اقتناؤها. و أجاب (ره) عن هذا الوجه بأن المذكور في الحديث من الصناعة قسمان: (الأول) - ما يكون فيه صلاح و الفساد معا. (الثاني) - ما يكون فيه الفساد المحض، و مدلوله أن المحرم من هذين القسمين هو الثاني الذي يحرم فيه جميع الثقلب. و أما أنه ليس للصناعة قسم ثالث، و هو ما إذا كان الفساد المحض في عمله

فقط لا- في إبقاء المصنوع، فيكون المحرم عمله فقط، فلا- يكون الحديث نافيا لذلك، فان الحصر الوارد فيه إضافي أى ناظر الى القسمين المذكورين، و أن المحرم منهما الثاني لا- الأول. و على ذلك فيمكن كون التصوير من القسم الثالث الخارج عن مدلول الحديث، بان كان عمل الصورة محرما دون اقتنائها.

(أقول) حمل الحصر فيه على الإضافي لا يناسب وروده في بيان ضابط الحلال و الحرام من الكسب.

(الوجه الرابع)- ما رواه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٢٩

.....

السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال: «قال أمير المؤمنين (ع): بعثني رسول الله (ص) الى المدينة، فقال لا تدع صورة الا محوتها، و لا قبرا الا- سويته، و لا كلبا الا قتلته» (١) و أجاب (ره) عن هذا الوجه بأن الأمر فيه محمول على الاستحباب أو على كراهة إبقاء الصورة، بقريته الأمر بتسوية القبور و قتل الكلاب. و فيه أن قريته السياق- بأن يكون رفع اليد عن ظهور الطلب بالإضافة إلى فعل موجبا لرفع اليد عن ظهوره بالإضافة إلى الفعل الآخر ايضا- لا أساس لها. و لذا لا تكون القريته على استحباب غسل الجمعة موجبا لرفع اليد عن الظهور بالإضافة إلى غسل الجنابة أيضا، كما في مثل قوله (اغتسل للجمعة و الجنابة) فضلا عن مثل (اغتسل للجمعة و اغتسل للجنابة) نعم نلتزم بحمل النهي عن إبقاء الصورة على الكراهة، لكن لا بقريته السياق، بل للروايات الآتية الظاهرة في الترخيص في اقتنائها.

(الوجه الخامس) صحيحة علي بن جعفر المحكية عن المحاسن عن موسى قاسم عنه عن أخيه (ع) أنه «سأل أباه عن التماثيل؟ قال: لا يصلح أن يلعب بها» (٢) و رواها عن قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر (ع)، قال: «سألته عن التماثيل هل يصلح أن يلعب بها؟ قال: لا» و هذه على النقل الأول مؤيدة لما تقدم من أن السؤال عن التماثيل لا يكون ظاهرا في السؤال عن صنعها و عملها.

(الوجه السادس) تصديده سلام الله عليه للدفاع عن سليمان النبي (ع)، بان المصنوع له كانت صورة الشجر، فإنه لا مورد للدفاع عنه بالجواب المزبور الا مع عدم مناسبة اقتناء الصورة لمثله (ع)، و لو كان المنافي صنعها فقط لم يكن للاعتراض وجه، حيث ان عمله (ع) كان الاقتناء لا الصنع. و فيه أن الاعتراض باعتبار مشيئة

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٣) الباب: (٣) من أبواب أحكام المساكن- الحديث: (١٧)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٣) الباب: (٣) من أبواب أحكام المساكن- الحديث: (١٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٠

.....

سليمان صنع الصور، و هذا لا يجتمع مع حرمة التصوير، فدافع سلام الله عليه بان المصنوع له كانت صورة شجر، بل لو كان الاعتراض و الدفاع راجعين الى الاقتناء لما كانت ايضا فيها دلالة على حرمة اقتناء صورة الحيوان. و ذلك فان الدفاع و الاعتراض يصحان على تقدير كون الاقتناء مكروها، لان المكروه لا يليق بشأن النبي، فدافع (ع) بأن الصورة لم تكن حيوانا حتى يكره اقتناؤها.

(الوجه السابع) صحيحة زرارة بن أعين عن ابي جعفر (ع)، قال: «لا بأس بأن يكون التماثيل في البيوت إذا غيرت رؤوسها منها و ترك ما سوى ذلك» (١) فان مفهومها ثبوت البأس بها مع عدم التغيير و ثبوت البأس في شيء مطلقا مقتضاه حرمة.

و فيه أنه لا بد من حمل البأس في الرواية و مثلها على الكراهة كما هو مقتضى الجمع بينهما و بين الاخبار المجوزة لاقتناء التماثيل في

البيت و الصلاة فيها. و ذكر المصنف (ره) أن في هذه الصحيحة دلالة على جواز اقتناء الصور و عدم وجوب محوها، و لعله باعتبار أن تغيير رأس الحيوان لا- يخرج عن كونها صورة حيوان و لو في بعض موارد التغيير. نعم مثل حذف رأس الحيوان يخرج عن صورة الحيوان.

(الوجه الثامن) حسنة المثنى عن ابي عبد الله (ع) «أن عليا (ع) كره الصور» بضميمة ما ورد من أنه (ع) لا يكره الحلال كما في بعض الروايات الواردة في الربا.

و فيه أن المراد بالحلال هو المباح المساوي طرفاه لا المقابل للحرام، ضرورة أنه (ع) يكره المكروهات في الشرع، «٢». (الوجه التاسع) ما رواه الحسن بن فضل الطبرسي في مكارم الأخلاق عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع)، قال: «وقد أهديت الى طنفسة (ثوب أو بساط) من الشام عليها تماثيل طائر، فأمرت به فغير رأسه فجعل كهيئة الشجر» «٣» و فيه أن الرواية مرفوعة

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٣) الباب: (٤) من أبواب أحكام المساكن - الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (٣) الباب: (٣) من أبواب أحكام المساكن - الحديث: (٣)

(٣) وسائل الشيعة: الجزء (٣) الباب: (٤) من أبواب أحكام المساكن - الحديث: (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣١

فهي معارضة بما هو الأظهر و الأكثر (١) مثل صحيحة الحلبي (٢) و عن قرب الاسناد عن علي بن جعفر (٣)

و فعله (ع) أو أمره بالتغيير لا يدل على حرمة الإبقاء حيث يحتمل كونه لأجل الكراهة

(١) لا- يخفى ظهور بعض الاخبار المعتبرة في جواز إبقاء الصور في البيوت تكليفاً، و عدم كونها موجبة لبطلان الصلاة، كصحيحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن التماثيل في البيت؟ فقال: لا بأس إذا كان عن يمينك و عن شمالك و عن خلفك أو تحت رجلك، و إن كانت في القبلة فالتق عليها ثوبا» «١» حيث أن مقتضى إطلاق نفي البأس جواز إبقائها تكليفاً و وضعاً، و الأمر بإلقاء الثوب عليها فيما إذا كانت في القبلة لا يصلح لكونه قرينة على اختصاص السؤال و الجواب بالوضع، كما أن عدم الاستفصال في الجواب بين كونها بنحو المجسمة أو النقوش مقتضاه عدم الفرق بينهما في الحكم، و الأمر بإلقاء الثوب - أو تغيير الرأس أو قلع العين و نحوه - حكم غير إلزامي، بقرينة مثل صحيحة علي بن جعفر عن أخيه (ع) قال: «سألته عن البيت فيه صورة سمكة أو طير و شبهها يعبث به أهل البيت. هل تصلح الصلاة فيه؟

فقال: لا حتى تقطع رأسه و يفسد، و إن صلى فليست عليه إعادة» «٢» حيث أن نفي إعادة قرينة على حمل النهي على الكراهة، بل لا يبعد أن يقال: إن عدم أمره سلام الله عليه بمحو تلك الصورة مطلقاً قرينة على جواز اقتنائها.

(٢) هذه الرواية دلالتها على جواز الاقتناء واضحة «٣»

(٣) و في السند عبد الله بن الحسن. و حاصل ما ذكره (ره) - في كون هذه الرواية قرينة على عدم حرمة اقتناء الصور - هو أن الأمر بالكسر فيها ليس باعتبار

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١) الباب: (٤٥) من أبواب لباس المصلى - الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١) الباب: (٣٢) من أبواب لباس المصلى - الحديث: (١٢).

(٣) وسائل الشيعة: الجزء (١) الباب: (٣٢) من أبواب لباس المصلى - الحديث: (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٢

أو المراد اتخاذه كسبا (١) يدل عليه الأدلة (٢)

وجوب محو الصورة تكليفاً، وإلا لم يكن وجه للفرقة بين الصورة في البيت وبين الصورة في الستر بالأمر بالكسر في الأول، وبالنزح في الثاني، بل كان الواجب إزالة الصورة، حتى التي كانت في الستر. واحتمال أن يكون المراد بكسر رؤوس التماثيل شاملاً لما في الستر أيضاً، والأمر بنزع الستر لكونه مقدمة للتغيير فيه ما لا يخفى، بل الظاهر أن الحكم بالكسر والنزع لرعاية الصلاة.

(أقول): قد تحصل مما ذكرنا إلى هنا جواز اقتناء الصور، سواء كانت بنحو المجسم أو النقوش، حتى على القول بحرمة التصوير، و يلزم جواز اقتنائها جواز المعاملة عليها، حيث أن اقتنائها لتزيين البيوت بها منفعة مقصودة توجب ماليتها.

وهذا فيما إذا باع الصور بما هي مجسمة و صور. و أما إذا باعها بعنوان موادها، فجوازه لا كلام فيه، حيث ان بيعها كذلك لا يزيد على بيع مادة الصنم. وقد تقدم جوازه.

(١) بأن يؤجر نفسه للكيل بنحو التطيف، حيث أنه في الفرض يدخل في الأفعال المحرمة التي يؤخذ عليها الأجرة، فيكون أكلها بالباطل.

(٢) لا يخفى أنه لا يمكن في المقام إحراز الإجماع التعبدى الذي يكون أحد الأدلة، بل الإجماع في مثل المقام مدركى، فإنه إذا علم أو احتمل المدرك لاتفاق العلماء، فلا بد من ملاحظته، فان تم لزوم القول بما قالوا لا لقولهم، بل لذلك المدرك وإن لم يتم، فلا يكون اعتبار في اتفاقهم. وهذا بخلاف الإجماع التعبدى الكاشف عن حجة معتبرة، بحيث لو كانت واصله إلينا لكانت تامّة عندنا أيضاً. و في المقام مع دلالة الكتاب المجيد على حرمة البخس في المكيال أو الميزان، و كونه من الكبائر كما هو مقتضى قوله سبحانه وَيُلِّمُ لِلْمُطْغَفِينَ دَلَالَةَ الْإِخْبَارِ وَ حَكْمَ الْعَقْلِ بِأَنَّهُ ظَلَمَ وَ أَكَلَ لِمَالِ الْغَيْرِ عَدْوَانًا لَا مَجَالَ لِدَعْوَى الْإِجْمَاعِ التَّعْبُدِيِّ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٣

[ثم ان البخس في العد و الذرع]

ثم ان البخس في العد و الذرع (١) و لو وازن الربوى بجنسه فطفف في أحدهما (٢)

(١) لا- يخفى أن البحث في معنى التطيف، و كونه البخس في المكيال أو الميزان فقط أو مطلق البخس، حتى في العد و الذرع لا يترتب عليه ثمرة عملية.

و ذلك لدخول البخس في العد و الذرع فيه حكماً بلا شبهة، و لا يحتمل الفرق بين النقص في الكيل أو الوزن، و النقص في العد و الذرع. و ظاهر المصنف (ره) اختصاص معنى التطيف بالكيل و الوزن فلاحظ.

(٢) تعرض (ره) لصور ثلاث: (الأولى)- وقوع المعاملة على الكلى المعين وزناً، فيكون دفع الناقص في مقام الوفاء بتلك المعاملة، و يبقى مقدار النقص في عهده (الثانية) وقوع المعاملة على المدفوع خارجاً بلا شرط المقدار، و يكون النقص في هذه الصورة موجبا لفساد المعاملة كما هو مقتضى لزوم الربا.

(لا يقال): ظاهر كلام المصنف (ره) في هذه الصورة الحكم بصحة المعاملة مع عدم كون العوضين متجانسين، حيث انه علل فسادها بلزوم الربا (فإنه يقال):

نعم مع عدم كونهما متجانسين يحكم بصحتها، بل و عدم الخيار للطرف، لأن المفروض وقوع المعاملة على الشئ بلا اشتراط المقدار و الغرر مندفع باعتقاد المشتري و إحرازه مقدار المبيع، و كذلك البائع، بل لو فرض علم البائع بالحال، و أنه ناقص عما يعتقد

المشترى، فلا تكون حرمة تطفيفه موجبة لفساد المعاملة.

(الثالثة) وقوع المعاملة على المدفوع خارجا بشرط كونه بالمقدار المساوي لل عوض الآخر، فان قيل: إن اشتراط المقدار لا يزيد على سائر الشروط الموجب تخلفها الخيار للطرف، فيحكم بفساد المعاملة باعتبار لزوم الربا أيضا. و أما بناء على أن شرط المقدار في حكم الجزء، فتكون المعاملة منحلّة، فتصح بالإضافة إلى الموجود، و تبطل في مقدار النقص. و إلى ما ذكرنا من الانحلال و عدمه أشار (ره) بقوله: (و يمكن ابتناؤه على ان اشتراط المقدار) و الظاهر ان اشتراطه لا يكون كسائر الشروط التي لا يوجب تخلفها إلا الخيار للطرف، بل يكون البيع بالإضافة إليه منحلّا، و لذا لو اشترى بعشرة دنانير مقدارا من الكتب بشرط كونه خمسين عددا، فلو سئل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٤

.....

المشترى عن سعر الشراء و أجاب بشراء الواحد بخمس الدينار كان صحيحا و لو ظهر النقص في العد فنقص لكل ناقص خمس الدينار لما كان للبائع حق المطالبة به.

و مما ذكرنا ظهر فساد ما ذكره المحقق الإيرواني في تعليقه على الكتاب من فساد المعاملة في الصورة الثالثة، باعتبار أنه ليس المبيع هو الموجود الخارجى مطلقا، بل بعنوان انه كذا مقدارا، و لم يحصل هذا العنوان، و يكون الفرض كما إذا باع فلزا بعنوان أنه ذهب، فظهر مذهبا، و وجه الظهور أن عنوان الذهب عنوان مقوم للمبيع، و مع تخلفه لا يكون للمبيع تحقق، بخلاف اشتراط المقدار فإنه مع انحلال المبيع، كما هو المفروض يكون بعض المبيع موجودا. و لذا يحكم بالفساد في المقدار الزائد من أحد العوضين. و تقدم سابقا أن تخلف عنوان المبيع لا يوجب انتفائه مطلقا، بل فيما إذا كان عنوانا مقوما. و تفصيل ذلك في باب الشروط ان شاء الله تعالى.

ثم إن البخس في المكيال في القسمين الآخرين تطفيف في مقام الوفاء بالمعاملة الجارية على الكلى، فيبقى المقدار الناقص على العهدة. و لو جرت المعاملة على ما في الخارج، فان كان من الصورة الثانية، فتصح، و ربما يثبت للمشترى خيار الغبن، كما إذا اعتقد كون الخارج كذا مقدارا، و اشتراه بقيمته السوقية، ثم ظهر أنه ناقص من ذلك المقدار، و لا يساوى الموجود ذلك الثمن. و أما إذا جرت المعاملة على الخارج بشرط كونه كذا مقدارا، فبناء على انحلال المعاملة مع هذا الشرط، كما تقدم تبطل المعاملة بالإضافة إلى المقدار الناقص مثلا، إذا اشترى صبرة من حنطة بعشرة دنانير، بشرط كونها عشرة أمانان، و ظهرت تسعة، يحكم بصحة المعاملة في تسعة أمانان بتسعة دنانير، و تبطل بالإضافة إلى دينار واحد، و بناء على عدم الانحلال، و كون هذا الشرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٥

[في التنجيم]

و هو كما عن جامع المقاصد الاخبار عن أحكام النجوم (١)

كسائر الشروط يثبت للآخر خيار تخلف الشرط فقط.

(١) المراد بالأحكام الحوادث السفلية و إضافتها إلى النجوم، باعتبار أن لها ربطا ما بالأوضاع الفلكية الحاصلة للنجوم بسير بعضها و سكون بعضها الآخر، ثم لا يخفى عدم اختصاص التنجيم بما إذا أخبر الناظر إليها و الى أوضاعها الفلكية بالحادثة، بل يعم ما إذا كان النظر إليها لمجرد الاستعلام بالحادثة، و إن لم يخبر بها أحدا، و يكشف عن ذلك مثل رواية القاسم بن عبد الرحمن «أن النبي (ص)

نهى عن خصال منها مهر البغى، و منها النظر فى النجوم» (١) و رواية عبد الملك بن أعين، قال: «قلت لأبى عبد الله (ع): أنى قد ابتليت بهذا العلم، فأريد الحاجة، فإذا نظرت الى الطالع، و رأيت الطالع الشر جلست و لم اذهب فيها، و إذا رأيت طالع الخير ذهبت فى الحاجة، فقال لى: تقضى؟ قلت: نعم، قال أحرقت كتبك» (٢) بناء على أن المراد بالقضاء هو الاعتقاد بنحو الجزم، و البت لا الاخبار و الحكم للمراجعين و كيف ما كان فينبغى فى المقام ذكر أمرين.

(الأول) أن الاخبار عن نفس الأوضاع الفلكية للنجوم، كالأخبار عن كون القمر فعلا فى البرج الفلانى أو حدوث الخسوف فى القمر فى الليلة الفلانية أو حصول رؤية الهلال فى زمان كذا، و غير ذلك لا يكون داخلا فى اخبار الباب الناطقة بالمنع عن التنجيم، فان كان اخبارهم عن الأوضاع مستندا الى مقدمات موجبة لعلمهم بهذه الأمور، فيجوز لهم الاخبار عنها بتا، و ان كان مستندا الى ما يحتملون فيه الخطأ، فيجوز لهم الاخبار عنها لا على سبيل الجزم، بل بنحو الظن و التخمين، حتى لا يكون اخبارهم داخلا فى الكذب، أو القول بغير علم. هذا بالإضافة إلى المنجم.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٢٤) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٥)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (٨) الباب: (١٤) من أبواب آداب السفر الى الحج و غيره - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٦

.....

و أما سائر الناس فلا يكون اخبار المنجم حجة و طريقا شرعيا لهم بالإضافة إلى مثل رؤية الهلال و وقوع الخسوف أو الكسوف مما وقع موضوعا فى الخطابات الشرعية، لاحتمال خطأهم فى الحساب و سائر ماله دخل فى أخبارهم. نعم لو حصل لأحد الاطمئنان بصحة اخبارهم فذلك أمر آخر، حيث أن العلم أو الاطمئنان حجة للمكلف من أى مصدر كان، فيجوز للمكلف الإفطار فيما إذا حصل له الاطمئنان بصحة اخبارهم برؤية الهلال و نحو ذلك. و ما ذكره المصنف (ره) - من أنه يمكن الاعتماد فى مثل ذلك بشهادة العدلين منهم، كما إذا احتاج الحاكم لتعيين أجل دين و نحوه - غير صحيح على إطلاقه، فإنه إذا باع مثلا متاعا الى حلول الشهر الفلانى، و أخبر المنجم برؤية الهلال فى الليلة الفلانية، فلا يصح للبائع مطالبة المشتري بالدين فى ذلك الزمان بمجرد الاخبار المزبور، حتى فيما إذا كان عدلا و وافقه فيه منجم عادل آخر، و ذلك لعدم دخول أخبارهم فى الشهادة برؤية الهلال و البينة المعتمدة فى ثبوت رؤية الهلال أو غيرها هى الاخبار عن الرؤية أو غيرها بالحس لا بالحساب و الكتاب كما لا يخفى.

(الثانى) ان الاخبار عن الحوادث السفلية - المعبر عنها بأحكام النجوم باعتبار كون أوضاعها مجرد علامات لتلك الحوادث و لا تأثير لها لا - بنحو العلية و لا - بنحو الاقتضاء - ان كان بنحو الجزم و البت بحيث لا يحتمل أو لا يمكن عدم وقوع الحادثة التى كشف عن وقوعها الوضع الفلكى حتى بالتضرع و الدعاء الى الله سبحانه و التوسل الى أوليائه أو بالصدقة و نحوها فهو باطل، و يكفى فى بطلانه و عدم جوازه الأدلة القاطعة من الكتاب و السنة على الترغيب فى الدعاء و التوسل و الصدقة و غيرها مما يتضرع العبد إلى بارئه فى دفع ملماته و كشف نوائبه. و يدل ايضا على ذلك مثل خبر المنجم الذى أتاه (ع) عند مسيره الى أهل النهروان، حيث لم يسأل سلام الله عليه - على ما فى الخبر - عن كون اخباره بما ذكر باعتقاد أن للطالع تأثيرا و أنه كاشف، بل إنما أنكر عليه إخباره البتى بقوله: (و من صدقك بهذا استغنى بقولك عن الاستعانة بالله).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٧

.....

و بما ذكرنا ظهر أن ما ذكره المصنف (ره) من أنه لا حرج قطعاً على من حكم قطعاً بنزول المطر في هذه الليلة لا يمكن المساعدة عليه بإطلاقه. و الحاصل أن هذا القسم من الاخبار داخل في التنجيم المنكر في الاخبار، و ان كان المخبر بالحوادث كذلك غير جازم بها، و مع ذلك أخبر بها جزماً يكون اخباره محرماً من جهة الكذب ايضاً. و لو أخبر بها احتمالاً ظناً أو تخميناً مع التزامه بأن الأمور بيد الله يمحو ما يشاء و يثبت و عنده علم الغيب، لما كان به بأس، كما يظهر وجهه بالتأمل فيما ذكرنا. و ليس في البين خبر معتبر يكون مقتضاه عدم جواز ذلك ايضاً، بل في بعض الاخبار ما يقتضى جوازه.

و يلحق بهذا القسم ما إذا اعتقد بان لأوضاع الكواكب دخلاً و تأثيراً في الحوادث السفلية، إلا أنه بنحو الاقتضاء، و بان الله مختار لا مغلول اليدين يمحو ما يشاء و يثبت بحيث يمكن التخلف بمثل التضرع و التوسل و الصدقة و غيرها مما أشير في الآيات و الاخبار الى الاهتمام بها. و يظهر هذا النحو من الاقتضاء من بعض الاخبار كالتى أوردها المصنف (ره) في الوجه الثالث من وجوه ربط الحركات الفلكية بالكائنات، إلا أنها لضعفها سنداً لا تصلح للاعتماد عليها في القول و الاعتقاد كما لا يخفى.

(لا- يقال) يلزم ان يكون اخبار المنجم عن الأوضاع الفلكية كخبره عن رؤية الهلال في الليلة الفلانية معتبراً، فان الرجوع الى أهل الخبرة مما جرى عليه سيرة العقلاء من أهل الملل و غيرهم (فإنه يقال): لو سلم أن المنجم من أهل الخبرة بالإضافة إلى مثل رؤية الهلال فلا اعتبار بقوله ايضاً، للردع عن السيرة المشار إليها في الاخبار المتعددة و أمرهم عليهم السلام بالصوم للرؤية و بالإفطار لها، و في الصحيحة عن مولانا أمير المؤمنين (ع): «لا- أجزى في الهلال إلا- شهادة رجلين» الى غير ذلك، بل لم يحرز السيرة على الاعتناء بإخبار الثقة من أهل الخبرة في الأمور التى يمكن لعامة الناس معرفتها عن حس، بلا حاجة الى إعمال النظر، كمعرفة الخسوف أو الكسوف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٨

و معلوم من دين الرسول (ص) ضرورة (١) ثم انه لا فرق في أكثر العبارات (٢) الظاهر عدم الإشكال في كون الفرق الثلاث (٣)

و نحوهما كما لا يخفى.

(١) اى تكذيب المنجمين فى دعاويهم و الاستهانة بهم و نسبتهم الى العجز، و أنهم لا يتمكنون من دفع شر عن إنسان أو جلب خير اليه معلوم بالضرورة من الدين، و التكذيب و الاستهانة بهم و التعجيز لهم فى الاخبار لا تحصى.

(٢) ذكر فى هذا الوجه من وجوه اعتقاد الربط خمس فرق.

(الاولى) من أنكر الصانع جل ذكره و يعتقد استقلال تأثير الحركات.

(الثانية) من التزم بوجود الصانع جل ذكره مع تعطيله عن التصرف فى الحوادث السفلية بعد خلق الأجرام العلوية القديمة زماناً و المدبرة لتلك الحوادث.

(الثالثة) من التزم بما ذكر، و لكن تكون الأجرام حادثه عنده زماناً.

(الرابعة) من اعتقد بكون الأجرام العلوية تابعه فى حركاتها لإرادة الله تعالى، و ان الله يفعل ما فى العالم الأسفل، و تلك الأجرام بحركاتها كالألة بالإضافة الى مشية الله.

(الخامسة) من اعتقد بما ذكر، غير أنه يعتقد ان تلك الأجرام فى حركاتها مختارة باختيار يكون عين اختياره تعالى. ثم إنه (قده) ذكر فى الوجه الثانى من وجوه الربط أن الأوضاع الفلكية تفعل الآثار المنسوبة الى الله، و الله سبحانه هو المؤثر الأعظم.

و لم يظهر فرق بين الربط المذكور فى الوجه الثانى، و بين الفرقتين الرابعة و الخامسة من هذا الوجه، فلاحظ.

(٣) لم يظهر أن مجرد الاعتقاد بتفويض التدبير إلى الأجرام العلوية موجبا للكفر، سواء قيل بحدوثها زماناً أو بقدمها كذلك، و الا لكان القائل باستغناء الشىء فى بقائه عن العلة محكوماً بالكفر، باعتبار عدم التزامه باستناد الحوادث الى الله سبحانه و تعالى. نعم

بطلان تأثير الأجرام العلوية في الحوادث السفلية من الواضحات، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٣٩

و منه يظهر ان ما رتبته (ع) على تصديق المنجم (١).

تأثيرها فيها بنحو العلة التامة خلاف الآيات و الروايات الدالة على الترغيب في الدعاء و التضرع الى الله سبحانه في دفع الملمات و البلايا، و نزول البركات، فان لازم ما ذكر كون الله تعالى مغلول اليدين لا يفعل شيئا و لا يفيد الدعاء و التضرع إليه أمرا، و إنكار إضافة الحوادث الى الله تعالى مع الالتفات الى وضوحها بحسب الآيات و الروايات يكون موجبا للكفر، باعتبار انتهائه إلى إنكار الكتاب العزيز و على ذلك فالأولى من الفرق الخمس محكومة بالكفر، باعتبار إنكارها الصانع جلت قدرته.

و اما الأربعة الباقية فلا يحكم بكفرها الا مع التفاتها الى أن اعتقادها على خلاف الكتاب و السنة حتى ينتهي ذلك الى إنكار النبوة، كما في إنكار سائر الأحكام الثابتة في الشريعة و كيف كان فإن أراد المصنف (ره) بقوله: (إذ الظاهر عدم الإشكال في كون الفرق الثلاث من أكفر الكفار) الكفر حتى مع عدم الالتفات الى ما ذكر من دلالة الكتاب المجيد على استناد الحوادث الى الله سبحانه، فيمكن التأمل فيه بالإضافة إلى الفرقة الثانية و الفرقة الثالثة كما مر.

(١) أي كما أن ما في بعض الاخبار من كون المنجم بمنزلة الساحر، و الساحر كالكافر لا يدل على كفر المنجم بمعناه الحقيقي، كذلك ما رتب في بعض الروايات على تصديق المنجم. من كون تصديقه تكذيبا للقرآن و استغناء عن الله سبحانه لا يقتضى كفر المصدق للمنجم أو كون المنجم كافرا، بل يراد منه إبطال قول المنجم، و أن قوله مخالف للقرآن المجيد الداعي إلى الاستعانة بالله في دفع المكاره و جلب الخير، و سائر الأمور.

و بعبارة أخرى كون تصديق المنجم تكذيبا للقرآن من قبيل الاستدلال على بطلان الشيء بإنهائه إلى التالي الباطل و من الظاهر أن الالتزام بشيء مع ترتب باطل عليه و لو كان ذلك التالي تكذيب القرآن أو دلالة لا يوجب الكفر، إلا مع التفات ذلك الملتزم الى الترتب، و التزامه به معه. مثلا إذا أفتى بما يخالف ظاهر القرآن،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٠

[حفظ كتب الضلال حرام في الجملة]

إشارة

حفظ كتب الضلال حرام في الجملة (١).

مع عدم التفاتة إلى ان هذا الحكم وارد فيه أو عدم التفاتة الى دلالة لا يكون إفتاؤه هذا موجبا لكفره و من هذا القبيل قوله من صدق منجما أو كاهنا فقد كفر بما انزل على محمد، فإنه ليس مدلوله كفر المنجم، بل المراد كذبه و ترتب الباطل على تصديقه، حيث ان الشارع عد المنجم كاذبا، فتصديقه يكون تكذيبا للشارع. و القرينة على أنه لا يراد ترتب الكفر على مجرد تصديقه، هي عطف الكاهن عليه، حيث أن الكهانة فضلا عن تصديقه لا يوجب كفرا بلا ارتياب.

(١) المراد بحفظ كتب الضلال ما يعم اقتناءها و استنساخها و استدلال (ره) على حرمة بوجوه.

(الأول) حكم العقل يعنى استقلاله بقبح التحفظ على مادة الفساد و الضلال فيحكم بحرمة بقاعدة الملازمة و فيه أن حكم العقل غير مسلم و الا- لاستقل العقل بإزالة كل ما فيه أو منه الفساد، كالهجوم على أهل الكفر و الشرك و محو شوكتهم و معابدهم و كتبهم،

فإنهم و ما معهم منشأ الفساد على الأرض، و لا استقلال للعقل بذلك و وجوب الجهاد حكم شرعى تعبدى لا لحكم العقل بلزوم قهر الناس على الايمان، مع أن الدنيا دار امتحان يكون فيها الخيار بين الهدى و الضلال و الكفر و الايمان.

(الثانى) قوله سبحانه و من الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم و يتخذها هزواً أولئك لهم عذاب مهين «١» و لا يخفى أنه على تقدير كون المراد بالاشترى ما يعم مطلق الأخذ و الاقتناء، فلا تكون فى الآية دلالة على الحرمة فيما إذا لم يكن غرضه إضلال الناس و ميلهم عن الهداية، كما إذا جعل الكتاب المزبور فى مكتبته حتى يكون فيها من كل باب كتاب.

(الثالث) (قوله سبحانه و اجتنبوا قول الزور. «٢» أى الباطل، و فيه أن الأمر بالاجتناب عن قول الزور تركه و عدم إيجاده بان لا يكذب و لا يفتري. و أما إبقاء قول

(١) سورة لقمان (٣١) الآية: (٦)

(٢) سورة الحج (٢٢) الآية: (٣٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤١

.....

الزور و عدم محوه فيما إذا كان بإيجاد الغير و احداثه فلا- ظهور فى الآية بالإضافة الى حكمه و على الجملة القول ظاهره المعنى المصدرى، فيكون النهى عنه نهياً عن إيجاده.

(الرابع) قوله فى تحف العقول: (انما حرم الصناعة التى يجيء منه الفساد محضاً) بل قوله قبل ذلك: (ما يقوى به الكفر) و فيه أن رواية تحف العقول لا يمكن الاعتماد بها مع أنها لا تعم ما إذا كانت فى استنساخ كتب الضلال و اقتنائها مصلحة مباحة غير نادرة.

(الخامس) قوله (ع) فى رواية عبد الملك حيث شكك الى الصادق (ع) (انى ابتليت بالنظر الى النجوم، فقال أ نقضى؟ قلت نعم قال أحرقت كتبك) و فيه أن المطلوب فى المقام إثبات وجوب محو الكتب المزبورة نفسياً، بأن كان أحد الوظائف الشرعية محو كتب الضلال، فان كان الأمر بالإحراق فى الرواية ظاهراً فى الإيجاب النفسى يتعدى الى المقام، باعتبار أن كتبه لو لم تكن أكثر فساداً من كتب النجوم فلا- أقل من مساواتها لها. و أما إذا كان الأمر المزبور ظاهراً فى الإرشاد إلى الخلاص من القضاء المحرم، فلا يمكن فى المقام إلا- إثبات الأمر الإرشادى، مع إحراز ترتب الحرام على الحفظ. و لا ريب فى أن ظهور الأمر بالإحراق هو الثانى. و على كل حال فلا يثبت بالرواية مع الإغماض عن سندها وجوب محو كتب الضلال و عدم جواز إبقائها حتى مع الاطمئنان بعدم ترتب الحرام عليها. و الأظهر فى المقام أن يقال بناء على وجوب دفع المنكر كما لو استفدناه من أدلة النهى عن المنكر يتعين فى المقام الالتزام بوجود محو كتب الضلال التى لا يترتب عليها إلا الإضلال. و أما إذا لم نقل به فيمكن القول بعدم جواز الاستنساخ و الحفظ، فيما إذا كان المترتب عليها الإضلال بآية النهى عن شراء اللهو. و أما وجوب المحو فلا دليل عليه كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٢

نعم المصلحة الموهومة (١) قبل نسخ دينهما (٢)

(١) بمعنى أنه لا- يجوز إبقاء كتب الضلال فيما إذا كان ذلك معرضاً لترتب الفساد عليها، و لا اثر لاحتمال ترتب مصلحة أقوى على إبقائها، فيما إذا كان الاحتمال موهوماً و كذا لا- يجوز إبقاؤها فيما إذا كان ترتب الفساد عليها قطعياً و المصلحة المترتبة من قبيل المنفعة النادرة التى لا يتعد بها و أما إذا لم يكن الأمر كذلك، بأن كان ترتب الفساد موهوماً أو كانت المصلحة المترتبة أقوى من الفساد أو أقرب احتمالاً من ترتب الفساد، ففى جميع ذلك لا دليل على حرمة حفظها كما هو مقتضى الميزان الوارد فى رواية تحف

العقول، و الاستفصال المذكور في رواية عبد الملك المتقدمة فإنه لو تم الإطلاق في ناحية مثل قوله سبحانه وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ فلا بد من رفع اليد عنه بدلالة حديث تحف العقول و الرواية، اللهم الا ان يدعى الإجماع على حرمة الإبقاء مطلقا أو يلتزم بإطلاق معقد نفى الخلاف، و مع هذه الدعوى أو الالتزام فلا عبرة بترتب الفساد و عدمه، بل لا بد من تنقيح العنوان الذي وقع مورد الإجماع أو نفى الخلاف، و ان المراد بكتب الضلال فيه الكتب التي تكون مطالبها باطله و ان لم توجب ضلالا، أو أن المراد بها الكتب التي تكون موجبة للضلال، و ان كانت مطالبها حقه، كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتعلة على ظواهر مضلة، و يدعون أن المراد غير ظاهرها. (أقول) ما ذكره من دعوى الإجماع و استفادته من نفى الخلاف غير صحيح فإن الإجماع لا يحرز إلا في مسألة تعرض لحكمها معظم الفقهاء أو جميعهم مع اتفاقهم على ذلك الحكم، و نفى الخلاف يكفي فيه اتفاق جماعة قليلة تعرضوا للمسألة فكيف تكون دعوى نفى الخلاف كاشفة عن الإجماع مع ان الإجماع في المقام محصله لا- قيمة له فضلا عن منقوله، حيث ان الظاهر- و لا- أقل من الاحتمال- كون المدرك في حكمهم بحرمة الحفظ ما ذكر من حكم العقل الموهوم أو دلالة الآية.

(٢) التقييد بما قبل نسخ دينهما باعتبار أن اليهود و النصارى بعد نسخ دينهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٣

إذ ما من كاغد الا و له قيمة (١) و لو كان باطلا في نفسه خارجا عن المالية (٢)

في ضلال، باعتقاد هما ببقاء الدين المنسوخ فلا يوجب لهم التحريف في كتابهما ضلالا آخر.

(١) اي ان إحراقها إتلاف للكاغذ المفروض استيلاء المسلمين عليه و له قيمة فلا يجوز الإتلاف و كيف كان فيظهر من كلام الشيخ (ره) أن التوراة و الإنجيل من كتب الضلال فيجب تمزيقهما و الانتفاع بكاغذهما و أورد عليه المصنف (ره) بأنه لا دليل على وجوب المحو الا فيما إذا كان موجبا للضلال، و مع عدم إيجابه له، فمع بطلان مطالبه لا يجوز بيعه باعتبار عدم كونه مالا و أما محوه فلا دليل عليه.

(أقول) مجرد بطلان مطالب كتاب لا يوجب خروجه عن المالية شرعا حتى لا يجوز المعاوضة عليه، كما في الكتب التي تؤلف من مجموع قضايا جعلية لغاية تفريغ الهم عن قارئها و مثل هذه يجوز بيعها و شراؤها، لكونها مالا شرعا باعتبار ترتب المصلحة المقصودة المباحة عليها حتى مع عدم إظهار مؤلفها بأن هذه القضايا الواردة في الكتاب جعلية و سيأتي إن شاء الله تعالى أن الموجب لكون المكتوب أو الكلام كاذبا قصد الكاتب أو المتكلم لا اعتقاد المطالع و المسامح.

(٢) يعني لو كان بعض الكتاب باطلا- و خارجا عن المالية الشرعية و ان لم يكن موجبا للضلال و باعه بعوض، فتبطل المعاوضة بالإضافة الى ذلك البعض.

(أقول) لا يكون بيع كتاب منحل الى بيوع متعددة بالإضافة إلى أبعاضه خارجا، فان المعيار في الانحلال و عدمه نظر العرف كما مر، و لذا لو باع كتابا بعنوان أنه الكتاب الفلاني و ظهر مشتملا على بعض الأوراق من ذلك الكتاب يحكم ببطلان البيع رأسا و بالجملة فيما أن البيع في الفرض لا يصح بالإضافة إلى الكتاب تعيين بطلانه على قرار ما تقدم في بيع الصنم مع كون مادته مالا.

ينبغي في المقام التعرض لحكم اللحية فنقول ذكر صاحب الحدائق (ره)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٤

[تذييل حلق اللحية]

في آداب الحمام الظاهر كما استظهره جماعة من الأصحاب كما عرفت تحريم حلق اللحية، لخبر المسخ المروى عن أمير المؤمنين

عليه السلام، فإنه لا يقع الا على ارتكاب أمر محرم مبالغ في التحريم انتهى و ربما يقال أن تعبيره (ره) بالظاهر لا بالأظهر فيه إشارة إلى تسالم الأصحاب على الحكم، و لكن ملاحظة تعبيرات الحدائق في المسائل كافية في الجزم بأن مثل هذا التعبير منه (ره) لا يشير الا الى اجتهاده و ذكر صاحب الجواهر (ره) في باب الإحلال من إحرام الحج بحلق الرأس أنه ليس للنساء حلق، لنهى رسول الله صلى الله عليه و آله ان تحلق المرأة رأسها في الإحلال لا مطلقا، فان الظاهر عدم حرمة لها في غير المصناب المفصلي إلى الجزع، للأصل السالم عن معارضة دليل معتبر اللهم الا أن تكون الشهرة بين الأصحاب تصلح جابرة لنحو المرسل المزبور بناء على إرادة الإطلاق فيكون كحلق اللحية للرجال انتهى.

و حاصل مراده أنه لا يجوز للمرأة حلق رأسها عند إحلالها من إحرام حج أو غيره و كذا للجزع عند المصيبة، و يجوز في غير ذلك و حرمة عند الإحلال لنهى رسول الله (ص ع) أن تحلق المرأة رأسها المحمول على الإحلال و أما جوازه في سائر الأحوال فلاصلة الحلية السالمة عن المعارض المعبر، إلا ان يقال بحرمة عليها مطلقا أخذنا بإطلاق هذه المرسل المنجبر ضعفها بالشهرة على تقدير إرادة الإطلاق فيكون حرمة عليها كحرمة حلق اللحية على الرجال، و هذا- كما ترى- لا يدل على ثبوت الشهرة على الحرمة في حلق الرجل لحيته بل مقتضاه حرمة عند صاحب الجواهر.

و الحاصل أني لم أظفر على ما يدل على الشهرة بين الأصحاب في حرمة حلق اللحية و اما ما استدلل به على الحرمة فأمر (منها) قوله سبحانه حكاية عن إبليس عليه اللعنة و لَأْمَرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ «١» بدعوى ان ما يأمر به إبليس لا يكون الا فعلا

(١) سورة النساء (٤) الآية (١١٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٥

.....

محرمًا، و حلق اللحية من تغيير خلق الله، و لكن لا يخفى أن مثل حلق اللحية لو كان تغييرا لخلق الله و محرما باعتبار ذلك لكان شق الطرق في الجبال، و حفر الابار و زرع الأشجار و غيرها تغييرا لخلق الله تعالى، و الالتزام بحرمتها غير ممكن و حليتها بتخصيص الآية باعتبار كونه من تخصيص الأكثر غير ممكن، فلا بد من حمل الآية على مثل الفطرة المخلوق جميع الناس عليها على ما يشير إليها قوله سبحانه فَطَرَتِ اللَّهُ النَّبِيَّ فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ «١» و المراد من تغييرها إفسادها بجعل النفس مركزا لطح الشرور و مولدا لنيات السوء أو على غيرها مما لا قرينة في الآية على تعيينه.

الثاني أن الروايات الواردة في حف الشوارب و إعفاء اللحية كمرسل الصدوق (ره) قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: حفوا الشوارب و أعفوا اللحي و لا تشبهوا باليهود «٢» و في الأخرى قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله ان المجوس جزوا لحاهم و ففروا شواربهم، و أما نحن نجز الشوارب و نعفى اللحي و هي الفطرة «٣» و فيه أن مثل هذه الروايات حتى مع الإغماض عن أسانيدنا لا دلالة لها على حرمة حلق اللحية، فإن الحف عبارة عن الجز و القطع، و الإعفاء التوفير، و من الظاهر أن توفير اللحية غير واجب قطعًا، بل الواجب على تقديره رؤية الشعر في الوجه، فلا بد من حملها على الاستحباب و المراد بعدم التشبه باليهود عدم تطويل اللحية بما هو خارج عن المتعارف أو زائد على القبضة، كما كان يفعل اليهود على ما قيل في رواية حبابة الوالبيّة، قالت: «رأيت أمير المؤمنين عليه السلام في شرطة الخميس، و معه درة لها سبابتان يضرب بها بياح الجرى و المارماهي و الزمار، و يقول لهم يا بياحى مسوخ بنى إسرائيل و جند بنى مروان، فقام إليه

(١) سورة الروم (٣٠) الآية (٣٠)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١) الباب: (٦٧) أبواب آداب الحمام الحديث: (١).

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١) الباب: (٦٧) أبواب آداب الحمام الحديث: (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٦

.....

فراة بن أحنف فقال يا أمير المؤمنين و ما جند بنى مروان؟ قال فقال له أقوام حلقوا اللحية و فتلوا الشوارب فمسخوا» (١) و ظاهرها مع الإغماض عن سندها عدم جواز حلق اللحية مع تفتيل الشوارب لا مطلقا كما لا يخفى.

(الثالث) ما رواه ابن إدريس فى آخر السرائر نقلا عن كتاب الجامع لأحمد بن محمد بن ابى نصر البزنطى صاحب الرضا (ع)، قال: «سألته عن الرجل هل يصلح له ان يأخذ من لحيته؟ قال: أما من عارضيه فلا بأس، و أما من مقدمها فلا» (٢) و لكن ظاهره عدم جواز الأخذ من مقدم اللحية، و هذا لا يمكن الالتزام به، و حمله على جواز حلق العارضين دون مقدم اللحية بلا قرينة غير ممكن، و اسناد ابن إدريس إلى جامع البزنطى غير معروف لنا و لكن رواه ايضا على بن جعفر فى كتابه. و قد ذكرنا أن طريق صاحب الوسائل الى كتابه ينتهى إلى الشيخ (ره) و سند الشيخ (ره) الى الكتاب المزبور صحيح. و فى معتبرة سدير الصيرفى، قال: «رأيت أبا جعفر (ع) يأخذ عارضيه و يبطن لحيته» (٣) و فى دلالتها على الاستحباب أيضا تأمل، لاحتمال كون ذلك من اختياره (ع) أحد أفراد المباح كما لا يخفى.

(الوجه الرابع) أن رواية الجعفرىات (حلق اللحية من المثلة، من مثل فعلية لعنة الله) و أورد على الاستدلال بها على الحرمة بأن مجرد اللعن على فعل لا يدل على حرمة، و قد ورد اللعن فى ترك بعض المستحبات، مثل قوله (ع):

«ملعون من آخر الصلاة» و أجاب عنه السيد الخوئى طال بقاه- كما فى تقريراته- بأن اللعن على فعل غير الاخبار بكون الشخص ملعونا فإن الاخبار بكونه ملعونا و بعيدا عن الله

(١) وسائل الشيعة الجزء (١) الباب: (٦٧) من أبواب آداب الحمام- الحديث: (٤).

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١) الباب (٦٣): من أبواب آداب الحمام، الحديث: (٥).

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١) الباب (٦٣): من أبواب آداب الحمام، الحديث: (٤).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٧

.....

ربما يكون منشأ ارتكاب المكروهات، و هذا بخلاف إنشاء اللعن على المؤمن، فإنه لا يكون الا مع ارتكابه فعلا محرما و قوله (ع) (و من مثل فعلية لعنة الله) من قبيل إنشاء اللعن على فاعل المثلة بخلاف قوله: (ملعون من آخر الصلاة).

و لا يخفى ما فى الاشكال و الجواب، فان اللعن ليس هو البعد مطلقا بل البعد الناشئ عن الطرد و الغضب، و هذا لا يكون إلا مع حرمة الفعل، و لا- يفرق فى ذلك بين إنشائه أو الاخبار بكون الفاعل لكذا ملعونا و مطرودا، حيث انه لو لم يكن فعله محرما فلا موجب لطرده و لعنه، و اللعن فى مثل تأخير الصلاة عن وقتها محمول على مثل ما إذا كان التأخير للاستخفاف بها.

ثم ان المعبر فى تحقق عنوان المثلة أمران. (أحدهما) إيقاع النقص بالغير و (ثانيهما) كون الإيقاع بقصد هتكه و تحقيره، فلا يتحقق العنوان فيما إذا حلق الإنسان لحيته بداعى تجميله أو نحوه، كما هو موضوع البحث. و المستفاد من الرواية أن حلق لحية الغير بقصد هتكه و التنقيص به مثله حكما أو موضوعا.

هذا مع أن رواية الجعفریات لا تكون حجة على الحكم ولا على حرمة المثلة، فإنه لم يثبت ان النسخة المأخوذة منها هذه بعينها كتاب موسى بن إسماعيل بن موسى (ع) و وصل الى سهل بن احمد بن سهل، ومنه الى الحسين بن عبيد الله بواسطة محمد بن محمد الأشعث.

و مما ذكرنا يظهر أنه لا بأس بقطع عضو الميت الكافر في العملية المتعارفة في زماننا، وجعله مكان العضو الفاسد من انسان آخر، كما لا بأس بخرق جسده لغرض الاطلاع على أوضاع الجسد المعبر عن ذلك بالتشريح للطبابة. نعم لا يجوز ذلك بالإضافة إلى أعضاء الميت المسلم باعتبار وجوب دفنها و حرمة هتكه حيا، و ميتا.

و المتحصل في المقام ان الاخبار الدالة على اعفاء اللحية و تطويله مع ضعف إسنادها لا تصلح للاعتماد عليها و الحكم بوجود تطويلها، حتى في فرض تقييد تلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٨

[الرشوة حرام]

الرشوة حرام (١)

الاخبار بما ورد في بعض الروايات «١» من تحديد اللحية بالقبضة، بأن يقال الواجب تطويلها الى القبضة، حيث انه مع الإغماض عن سند المقيّد لم يعهد من أحد الإفتاء بوجود تطويلها كذلك، سواء التزم بحرمة تطويلها بعد الحد المزبور كما هو ظاهر بعضها حيث ذكر فيها، و ما زاد عن القبضة ففي النار أو قيل بكرهته و استظهارها من مرسله يونس عن ابي عبد الله (ع) في قدر اللحية قال: «تقبض بيديك على اللحية و تجز ما فضل» أو من ذيل مرسله الصدوق المتقدمه من قوله (و لا تشبهوا باليهود) و مع ذلك فلا يمكن الإفتاء بجواز حلق اللحية و عدم وجوب رعاية الاحتياط، و ذلك لأن المرتكز في أذهان المتشرعة عدم جواز حلقها، و ان كان في انتهاء هذا الارتكاز الى عصر الشارع المقدس تأمل، لاحتمال حدوثه أخيرا بالرجوع إلى جماعة أفتوا بحرمته و الله سبحانه هو العالم و لا يخفى ان حرمة حلق اللحية على تقدير القول بها من جهة الروايات أو دعوى سيرة المتدينين أو ارتكاز الحرمة تكون كسائر المحرمات ساقطة عند الاضطرار أو الإكراه أو المزاحمة بتكليف آخر مساو أو أهم، و لو لم يمكن رعاية التكليف الآخر الأهم بل المساوي إلا مع حلقها جاز.

(١) و عليه إجماع المسلمين كما في جامع المقاصد و المسالك و يدل عليه قوله عز من قائل **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ** «٢» و ظاهرها عدم جواز إعطاء المال للحكام لغاية أكل أموال الناس، مع العلم بالحال، سواء كان الأكل المزبور غرضاً أولياً، أو كان من غاية الغاية، بأن كان الإعطاء لجلب ميل الحاكم و حبه اليه حتى يحكم له و يتعدى الى ما إذا كان الحكم له شرطاً في الإعطاء، أو كان المال عوضاً عن ذلك الحكم بالفحوى. نعم لا دلالة فيها على ما إذا كان الإعطاء لغاية الحكم بما هو الواقع، و ما هو على

(١) وسائل الشيعة الجزء (١) الباب: (٦٥) من أبواب آداب الحمام- الحديث: (٣)

(٢) سورة البقرة (٢) الآية: (١٨٨)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٤٩

و في المستفيضة (١) و في رواية الأصبغ بن نباتة (٢) و عن الخصال في الصحيح (٣) و هذا المعنى هو ظاهر تفسير الرشوة (٤)

قوانين القضاء، بأن لا يميل نفس القاضى إلى خصمه و يذهب بحقه.

(١) كموثقة سماعة عن ابى عبد الله (ع)، قال: «الرشا فى الحكم هو الكفر بالله» (١) و كصحيحة عمار بن مروان قال: «سألت أبا جعفر (ع) - الى ان قال (ع) :-

فاما الرشا فى الحكم، فان ذلك هو الكفر بالله» (٢) و فى صحيحة الأخرى عن ابى - عبد الله (ع) «كل شىء غل من الامام فهو سحت، و السحت أنواع كثيرة: (منها) ما أصيب من أعمال الولاة الظلمة، و (منها) أجور القضاء و أجور الفواجر و ثمن الخمر و النبيذ المسكر و الربا بعد البيئة. و أما الرشا فى الأحكام يا عمار فهو الكفر بالله العظيم» (٣) و قوله كل شىء غل من الامام أى أخذ منه خيانه و ظاهر التعبير بالكفر هى الحرمة تكليفا و يستفاد الوضع من عد الرشوة من السحت.

(٢) ضعيفة سندا و الغلول بمعنى السرقة. و الخيانة و الرشوة المذكورة فيها لا تناسب الرشا فى الحكم، حيث أن القضاء لا يكون من شأن الوالى كما لا يخفى.

(٣) هذه هى الصحيحة المتقدمة عن ابى عبد الله (ع)، و مدلولها عدم جواز أخذ الأجر على القضاء، سواء كان معطيه أحد المتخاصمين أو غيره ممن يههم قضاؤه، كأخذ الأجرة من الوالى، و كذا عدم جواز أخذ الرشا بلا فرق بين كونه للحكم له باطلا أو للحكم بما هو الواقع أو للحكم له باطلا كان أو حقا، و سواء كان ذلك غرضا و داعيا إلى الإعطاء أو شرطا فيه.

(٤) الاحتمالات فى معنى الرشوة أربعة: (الأول) - ما يعم مقابل الحكم الصحيح، سواء جعل عوضا عن نفس الحكم أو عن مقدماته كالنظر فى أمر المترافعين

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٨) الباب: (٨) من أبواب آداب القاضى - الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٠

.....

و هذا ظاهر القاموس و يساعده ظاهر كلام المحقق الثانى و صريح الحلّى، حيث ذكر أنه لا يجوز للقاضى أخذ الرشا مطلقا، أى سواء كان عوضا عن حكمه الصحيح أم لا. نعم لا يحرم على المعطى فيما إذا كان عوضا عن الحكم الصحيح، و يحرم فى غيره.

(الثانى) - ما يعطى للقاضى للحكم له فى الواقعة بالباطل، و بقضاء الجور، كما هو ظاهر مجمع البحرين.

(الثالث) - إعطاء المال لغاية الوصول الى غرضه من الحكم له أو أمر آخر يفعله الغير له كما عن المصباح و النهاية.

(الرابع) - إعطاء المال للقاضى للحكم له حقا أو باطلا. و أما الاحتمال الأول فالظاهر أن عوض الحكم و تعيين الأجر له لا يكون من الرشوة فيما إذا كان ذلك الحكم هو الحكم على موازين باب القضاء، و لذا جعل الرشوة فى الحكم فى صحيحة عمار ابن مروان مقابل أجر القضاء.

(بعبارة أخرى) لا يجوز للقاضى أخذ الجعل و الأجرة على حكمه الصحيح أو على ما هو من مقدماته، كالنظر فى أمر المترافعين إما مطلقا، كما هو الصحيح، و عليه المشهور، بل فى جامع المقاصد دعوى الإجماع عليه، و هو مقتضى كون أجر القضاء سحتا، و إما مع تعيين القضاء عليه كما هو ظاهر المصنف (ره) و جمع آخر، و لكن عد الرشا فى الحكم فى مقابل أجر القاضى مقتضاه عدم شمول الرشا له، فلا- يجرى عليه سائر أحكام الرشا، ككون إعطائه حراما تكليفا، بل يكفى فى عدم جريانها فيه الشك فى كونه داخلا فى

معنى الرشا كما لا يخفى. وكذا لا يمكن المساعدة على الاحتمال الثاني، فإنه لا ينحصر به الرشوة، بل يعم معناها ما إذا كان الغرض من الإعطاء هو الحكم له، سواء كان حقا أم باطلا. وأما إعطاء المال في غير موارد القضاء ففي كونه رشوة حكما أو موضوعا فسيأتى التعرض له. والصحيح في معناها هو الاحتمال الرابع،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥١

.....

و هو إعطاء المال للحكم له مطلقا حقا أو باطلا.

ثم ان المعدود من السحت- في صحيحة الخصال و هو أجر القضاء بظاهره- يعم ما إذا كان العوض لنفس الحكم أو على مقدماته. و الالتزام- بان المحرم هو العوض لنفس الحكم- لا وجه له، فإنه فرق بين كون السحت هو الأجر على القضاء أو أجر القضاء، فالمناسب للالتزام المزبور هو الأول. و المذكور في الصحيحة هو الثاني الشامل له و للآخر على ما هو شؤون القضاء، كالنظر في أمر المترافعين أو غيره من مقدماته. نعم في البين رواية يوسف بن جابر قال: «قال أبو جعفر (ع): لعن رسول الله (ص) من نظر الى فرج امرأة لا تحل له، و رجلا خان أخاه في امرأته، و رجلا احتاج الناس اليه لتفقهه فسألهم الرشوة» (١).

و ربما يستظهر منها حرمة أخذ الأجرة في خصوص صورة تعيين القضاء، حيث ان حمل الاحتياج فيها على الحاجة الى نوعه خلاف ظاهرها، بل ظاهرها الاحتياج الى الشخص، و لكن لا- يخفى ما في الاستظهار، لان صدق الحاجة في مورد يكون الرجوع فيه الى الشخص من التخيير في الرجوع بين المجتهدين ظاهر، بل على تقدير تسليم الظهور فلا تصلح- لضعف سندها- لرفع اليد بها عن إطلاق الصحيحة المعدود فيها أجر القضاء من السحت كما مر. نعم حملها على سؤال الرشا للحكم للراشي حقا كان أو باطلا خلاف ظاهرها. و ظاهرها سؤال الأجر على فقهاء و قضائه و إطلاق الرشوة عليه للتأكيد في حرمة.

و ربما يستدل على عدم جواز أخذ الأجرة على القضاء بصحيفة عبد الله بن سنان قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق؟

فقال: ذلك السحت» (٢) و أورد عليه المصنف (ره) بأن الرواية غير ناظرة إلى أخذ

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٨) الباب (٨) من أبواب آداب القاضى حديث: (٥)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٨): الباب (٨) من أبواب آداب القاضى- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٢

خلافًا لظاهر المقنعة (١)

العوض و الأجر، بل ظاهرها ارتزاق القاضى من السلطان، فلا بد من حملها على صورة عدم كونه أهلا للقضاء بقريته كونه منصوبا من قبل السلطان الجائر، و الا فلا مناص من ارتزاق القاضى من بيت مال المسلمين، سواء أخذه من السلطان العادل أو الجائر و فيه ان ذكر قيد على القضاء في الرواية قريته على كون المراد بالرزق هو الأجر على الحكم، و إلا كان ذكر القيد لغوا، و لا حاجة ايضا الى حمل كونه من غير بيت المال كما ذكر المصنف (ره) في آخر كلامه.

(١) ثم إن في أخذ الأجر على القضاء بالحق قولين آخرين: (أحدهما) الجواز مطلقا كما هو ظاهر المقنعة و المحكى عن القاضى، باعتبار ان القضاء عمل محترم، فيصح أخذ المال عليه، كما هو مقتضى مثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) المعبر عنه بالأصل و رواية حمزة بن حمران قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: من استأكل بعلمه افتقر، قلت ان في شيعتك قوما يتحملون علومكم و يبثونها في

شيعتكم، فلا يعدمون منهم البر و الصلة و الإكرام، فقال ليس أولئك بمستأكلين، إنما ذاك الذي يفتى بغير علم و لا هدى ليبتل به الحقوق طمعا في الدنيا» (٢) و لكنها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها، بل لا دلالة فيها على جواز أخذ الأجر على القضاء بالحق و الإفتاء به، و غاية مدلولها حصر المستأكل بعلمه في من يفتى بغير علم و يبطل حقوق الآخرين لغاية وصوله الى مال الدنيا و حطامها، فلا- يكون من يفتى بعلم و لا- يبطل حقوق الآخرين مستأكلا بعلمه بالصلة و بالبر و الإكرام لهم و أما أخذهم الأجر على قضائهم و افتائهم جائز أم لا، فلا دلالة لها على ذلك و على تقدير الإطلاق في جواز الاستيكال فتقيد بمثل صحيحة عمار بن مروان المتقدمة، و أما العمومات الدالة على نفوذ العقد أو صحته فلا يمكن الأخذ بها في مقابل الخصوصات الواردة

(١) سورة المائدة (٥) الآية: (١)

(٢) وسائل الشيعه: الجزء (١٨) الباب: (٨) من أبواب آداب القاضي- الحديث: (١٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٣

للغاية أو للعاقبة (١) و فصل في المختلف (٢)

في المقام فلاحظ.

(١) بطلان الحق و ذهابه على صاحبه يترتب على القضاء بغير علم و لا هدى، و يكون البطلان غاية له، كما أنه يترتب على اعداد الشخص نفسه للقضاء بغير علم بطور العاقبة، حيث ان عاقبة هذا الاعداد ذهاب الحقوق من أربابها، فاللام في قوله ليبتل به الحقوق إما للغاية كما إذا كان متعلقا بقوله يفتى المراد به الإفتاء فعلا، أو للعاقبة كما إذا كان متعلقا به بمعنى اعداد نفسه للإفتاء، و على الأول تكون الرواية دالة على حرمة الإفتاء بغير علم و أخذ المال عليه، و على الثاني تدل على حرمة اعداد نفسه للإفتاء، بداعي أخذ المال مع عدم عرفانه الحق و موازين الإفتاء و القضاء.

(٢) و هذا ثاني القولين الآخرين، و حاصله عدم جواز أخذ الأجر على القضاء مع تعيينه أو عدم فقره و جواز أخذها مع حاجة القاضي و عدم تعيين القضاء عليه اما عدم جواز أخذها مع تعيين القضاء عليه فباعتبار عدم جواز أخذ الأجر على الواجبات، و اما اعتبار فقره فيستظهر من روايتي يوسف و عمار، و لعل وجه الاستظهار أن المذكور في رواية عمار أجر القضاء، و من الظاهر ان القضاء في ذلك الزمان كانوا من المرتزقة من بيت مال المسلمين و منصوبين من قبل من كان يدعى أن له ولاية على المسلمين، و لم يكن لهم حاجة الى أخذ المال من المترافعين كما ان المذكور في رواية يوسف من يكون مرجعا للناس في فقهه، و يبعد فرض الحاجة في مثله.

و لكن لا يخفى ما فيه، فان الحكم الوارد في الصحيحة لا يختص بالقضاء المنصوبين في ذلك الزمان ليقال بعدم الحاجة لهم و حاجة الناس الى شخص لفقهه لا تلازم غناه، خصوصا فيما إذا كان الناس المراجعون إليه جماعة من الفقراء فتحصل من جميع ما ذكرنا ان الأظهر بحسب الروايات عدم جواز أخذ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٤

و اما الهدية (١) و هل يحرم الرشوة في غير الحكم (٢)

الجعل و الأجر على القضاء أو ما هو من شئونه بلا فرق بين حاجة القاضي و عدمها و تعيين القضاء عليه و عدمه و يتعدى الى أخذ الجعل و الأجر على الإفتاء و بيان الأحكام الشرعية الكلية باعتبار عدم احتمال الفرق بينهما في ذلك.

(١) قد ذكرنا دلالة الآية المباركة على عدم جواز إعطاء المال للحكام و القضاء لغاية أكل أموال الناس، بلا فرق بين ان يكون هذا الأكل غرضا أوليا أو كان الغرض الاولي جلب مودة الحاكم و محبته اليه حتى يحكم له، و كما أن الإعطاء على المعطى و الأخذ على

الحاكم في الأول حرام و سحت، كذلك في الفرض الثاني، حيث ان النهي - عن إيصال المال الى الحاكم وسيلة إلى أكل أموال الناس في الآيه المباركة - يناسب التحريم فيهما، كما أن الروايات - الدالة على كون الرشا كفرا بالله و على عدم صيرورة الرشوة ملكا للحاكم كما هو ظاهر السحت - تعمهما و على ذلك فالهدية إى ما يهبه الشخص للقاضي لغاية جلب مودة القاضي إليه حتى توجب الحكم له حقا أو باطلا داخله في عنوان الرشوة، فلا يجوز للمعطي الإعطاء و لا للقاضي أخذها و لو نوقش في شمول معناها لها، فلا ريب في أنها لاحقاً بها حكما من حيث الإعطاء و عدم صيرورتها ملكا للقاضي، باعتبار عدم احتمال الفرق بينهما في هذه الجهة. و اما ما استشهد به المصنف (ره) من الروايات فهي لا ترتبط بالهدية المعطاة للقاضي كما لا يخفى.

(٢) المال المعطى للغير كالأعطاء لإصلاح أمره عند الأمير أو قضاء حاجة له عنده له صور ثلاث: (الأولى) - إعطاؤه للأمر المحرم (الثانية) - إعطاؤه لإصلاح أمره حالاً أو حراماً (الثالثة) - لإصلاح أمره حالاً. و ذكر المصنف (ره) أن المال في صورتين الأولتين لا يصير ملكاً للأخذ، لكونه من اكله بالباطل، و لكن ليس فساداً فيهما لأجل الرشا حتى يحرم الإعطاء و الأخذ تكليفاً أيضاً، لأنه ليس في البين ما يدل على حرمة الرشا مطلقاً إلا بعض ما ينصرف الى الرشا في الأحكام. و أما الصورة الثالثة فلا بأس بها
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٥

.....

وضعا و تكليفاً كما هو مقتضى مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و يدل عليه أيضاً ما ورد في الرجل يبذل الرشوة ليتحرك الآخر من منزله حتى يسكن فيه المعطى. و المراد المنزل المشترك كالمدرسة و السوق، و كذا تدل عليه رواية الصيرفي، قال: «سمعت أبا الحسن (ع) و سأله حفص الأعور، فقال: عمال السلطان يشترتون منا القرب و الادواة. فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا، فترشوه حتى لا يظلمنا، فقال، لا بأس بما تصلح به مالك، ثم سكت ساعة، ثم قال: إذا أنت رشوته يأخذ منك أقل من الشرط، قلت: نعم، قال فسدت رشوتك» «١».

أقول لعل المراد بنفي البأس في هذه الرواية بيان عدم حرمة الإعطاء على المعطى، حيث أنه يدفع بالإعطاء إلى الوكيل ظلمه عن أمواله، و لكن ما يأخذه الوكيل على ارتداعه عن ظلمه أكل للمال بالباطل فلا يجوز. و على الجملة ان مضمون الرواية غير مربوط بالصور الثلاث.

(لا- يقال): إذا كان متعلق الإجارة عملاً يتحقق حالاً و حراماً، فما الوجه في كون الإجارة باطله، و لا تدخل الأجرة في ملك الأجير كما هو ظاهر المصنف (ره) (فإنه يقال) إذا كان متعلق الإجارة عملاً يتحقق حالاً و حراماً، فلا بد من تقييد مورد الإجارة في عقدها بتحقيقه حالاً، لثلاث. يكون الأمر بالوفاء بها منافياً لما دل على حرمة العمل، و يعمه وجوب الوفاء بها على كل تقدير، و مع إطلاق الإجارة فضلاً عن التصريح بالإطلاق لا يمكن أن يعمها، كما هو المقرر في البحث عن اجتماع الأمر و النهي. و لو استأجره على غسل ثيابه فغسلها في إناء مغصوب بماء مغصوب لم يستحق أجره، بل يحكم بانحلال الإجارة بانتفاء موردها، كما إذا آجره لقلع سنه فوقع السن، و هذا إذا تعلق الإجارة بالغسل المباح، و الا كانت باطله من الأول. و على تقدير البطلان ففي صورة العمل مباحاً يستحق أجره المثل لتضمن الإجارة الاذن في

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٣٧) من أبواب أحكام العقود حديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٦

و يلحق بها المعاملة المشتملة على المحاببات (١)

العمل الموجب للضمان. و على تقدير العمل حراما فلا يستحق شيئا، فإن أخذ المال في مقابل الحرام أكل له بالباطل. و أوضح من ذلك ما إذا استأجره للجامع بين قراءة القرآن أو الغناء، فعلى تقدير قراءة القرآن يستحق أجره المثل لقاعدة الضمان المستفاد من الأمر بالعمل و الأذن فيه، و على تقدير التغنى لا يستحق شيئا. و لا يخفى أنه إذا أجريا العقد على عمل يحكم بصحته و تعلقه بالفرد الحلال حملا لفعلهما على الصحيح و هذا غير ما ذكرنا مما يعلم فيه تعلق قصدهما بالفعل حلالا و حراما.

(لا- يقال) كما إذا ورد الأمر بفعل في خطاب مطلقا و ورد النهي عن بعض أفراده في خطاب آخر يكون الجمع بين الخطابين بتقييد متعلق الأمر و الالتزام بتعين الإتيان به في ضمن فردة الحلال، كذلك فيما كانت الإجارة على العمل مطلقا، فإنه يكون الجمع بين الأمر بالوفاء بالعقود و بين النهي عن بعض الافراد هو الالتزام بتعين الوفاء بها في ضمن الفرد الحلال (فإنه يقال) لا تنحل الإجارة بالإضافة إلى متعلقها حلالا- أو حراما إلى إجارتين، ليقال بشمول أو فؤوا بالعقود لإحداهما دون الأخرى، بل هي عقد واحد لا يمكن ان يعمه عموم أو فؤوا بالعقود فلاحظ.

(١) أى يلحق بالرشوة المعاملة المشتعلة على المحاباة، و هو تنزيل الثمن عن القيمة السوقية و جعله أقل منها و قد ذكر المصنف (ره) للمعاملة كذلك مع القاضى صورا ثلاث.

(الاولى)- عدم تعلق غرض البائع بأصل البيع، بل يكون غرضه الأصلي هو حكم القاضى له باطلا أو مطلقا حقا أو باطلا، بحيث لو لا ذلك لم يقدم على بيع ماله أصلا.

(الثانية)- ان يكون له فى أصل البيع غرض و يكون تقليل الثمن للقاضى بغرض حكمه له باطلا أو مطلقا، بحيث لو لا ذلك كان يبيع المال، و لكن بلا تقليل الثمن.

(الثالثة) ان يكون غرضه من البيع كذلك جلب ميل القاضى و حبه اليه حتى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٧

كالجعل و الأجرة (١)

يحكم له، و المعاملة فى جميع الصور محرمة تكليفا، و لكن ربما يقال أنها محكومة بالصحة على الإطلاق أى سواء قيل بفساد الشرط أو لا، ففى الصورة الثالثة باعتبار عدم الشرط فيها على القاضى و فى صورتين الأولتين بناء على عدم تقسيط الثمن على الشرط، و أن المعاملة المحاباتيية فيهما ترجع الى بيع الشىء للقاضى بثمان معين مع الاشتراط عليه بالحكم للبائع، و هذا الشرط فاسد، لان العمل به بل اشتراطه كفر بالله العظيم، و لكن بطلان الشرط بناء على عدم تقسيط الثمن عليه لا يضر بتمام البيع المزبور، و بناء على التقسيط يحكم بالبطلان بالإضافة إلى الشرط، نظير ما إذا باع الخل و الخمر بصفقة واحدة.

(أقول) الأظهر الحكم بالبطلان فى جميع الصور، فإن الرشوة فى الحكم هو المال المعطى للقاضى للحكم له، بحيث لا يعطى المال لو علم بعدم الحكم له، بلا فرق بين إعطائه ذلك المال مجانا أو مع جعل عوض له. و ما تقدم- من اعتبار كون الإعطاء مقابل الحكم له باطلا- أو مطلقا- يراد به الأعم من جعل الحكم له شرطا أو عوضا أو داعيا إلى الإعطاء. و بما أن إعطاء المبيع فى الصور الثلاث للقاضى بداعى الحكم له أو باشتراطه عليه، فيدخل فى عنوان الرشوة فى الحكم و يكون سحتا، بل إذا باعه من القاضى بثمان المثل، و لكن كان البيع بداعى الحكم له، بحيث لو لا- حكمه له أمسك على متاعه و لم يبعه لا- منه و لا من غيره، كما يتفق ذلك فى بعض أزمنه عزة وجود المبيع كان المبيع محرما و سحتا.

(١) كما فى المال المجعول عوضا للحكم له بنحو الجعالة، و الثانى كما إذا كان عوضا له فى الإجارة، ثم ان ضمان اليد فيما إذا كان المال جعلاً أو أجرا على الحكم واضح، و كذا ما إذا كان الحكم له شرطا فى إعطائه بأن يكون الإعطاء المزبور من الهبة المشروطة، حيث أن المال فى صورة الاشتراط، و أن لا يكون عوضا عن الحكم، إلا أن المدرك لضمان تلف المال فى اليد و هى السيرة الجارية

من العقلاء تعم موردها،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٨

في اختلاف الدافع والقابض (١)

كما يعمه حديث على اليد ما أخذت، ولكنه لضعفه سنداً لا يصلح إلا للتأييد. و أما إذا كان الحكم له داعياً إلى تملك المال بلا أخذه عوضاً أو شرطاً، يكون التملك المزبور من الهبة الفاسدة مجاناً، فلا ضمان فيها كما لا ضمان في صحيحها.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ١، ص: ١٥٨

ثم إن رضا صاحب المال بتصرف القاضى فى الرشوة أو فى الجعل والأجرة لا يوجب جواز التصرف له، لان رضا صاحبه بعنوان الرشوة، وهذا العنوان لا يوجب جواز أكل المال ولا جواز التصرف، ولم يرض المالك بالتصرف فيه بعنوان آخر كما هو الفرض. (١) تعرض (ره) لصور ثلاث من الصور المفروضة فى المقام: (الاولى)- أن يكون اتفاقهما على تملك المال بعنوان الهبة، واختلافهما فى دعوى الدافع بأنها كانت بداعى الحكم له، فباعتبار كونها رشوة فاسدة، و دعوى الآخذ أنها كانت بداع آخر يكون الدفع معه لازماً، كقصد التقرب فيه، و فى مثل هذا يقدم قول مدعى الصحة. و لا مجال لاحتمال الضمان، فإنه لا ضمان فى الهبة صحيحة كانت أم فاسدة. نعم بناء على ما قيل من الضمان فى الرشوة مطلقاً فمقتضى قاعدة اليد و لو كان ثبوته، إلا أن أصالة الصحة فى الهبة تنفى موضوع الضمان، باعتبار إثباتها التسليط الذى لا يكون فيه ضمان.

(الثانية)- ما إذا لم يتفقا على نوع التملك، كما إذا كانت دعوى الدافع أنها بعنوان الأجرة على الحكم، و الآخذ كانت دعواه الهبة الصحيحة، و فى مثل ذلك لا مجال لأصالة الصحة، لأنها مختصة بما إذا كان الاتفاق على نوع خاص من المعاملة. و الخلاف فى صحتها و فسادها، بل الأصل فى الفرض عدم تحقق الناقل أى الهبة الصحيحة فيجوز للدافع أخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه، لأصالة الضمان، فان الموضوع له تلف مال الغير فى يده مع عدم تسليطه مجاناً، و بضم الوجدان إلى أصالة عدم التسليط كما ذكر يتم موضوع الضمان، و أصالة عدم دفعه بعنوان الأجرة لا تكون مثبتة للهبة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٥٩

[سب المؤمنين حرام]

سب المؤمنين حرام (١)

المجانية، و لا اثر آخر فى البين لها كما لا يخفى.

(الثالثة) ما إذا كان اتفاقهما على فساد التملك، و دعوى الدافع أنه كان بنحو يوجب الضمان، و القابض نحو آخر لا يوجهه، كما إذا كانت دعوى الدافع كونها أجرة على الحكم أو رشوة، بناء على الضمان فى تلف الرشوة، و دعوى القابض أنها هدية فاسدة، و تكون ثمرة خلافهما بعد تلف المال، فإنه قبله يكون للدافع أخذها، لاتفاقهما على فساد التملك، و مقتضى ما ذكرنا فى الصورة الثانية هو الضمان فى الفرض، كما هو مقتضى ضم الأصل إلى الوجدان.

(١) لا يخفى أن الإذلال يكون بالتعدى على عرض الغير و كرامته، فيكون ظلماً. و أما الإيذاء فهو أمر آخر، و ربما يكون في مورد السب، كما إذا اطلع عليه المسبوب، و كان الساب قاصداً إدخال الأذى عليه و لو بعلمه ببلوغ السب إليه، فيتأثر به، و هذا محرم آخر يكون الساب معه مستحقاً لعقابين، لحرمة كل من الظلم و الإيذاء. و أما إذا لم يلتفت إلى اطلاع المسبوب على سبه، يكون عقابه على سبه الذى هو مرتبة من الظلم و العدوان.

و يستدل على حرمة من الكتاب بقوله عز من قائل **وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ** (١) بدعوى أن قول الزور هو الكلام القبيح. و من أظهر أفراد سب المؤمن، و فيه أن الزور ظاهره الباطل، فيكون قول الزور هو الكلام الباطل، و اتصافه بالبطلان يكون باعتبار معناه لا محالة، فينطبق على الكذب و ما هو متضمن له. و أما الإنشاءات التى لا تتضمن الأخبار الكاذبة فلا يكون فيها بطلان، كما إذا قال - بمسمع من الناس لإنسان غير حاذق (يا حمار) فان الكلام المزبور باعتبار كونه هدراً لكرامة ذلك الإنسان و تنقيصاً له سب، و لكن لا يكون من الباطل، نظير ما إذا قال للشجاع أنه أسد، فإنه مع فرض كونه شجاعاً لا يكون من الباطل، و قوله سبحانه

(١) سورة (الحج) - الآية (٣٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٠

ففى رواية أبى بصير (١) و فى رواية أبى بصير (٢) و فى رواية ابن الحجاج (٣)

□ □
لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ (١).

و فيه أن الظاهر - و لا أقل من الاحتمال - أن يكون قوله سبحانه مِنَ الْقَوْلِ بياناً للجهر بالسوء لا للسوء، و المراد أنه عند ارتكاب انسان سوءاً يكون إظهاره جهراً بالسوء، سواء كان المظهر بالكسر هو المرتكب أم غيره، و ان الله لا يحب هذا الإظهار و الجهر إلا - من المظلوم، فإنه يجوز له التظلم، و إظهار ما فعله الغير فى حقه من سوء، و هذا لا يرتبط بالسب أصلاً. و على ذلك فارتكاب الشخص للحرام معصية، و إظهار ارتكابه الناس معصية أخرى.

(١) سندها معتبر، فإن الكليني رواها عن العدة عن احمد بن محمد عن الحسين ابن سعيد عن فضالة بن أيوب عن عبد الله بن بكير عن ابى بصير عن ابى جعفر (ع)، و سند رواية السكونى على بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلى عن السكونى (٢) و فى بعض النسخ كالشرف على الهلكة، و عليه يكون السباب مصدراً، كما فى رواية أبى بصير. و أما على نسخة كالشرف فالسباب صيغة مبالغة.

(٢) رواها أيضاً فى الباب المزبور، و سندها معتبر، و لكن لا دلالة فيها على خصوص سب المؤمن، بل ظاهرها النهى عن السب مطلقاً، باعتبار أن السب كسب لعداوة الناس، و المناسب للعاقبة كون النهى إرشادياً.

(٣) سندها معتبر و الرواية على ما فى الوسائل، و النسخة الموجودة عندي من الكافى (فى الرجلين يتسابان، قال البادى منهما أظلم، و وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتذر إلى المظلوم) و ذكر (ره) أن معنى كونه أظلم أن مثل وزر صاحبه عليه. و فيه أنه ربما لا يكون على صاحبه وزر و عقاب أصلاً، كما إذا كان سبه ثانياً

(١) سورة النساء (٤) الآية: (١٤٨)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٨) من أبواب أحكام العشرة - الحديث: (٤ - ١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦١

و ثالث ان تصف الشخص بما هو إزراء و نقص (١) فالنسبة بينه و بين الغيبة عموم من وجه (٢)

دفاعاً عن عرضه وكرامته وجزاء على البادى يمثل ما اعتدى عليه، فإن السب كذلك جائز كما هو مقتضى آية الاعتداء «١» و التعبير- فى الرواية عن البادى بالأظلم- لا يدل على أن الآخر أيضاً ظالم، فإنه يمكن كونه أظلم بالإضافة إلى الساب الذى لا يوجب سبه إيقاع الغير فى الجواب، أو كان التعبير به لمجرد كون سبه موجبا للعقاب عليه مطلقا، بخلاف سب الآخر، فإنه قد لا يوجب عقابا. ويشير الى ذلك- التعبير عنه بالمظلوم نعم تقييد الوزر فى الرواية، بما إذا لم يعتذر الى الآخر لا يمكن الأخذ بظاهره، فإن الاعتذار- الى المظلوم عن سبه و إيقاعه إياه فى السب- لا يوجب ارتفاع الوزر، بل ارتفاعه موقوف على التوبة، إلا أن يكون الداعى إلى اعتذاره توبته.

(١) الإزراء هو ذكر العيب، و لم يظهر الفرق بين هذا و ما ذكره فى جامع المقاصد، ليجعل هذا فى مقابل ذاك.
(٢) أى ان النسبة بين قصد الإهانة و الغيبة عموم من وجه (أقول): سيأتى ان شاء الله تعالى أن الغيبة- على ما هو مقتضى الروايات- ذكر الشخص و إظهار سوئه و عيبه الذى ستر الله عليه، فلا تعم ما إذا ذكره بعيوبه الظاهرة، كما إذا ذكر زيدا و أراد رفع الإبهام عنه فوصفه بالأعمى، فإن مثل هذا الذكر إذا لم يكن بقصد التنقيص و التحقير لا بأس به. نعم إذا كان بقصد هما كان محرما من جهة حرمة الإهانة و السب، و إذا أظهر عيبه المستور بلا قصد الإهانة كان غيبه، و يجتمعان فيما إذا كان إظهاره للإهانة.
ثم إن حرمة السب أى سب المؤمن للتحفظ على كرامته، فلا- يكون حراما فيما إذا لم يكن للمسبوب كرامة و احترام، كالمتجاهر بالفسق على ما سيأتى فى الغيبة، فإن مقتضى جواز اغتيابه جواز سبه. و أما وجوبه من جهة الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر فمشروط بشروطه المذكورة فى ذلك الباب، و يلحق بالمتجاهر بالفسق

(١) سورة البقرة (٢) الآية: (١٩٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٢

و يمكن ان يستثنى من ذلك ما إذا لم يتأثر (١)

المبدع، بل الجواز فيه اولى. و يكفى أيضا فى ذلك مثل صحيحة داود بن سرهان عن ابي عبد الله (ع) قال: «قال رسول الله (ص): إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى، فأظهروا البراءة منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقعة، و باهتوهم كيلا- يطمعوا فى الفساد فى الإسلام، و يحذرهم الناس و لا يتعلمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات، و يرفع لكم به الدرجات فى الآخرة» (١).

(١) يجوز للسيد ضرب عبده للتأديب، و فحواه جواز سبه تأديبا. و أما فى غير ذلك المقام، فمقتضى موثقه أبى بصير المتقدمة عدم الجواز، و كذا الحال بالإضافة إلى الوالد و ولده، فإنه يجوز له سبه تأديبا، كما يجوز له ضربه لذلك، و أما فى غير مقام التأديب فلا، إلا إذا لم يعد الكلام المزبور من المولى أو الأب سبا و اهانة، كما إذا تكلم به جبا لولده، فيكون نظير ما إذا قال للزوجة ما يستقبح ذكره للغير فى عدم كونه هدرا للكرامة، و التمسك- فى جواز سب الوالد ولده مطلقا، حتى فيما إذا لم يكن للتأديب، بقوله (ص): (أنت و مالك لأبيك)- لا يخفى ما فيه، فإن الولد لا يحكم شرعا بأنه مملوك والده، نظير ملك العبد أو الحيوان للمولى، و المالك ليجرى على الولد ما يجرى على مال الوالد، و لذا لو لم يكن للوالد حاجة لما جاز له الأخذ من مال ولده بلا رضاه، و كذا لا يجوز ترتيب سائر أحكام الملك، و الحكم الوارد فى الرواية أخلاقى ذكره (ص) لثلاث تصدى الابن لمخاصمه أبيه فى المحاكم الشرعية لأجل ماله، بل على تقدير كونه مالا لوالده كالعبد بالإضافة إلى مولاه، فلا يثبت جواز ضربه مطلقا كما لم يثبت ذلك فى العبد. و أما المعلم و المتعلم، فلا يجوز للأول سب الثانى فى مورد الهتك و التنقيص، كما لا يجوز ذلك فى مورد الإيذاء و تأثر المتعلم.

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (٣٩) من أبواب الأمر والنهي و ما يناسبهما- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٣

[في السحر و حكمه]

و كان آخر عهده بربه (١) هو ما لطف مأخذه و دق (٢)

و (بعبارة أخرى) كما لا يجوز للمعلم سبه مع التفاته الى أن سبه نقص للمتعلم في أنظار الناس، كذلك لا يجوز له مع التفاته الى ان سبه موجب لتأثره. و توهم جوازه بالسيرة الموهومة ضعيف. نعم يجوز للمعلم سب الولد الصغير إذا كان ذلك تأديبا، مع فرض كونه مأذونا في تأديبه عن وليه.

(١) أى أن الله يبرأ منه بعد تعلمه السحر و الرواية «١» سندها معتبر و مثلها الأخرى.

(٢) المراد باللطيف و الدقيق هو الخفى أى ان السحر هو ما يكون سببه و مأخذه خفيا. و هذا كتعريف الزرافة مثلا بأنه حيوان شرح اسمى، و بيان للمعنى بالوجه العام، و إلا لصح إطلاق السحر على كل ما يكون سببه خفيا كالرؤيا الصادقة التى لا نعرف منشأها.

ثم إن هذا التعريف لا ينافى أن يكون للسحر حقيقة، كما عن بعض آخر، منهم المحقق الإيروانى. و يستدل عليه بقوله سبحانه فى قضية سحره فرعون فَإِذَا جَابَهُمْ وَ عَصَىٰ يُهْمُ يُحَيِّلُ إِلَيْهِ مِنْ سَحْرِهِمْ أَنَّهُ تَسْعَىٰ (٢) و قوله فَلَمَّا أَلْقَوْا سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ وَ اسْتَرْهَبُوهُمْ (٣) و بما أن السحر أمر خيالى لا حقيقة له، فعبر سبحانه عن السحر بالكيد فى قوله فَتَوَلَّىٰ فَزَعَوْنَ فِجْوَاعٍ كَيْدَهُ نَعْمَ لَا يَلْتَفِتُ الْغَيْرُ غَالِبًا إِلَىٰ فِعْلِ السَّاحِرِ، و أنه أمر خيالى، فيرتب عليه أثر الواقع، فيركض بعد خياله أن فى أطرافه نارا تحرقه بالمكث، و يفترق عن زوجته بعد تخيله أنها عدوته الاولى و الأخيرة، و هكذا.

و لكن لا يخفى انه لا دلالة فى الآية على أن السحر على الإطلاق أمر خيالى،

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٨) الباب: (٣) من أبواب بقیة الحدود- الحديث: (٢)

(٢) سورة طه (٢٠) الآية: (٦٦)

(٣) سورة الأعراف (٦) الآية: (١١٦) سورة طه (٢٠) الآية (٦٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٤

أو رقية (١) يؤثر فى بدن المسحور (٢) و فى محكى الدروس أن المعتبر فى السحر الإضرار (٣)

بل الحل و العقد يكونان بالسحر، و يبعد كونهما بالخيال. هذا مع ما ورد فى سحر بعض الناس على النبى (ص) و الالتزام- بالتخييل بالإضافة إلى الرسول الأكرم- كما ترى.

(لا- يقال) ما الفرق بين السحر و بين المعجزة، بناء على القول بان للسحر حقيقة و لو فى الجملة (فإنه يقال) يكون فى المورد الذى للسحر حقيقة تحقق الشىء بالسبب، و لكن السبب خفى لا يدركه عامة الناس، و هذا بخلاف المعجزة، فإنه يكون فيها تحقق الشىء بلا سبب عادى كالإرادة، كما يفصح عن ذلك الكتاب المجيد إِذْ قَالَ اللَّهُ يَا عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ ادْكُرْ نِعْمَتِي عَلَيْكَ وَ عَلَيَّ وَ الدِّيكِ إِذْ أَيَّدْتِكُ بِرُوحِ الْقُدُسِ تُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَ كَهْلًا وَ إِذْ عَلَّمْتِكَ الْكِتَابَ وَ الْحِكْمَةَ وَ التَّوْرَةَ وَ الْإِنْجِيلَ وَ إِذْ تَخَلَّقُ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةَ

الطَّيْرِ بِإِذْنِي فَتَنْفُخُ فِيهَا فَتَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِي وَ تُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَالْأَبْرَصَ بِإِذْنِي وَإِذْ تُخْرَجُ الْمَوْتَى بِإِذْنِي (١) و المراد بالاذن هو التكوين أى إعطاء السلطنة نظير قوله سبحانه مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ (٢) حيث لا معنى للإباحة و الترخيص الشرعى فى مثل المقام. و على الجملة فالأفعال المنسوبة إلى عيسى على نبينا و آله و عليه الصلاة و السلام، نظير الأفعال المنسوبة إلينا صادرة منه كصدورها منا، غاية الأمر السلطنة عليها بإرادة الله و مشيته على ما ذكرنا تفصيل ذلك فى بحث الطلب و الإرادة.

(١) المراد بها العوذة كالتى تعلق على الرقبه أو يشد على اليد أو غيرها للوقاية من الإغماء و الصداع أو غيرهما من العاهات.

(٢) قيد لجميع ما تقدم من قوله كلام يتكلم به.

(٣) و هل يعتبر فى تحقق عنوان السحر أو حرمة الإضرار بالنفس أو بالغير

(١) سورة المائدة (٥) الآية: (١١٠)

(٢) سورة الحشر (٥٩) الآية: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٥

.....

أولا- يعتبر، و أنه حرام مطلقا؟ ظاهر الآية الواردة فى قضيه هاروت و ماروت أنه كان الحرام هو المضر فقط، مع كون النافع ايضا سحرا، و لكن لا- دلالة فيها على بقاء النافع على الجواز فى غير ذلك الزمان و الروايات الواردة فى حرمة السحر بعضها مطلقه تعم المضر و غيره كموثقه إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أن عليا (ع) كان يقول: «من تعلم شيئا من السحر كان آخر عهده بربه و حده القتل) إلا ان يتوب» (١) و ليس فى البين ما يوجب رفع اليد عن إطلاقها. و مرسله إبراهيم بن هاشم و ان كانت ظاهرة فى جواز النافع، لكن إرسالها مانع عن الاعتماد عليها فإنه روى على بن إبراهيم عن أبيه عن شيخ من أصحابنا الكوفيين قال: «دخل عيسى بن ثقفى على ابي عبد الله (ع)، و كان ساحرا يأتيه الناس و يأخذ على ذلك الأجر، فقال له: جعلت فداك انا رجل كانت صناعتى السحر و كنت آخذ عليه الأجر و كان معاشى، و قد حججت منه و من الله على بلقائك، و قد تبت الى الله عز و جل، فهل لى فى شىء من ذلك مخرج؟ فقال أبو عبد الله (ع) حل و لا تعقد» (٢) و الصحيح أن يقال: العمل الذى أحرز أنه سحر يحكم بحرمة تعليمه و تعلمه و عمله، سواء كان ضارا أم لا أخذًا بإطلاق مثل موثقه إسحاق بن عمار. و أما ما لم يحرز كونه سحرا كالتسخيرات و العزائم فإن كان مضرا، بحيث يكون ذلك الإضرار محرما، سواء كان بالنفس أم بالغير، فلا يجوز مع خوفه، و إلا فلا يمكن الحكم بحرمة، لعدم إحراز عموم السحر له: و مجرد ذكر العزائم أو التسخيرات فى بعض الكلمات من أقسام السحر لا يثبت، خصوصا بملاحظة أنه عد ايضا منها النيمية. و دعوى الشخص بأنه يعلم علم الكيمياء لجلب قلوب الناس اليه.

و رواية الاحتجاج الحاكية لقصة زنديق لا تزيد على الرواية المرسله، و ذلك للجهد بطريق الطبرسى كما لا يخفى. و ما فى كلام بعض الأصحاب- من جواز دفع

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٣) من أبواب بقيه الحدود حديث: ٢.

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: ٢٥ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٦

ثم ان الشهيدين عدا من السحر (١)

السحر بالسحر حتى نسب إلى الصدوق (ره) من أن توبة الساحر أن يحل و لا يعقد- لا يخلو عن تأمل. نعم مرسله إبراهيم بن هاشم ظاهرة بإطلاقها في جواز إبطال السحر و الحل و لو بالسحر، و لكنها كما ذكرنا لا يمكن الاعتماد عليها، و لكن لا بأس بتعلم السحر و العمل به لإبطال مثل الدعوى من المدعى للنبوة، و نحوه ممن يكون غرضه إفساد عقائد الناس بالسحر أو غيره، بل لا يبعد و جوب ذلك كفاثيا.

ثم إن ظاهر بعض الروايات كرواية السكوني جواز قتل الساحر حتى فيما إذا لم يكن مستحلا له، قال جعفر بن محمد عليهما السلام فيها: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله ساحر المسلمين يقتل و ساحر الكفار لا يقتل» (١) و مثلها إطلاق غيرها كموثقة إسحاق ابن عمار المتقدمة، و حملها- على صورة الاستحلال كما هو ظاهر جمع- لا يمكن المساعدة عليه. نعم توبته توجب سقوط حد القتل، كما ذكر في الموثقة، و بها يرفع اليد عن إطلاق غيرها، و لا بعد في جواز قتله، بل وجوبه تحفظا على مصالح المسلمين ليكونوا على أمن من كيده. و دعوى أن السحرة في عصر الأئمة عليهم السلام كانوا غالبا من الكفار و يعتقدون تأثير الكواكب و الأجرام العلوية لا يخفى ما فيها، مع أن رواية السكوني دالة على قتل خصوص الساحر من المسلمين، فكيف تحمل على صورة كونه كافرا.

(١) أى ان الشهيدين جعلتا تسخير الملائكة و الشياطين و الأجنه و إحضارهم من أقسام السحر و يكون استخدام الملائكة و الشياطين و تسخيرهم فى مثل كشف الغائبات و علاج المصاب، كما يكون إحضارهم لغاية الكشف عن الغائبات بتلييسهم ببدن صبى أو امرأة و بعبارة أخرى تسليطهم على بدنهما بحيث يكون تكلم الصبى أو المرأة بتلقين الملائكة و الشياطين.

(١) الكافي: الجزء (٧) باب حد الساحر: الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٧

و الظاهر ان المسحور فيما ذكره (١) و قال فى الإيضاح انه استحداث الخوارق (٢) و اما ما كان على سبيل الاستعانة (٣) روى الصدوق فى الفقيه فى باب عقاب المرأة (٤)

(١) كأن مراده بيان أن التسخير أو الإحضار يكون من السحر حتى بناء على أخذ الإضرار فى تحقق عنوان السحر، و ذلك فان المعبر فى السحر الإضرار بالمسحور و المسحور فى التسخيرات و الاحضارات هى الملائكة و الجن و الشياطين، و الإضرار بهم يحصل بتسخيرهم و تعجزهم عن المخالفة و الجائهم إلى الخدمة و الطاعة.

(٢) أى ان السحر هو إيجاد ما يعد خرقا للعادة، و يكون إيجادا بمجرد تأثير نفس الساحر أو باستعانة الساحر بالفلكيات بدعوتهم، و يسمى بدعوة الكواكب أو بتمزيج الساحر القوى السماوية بالقوى الأرضية، كان يلاحظ أن الكوكب الفلاني فى أى برج و يعمل فى ذلك الزمان فى الصفر أو غيره من الفلزات عملا يوجب حدوث ذلك الخارق للعادة و يسمى بالطلسمات أو يستعين الساحر بالأرواح الساذجة فى إيجاد ذلك الأمر، و استعانتة يكون باستخدامهم و يدخل فيه النيرنجات (أقول: لعل المراد بالنيرنجات تسخير الشياطين و الأجنه و لكن فسرها فى الدروس بدعوة الكواكب و الطلسمات، و يبقى على الإيضاح بيان الفرق بين المعجزة و القسم الأول من السحر.

(٣) المراد أن ما يحدث بالاستعانة بخواص الأجسام السفلية فقط، كما فى الاثرات الحادثة من تناول الأدوية من المبلدة و غيرها، فإنه لا يسمى سحرا، كما لا يسمى به ما يحدث بالاستعانة بالنسب الرياضية، كما إذا جعل قطعة حديد بحيث يرفع بها ثقيل، و يسمى بعلم الحيل و جر الأثقال.

(٤) الرواية لا تخلو عن المناقشة لوقوع النوفلى فى سندها، بل لو كانت فى أعلى مراتب الصحة لكانت أيضا مطروحة، باعتبار مخالفتها للكتاب العزيز، فان ظاهرها عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٨

و يدخل في ذلك تسخير الحيوانات (١)

[الشعبدة حرام]

الشعبدة حرام (٢)

[الغش حرام]

الغش حرام (٣) فعن النبي (٤) قوله (ره) و في رواية العيون بأسانيد (٥) و في عقاب الأعمال (٦) و في مرسله هشام عن ابي عبد الله (٧)

قبول توبة الساحر، و من المقطوع به أن السحر ليس بأعظم من الكبائر و من الارتداد مع قبول التوبة من المرتد و مرتكبها. و دعوى عدم فرض التوبة في الرواية يدفعها قوله: (فصامت المرأة نهارها، و قامت ليلها، و حلفت رأسها و لبست المسوخ) حيث أن ظهوره في التوبة غير قابل للإنكار.

(١) لم يظهر كون مجرد التسخير سحرا، و عليه فلا بأس به حتى فيما إذا كان ذلك إضرارا بالحيوان، فإن إضراره لا يزيد على ضرب الحيوان و الركوب أو حمل الثقل عليه كما لا يخفى، بل لا دليل على حرمة الإضرار بالأجنة فضلا عن الشياطين.

(٢) فيه تأمل بل منع، حيث لا دليل على حرمة مطلق اللهو، بل دخول الشعبدة في اللهو ممنوع أيضا، و الشعبدة إيجاد الشيء بأسبابه العادية، و لكن بما أن الإيجاد سريع تكون السرعة موجبة لتخيل وجوده بلا سبب عادى.

(٣) الغش بالفتح مصدر و بالكسر اسم.

(٤) كما في صحيحة هشام بن سالم «١».

(٥) تعرض لتلك الأسانيد في الوسائل في باب إسباغ الوضوء و هي ثلاثة طرق عن الرضا (ع) كلها ضعاف لما فيها عدة مجاهيل فراجعها.

(٦) تعرض لسنده في الوسائل في باب استحباب عيادة المريض و فيه أيضا مجاهيل.

(٧) بل مرسله عيسى بن هشام و رواها الشيخ عن عيسى عن ابي عبد الله (ع) و الظاهر انه أيضا اشتباهه، فان عيسى - على ما ذكر - تاريخ وفاته سنة (٢٢٠) و تاريخ

(١) و مسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٨٦) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٦٩

و فيه غش جملة ابتدائية (١) ثم إن ظاهر الاخبار (٢)

وفاء ابي عبد الله (ع) سنة (١٤٨) مع أن الشيخ (ره) عد الرجل في فهرسته ممن لم يرو عن الامام (ع).

(١) اى ان الدينار لا يباع بشيء، و يتعين أن تكون جملة فيه غش ابتدائية موضع التعليق، و يحتمل رجوع الضمير في لا يباع إلى سائر

الأموال. والمراد بشيء هو الدينار وفيه غش (وصف للشيء) أى لا يباع أموال الناس بشيء مغشوش. ولكن الظاهر هو الأول، لأن إرجاع الضمير إلى غير المذكور فى الكلام مع وجود ما يصلح له فى الكلام خلاف الظاهر، وليس المراد من البيع بناء على الجملة الابتدائية هو الاشتراء ليقال أنه أيضا خلاف الظاهر، بل المراد البيع وتعلقه بالدرهم - كما فى بيع الصرف - متعارف.

(٢) فرق (قدس سره) أولا بين الغش فى مثل مزج اللبن بالماء، و مزج الدهن الجيد بالردىء، و وضع الحرير فى المكان البارد لكسب الثقل، مما يكون العيب و النقص فيه خفيا لا يعرف غالبا، إلا من قبل بايعه، و بين النقص الذى لا يخفى على من يلاحظ المبيع و لا يتسامح فى التعرف على حاله، كما فى مثل خلط الحنطة الجيدة بالردية. و ذكر أن مثل هذا الخلط جائز كما يشهد له صحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما (ع): «أنه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، و بعضه أجود من بعض؟

قال: إذا رؤيا جميعا فلا بأس ما لم يغط الجيد الردىء» (١) و مثلها صحیحة الحلبي الثانية عن ابى عبد الله (ع) قال: «سألته عن الرجل يكون عنده لوان من طعام واحد سعرهما بشيء، و أحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعا، ثم يبيعهما بسعر واحد؟ فقال: لا يصلح له أن يغش المسلمين حتى يبينه» (٢).

و ظاهرهما و إن كان جواز الخلط، و لكن عدم بيان ذلك للمشتري الغافل

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٩) من أبواب أحكام العيوب - الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٩) من أبواب أحكام العيوب - الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٠

.....

غش محرم، فيجب الاعلام به. و يستفاد ذلك من رواية سعد الإسكاف «١» فإن النقص فى موردها و ان كان يظهر بملاحظة المبيع و عدم التسامح فى معرفته، إلا- ان عدم الإظهار عد فيها غشا. و يمكن حمل هذه الروايات الظاهرة فى الغش بالنقص غير الخفى على صورة كونه بفعل البائع، بقصد تليس الأمر على المشتري، فلا- يجب عليه الإعلام إلا فى هذه الصورة. و أما إذا كان بداع آخر أو بفعل شخص آخر، كما إذا اشترى طعاما مختلطا من الجيد و الردىء، و أراد بيعه من آخر ثانيا، فلا يجب عليه الاعلام. و أما المخفى و ان كانت الحرمة فيه أيضا ببيع المغشوش مع جهل المشتري بالحال، إلا أنه لا فرق فيه بين كون الغش بفعله أو بفعل آخر أو لغرض آخر، ففى جميع ذلك يجب الاعلام.

ثم إنه (ره) ساوى بين النقصين، و ذكر أنه لا يجب عليه الإعلام إلا فى مورد قصد التليس. و أما ما هو ملتبس فى نفسه فلا يجب. نعم لا يجوز إظهار سلامة المبيع و عدم وجود النقص فيه، بلا فرق فى ذلك أيضا بين النقص الخفى و غيره، فالعبرة فى حرمة الغش بقصد التليس على المشتري. و قال (ره): (ان فى التفصيل الوارد فى صحیحة الحلبي الأولى شهادة لذلك) قال: «سألته أبأ عبد الله (ع) عن الرجل يشتري طعاما، فيكون أحسن له و أنفق ان يبيله، من غير أن يلتبس زيادته، فقال: إن كان يبعلا لا يصلحه إلا ذلك و لا ينفقه غيره، من غير أن يلتبس فيه زيادة، فلا- بأس، و إن كان انما يغش به المسلمين، فلا يصلح» (٢) فإنه سلام الله عليه جوز بل الطعام بدون الاعلام مع عدم قصد الزيادة، لأن الرواية لو كانت ناظرة إلى صورة الإعلام لم يكن وجه للتفصيل فى الجواب بين قصد الزيادة و عدمه، فإنه مع الاعلام يجوز البيل مطلقا.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٨٦) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٨)

(٢) و رواها فى الوسائل الجزء (١٢) الباب: (٩) من أبواب أحكام العيوب - حديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧١

ثم إن في جامع المقاصد ذكر في الغش بما يخفى (١)

(أقول): لم يظهر من صحيحة الحلبي جواز السكوت، فيما إذا كان في المبيع ما لا يعرف إلا من قبل البائع، ولو لم يكن ذلك بفعله كحيوان أكل ما يوجب موته، بل يكون ترك الإعلام في بيعه غشا، فيعنه ما دل على حرمة الغش.

(لا يقال) النقص في المبيع إذا كان من قبيل العيب فعلى البائع الإعلام به مطلقا سواء كان العيب خفيا أم لا، لأن بيعه بالتزام الصحة مع علمه بالعيب يعد غشا، كما لو صرح بأنه يبيعه على شرط الصحة، والحيوان الذي أكل ما يوجب موته من بيع المعيوب على شرط السلامة، (فإنه يقال): الموجب لصدق الغش عدم إعلام البائع بالعيب مع علمه به، حتى فيما لو تبرأ من عيوب المبيع، حيث يعد بيع الحيوان المزبور غشا، حتى مع التبري منها، وإلا فليس الالتزام بالصحة إخبارا عنها ليقال ان الالتزام بها مع العلم بالعيب غش، بل معناه جعل الخيار للمشتري على تقدير العيب، كما سيأتي في بحث الخيارات ان شاء الله تعالى.

نعم إذا كان النقص مما يعرفه الناظر في المبيع، فلا- يجب إعلام المشتري بالحال إلا فيما إذا كان فعله بقصد التليس، لعدم صدق الغش على ترك الإعلام، حيث إن الغش بمعناه المصدرى ضد النصيحة لا ترك النصيحة مطلقا ليتحقق بمجرد ترك الإعلام. نعم إذا أظهر ما يكون إغراء أو موجبا لوقوع الآخر في خلاف الواقع كان ذلك غشا في المعاملة.

(١) يقع الكلام في حكم المعاملة، فنقول: الغش أما بإخفاء الأدنى في الأعلى، كمزج الجيد بالردىء، أو بإخفاء غير المراد في المراد، ونعنى بالمراد ما ينطبق عليه عنوان المبيع، و من غيره ما لا ينطبق عليه، أو بإظهار الصنف الجيدة في المبيع مع عدمها واقعا، ويعبر عنه بالتدليس، أو بإظهار ما لا- ينطبق عليه عنوان المبيع بصورة ما ينطبق عليه، كمبيع المموه و ما يكون مصبوغا بماء الذهب بعنوان أنه ذهب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٢

و ما ذكر من وجهي الصحة و الفساد (١)

ثم إن الغش و ان كان محرما، لكن النهي عنه لا يقتضى فساد المعاملة فيما إذا لم يخرج المغشوش بالغش عن عنوان المبيع، كما في مزج الماء باللبن، مع استهلاك الماء باعتبار قلته، فيكون البيع صحيحا، غاية الأمر يثبت للمشتري خيار العيب مع جهله بالحال، و نظيره ما إذا كثر التراب في الحنطة، فإن كثرة التراب فيها لا يخرج المبيع عن عنوان الحنطة، بل تعد معيوبة. و ما ذكره المصنف (ره) في الفرق بين المثالين لا يرجع الى محصل، و إذا خرج المبيع بالغش عن عنوان المبيع، بحيث لم يصدق ذلك العنوان على الموجود، كما في بيع المموه كان البيع باطلا، باعتبار أن عنوان المبيع يكون بنظر العرف مقوما للبيع، و مع فقدة لا يكون بيع، و هذا بخلاف ما إذا صدق عليه عنوانه، و لكن خرج بالغش عن الوصف الملحوظ فيه، فإنه مع فقد الوصف يكون المورد تارة من تخلف الوصف المشترك، و من تخلف الداعي أخرى و إذا لم يستهلك غير المراد في المراد، بان كان الموجود هو المبيع و غيره، فيتبعض البيع، و يكون بالإضافة إلى المراد صحيحا، كما إذا خلط دهن النبات بدهن الحيوان بلا استهلاك أحدهما في الآخر، و باعه بعنوان دهن الحيوان و بالإضافة إلى غيره باطلا باعتبار عدم القصد الى بيعه.

(١) أى أن ما ذكر في جامع المقاصد- في وجه الصحة في بيع اللبن الممزوج بالماء و في وجه فساد- يجرى في سائر موارد عيب المبيع، فيتردد أمر البيع فيها بين الصحة و الفساد، حيث أن المبيع فيها أيضا عين متمول. و هذا وجه الصحة و كون المقصود فيها هو الصحيح، كإرادة البصير في بيع العبد، و هو غير متحقق و هذا وجه الفساد، مع انه لا ينبغى الريب في أن العيب في المبيع لا يوجب بطلان البيع، بل يثبت معه خيار العيب، و ذلك فإن أوصاف الصحة- حتى في مثل شوب اللبن بالماء- ليست مقومة للمبيع عرفا. و

يتعلق البيع بالموجود الخارجى بعنوان أنه يطلق عليه اللبن، و يكون خلوصه شرطا، بمعنى أنه يثبت للآخر الخيار على تقدير إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٣
و اما وجه تشبيه مسألة الاقتداء (١) ثم انه قد يستدل على الفساد (٢)

شوبه. و عليه، فلا يكون فى البين وجه لبطلان البيع.

نعم إذا كان العنوان مقوما للمبيع، كما إذا كان مثل عنوان الفرس و باع الحيوان بعنوانه، فبان حمارا حكم ببطلان البيع، لان قصد البيع يتعلق بعنوان الفرس، و لذا قالوا فى بيع الصرف أنه لو ظهر أحد العوضين معيبا، و لكن من غير الجنس المذكور فى العقد بطل البيع. (١) و اما الصلاة فى مسألة الاقتداء فمحكومة بالصحة، حتى فيما إذا كان ناويا لأحد الشخصين بنحو التقييد، حيث أن الفردى لا تنقص عن صلاة الجماعة إلا- فى القراءة الساقطة حال العذر، كما هو مقتضى حديث لا تعاد و المفروض ان تركها كان لتوهم أنه مأموم. نعم لو كان المراد من التفصيل بين التقييد و غيره هو الحكم ببطلان الجماعة فى الأول لا فى الثانى، فهو صحيح، و لكن لا يساعد على ذلك ظاهر كلماتهم.

(٢) قد تقدم ان المعاملة- بلحاظ النهى عن غش المؤمن فيها لا- تفسد و قد ذكر فى محله ان النهى عن معاملة تكليفا لا يقتضى فساده، و لم يرد فى خطاب- النهى عن بيع المغشوش بهذا العنوان ليقال بظهور النهى فى فساده، على ما ذكرنا سابقا من كون الفساد هو الظهور الاولى للنهى عن المعاملة. و أما النهى عن بيع الدرهم المغشوش فى مرسله موسى بن بكر «١» فمحمول على صورة عدم المالىة، و كون بيع الدرهم من التمويه فى الجنس، بقرينة الأمر بإلقائه فى البالوعة، فإنه لو كان مالا كما إذا كان الغش فى سكتة فقط، لكان الإلقاء المزبور تبذيرا خصوصا بعد كسره.

بقى فى المقام أمران: (الأول)- أن ما ذكر الشهيد (ره) من التردد فى صحة بيع هذا بعنوان الفرس فبان حمارا، و أنه يبتنى على تقديم الإشارة- على العنوان

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٨٦) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٤

[الغناء]

الغناء لا خلاف فى حرمة فى الجملة (١)

فهو ايضا غير صحيح، فان مثل عنوان الفرس من العناوين المقومة للمبيع، فيكون مقدا على الإشارة بلا ريب، حيث ان البيع يتعلق بالعين الخارجية بما انه ينطبق عليها ذلك العنوان و يقصد المشتري شراء الفرس و البائع يريد بيعه. و اسناد البيع الى المشار اليه باعتبار اعتقادهما أنه فرس و هذا بخلاف مسألة الاقتداء، فإنه يمكن فيها ان يقصد المأموم الاقتداء بزید، و إشارته إلى الحاضر باعتبار اعتقاده انه زید، و هذا معنى تقديم الوصف، و يمكن ان يقصد الاقتداء بالحاضر زيدا كان أو غيره، و لكن توصيفه بزید باعتبار اعتقاده أن الحاضر فعلا هو لا عمرو، كما هو تقديم الإشارة و بما ان القصد من الأمور الوجدانية، و لا يمكن فيها الشك حال حصولها، فيمكن للمأموم حصول التردد بعد فراغه عن العمل.

(الثانى) ذكر المحقق الإيروانى رحمه الله عليه أن الذى يظهر لى من الاخبار أن الغش بعنوانه لا يكون محرما، بل هو محرم بعنوان

الكذب. وفيه أنه لم يعلم وجه هذا الظهور، سواء كان الغش في المعاملات أو غيرها، بعد ما ذكرنا من أن أخذ عنوان - موضوعا في خطاب الشرع، و ان احتمال كونه مشيرا الى عنوان آخر - يكون هو الموضوع واقعا إلا ان هذا خلاف ظاهر الخطاب، فان مقتضى أصالة تطابق مقام الإثبات مع مقام الثبوت أن يكون الموضوع في خطاب هو الموضوع للحكم واقعا، بل القرينة - في المقام على أن الغش بعنوانه موضوع للحكم لا - بعنوان الكذب - ظاهرة، حيث أن الأحكام المتقدمة من التكليف و الوضع تترتب، حتى فيما إذا كان غش البائع مثلا بعنوان التورية لا الكذب، و لذا يتعدد العقاب في فرض الغش بالكذب فلاحظ و تدبر.

(١) لا خلاف في حرمة الغناء في الجملة و يستدل عليه بالروايات المستفيضة الواردة «١» في تفسير قول الزور من قوله سبحانه و اجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ و الواردة

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٩٩) من أبواب ما يكتسب به.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٥

.....

في تفسير لهُو الحديث، من قوله سبحانه و مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ و الواردة في تفسير الزور من قوله سبحانه و الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ و ذكر المصنف (ره) بما حاصله أن المطلوب في المقام إثبات حرمة الغناء بمعناه الظاهر المتعارف الذي هو عبارة عن كيفية الصوت الذي يكون بها مطربا. و ما ورد في تفسير قول الزور لا يدل على حرمة ذلك حيث أن تطبيق قول الزور على الغناء قرينة على كون المراد به الكلام الباطل لا الكيفية في الصوت مطلقا و يؤيد كون المراد بالغناء فيها هو الكلام الباطل، صحيحة حماد بن عثمان عن ابي عبد الله (ع) قال: «سألته عن قول الزور؟ قال منه قول الرجل للذي يغني أحسنت» «١» فإن قوله أحسنت باعتبار تضمنه مدح الفاعل على فعله الحرام باطل، اللهم إلا ان يقال: أن قول الزور في قوله سبحانه عام يعم الباطل في معناه أو في جهة قراءته و لعله لذلك عده تأييدا. نعم في مرسله الصدوق، قال: (سأل رجل علي بن الحسين عليهما السلام عن شراء جارية لها صوت، فقال: ما عليك لو اشتريتها، فذكرت الجنة بقراءة القرآن و الزهد و الفضائل التي ليست بغناء و أما الغناء فمحظور» «٢» فان التعبير - عن الكلام الصحيح و الفضائل الحقة بعدم الغناء - دليل على كون المراد بالغناء و لو في بعض استعمالاته هو الكلام الباطل، و كذا ناقش (ره) في ما ورد في تفسير لهُو الحديث، بناء على كون إضافة اللهُو الى الحديث من إضافة الصفة إلى موصوفها، حيث ان كون الحديث لهُو عبارة أخرى عن بطلان معناه نعم لو كانت إضافته إليه من إضافة المظروف الى ظرفه المعبر عن ذلك في علم الأدب بكون الإضافة بمعنى (في) فيعم الغناء في الكلام الصحيح، بل اجري (ره) المناقشة فيما ورد في تفسير الزور في قوله سبحانه و الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ و ذكر أن

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٩٩) من أبواب ما يكتسب به، الحديث: (٢١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (١٦) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٦

و فيها ابن فضال (١)

المدح فيه لمن لا يحضر مجالس التغمي يعني الأباطيل من الكلام.

أقول لم يظهر وجه صحيح للخدشة فيما ورد في تفسير الزور، فإنه لا قرينة في البين على ان تطبيق الامام (ع) عنوان الزور على الغناء

باعتبار الكلام، كما كانت في الوارد في تفسير الآية الأولى بل الثانية أيضا. وعبارة أخرى صحيحة أبي الصباح عن أبي عبد الله (ع) «١» دالة على كون الغناء بنفسه زورا و باطلا و ظاهر الغناء هي الكيفية في الكلام الحق أو الباطل. و ما ذكر (ره) أيضا من دلالة المرسله على استعمال الغناء في الكلام الباطل ضعيف، لاحتمال ان يكون قوله فيها و التي ليست بغناء راجعه إلى القراءة لا قيدا للفضائل نعم مجرد المدح على الحضور في مجلس اللهو و الباطل المستفاد من قوله سبحانه وَ الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ لَا يَكْفَى فِي الْحُكْمِ بِالْحَرَمَةِ كَمَا لَا يَخْفَى.

(١) كأن مراده أن وجود بنى فضال في سند الرواية كاف في اعتبارها للأمر بالأخذ برواياتهم و قد روى محمد ابن الحسن في كتاب الغيبة عن أبي الحسين التمام عن عبد الله الكوفي خادم الحسين بن روح عن الحسين بن روح عن أبي محمد الحسن ابن علي (ع)، أنه «سئل عن كتب بنى فضال؟ فقال: خذوا ما رووا و ذروا ما رأوا» (٢) و فيه أنه لا سبيل لنا إلى إحراز أن رواية عبد الأعلى مروية عن كتب بنى فضال، بل على تقديره أيضا لا يكون الرواية معتبرة، فإن الأمر بالعمل برواياتهم إرشاد إلى أن مجرد فساد اعتقادهم لا يوجب طرح رواياتهم بان لا- يصح الاعتماد على رواية يكون أحد منهم في سندها لا- أن وجودهم في سند رواية يكون تمام الموضوع لاعتبارها، بحيث لا تضر جهالة باقي روايتها حتى مع كون بعضهم كذابا و جعالا. و لذا لا يصح عند معارضة رواية

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٩٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٨) الباب: (١١) من أبواب صفات القاضي- الحديث (١٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٧

مما يصف (١) و رواية يونس (٢)

صحيحة مع رواية أخرى في سندها منهم طرح الصحيحة و الأخذ بالرواية بدعوى أنه مقتضى الأمر بالأخذ بكتبهم. هذا مع أن الأمر بالأخذ غير ثابت، و منشأ الرواية التي نقلناها كما لا يخفى. نعم دلالة الرواية- و ظهورها في كون الغناء المحرم عبارة عن الكيفية في الصوت- واضحة، فإن الكلام الذي يزعم فيه ترخيص رسول الله صلى الله عليه و آله ليس من الباطل من جهة المعنى، و لعل وجه الاستشهاد بالآية كون المحكى عن رسول الله صلى الله عليه و آله هو تجويزه القول المزبور مطلقا بان يقال عنده صلى الله عليه و آله أيضا. و هذا نوع من اتخاذ صلى الله عليه و آله و آله و آله تجويز القول المزبور عنه صلى الله عليه و آله كانت افتراء عليه (ص) نظير افتراء الكفار على الله سبحانه من أخذه تعالى مريم و ابنها صاحبة و ولدا، فيعم الحاكين لترخيصه ما ذكر في حق هؤلاء الكفار من الويل.

ثم ان الظاهر كون الرواية موثقة، لأن عبد الأعلى هو ابن أعين و قد وثقه المفيد في رسالته الإعدادية، كما يعمه التوثيق العام من على بن إبراهيم، حيث روى في تفسيره عنه. و وجه كونه في هذه الرواية هو ابن أعين رواية يونس بن يعقوب الذي روى بعض الروايات الأخر عنه بعنوان ابن أعين فلاحظ.

(١) يعني مما يذكر و يحكى، و قوله- رجل بدل عن فلان و لم يحضر المجلس- وصف للرجل، أى ويل للذى لم يحضر مجلس رسول الله (ص) و لم يسمع ترخيصه من حكايته عنه (ص).

(٢) لا يخفى أنه ليس في الرواية تعيين المراد من الغناء، و قد طبق عليه فيها عنوان الباطل، نظير الرواية الواردة في تفسير قوله سبحانه وَ الَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ) و على المصنف (ره) بعد إشكاله- في دلالة ما ورد في تفسيره و استظهاره أن المراد به الكلام الباطل- بيان الفرق بينها و بين رواية يونس، و وجه قبوله دلالة هذه على حرمة الكيفية للصوت، سواء كانت في كلام باطل أو صحيح. و على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٨

و رواية محمد بن ابى عباد (١) و فى رواية الأعمش (٢) و قوله عليه السلام قد سئل عن الجارية (٣)

كل فالرواية لا بأس بالاعتماد عليها، فإنها مروية فى قرب الاسناد عن الريان بن صلت عن الرضا (ع) بل و هذه هى العمدة فى الحكم بحرمة الغناء، و إلا- فما ذكره المصنف (ره)- من اشعار الروايات المتقدمة بأن المحرم هو عنوان اللهو و الباطل و ان كان ذلك فى كيفية الصوت- لا يمكن المساعدة عليه، فان الاعتبار بالظهور لا بالشعار، مع أن لازم ما ذكر كون مطلق اللهو و الباطل محرما حتى ما لم يكن فى البين غناء، كما إذا قرأ الأشعار الراجعة إلى العشق و نحوها بلا ترجيع صوت أصلا.

(١) و لكن مضافا إلى ضعف سندها لا دلالة لها على الحرمة، لما تقدم من أن المدح لفعل لا يكشف عن كونه واجبا.
(٢) و باعتبار ضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

(٣) و فى رواية الحسن بن على الوشاء، قال (سئل أبو الحسن الرضا (ع) عن شراء المغنية؟ قال قد يكون للرجل الجارية تلهيه، و ما ثمنها إلا ثمن الكلب، و ثمن الكلب سحت) «١» و فى صحيحة إبراهيم بن ابى البلاد «ثمن الكلب و المغنية سحت» «٢» و مثل هذا كاشف عن حرمة الغناء، فإنه لا يكون بطلان المعاملة على الجارية بما أنها مغنية إلا مع حرمة، و الا فكونها مغنية ككونها خياطة أو كاتبه من الأوصاف التى توجب زيادة ماليتها.

(لا يقال): نعم، و لكن لا يكون مثلهما كاشفا عن حرمة الغناء مطلقا، حتى فيما إذا كان فى الكلام الصحيح، (فإنه يقال) بطلان بيعها كاشف عن حرمة الغناء حتى فيما إذا كان فى الكلام المزبور، و الا فكونها مغنية ككونها كاتبه من الأوصاف التى تكون منشأ للحلال و الحرام، و لا يوجب مثلها بطلان البيع فتدبر. و

(١) و مسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٦) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٦).

(٢) و مسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٦) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٤).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٧٩

أنه مد الصوت (١).

نظيرها ما ورد فى حرمة الاستماع الى الغناء، فإنه كاشف عن حرمة نفس الغناء حيث لا يحتمل حرمة الاستماع و الجلوس الى الحلال و فى صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال «سألته عن الرجل يتعمد الغناء يجلس اليه قال: لا» «١».

فقد ظهر مما ذكرنا أن الغناء و ان كان بإطلاقه محرما إلا أنه لا يمكن الحكم بكونه من الكبائر، إلا فيما إذا كان فى ضمن كلام باطل كالكذب. و ما يوجب إضلال الناس عن الدين الحق و إفساد عقيدتهم، و فى صحيحة محمد بن مسلم عن ابى جعفر (ع)، قال: «سمعتة يقول: الغناء مما أوعده الله عليه النار» «٢» و تلا هذه الآية و من الناس من يشتري لهو الحديث إله، فإن الآية ناظرة إلى شراء لهو الحديث الموجب لإضلال الناس. و ما فى رواية الأعمش أيضا لا- يدل على أنه بإطلاقه من الكبائر، حيث أن المذكور فيها الملاهى التى تصد عن ذكر الله، و الملاهى جمع ملهى بمعنى اللهو، بقرينة التمثيل بالفعل، و مدلولها كون الغناء الموجب لنسيان الله كبيرة، فلا تعم ما يكون فى ضمن الاشعار المتضمنة للوعظ و الإرشاد و نحوهما.

(١) لا- ينبغى التأمل فى كون الغناء عرفا هى الكيفية للصوت، و لا دخل فى صدقه لبطلان معنى الكلام و عدمه، و لذا من سمع من بعيد صوتا يكون فيه الترجيع الخاص المناسب للرقص و ضرب الأوتار يحكم بأنه غناء، و ان لم يتميز عنده مواد الكلام و لعل هذا هو المراد من قولهم بأنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطلوب، بان يكون مرادهم تطويل الصوت بنحو خاص اى تطويله بترجيعة و ترديده فى الحلق، بنحو يقتضى الطرب أى يناسبه، و الطرب حالة تعرض النفس من شدة الفرح أو الحزن و حقيقته خروج النفس عن

اعتدالها و لذا ربما يفعل الإنسان

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٩٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (٣٢).

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٩٩) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (٦).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٠

ان الرجل المتستر (١) و ربما يبكي في خلال ذلك (٢) أما الأول فلأنه حكى عن المحدث الكاشاني (٣).

في ذلك الحال ما لا يفعله في غيره، و على كل- فإن أحرز في مورد كون الكيفية غناء فهو، و الا فمقتضى الأصل الإباحة، و يكون الشك في المقام من الشبهة المفهومية حيث يكون المفهوم مجهولاً- من حيث سعة دائرته و ضيقه كما لا يخفى. و يشهد على ما ذكرنا- من كون الغناء هي كيفة الصوت من غير دخل لمعنى الكلام فيه- موثقه عبد الأعلى المتقدمة، حيث أن الكلام المنكر الوارد فيها ليس باطلاً. من جهة المعنى.

(١) أي الرجل الجالس مكان الخلوة.

(٢) و يظهر ذلك بملاحظة مثل الأب الذي مات ولده المحبوب له الشاب، فإنه يقرأ عنده تعزية سيد الشهداء و ولده الأكبر سلام الله عليهما، و يبكي أشد البكاء، مع أنه لم يكن يبكي من قبل بمثل هذه التعزية، فان بكاءه حقيقة لموت ولده ثم ان الوجه في هلاك الرجل المتستر المفروض ما أشرنا إليه من أن الجهل بحرمة هذا النحو من كيفة القراءة في التعزية أو غيرها شبهة حكمية منشأها الجهل بعموم مفهوم الغناء و شموله لها، و الجهل في تلك الشبهة لا يكون عذراً الا بعد الفحص و عدم الظفر بما يكون دليلاً على حرمة تلك الكيفية كما لا يخفى.

(٣) المنسوب إلى المحدث الكاشاني و صاحب الكفاية جواز الغناء و أن الحرام ما يقترن به من المزمارة، و دخول الرجال على النساء و نحوهما، و ان الاخبار الناهية عن الغناء ناظرة إلى المتعارف في ذلك الزمان، و هو الغناء المقترون بالأباطيل و المحرمات، و لعله يشير إلى ذلك قوله عليه السلام في صحيحة أبي بصير «أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتى يدخل عليها الرجال» (١)

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٥) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨١

.....

و يمكن دعوى ظهور الجواز من بعض الروايات الأخرى، كخبر ابى بصير قال:

«سألت أبا عبد الله (ع) عن كسب المغنيات؟ فقال: التي يدخل عليها الرجال حرام، و التي تدعى إلى الأعراس ليس به بأس، و هو قول الله عز و جل: «١» و خبر على ابن جعفر عن قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن قال: «سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر و الأضحى و الفرح؟ قال: لا بأس به ما لم يعص به» (٢) و رواه على بن جعفر في كتابه إلا أنه قال: ما لم يزر به، و في بعض النسخ ما لم يؤمر به، و الصحيح هو الأول. و ظاهر هذه أيضاً جواز الغناء في نفسه، حيث لا يحتمل جوازه في الأعياد و الأفراح كلها و حرمة في غير ذلك.

(أقول): ما ذكر من نظر الأخبار الناهية إلى الغناء المتعارف في ذلك الزمان و كان مقارناً بالأباطيل و المحرمات الأخر فاسد، فإنه-

مضافا إلى أن النهي عن عنوان ظاهره كونه المنهى عنه، لا- كونه إشارة إلى عنوان آخر يكون مقارنا له أو متحدا معه بعضا أو غالبا- أن إنكار الترخيص راجع في موثقه عبد الأعلى إلى نفس القول والغناء، لا- إلى استعمال الملاهي أو غيره من المحرمات. و أما صحيحة أبي بصير فلا بد من حمل قوله (ع) بالتى يدخل عليها الرجال على العنوان المشير يعنى إلى التى تغنى فى غير الزفاف، و لعل دخول الرجال عليها كان متعارفا فى غنائها فى غير الزفاف. و يحتمل ان يكون قوله. (و ليست إلخ) حالا أى التى تزف العرائس لا بأس بكسبها حال عدم دخول الأجانب عليها، و عدم دخولهم من باب المثال و المراد عدم ارتكاب محرم آخر. و لا بأس بالالتزام بجواز الغناء فى الأعراس ما لم يقترن بمحرم آخر، حيث أن حل الكسب بعمل يلزم جواز ذلك العمل.

و يدل عليه روايتان لأبى بصير ايضا، و فى إحداهما- و لا يبعد كونها معتبرة

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٥) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٥) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٢

.....

فإنه ليس فى سندها غير حكم الخياط، و الظاهر انه ثقة باعتبار كونه من مشايخ ابن ابى عمير- «قال أبو عبد الله (ع): المغنية التى تزف العرائس لا بأس بكسبها) و الوجه فى اعتبار عدم الاقتران بحرام آخر مضافا الى ما استظهرناه من صحيحته المتقدمة إطلاق أدلة حرمة استعمال الملاهي و نحوه، فإنها تعم الزفاف و غيره. و ظاهر الرواية المجوزة تجويز الغناء دون المحرم الآخر. و دعوى أن المتعارف من الغناء فى الزفاف كان مقترنا باستعمال الملاهي لم تثبت، بل هذه نظير دعوى أن المتعارف من الغناء فى الزفاف كان مقترنا بشرب الخمر كما لا يخفى. و أما ما رواه فى قرب الاسناد- عن على بن جعفر فلضعف سنده- ساقط عن الاعتبار، فان فى سنده عبد الله بن الحسن و لم يثبت له توثيق. نعم روايته عن كتابه معتبر، و لكن دلالتة على جواز الغناء الذى لا يزم به قابل للخشنة، فإنه يحتمل ان يكون المراد بالغناء مطلق مد الصوت، و قيد ما لم يزم به إشارة الى عدم البلوغ الى حد الغناء المعروف. و هذا الاحتمال و ان كان خلاف الظاهر الا أنه لا بأس به فى مقام الجمع، و لو فرض عدم تمامية ما ذكرنا فى هذه الصحيحة و صحيحة أبى بصير المتقدمة و وقعت المعارضة بين هذه الطائفة الموافقة للعامة و الطائفة المانعة المخالفة لهم، فالمتعين الأخذ بالمانعة باعتبار ان مخالفة العامة هو المرجح الثانى فى باب المعارضة فتدبر.

ثم إنه لا- يسعنا الحكم بحرمه الباطل و اللهو ما لم يدخل فى عنوان الغناء أو غيره من المحرمات، و لكن نسب التحريم الى بعض الأصحاب. و يستدل عليه (تارة) بمثل قوله سبحانه وَ الَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ «١» و فيه ما تقدم، من أن المدح بفعل لا يدل على وجوب ذلك الفعل، و (اخرى) بروايات واردة فى وجوب التمام فى سفر الصيد تنزهها، و فى موثقه أبى بكير «سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يتصيد اليوم و اليومين! و الثلاثة أ يقصر الصلاة؟ قال: لا إلا أن يشيع الرجل أخاه فى الدين،

(١) سورة المؤمنون (٢٣)- الآية: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٣

.....

فان الصيد مسير باطل لا تقصر الصلاة فيه «١» و فى موثقه زرارة عن ابى جعفر (ع) قال:

«سألته عن يخرج عن أهله بالصقورة و البزاة و الكلاب يتنزه الليل و الليلتين و الثلاثة، هل يقصر في صلاته أم لا؟ قال: إنما خرج في لهو لا يقصر» (٢) ولكن لا يخفى عدم دلالتها على حرمة اللهو و الباطل بالسفر فضلا عن غيره أيضا، بل مدلولهما عدم تشريع القصر في ذلك السفر المقصود به اللهو و التنزه و الباطل. و المراد بالباطل عدم غرض مطلوب فيه، كالتكسب و تشييع الأخ، و غاية الأمر الالتزام بالتمام في السفر كذلك، مع عدم كونه من افراد السفر للمعصية. و يناسب ذلك عطف سفر الصيد تنزها في كلام الأصحاب على السفر للمعصية، فلاحظ. و أما موثقه عبد الأعلى فقد تقدم أن مدلولها عدم اتخاذ الله تعالى أو رسوله لنفسه اللهو.

و أما أن اللهو بإطلاقه محرم على الإنسان المكلف، فلا دلالة لها على ذلك أصلا، بل ذكرنا احتمال أن يكون الاستشهاد بالآية باعتبار ما في ذيلها من الويل للمفتري و في صحيحة الريان بن صلت، قال: «سألت الرضا (ع) عن الغناء و أن العباسي ذكر منك انك ترخص في الغناء؟ فقال: كذب الزنديق ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء، فقلت إن رجلا أتى أبا جعفر (ع) فسأله عن الغناء، فقال: إذا ميز الله بين الحق و الباطل، فأين يكون الغناء؟ فقال: مع الباطل، فقال: قد حكمت» فان صدرها ظاهر في نفي الترخيص في الغناء لانه حرام و قول ابي جعفر (ع) لا يدل على خصوص الحرمة، كما لا يدل على الجواز بنحو الكراهة، حيث أن الباطل جامع بينهما، و يناسب كلا منهما، و بهذا الاعتبار ذكر سلام الله عليه كذب الزنديق. و بهذا يظهر الحال في موثقه زرارة عن ابي عبد الله (ع)، أنه «سئل عن الشطرنج و عن لعبة شيث التي يقال لها لعبة الأمير، و عن لعبة الثلث، فقال: أ رأيتك إذا ميز الله الحق و الباطل مع

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٥) باب: (٩) من أبواب صلاة المسافر- الحديث: (٧)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (٥) باب: (٩) من أبواب صلاة المسافر- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٤

فان مرجع أدلة الاستحباب (١)

أيهما تكون؟ قال: مع الباطل، قال: فلا خير فيه» (١) حيث أن نفي الخير لا يدل على الحرمة، بل يناسب الكراهة أيضا، و إن كان المراد منه بالإضافة الى بعض مورد السؤال أو كله الحرمة، و لكنها بقرينة خارجية، و لو كنا و هذه الرواية لما أمكن الحكم بالحرمة حتى في مورد السؤال، و كيف كان فلا دلالة في الرويتين على حرمة الباطل أصلا.

(١) و حاصله أن المحرم قد يكون له وجود آخر و يحسب مقدمة للمستحب أو المكروه أو المباح، و قد يكون متحدا مع العنوان المستحب أو المكروه أو المباح في الوجود، و لا بد في كلا القسمين من تقديم خطاب التحريم و لو مع كون النسبة بين الخطابين العموم من وجه، فان هذا التقديم مقتضى الجمع العرفي بين الخطابين، حيث ان الاستفادة عرفا من خطاب استحباب الشيء مع ملاحظة كون بعض سببه محرما استحباب إيجاد سبب مباح، كما أن الاستفادة من خطابه مع ملاحظة خطاب النهي في مورد اتحاد العنوانين كون الاستحباب اقتضائيا بالإضافة إلى العنوان المحرم بمعنى انه يثبت الاستحباب لو لم يكن في البين ذلك العنوان الحرام. و كذا الحال في مورد اتحاد العنوان المحكوم بالإباحة مع العنوان المحرم، و لذا لا يستفاد من خطاب حل أكل لحم مثل الغنم حله حتى فيما إذا كان الغنم مغضوبا أو موطوءا، و لعل الوجه في هذا الجمع العرفي هي القرينة العامة، و هي ملاحظة الفاعل الجهة الأهم و الملاك الملزم في مورد مزاحمته بغيره.

و قد تحصل مما ذكرنا أنه لا يمكن دعوى المعارضة بين خطاب النهي عن الغناء و بين خطاب استحباب قراءة القرآن أو المراثي، فيما إذا كانت القراءة أو المرثية بنحو الغناء ليرجع بعد تساقط الإطلاق من الجانبين إلى أصالة الحلية، أو تقديم جانب الاستحباب ببعض الروايات القاصرة في دلالتها أو في سندها أيضا عن إثبات استحباب

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٠٢) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٥

الحداء بالضم كدعاء (١)

الغناء في القرآن، نظير قوله: (أقروا القرآن بألحان العرب) و كقوله: (لكل شيء حلية و حلية القرآن الصوت الحسن) و غيرهما من المرويات في أبواب قراءة القرآن.

(١) قيل بجواز الغناء للسير بالإبل. و يستدل عليه بما روى عن النبي (ص) انه قال لعبد الله بن رواحة: «حرك بالنوق، فاندفع يرتجز، و كان عبد الله جيد الحداء، و كان مع الرجال، و كان أنجشهُ مع النساء، فلما سمعه تبعه، فقال (ص) لأنجشهُ: رويدا رفقا بالقوارير).

و فيه أن الحديث نبوي مجهول السند و قاصر الدلالة، حيث أن الرجز لا يلازم الغناء، كما أنه لم يعلم كون الحداء مساويا للغناء، مع أنه (ص) لم يأمر رواحة بالحداء حتى يستظهر منه أنه تجوز للغناء للسير بالإبل، و برواية السكوني عن جعفر ابن محمد عن أبيه عن آبائه قال قال رسول الله (ص): «زاد المسافر الحداء و الشعر منه ليس فيه جفاء» «١» و في بعض النسخ ليس فيه خناء، و هذه الرواية ضعيفة سندا و دلالة، أما دلالة فلما تقدم أنه لم يعلم كون الحداء مساويا للغناء، بل من المحتمل قريبا أنه مطلق مد الصوت و ترجيعه فيقيد بما لم يصل الى حد الغناء كما هو مقتضى الجمع بينها و بين روايات حرمة الغناء على ما مر. و أما سندا فان في سندها الحسين ابن يزيد النوفلي، فيه كلام أشرنا إليه آنفا.

و ما يقال - من أنه موثق فان الشيخ (ره) وثقه في العدة، حيث قال فيها (و لأجل ما قلنا عملت الطائفة بما رواه حفص بن غياث، و غياث بن كلوب، و نوح بن دراج، و السكوني و غيرهم من العامة.) و وجه كون هذا الكلام توثيقا للنوفلي، هو أن الراوى عن السكوني هو النوفلي غالبا، فعمل الأصحاب بروايات السكوني يكون عملا برواية النوفلي - لا يخفى ما فيه، فان ظاهر الكلام المزبور هو توثيق السكوني، و أن كونه عاميا لا يضر باعتبار روايته عند الأصحاب. و أما سائر شرائط العمل بالخبر

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (٣٧) من أبواب آداب السفر - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٦

في الغيبة و حكمه

إشارة

فجعل المؤمن أخا (١)

الواحد فليس ذلك الكلام ناظرا إليها، و لذا لا يمكن دعوى اعتبار كل رواية يكون في سندها أحد هؤلاء الجماعة. هذا مع أن رواية غير النوفلي عن السكوني غير عزيز فلاحظ الروايات. الكثيرة المتفرقة في أبواب الفقه و في أسانيد السكوني أو إسماعيل بن مسلم. (١) أي انه سبحانه و تعالى شبه عرض المؤمن بلحم الأخ، و جعل التعرض لعرضه و إظهار سوته أكلا للحم الأخ، و شبه عدم حضوره عند التعرض لعرضه بموته، و قال عز من قائل أَيْحِبُّ أَحَدَكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ و أورد على ذلك الإيرواني (ره) بأنه لا- يناسب العرض مع اللحم، و التعرض له مع الأكل، و عدم الحضور مع الموت. و أي مناسبة تقتضى التشبيه المزبور، و فيه اشمئزاز

الطباع.

و بعبارة أخرى لا يكون في البين تشبيه في ناحية الاجزاء المفروضة في قوله عز من قائل **وَلَا يَعْتَبَبُ بَعْضُكُمْ بَعْضًا** بل التشبيه ناظر الى الوزر، و أن وزر الغيبة كوزر أكل لحم الميت. و هذا الوزر إما من قبيل العقاب على العمل حيث يكلف المغتاب بالكسر في الآخرة بأكل لحم الموتى؟ أو من باب تجسم الأعمال، حيث تكون الغيبة في الدار الآخرة أكل لحم الميت. و قد ورد في رواية نوف البكالي عن أمير المؤمنين (ع) «اجتنب عن الغيبة فإنها إدام كلاب النار» (١).

أقول: لم يظهر اشمزاز الطباع بالإضافة إلى التشبيه في الأجزاء، كيف و قد عبر في بعض الروايات المعتبرة عن الغيبة بأكل لحوم الناس، كما في صحيحة أبي بصير عن ابي جعفر (ع) قال قال رسول الله (ص): «سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية، و حرمة ماله كحرمة دمه» (٢) فإن إطلاق أكل اللحم على الغيبة في قوله (و أكل لحمه معصية) بالنظر الى الدنيا، حيث انها دار المعصية

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٢) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (١٦)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٢) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (١٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٧

و قوله تعالى **وَيَلِّ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُّمَزَةٍ** (١) و قوله **إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ** (٢) بل أشد من بعضها (٣)

و وعاء العصيان، و رواية نوف البكالي- مضافا الى ضعف سندها- لا دلالة لها على تعيين غذاء المعتابين بالكسر يوم القيمة. و لعل كلاب النار غيرهم.

(١) لا- يخفى أن الهمز أو اللمز ذكر العيب و تنقيص الآخر في حضوره أو غيابه و الغيبة- على ما سيأتي- إظهار عيب أخيه المستور عليه، فتكون النسبة بينها و بين المراد من الهمز أو اللمز العموم من وجه، فإنه ربما يكون التنقيص بذكر عيبه الظاهر، فلا تكون غيبة. و ربما يكون إظهار عيبه المستور عليه بداع آخر غير هتكه و تنقيصه، فلا يكون همزا و لمزا، و قد يجتمعان و لا يصح جعل الدليل على حرمة أحد العنوانين كذلك دليلا على حرمة الآخر.

(٢) لا يخفى أن إضافة الشيع إلى شىء قابل للكثرة و التكرار، ظاهرها كثرته وجودا لا بيانه و إظهاره، فالآية المباركة ظاهرها حرمة دعوة المؤمنين و تحريضهم الى الفواحش في مقابل نهيمهم عن المنكرات. نعم في صحيحة محمد بن حمران دلالة على عموم الآية للغيبة أيضا، حيث قال فيها أبو عبد الله (ع)، من قال في مؤمن ما رأته عيناه و سمعته أذناه، فهو من الذين قال الله عز و جل **إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ** (١) و لكن الاعتماد عليها خارج عن الاستدلال بالآية.

(٣) لا- يخفى كون الغيبة أشد من كبيرة في الوزر، و إن كان مقتضاه أنها أيضا من الكبائر، إلا أن كونها أشد من كبيرة في التخلص عن وزرها لا يقتضى ذلك، كما إذا كانت الغيبة من حقوق الناس و حرمة شرب الخمر من حقوق الله، فالتخلص عن وزر شرب الخمر يكون بمجرد التوبة، بخلاف وزر الغيبة، فمثل هذه الأشدية لا

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٢) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٦)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٨

فيجوز اغتيال المخالف (١).

تقتضى أن تكون الغيبة من الكبائر و المروى - عن النبي (ص) بعده طرق (أن الغيبة أشد من الزنا) - ناظر إلى مرحلة التخلص عن الوزر، كما هو مفاد ذيله من قوله: (إن الرجل يزني فيتوب).

نعم روى أن الغيبة أشد من ستة و ثلاثين زنية، و ذكر العدد ظاهره النظر إلى العقاب، و إلا لكان الأنسب أن يقول (الغيبة أشد من الزنا) و لكنه نبوى مرسل لا يمكن الاعتماد عليه، بل لو كان حديثاً صحيحاً، لكان اللازم تأويله لو لم يمكن طرحه، للجزم بأن الغيبة لا تكون أشد حرمة و وزراً من زنية واحدة، فضلاً عن الثلاثين. و لذا لو أكره على الزنا أو الغيبة تعين اختيار الثاني، و ذكرنا نظير ذلك فيما ورد من أن درهم ربا أشد من سبعين زنية كلها بذات محرم.

نعم يستفاد كون الغيبة كبيرة من صحيحة محمد بن حمران المتقدمة، حيث أن ظاهرها شمول ما أوعده الله عليه العذاب للغيبة أيضاً، و ذكر المصنف (ره) وجهاً آخر لكونها كبيرة، و هو اندراجها في الخيانة. و فيه ان كون الغيبة من الخيانة ممنوع، كيف؟ و لو لم يكن في البين دليل على حرمتها بعنوان الغيبة، فباعتبار دخولها في الخبر الصدق كانت جائزة، بل على تقدير كونها خيانة، لما أمكن الحكم بكونها من الكبائر حيث لا دليل على كون الخيانة بمعناها العام من الكبائر. و العجب منه (ره) حيث أغمض في الاستدلال على كونها كبيرة عن آية وَيَلُّ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ و عن قوله سبحانه إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ مع استدلاله بهما على حرمتها، مع أن الويل و الوعيد بالعذاب على عمل في الكتاب المجيد ملاك كون ذلك العمل من الكبائر.

(١) لا ينبغي التأمل و الريب في جواز اغتياب المخالف و سائر فرق الشيعة فيما إذا كان خلافهم أو مخالفتهم الحق بنحو التقصير، و لو بتركهم الفحص عن الحق، فإنهم في هذه الصورة من أظهر أفراد الفساق و المتجاهرين بفسقهم،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٨٩

و عدم جريان أحكام الإسلام عليهم (١) ثم الظاهر دخول الصبي المميز (٢)

إذ التجاهر بترك الولاية الحقّة لا- يقصر عن التجاهر بترك سائر الواجبات و ارتكاب المحرمات الموجب لجواز الاغتياب على ما سيأتي، كيف؟ و أن الولاية من عماد الدين، و أهم ما بنى عليه السلام، على ما في الروايات المعتبرة و بعضها مروية في الباب الأول من أبواب مقدمات العبادات، بل لا يبعد اندراج المخالفين و سائر الفرق في أهل البدع و الريب، مع تقصيرهم أو مطلقاً، حيث ينسبون إلى الشريعة و الرسول الأكرم ما يبرأ منه الرسول (ص)، فيعمهم مثل صحيحة داود بن سرحان، عن ابي عبد الله (ع)، قال قال رسول الله (ص): إذا رأيتم أهل البدع و الريب من بعدى، فأظهروا البراءة منهم، و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقعة، و باهتوهم، كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام الحديث «١».

(١) أى انه لا- يترتب على المخالفين إلا- قليل من أحكام الإسلام، و ترتب هذا القليل لأجل توقف نظام معاش المؤمنين عليه، و من ذلك حكم الشارع بعدم انفعال ما يلاقيهم بالرطوبة، و حل ذبائحتهم، و حل مناكحتهم، و حكمه باحترام دمائهم. و هذا الاحترام لأجل أن لا يوقعوا المؤمنين في الفتنة، و كحكمه بحرمة نسائهم، باعتبار أن الشارع امضى لكل قوم النكاح المرسوم عندهم.

(أقول) كل حكم ترتب في لسان الأدلة على الإسلام أو عنوان المسلم يترتب عليهم، كما يترتب على المؤمنين، و هذا ليس بقليل، فيثبت التوارث بينهم و بين المؤمنين، و يجب علينا تجهيز موتاهم، و هكذا. نعم الخلود إلى الراحة بعد الموت و الدخول في الجنة في الدار الآخرة و غير ذلك من آثار الإطاعة و الايمان لا يثبت في حقهم، لبطان أعمالهم باعتبار عدم التزامهم بالولاية التي شرط صحة الأعمال على الأظهر و هذا أمر آخر.

(٢) لا يبعد شمول المراد من البعض في قوله سبحانه لَا يَغْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٠

الغيبه اسم مصدر (١).

الصبي المميز أيضا، غاية الأمر أن ما دل على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم يقتضى خروجه عن المراد بالبعض الأول، و ليس فى البين ما يدل على تساوى البعضين فى المراد، بل يكون فى البين ما يقتضى عدمه، حيث أن المتجاهر بالفسق خارج عن المراد من البعض الثانى، و داخل فى المراد من الأول كما لا يخفى. نعم فى شمول الآيات و الروايات للمجنون بل الصبي غير المميز تأمل، و لا يبعد انصرفهما عنهما.

(١) بقى فى المقام أمور: (الأول) أن الغيبه اسم مصدر لاغتاب، أو مصدر لغاب و المستفاد مما ذكر فى المصباح أنها (ذكر الإنسان بما يكرهه من العيب الموجود فيه) كما أن المستفاد من القاموس أنها (ذكر العيب للإنسان مع كونه فيه) و ذكر المصنف (ره) أن ظاهر تعريفهما- خصوصا تعريف القاموس، حيث عد غابه مرادفا لعابه- هو كون ذكر العيب لغايه الانتقاص، أى نسبة النقص الى المغتاب بالفتح، و قد صرح باعتبار هذا القصد الشهيد الثانى (ره) فى كشف الريبه، حيث قال: (إن الغيبه ذكر الإنسان فى غيابه بما يكره نسبة إليه مما يعد نقصا فى العرف بقصد الانتقاص و الذم) و على ذلك فلا يكون من الغيبه ذكر العيوب فى غير مقام الانتقاص، كما إذا ذكرها فى مقام المعامله على الجارية، أو ذكرها فى المعرف للشخص.

(لا يقال) يكون قصد الانتقاص بمجرد ذكر النقائص، فيحصل قصد الانتقاص فى المثالين ايضا، فلا يكون المثالان خارجين عن عنوان الغيبه حتى على تعريف الشهيد (ره) (فإنه يقال): لو كان قصد الانتقاص حاصلًا بمجرد ذكر العيب و النقص لكان اعتبار قيد قصد الانتقاص فى تعريفه لغوا و الحاصل أنه لا يلزم ان تكون الغايه فى ذكر النقائص هو الانتقاص.

(أقول) على ذلك لم يتضح وجه استظهار قصد الانتقاص من كلام المصباح أو القاموس بعد إمكان كون الغايه فى ذكر العيب و النقص أمرا آخر غير الانتقاص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩١

.....

و أما ما فى المصباح من اعتبار كون العيب مما يكرهه المغتاب بالفتح، فالمراد كراهه ظهوره أو كراهه ذكره، و الأول كما فى العيب المخفى، حيث أن المغتاب بالفتح كثيرا ما يكره ظهوره، و الثانى كما فى العيب الظاهر، حيث أن الإنسان كثيرا ما يكره ذكره بذلك العيب تعبيراً له أو فى مقام ذمه. و الوجه فى كون المراد ذلك هو أن الإنسان يجد فى الغالب ما يرتكبه من القبائح موافقا لقواه الشهويه، فلا يكرهها، و إنما يكره ظهورها للناس أو ذكرها كما ذكرنا. و هذا كله فيما إذا كان المراد بما الموصوله هو العيب. و أما لو كان المراد به هو الكلام لكان معنى ما فى المصباح اغتابه إذا ذكره بكلام يكره ذلك الكلام، و كراهه الكلام ايضا إما لكونه إظهارا لعيبه المستور عليه، أو لكونه متضمنا للذم و التعيير. و كيف كان، فهذا التعريف موافق لما رواه فى المجالس و الاخبار من قوله (ص) لأبى ذر- بعد سؤاله بقوله يا رسول الله و ما الغيبه؟- «ذكرك أخاك بما يكره» «١» و نحوه نبوى آخر و لكن النبوى الأول كالثانى ضعيف سندا لا- يمكن الاعتماد عليهما، مع أن فى النسخه الموجوده عندى (ذكرك أخاك بما يكره) أى ما يكون مكروها. و هذه عبارة أخرى عن العيب، غاية الأمر يقيد بما إذا كان مستورا كما سيأتى.

و بعبارة أخرى لا دخل لكراهه المغتاب بالفتح و عدم كراهته فى صدق الغيبه على إظهار عيبه و لا فى حرمتها، فإنه إذا فرض انسان له عيب مستور عليه، و لكن لا يكره ظهوره للناس بالاغتياب، لا اعتقاده أن الاغتياب يوجب انتقال حسنات المغتاب بالكسر اليه، و انتقال سيناته اليه. و لذا يرضى بفعل ذلك المغتاب، فلا إشكال فى كون الفعل المزبور اغتيابا.

و على كل - فان ما ورد في تفسير الغيبة- ومنها، حسنة عبد الرحمن بن سيابة- كاف في إثبات المراد بها، و أنها عبارة عن كشف عيب مستور على المؤمن. و يستفاد

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٢) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٢

.....

من الآية المباركة أيضا ذلك، و أنه لا- يجوز إظهار ما فيه نقص عرض المؤمن و سقوطه عن أعين الناس. و لا يفرق في ذلك بين إظهار عيبه في حضوره أو في غيابه، حتى و لو فرض أن الغيبة بمعناها الظاهر لا- تشمل الأول، فإن العبرة بالملاك لكون حرمتها للتحفظ على كرامة المؤمن و عرضه و عدم سقوطه عن أعين الناس. و في موثقة أبي بصير عن ابى جعفر (ع)، قال قال رسول الله (ص): «سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و أكل لحمه معصية و حرمة ماله كحرمة دمه» (١) فان دلالتها على حرمة أكل لحم المؤمن و تنقيص عرضه واضحة. و في رواية أخرى لعبد الرحمن ابن سيابة، عن ابى عبد الله (ع)، قال: «إن من الغيبة أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه، و إن من البهتان أن تقول في أخيك ما ليس فيه» (٢) و ربما يستظهر منها عدم انحصار الغيبة بإظهار عيب مستور على مؤمن، حيث ان ظاهر لفظه (من) هو التبويض.

و لكن لا- يخفى ان المراد في الرواية التبويض بحسب المصداق، بمعنى أن قولك المزبور مصداق، و قول الآخر ذلك القول أيضا مصداق آخر، و هكذا. و الشاهد لكون التبويض بحسب المصداق قوله بعد ذلك (و إن من البهتان) حيث أن من الظاهر عدم تعدد نوع البهتان، و في رواية داود بن سرحان، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الغيبة؟ قال: هو أن تقول لأخيك في دينك ما يفعل، و تبث عليه أمرا قد ستره الله عليه لم يقم عليه فيه حد» (٣).

و ربما يقال مقتضى ظهورها اختصاص الغيبة المحرمة بإظهار ما يكون في ارتكابه حد، و يجاب عن ذلك كما عن السيد الخوئي بأنه يرفع اليد عن القيد ببركة

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٨) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٨) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٣)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (٨): الباب (١٥٤) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٣

.....

حسنة عبد الرحمن بن سيابة، قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: الغيبة أن تقول في أخيك ما ستره الله عليه»، و أما الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا. و اما البهتان أن تقول فيه ما ليس فيه» (١) و فيه أن مقتضى الجمع العرفي هو رفع اليد عن إطلاق الثانية بالقيد الوارد في الرواية الأولى. هذا، و لكن الصحيح أنه لا دلالة في الرواية الأولى على التقييد، فان عدم قيام الحد بمفاد ليس التامة يصدق على ما إذا لم يكن في ارتكابه حد، و لعل ذكر ذلك باعتبار أن مع قيام الحد يكون الارتكاب ظاهرا عند الناس، فلا يكون في البين غيبة. و كشف عيب مستور، هذا مع ضعف سندها بمعلی بن محمد، فلا تصلح لرفع اليد بها عن إطلاق الحسنه.

(لا يقال) كيف تكون رواية عبد الرحمن حسنة، مع عدم التوثيق له (فإنه يقال) يعمه التوثيق العام الذي ذكره الشيخ (ره) في العدة،

فإنه من مشايخ ابن أبي عمير.

ثم إن الظاهر صدق الستر و كون العيب مما ستره الله حتى لو علمه واحد أو اثنان أو ثلاثة، و إنما لا يصدق فيما إذا علمه جل معاشريه أو جماعة، بحيث يصح أن يقال: إنه مما عرفه الناس، و في رواية يحيى الأرقق، قال قال لى أبو الحسن (ع) «من ذكر رجلا من خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يغبه، و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس اغتابه، و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته» (٢) و لو كان عيب إنسان مستورا عند طائفة و ظاهرا عند الأخرى، فهل يجوز إظهار ذلك العيب عند الطائفة الأولى؟ قد يقال بعدم جواز الإظهار، باعتبار أنه و إن لم يكن إظهاره عندهم اغتيابا، و أنه عيب لم يستره الله على ذلك الإنسان، إلا أنه يعمه ما في موثقة

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٤) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٤) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٤

ثم ان الظاهر المصرح به في بعض الروايات (١)

ابى بصير المتقدمة من قوله (ع) (و أكل لحمه معصية لله) فإن الإظهار المزبور أكل للحمه و إسقاط له عن أعين الطائفة الأولى بلا كلام. و لكن الأظهر جوازه، فإنه لا ينبغي التأمل في جواز إظهار ذلك العيب عند الجاهل به من الطائفة الثانية، كما هو ظاهر الروايات الواردة في تحديد الغيبة و تفسيرها، و إذا جاز إظهار عيبه عنده، مع أنه إسقاط لعرضه عنده، جاز عند الطائفة الأولى أيضا، باعتبار عدم احتمال الفرق و عبارة أخرى عدم احتمال الفرق موجب لرفع اليد في المورد عن إطلاق الموثقة المزبورة كما لا يخفى.

(١) قد تقدم أن حد الغيبة كشف ما ستره الله على المؤمن من عيبه، فلا يكون اغتياب في إظهار ما لا يكون من العيب، كما إذا قال انه ليس بمجتهد، أو ليس بأعلم، فان نفى الكمال لا يعد من إثبات العيب، حتى فيما إذا كان المنفى عنه مدعيا لذلك الكمال، كما لا يكون اغتياب في العيوب الظاهرة، أى في العيوب التي شأنها الظهور كالعور و الحول و القصر و سوء الخلق و نحوها، أو كان من الممكن ستره و لكن الله لم يستره على صاحبه، كما إذا علم الناس به.

و يدل على ذلك مضافا الى ما تقدم ما في حسنة عبد الرحمن بن سيابة المتقدمة من قوله عليه السلام: (و اما الأمر الظاهر مثل الحدة و العجلة فلا) و على ذلك فلا بأس بإظهار العيوب الظاهرة لمن لا يعلم بها نعم يجب أن لا يكون بعنوان الإهانة و قصد هتكه، بل بداع آخر و لو كان ذلك مجرد اطلاع الطرف عليه، فإنه سيأتى عدم جواز إهانة المؤمن غير المتجاهر بنفسه.

ثم إنه ليس المراد بالعيب في المقام خصوص الفسق، بل كل ما يكون مستورا على الإنسان و في إظهاره مهانة لكرامته و أكل للحمه، فإظهاره اغتياب له، كما إذا قال: (إنه حال صباه فعل كذا أو كان أبوه كذا) نعم في رواية داود بن سرحان (هو إن تقول لأخيك في دينه ما لم يفعل، و تبث عليه) إلا أنها مع ضعف سندها يمكن المناقشة في دلالتها أيضا كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٥

و ان كان بحيث يكره كلهم (١) مقتضى كونها من حقوق الناس (٢).

(١) لا يخفى أنه مع عدم تعيين المغتاب بالفتح و إن لا يكون كشف لعيبه المستور عليه، فلا يصدق على الإظهار المزبور عنوان الغيبة، إلا- أن ملا-ك حرمتها و هو إيراد النقص على مؤمن، و إسقاطه عن أعين الناس بل عنوان أكل لحمه الوارد في موثقة أبى بصير المتقدمة موجود بالإضافة الى كل منهما، فإنه بذلك يكون كل منهما معرضا للتهمة. و أما كراهة كل منهما و عدمه، فقد تقدم أنه لا دخل لكراهة الطرف في تحقق عنوان الغيبة، بل و لا في حرمة الإظهار و عدمها. و من ذلك يظهر حال ما إذا قال أهل هذه القرية أو

البلدة كذا، و كان عليه غالبهم، حيث أنه إن أراد الكل كان بهتاناً و إن أراد الغالب و كان الموجود ما ستره الله عليهم فهو اغتيا ب حكمما، و إلا فلا بأس بذلك القول.

(٢) بعض الروايات المتقدمة دالة على وجوب الاستحلال، و مقتضى إطلاقها كون وجوبه تعيينياً، كما أن رواية حفص بن عمر «١» المعبر عنها في كلام المصنف (ره) برواية السكوني دالة على لزوم الاستغفار للمغتاب بالفتح، و مقتضى إطلاقها أيضاً تعيينه، فقيل برفع اليد عن كلا-الإطلاقين بحمل الوجوب فيهما على التخييري، كما هو مقتضى الجمع العرفي بين الأمر بفعل في خطاب و الأمر بالفعل الآخر في خطاب آخر، و فيه ان هذا النحو من الجمع في المقام غير ممكن، لما ورد من كون الغيبة أشد من الزنا في التخلص عن وزرها، و مع التخيير بين الاستحلال و الاستغفار لا يكون في البين ما يوجب كون التخلص من وزرها أشد، مع ان الجمع بحمل الفعل في كل من الخطابين على التخييري يختص بما إذا علم بعدم وجوب كلا-الفعلين معاً، كما في مسألة دلالة إحدى الروايتين على وجوب صلاة الجمعة، و الأخرى على وجوب صلاة الظهر، حيث يعلم بعدم وجوب كلتا الصلاتين معاً. و أما فيما احتتمل وجوب كل منهما تعييناً، فيؤخذ بإطلاق الوجوب في كل منهما.

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٨) الباب: (١٥٥) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٦

.....

(لا يقال): ظاهر كل من الروايتين عدم وجوب الفعل الآخر، فان مقتضى رواية حفص بن عمر كون الاستغفار للمغتاب بالفتح كافياً في تكفير ذنب الاغتيا ب فلا حاجة معه الى الاستحلال، كما أن ظاهر النبوى كون الاستحلال كافياً، و لا حاجة معه الى الاستغفار له. (فإنه يقال) نعم هذا الظهور إطلاقي و من باب السكوت في مقام بيان كفارة الاغتيا ب، فينتفى هذا الإطلاق عن كل من الطائفتين بقرينة الأخرى، فإن مدلول رواية حفص عدم الحاجة الى غير الاستغفار من سائر الأفعال، و منها الاستحلال، فيرفع اليد عن الإطلاق بالإضافة إلى الاستحلال و كذا الحال في ناحية النبوى، حيث ان مدلوله أيضاً عدم الحاجة الى غير الاستحلال من سائر الأفعال، و منها الاستغفار للمغتاب، فيرفع اليد بالإضافة إلى الاستغفار.

و الحاصل أن مقتضى الجمع العرفي بين الروايتين هو الالتزام بوجوب كلا الأمرين، و هذا يناسب أيضاً كون الغيبة أشد من الزنا كما لا يخفى. نعم يبقى في البين أن هذا الجمع فرع اعتبار كل من الطائفتين، و مع ضعف سندهما لا- يمكن الاعتماد عليهما حتى يجمع بينهما بما ذكر، و ربما يجمع بينهما بحمل لزوم الاستحلال على صورة التمكّن، و عدم الفتنة في الاستحلال، و الاستغفار على صورة عدم التمكّن أو احتمال وقوع الفتنة.

و يقال إن رواية السكوني شاهدة لذلك، قال أبو عبد الله (ع) على ما في الرواية «قال رسول الله (ص): من ظلم أحداً وفاته فليستغفر الله فإنه كفارة له» «١» و فيه (أولاً- ان الرواية ضعيفة بالنوفلى كما تقدم بيان ذلك سابقاً، و (ثانياً) انه لا دلالة فيها على الاستغفار للمظلوم، و (ثالثاً) كون الغيبة ظلماً على المغتيا ب بالفتح أول الكلام، و لذا لو لم يكن في البين أدلة تحريم الغيبة و أكل لحم المؤمن لما كانت أدلة تحريم الظلم كافية لإثباتها، مع انه ليس الظلم مطلقاً من حقوق الناس كما في الزنا فإنه لا يجب على الزاني مثلاً في توبته الاستحلال من أب البنت أو زوج المرأة ممن يكون

(١) الوسائل الجزء (١١) الباب (٧٨) الحديث (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٧

[موارد جواز الغيبة]

إشارة

فاعلم ان المستفاد من الاخبار المتقدمة (١).

عرضه مع ظهور الزنا مورد المناقشة بين الناس، و من هنا يظهر عدم الدلالة في الدعاء المنقول عن السجاد سلام الله عليه على كون الغيبة من الظلامة التي يجب الاستحلال منها.

و الأظهر أنه بعد ملاحظة ضعف الأخبار الدالة على كونها من حقوق الناس، و أنه يتوقف التخلص عنها على الاستحلال أو الاستغفار، أو بعد تساقط كلتا الطائفتين بالمعارضة كما مر يرجع الى إطلاق ما دل على كون التوبة مكفرة للسيئات، و أن التائب عن ذنبه كمن لا ذنب له، و أنه كفى في التوبة الندم فراجع. و لا تصل التوبة مع هذا الإطلاق الى الأصل العملي، ليقال أن مقتضى حكم العقل في مثل المقام هو الجمع بين الأمور التي يحتمل دخلها في التخلص عن الوزر الثابت على المكلف، و لكن مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط.

(١) و حاصله أنه يستفاد من الاخبار أن ملاك حرمة الغيبة حصول انتقاص المؤمن بها و سقوطه عن أعين الناس و لأنه يتأذى بها، و إذا فرض أن مصلحة رعايتها راجحة على رعاية ملاك الغيبة كانت جائزة، و لا فرق بين كون تلك المصلحة راجحة إلى المغتاب بالكسر، كما إذا كانت غيبته مانعة له عن المنكر، أو الى المغتاب بالفتح كما إذا كانت غيبته تظلمًا و موجبا لاسترداد حقه، أو إلى شخص ثالث، كما في نصح المستشار، حيث ان المصلحة ترجع الى ذلك المستشار. و المراد بالجواز معناه الأعم، فلا ينافي كونها واجبة كما في الموارد التي تكون المصلحة المترتبة عليها لازمة الرعاية. و هذا- أي رعاية المصلحة الراجحة- لا يختص بالمقام، بل يجري في كل مورد ثبت فيه ملاكان سواء كان ذلك المورد من حقوق الله فقط أو حقوق الناس ايضا، و يشير الى ذلك ما في جامع المقاصد من أن ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن أو التفكه به أو إضحاك الناس منه.

و أما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم، كنصح المستشار و التظلم و سماع التظلم و الجرح و التعديل، ورد من ادعى نسبا ليس له، و القدح في مقالة باطله خصوصا في الدين.

(أقول) ان كون الملاك في حرمة الغيبة سقوط المغتاب بالفتح عن أعين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٨

.....

الناس صحيح، و لكن لا يكون تأذيه ملاكا، فإنه ربما لا يكون في البين تأذ، كما إذا لم يسمع المغتاب ما قيل في غيابه أو في وجهه، و يكون تأذيه ناشئا عن بلوغ ما قيل في غيابه اليه. و هذا الإبلاغ الذي يحصل معه تأذيه فعل شخص آخر غير المغتاب بالكسر، و لذا ربما يقول المغتاب بالفتح لمن أبلغها اليه لم أخبرتنى بها، فإن إخبارك إيذاء لي.

ثم إن ما ذكر من رعاية المصلحة الراجحة موقوفة على الاطلاع على الملاكات، و أين لنا ذلك، بل هذه الرعاية المصلحة الراجحة موقوفة على الاطلاع على الملاكات، و أين لنا ذلك، بل هذه الرعاية من وظيفة الشارع في مقام جعل الأحكام، فإنه إذا كانت مع المفسدة في الفعل جهة أخرى مقتضية لخلاف حرمة، ففي مثل ذلك يكون الجعل تابعا لاقوى الملاكين، أو يثبت حكم ترخيصي مع عدم تمامية الملاك الإلزامي. هذا في مقام الثبوت، و أما في مقام الإثبات، فإذا طرأ على غيبة المؤمن عنوان يحتمل معه تبدل فسادها، و لم يكن ذلك العنوان الطارئ مورد الأمر أو الترخيص في شيء من الخطابات الشرعية، فيؤخذ بإطلاق دليل حرمة الغيبة، و مع تعلق الأمر أو الترخيص بذلك العنوان في خطاب، تلاحظ النسبة بينه و بين خطاب النهي عن الغيبة، على تفصيل مذكور في بحث التعارض.

نعم إذا كان التراحم بين حرمة الغيبة و تكليف آخر من قبيل التراحم بين التكليفين، بأن لم يتمكن المكلف من الجمع بين امتثال النهى عن الغيبة و موافقة التكليف الآخر المتعلق بفعل آخر، فيلاحظ الأهم منهما أو محتملة.

و ما ذكره في جامع المقاصد- من ان ضابط حرمة الغيبة قصد هتك المؤمن و إضحاك الناس منه، فلا يكون في غير ذلك حرمة- لا يمكن المساعدة عليه، فان القصد المزبور لا دخل له في صدق الغيبة، و لا في ملاك حرمتها و مقتضى الإطلاق هو الحكم بها بأى قصد تحققت، إلا إذا كان في البين انصراف أو دليل مقيد لحرمتها. و لا بأس بالتعرض للموارد التي ذكرها في جامع المقاصد، فنقول لا ريب في جواز الغيبة فيما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ١٩٩

[أحدهما ما إذا كان متجاهرا بالفسق]

أحدهما ما إذا كان متجاهرا بالفسق (١)

إذا كانت المقالة الباطلة من قبيل البدعة في الدين، و دعوة الناس إلى الضلالة. و قد تقدم استفادة جواز الغيبة في مثل هذا الفرض من صحيحة داود بن سرحان (١) بل البدعة كذلك تجاهر بالفسق فلا يكون لصاحبها حرمة. و أما التعديل و الجرح، فإن الأول لا بأس به فإنه إظهار جلال الشخص و كماله، و كذا لا بأس بالثاني فيما إذا كان المغتاب كذابا جعالا أو متجاهرا بفسقه، كما إذا كان فطحيا أو واقفيا أو عاميا، حيث أن الراوى الكذاب يدخل في المبدع في الدين حتى فيما إذا كان متسترا بكذبه، بل و لا يبعد أن يقال بانصراف أدلة حرمة الغيبة عن الاخبار بالفسق في مقام الشهادة، كما كان على ذلك سيرة المسلمين، حيث كانوا يشهدون بفسق الناس عند دعوتهم إليها.

هذا مع أنه قد يمكن للرجالي- فيما إذا علم فسق الراوى- أن يترك توثيقه، فان هذا يكفى في سقوط روايته عن الاعتبار، و لا يلزم التعرض لفسقه المستور (فتأمل)، و كذا الحال في مدعى النسب، فإنه يمكن رد دعواه بنحو لا يكون ظاهرا في كون دعواه من قبيل التعمد إلى الكذب، كما إذا قال انك على خطأ و ليس لك هذا النسب. و أما الغيبة في مقام النصح، ففي جوازها تأمل، حيث ان النسبة- بين ما دل على استحباب نصح المؤمن و ما دل على حرمة الغيبة- العموم من وجه، و لا بد في مورد الاجتماع من تقديم قوله سبحانه و لا يُعْتَبَرُ كما هو الحال في كل مورد تعارض الخبر و الآية بالعموم من وجه، مع ان دلالة الآية على العموم وضعى، فيقدم على الإطلاق حتى فيما إذا كان الإطلاقى في الآية أيضا، و تفصيل ذلك في الأصول. و على كل فيمكن نصح المؤمن في ذلك المورد بنحو لا يدخل في عنوان الاغتياب، كما إذا قال لأخيه المؤمن أنى لا أرى صلاحا في تزويج ابنتك من فلان، و لا يلزم ان يظهر أنه شارب الخمر مثلا.

(١) و يستدل على جواز اغتياب المتجاهر بفسقه بأمر: (الأول)- رواية هارون ابن الجهم عن الصادق (ع) قال: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة» (٢)

(١) الوسائل الجزء (١١) الباب: (٣٩) من أبواب الأمر بالمعروف الحديث (١)

(٢) الوسائل الجزء (٨) الباب: (١٥٤) من أبواب العشرة الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٠

و في سندها احمد بن هارون و لم يوثق. نعم روى الصدوق (ره) عنه مترضيا عليه، و لعل ذلك لا يخلو عن الإشعار إلى حسن حاله، و لكن لا اعتبار بالاشعار.

(الثاني) - مرسله المفيد (ره) في الاختصاص عن الرضا (ع)، قال: من القى جلباب الحياء فلا غيبة له على ما رواها في المستدرک.

(الثالث) - ما رواه عبد الله بن جعفر الحميري عن السندي بن محمد، عن أبي البختری عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: «ثلاثة ليس لهم حرمة: صاحب هوى مبتدع، و الامام الجائر، و الفاسق المعلن بالفسق» (١) و الرواية ضعيفة بأبي البختری، فإنه وهب بن وهب، و قال الفضل بن شاذان في حقه أنه أكذب البرية.

(الرابع) - موثقة سماعة عن ابي عبد الله (ع) قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، كان ممن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت أخوته» فإن مفهومها انتفاء حرمة الغيبة مع انتفاء الشرط، و لكن المفهوم جواز غيبة الفاسق المحرز فسقه، سواء كان متجاهرا أو متسترا، حيث أن المذكورات في الشرط بمجموعها طريق إلى عدالة الشخص، فيكون إحرازها إحرازاً لعدالته و خلافها إحرازاً لفسقه، و ترتب حرمة الاغتياب على صورة ثبوت الطريق الى عدالته مقتضاه عدم الحرمة في الصورة الثانية، كان متجاهرا بفسقه أم لا، و المفهوم المزبور أخص مما دل على حرمة اغتياب المؤمن، فيرفع اليد عن إطلاقه بالمفهوم، فيختص ما دل على حرمة الاغتياب بما إذا لم يظهر فسق المعتاب. و لا فرق في جوازها مع ظهوره بين كونه متجاهرا أو لا.

و لكن الصحيح أنه يرفع اليد عن إطلاق المفهوم بالتقييد الوارد في صحيحة ابن ابي يعفور التي هي الأمر الخامس في المقام قال أبو عبد الله (ع) فيها بعد السؤال

(١) الوسائل - الجزء (٨) الباب: (١٥٤) من أبواب العشرة الحديث (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠١

.....

عن العدالة في الرجل: «تعرفوه بالستر و العفاف و كف البطن و الفرج و اليد و اللسان - الى ان قال: - و الدلالة على ذلك أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من تفتيش عثراته و عيوبه، فان ظاهرها اعتبار الستر في حرمة الفحص، عن عيوبه فيجوز مع عدم الستر، و لا - يحتمل الفرق في الجواز و عدمه بين التفتيش عن سائر عيوبه و بين إظهارها بعد العلم بها. و هذه الصحيحة مع رواية هارون ابن الجهم تكون قرينة على رفع اليد عن إطلاق المفهوم في الموثقة.

(السادس) رواية علقمة المحكية عن المحاسن «من لم تره بعينك يرتكب ذنبا و لم يشهد عليه شاهدان، فهو من أهل العدالة و الستر، و شهادته مقبولة، و إن كان في نفسه مذنباً، و من اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله تعالى داخل في ولاية الشيطان» و ظاهرها أن حرمة الاغتياب متفرعة على كون الشخص من أهل الستر، و قبول شهادته على كونه من أهل العدالة. و مقتضى هذا التفريع جواز اغتيابه عند عدم كونه من أهل الستر. و دعوى - أن قوله (ع): (و من اغتابه بما فيه) جملة مستأنفة مستقلة و غير متفرعة على كونه من أهل الستر، فتكون دلالتها على جواز اغتياب غيره ممن لا يكون ساترا لعيوبه من قبيل مفهوم اللقب - يدفعها أنها خلاف ظاهرها. نعم يمكن أن يقال بدلايتها على عدم جواز الاغتياب مع عدم إحراز فسق الشخص، كما إذا لم تره منه و لم تقم عليه شهادة. و على جوازه مع علمه به أو قيام الشهادة عليه، بلا - فرق بين المتجاهر و غيره، نظير الإطلاق المتقدم في الموثقة. و ما رفعنا به اليد عن الإطلاق المزبور نرفع اليد به عن إطلاق هذه الرواية أيضا.

و قد يقال: إن مفهوم رواية علقمة سالبة بانتفاء الموضوع، فان مفهومها من ترى بعينك عصيانه أو قام عليه شهادة، فليس من أهل العدالة و الستر، فلا تكون شهادته مقبولة و غيبته محرمة. و المراد أنه لا يكون ذكره عندك غيبه، فإنها كشف أمر مستور، و مع العلم

به لا يكون كشف للمستور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٢

و هل يجوز اغتياح المتجاهر في غير ما تجاهر به (١)

و فيه ما لا يخفى، فإنه لم يفرض في الرواية ذكر ذلك الذنب حتى يقال لا يكون ذكره عند العالم به اغتياحاً، بل المراد نفى الحرمة عن ذكر سائر عيوبه التي لا يعلم بها الشخص، و يكون ذكرها من الغيبة، فلا بد من حملها على المتجاهر كما تقدم.

ثم إنى لا أظن أن يتوهم دلالة الموثقة على وجوب الوفاء بالوعد و ذلك، لما ذكرنا من ان المذكور فيها طريق إلى عدالة الشخص، و يمكن جعل الالتزام بالمستحب الواحد طريقاً إلى عدالة الشخص، فضلاً عن جعل عدة أمور يكون الالتزام به أحدها.

نعم ربما يقال بأن مدلول الموثقة ترتب مجموع الأحكام المذكورة في الجزاء على الشرط المذكور، فيكون مفهومها انتفاء المجموع بانتفاء الشرط، و هذا لا ينافي ثبوت بعض تلك الأحكام أى حرمة الغيبة في فرض انتفاء الشرط. و يدفعه ظهور القضية في ترتب كل واحد من الأحكام المزبورة على الشرط.

ثم إن مفاد رواية علقمة كون الأصل في المؤمن العدالة، فيكفي في ترتيب آثارها عدم إحراز الفسق، هذا هو المنسوب إلى الصدوق (ره)، و لكن الاعتماد- في ذلك على هذه الرواية مع ضعفها سنداً و معارضتها لما دل على اعتبار إحراز العدالة في ترتيب آثارها، كصحيحة عبد الله بن أبي يعفور- غير ممكن.

(١) الأظهر جواز ذلك، كما عليه جماعة، و تقتضيه صحيحة ابن أبي يعفور، حيث أن ظاهرها جواز تفتيش سائر عيوب المتجاهر، فيجوز أيضاً إظهار تلك العيوب بعد العلم بها، على ما تقدم من عدم احتمال الفصل بين الجوازين، و يدل عليه أيضاً رواية هارون بن الجهم المتقدمة، حيث أن ظاهرها عدم الاحترام للمتجاهر حتى يتحفظ عليه بترك غيبته و عدم إظهار عيوبه المستورة عليه، بل المراد من نفى الغيبة له تجويز إظهار تلك العيوب خاصة، و الا فبالإضافة إلى عيبه المتجاهر به لا تتحقق الغيبة أصلاً.

و الحاصل أن هذه الرواية- و ما بعدها باعتبار ضعف إسنادها- مؤيدة، و العمدة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٣

نعم لو تأذى من ذمه بذلك دون ظهوره (١)

[الثاني تظلم المظلوم]

الثاني تظلم المظلوم و إظهار ما فعل به الظالم (٢)

في المقام الصحيحة و الموثقة. و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا كان متجاهراً في بلد دون آخر، فإنه يجوز بيان عيوبه حتى في البلد الآخر لعين ما ذكر. نعم إذا كان ساتراً لعيوبه و معتذراً عن عيبه المتجاهر به بارتكابه للاضطرار أو الإكراه أو التواضع بينه.

و بين التكليف الآخر، أو بدعوى أنه يرى جوازه تقليداً أو اجتهاداً، فإن كان بطلان اعتذاره واضحاً عند الناس فلا يعد الاعتذار سترًا، و ان احتمل العذر و لو كان معلوم البطلان عند البعض الآخر، فلا يكون بارتكابه جاهراً بفسقه.

ثم إن ظاهر الأدلة كون الحكم ما دام كونه جاهراً، نظير قوله (ع): «لا تصل خلف الفاسق» فلا يجوز الاغتياح بعد ما صار الشخص ساتراً لعيوبه، حتى بإظهار عيبه الذي كان عليه زمان تجاهره كما لا يخفى.

(١) يعني لو تأذى بالذم لا بظهور عيبه، بان لا يكون مجرد ظهوره مكروهاً له، فلا بأس باغتياحه بإظهار ذلك العيب و في فرض كراهته له يجوز سبه بما لا يكون كذباً، و لكن لا يجوز اغتياحه حيث ان مناط السب المذممة و التنقيص، فيجوز و مناط الغيبة إظهار عيبه، فلا

يجوز الا مع الرخصة أو عدم الكراهة (أقول): هذا الكلام عجيب منه (ره) حيث تعرض سابقا لسب المتجاهر بفسقه و استظهر جوازه من دليل جواز اغتيابه، و هنا فصل بين غيبة المتجاهر و ذكر عدم جوازها فيما إذا كان ظهور عيبه مكروها و بين سبه و ذكر جوازه بما لا يكون كذبا حتى مع تأذيه.

(٢) يستدل على جواز تظلم المظلوم عن ظالمة بقوله سبحانه وَ لَمَنْ اتَّصَرَ بِعَدُوِّهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ «١» و لكن لا يخفى ما فيه، فان ظاهرها جواز انتقام المظلوم عن ظالمة، كما يؤيده ملاحظته ما قبلها من قوله عز و جل وَ جَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَ أَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ «٢» و اما جواز

(١) سورة (شورى) الآية (٤٠)

(٢) سورة (شورى) الآية (٣٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٤

.....

الاغتياب من ظالمة بإظهار ظلمه أو حتى سائر عيوبه المستورة عليه، فلا- دلالة لها عليه، بل مقتضى قوله تعالى فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ المماثلة في الانتقام. نعم لو كان ظلمه هو الاغتياب و التنقيص المسقط للمغتاب بالفتح عن أعين الناس، فيجوز للمغتاب الانتقام من ظالمة بإظهار عيوبه، و قوله سبحانه لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ فإنه في نفسه دال على جواز إظهار المظلوم مساوي ظالمة، بلا حاجة الى الرواية أو قول بعض المفسرين، لان قوله سبحانه مِنَ الْقَوْلِ كما مر سابقا بيان للجهر بالسوء و إظهاره.

و الحاصل ان ظاهر الآية حرمة إظهار الإنسان المساوي و القبائح التي ارتكبتها هو أو غيره، إلا- إذا كان الجاهر بها مظلوما يجهر بمساوي ظالمة، و مناسبة الحكم و الموضوع مقتضاها دخل الظلم في جواز الاغتياب، بحيث لو لا ظلمه لما جاز اغتيابه و أما اختصاص الجواز بخصوص ظلمه بحيث لا- يجوز إظهار سائر عيوبه، فلا- تقتضيه المناسبة، بل مقتضاها بيان جميعها حتى يحصل للناس إمكان التصديق بظلمه.

ثم ان المصنف (ره) أيد جواز التظلم بأن في منع المظلوم عنه حرجا عليه، حيث ان التظلم نوع من التشفى. و لا يخفى ما فيه، فإنه ليس في البين الحرج الراجع للتكليف، خصوصا فيما إذا كان للمظلوم حجة على ظالمة تمكنه من طرح دعواه في المحاكم للأخذ بحقه، و بان في جواز التظلم و تشريع الجواز مظنة ردع للظالم. و فيه ان هذا على تقدير تماميته لا يختص بالمظلوم، لعدم اختصاص منع الغير عن المنكر بشخص دون شخص. و بهذا يظهر الحال فيما استظهره مما ورد في اغتياب الإمام الجائر، حيث أن جواز اغتيابه لا يختص بخصوص المظلوم، بل يعم كل شخص، فيجوز لهم ذكر عيوبه. نعم في النبوي لصاحب الحق مقال، و ظاهره جواز إظهار المظلوم حقه و بيان ما اصابه من الظلم و لو كان البيان إظهارا ليعب الآخر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٥

مع أن المروي عن الباقر (ع) في تفسيرها (١) و يظهر من بعض الاخبار جواز الاشتكاء (٢) و يمكن الاستدلال عليه (٣).

و الحاصل أن قوله سبحانه لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ بنفسه كاف في إثبات جواز بيان المظلوم عيوب ظالمة، بلا فرق بين كون عيبه ظلما أو غيره، و بلا- فرق بين ان يكون في إظهارها مظنة ازالة الظلم عنه، كما إذا أظهرها عند من يمكن له إزالته، أو لم يكن في إظهارها إلا بيان عيوبه و إسقاطه عن أعين الناس، كما هو مقتضى إطلاق الاستثناء و عدم تقييده بمقام مظنة دفع الظلم. و ما في كلام

المصنف (ره) من عدم العموم في الآيه، فإن أراد نفى الإطلاق فقد ذكرنا ثبوته كما هو مقتضى أصالة ورودها في مقام البيان من جهتي المستثنى والمستثنى منه و إن أراد عدم العموم الوضعي فإثبات عموم الجواز لا يحتاج إليه كما مر.

(١) لا يخفى أن قوله سبحانه لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ بِنَفْسِهِ ظاهراً في أنه يجوز للمظلوم اغتيايب ظالمه، و يكون الانتصار باغتيايبه مما يجوز الانتصار به في الدين، فالرواية لا- تنافي الآيه، بل الآيه حاكمه على مفادها مع أنه لا يمكن رفع اليد عن ظاهرها بمثل تلك المرسله.

(٢) و هي رواية حماد بن عثمان «١» و في سندها ضعف بمعلی بن محمد، و علی رواية الشيخ (ره) بمحمد بن يحيى الصيرفي، و مرسله ثعلبه بن ميمون «٢» و لا- دلالة لهما ايضاً على جواز الاغتيايب بترك الأولى فإن الشكوى لا يكون من الاغتيايب دائماً و لعل الشكوى المفروضة في الروايتين لم تكن اغتيايباً.

(٣) أي على جواز الاغتيايب في مقام الاستفتاء مع توقفه عليه (لا يقال) كما يمكن الاستفتاء بإظهار السائل عيب أمه و سوئها، كذلك يمكن بطرح السؤال بنحو الفرض و التقدير، بان يقول لو ارتكبت أم أحد الفعل الفلاني فما وظيفة ابنها، و طرح السؤال

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (١٦) من أبواب الدين - الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (٥٦) من أبواب العشرة - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٦

مدفوع بالأصل (١) مضافاً إلى أدلة النهي عن المنكر (٢)

في الرواية بنحو الاغتيايب و عدم ردع النبي (ص) دليل على جواز الاستفتاء بنحو الاغتيايب حتى مع عدم توقفه على ذكر الفاعل بالخصوص (فإنه يقال) لا- إطلاق في الرواية، فإنها ناظرة إلى قضية شخصية، و لعل السائل كان غافلاً عن طرح السؤال فيها بالنحو الآخر.

و الحاصل ان المتيقن هو الجواز في صورة توقف الاستفتاء كما لا يخفى.

(١) الرجوع في المقام إلى الأصل من الغرائب، فإن أم السائل جاهرة بفسقها أو لا لا يكون له أثر شرعي بالإضافة إلينا، حتى نرجع إلى الأصل، بل ظاهر الرواية انه لم يردع رسول الله (ص) الولد عن اغتيايب أمه أو قذفها، و عدم ردعه (ص) يكون كاشفاً عن جواز فعل الولد، إما لكونها مشهورة بالزنا أو لكون ذكرها للغفلة أو لغيرها، و ليس في البين ما يعين شيئاً من ذلك.

(٢) و لكن مجرد عموم أدلتها لما إذا توقف النهي على الاغتيايب أو على محرم آخر لا يوجب تقديم النهي عن المنكر، بل وجوبه مع حرمة الاغتيايب أو محرم آخر من المتزاحمين يراعى جانب الأهم أو محتمله، و لا يبعد ان يستفاد الأهمية في جانب التكليف بالردع في مورد تزاحمه مع حرمة الغيبة أو مثل الضرب أو الشتم من مثل صحيحة عبد الله بن سنان المتضمنة لأمر الولد بحبس أمه لردعها عن محارم الله.

و الحاصل انه لا ينبغي التأمل في جواز الاغتيايب فيما إذا توقف عليه الأمر بالمعروف أو الردع عن المنكر، فإنه على تقدير عدم استفادة تعين رعائتهما عن الصحيحة فلا ريب في استفادة جوازهما، فإن غاية الأمر ان وجوب الردع مع حرمة الاغتيايب في مورد التوقف من المتزاحمين، و تكون الأهمية في كل منهما محتملة، و الحكم مع احتمالها في كل من المتزاحمين هو التخيير اللهم الا- ان يقال بان الأمر بالمعروف و الردع عن المنكر لا يجبان مع انحصار مقدمتهما بالمحرم.

ثم إن التزاحم إنما يكون في فرض توقف النهي عن المنكر على الاغتيايب بأن توقف ردع المغتاب عن الفعل المنكر على الاغتيايب أولاً ثم نهيه عنه حتى يؤثر في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٧

[و يحرم استماع الغيبة]

و يحرم استماع الغيبة (١).

الارتداد. و أما إذا كان الاغتياب بنفسه كافيا في ارتداعه، كان خطاب وجوب نهى الغير و رده عن ارتكاب المنكر مع خطاب النهى عن الاغتياب من المتعارضين يجتمعان في الفرض، و بما أن الكتاب المجيد دال على كلا الحكمين يسقط الإطلاق من الخطابين، فيحكم في الفرض بجواز الاغتياب بأصالة البراءة عن حرمة كما لا- يخفى (لا- يقال): دلالة النهى عن الاغتياب في الكتاب المجيد بالعموم، كما هو مقتضى وقوع الجنس في حيز النهى أو النهى، و دلالة الكتاب على وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر بالإطلاق و مع وقوع المعارضة بالعموم من وجه يقدم العموم على الإطلاق، كما هو المقرر في محله (فإنه يقال): نعم، و لكن يستفاد جواز الاغتياب في الفرض من صحیحته عبد الله بن سنان، و ذلك فان قوله سبحانه فلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ دلالة على حرمة إيدائها بحبسها أو ضربها بالعموم و دلالة الكتاب على أمرها بالمعروف و نهيتها عن المنكر بالإطلاق. و مع ذلك ذكر سلام الله عليه فيها أن منعها عن المنكر بما ذكر من أفضل الصدقة. و لا يحتمل الفرق بين جواز ضربها و حبسها و بين اغتيابها.

و على الجملة ما ذكر في محله من تقديم العموم على الإطلاق فيما لم تكن قرينة أخرى على الجمع، و الصحيحة في المقام قرينة عليه و لكن لا يخفى أنه لا يستفاد منها وجوب منعها عن المنكر بما ذكر، بل غاية مدلولها جواز المنع أو استحبابه في مورد توقف المنع على مثل الضرب و الحبس أو اتحادهما، و عدم إمكان المنع بغيرهما كما لا يخفى.

(١) و حاصله أن الاستماع و الإصغاء إلى الاغتياب محرم بلا خلاف، و يدل عليه بل على كونه من الكبائر ما ورد من أن السامع للغيبة أحد المغتابين، فإنه ان كان لفظ المغتابين بصيغته التثنية يكون ظاهرا في ان السامع للغيبة كصاحبه الذي أظهر سوء الآخر و عيبه، فان كان المغتاب بالكسر عاصيا بإظهاره كان السامع أيضا كذلك، و إن لم يكن عاصيا كما إذا كان المغتاب بالفتح متجاهرا بالفسق لم يكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٨

.....

عصيان للسامع أيضا، و إذا لم يعلم السامع جواز فعل المتكلم، كما إذا احتمل كون المغتاب بالفتح مستورا، فالاستماع إليه- على ما قيل- جائز لحمل فعل المتكلم على الصحة.

قال في كشف الرية: (إذا سمع أحد مغتابا لآخر و هو لا يعلم أن المغتاب بالفتح يستحق الغيبة أو لا، قيل لا يجب نهى القائل، لإمكان استحقاق المغتاب بالفتح فيحمل فعل القائل على الصحة ما دام لم يعلم فساد قوله و حرمة، و أيضا منع القائل و نهيه عن قوله يستلزم انتهاك حرمة القائل، و يجب على السامع التحفظ على حرمة القائل، كما يجب عليه التحفظ على حرمة المغتاب بالفتح بترك اغتيابه) ثم قال:

(الاولى التنزه عن ذلك حتى يخرج المخرج منه، لعموم الأدلة أي أدلة وجوب رد الغيبة و انتصار المؤمن و عدم الاستفصال فيها عن إحراز كون القائل ممن لا- يجوز له الاغتياب، فيجب معه رد الغيبة و نهيه عنها و عن احتمال جوازه له، فلا يجب ردها و نهيه عنها، و لانه لو لم يجب رد الغيبة في فرض احتمال جواز الاغتياب للقائل لم يجب ردها فيما إذا أحرز أن المغتاب بالفتح انسان مستور لا يجوز اغتيابه، فإنه في الفرض أيضا يحتمل ان يكون عند القائل مجوز لاغتيابه لم نعثر عليه و الالتزام بالجواز في ذلك هدم لقاعدة

النهي عن الغيبة) انتهى.

و لا يخفى ان عدم وجوب ردع القائل كما في كلام كشف الريبه غير جواز الاستماع، و يمكن أن يقال بعدم وجوب الرد على القائل في مورد احتمال جواز اغتيابه، و لكن لا- يجوز الاستماع اليه، و هذا ظاهر قوله (ع) السامع للغيبه أحد المغتابين على تقدير قراءته بصيغه الجمع، حيث أن مقتضى قراءته بصيغه الجمع أن يكون السامع للغيبه كالمتكلم بها، و كما لا يجوز الاغتياب و إظهار سوء الغير مع عدم إحراز كون فاعل المنكر متجاهرا، كذلك لا يجوز السماع مع عدم هذا الإحراز، و لكن يظهر التسالم أو عدم الخلاف في حرمة استماع الغيبه بما هو استماع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٠٩

.....

إليها و ليس في البين روايه على تحريمه غير مثل ما عن تفسير ابى الفتوح من أن السامع للغيبه أحد المغتابين، و لا يمكن الاعتماد على مثلها في الحكم بحرمة استماعها، فضلا عن الحكم بكون الاستماع من الكبائر. نعم رد الغيبه واجب على سامعها كما هو ظاهر غير واحد من الروايات كموثقه إبراهيم بن عمر اليماني عن ابى عبد الله (ع)، قال: «ما من مؤمن يخذل أخاه المؤمن و هو يقدر على نصرته الا خذله الله في الدنيا و الآخرة» (١) و المراد بالخذلان ترك النصره بقرينه المقابله.

و قريب منها بل أظهر منها غيرها فراجع، و مقتضاها عدم الفرق في وجوب الرد بين علم السامع بان المغتاب بالفتح ممن لا يجوز اغتيابه أو احتمال جوازه. نعم في الفرض الثاني لا- يجوز الرد بنحو يكون هتكا للمغتاب بالكسر و منافيا لحمل فعله على الصحيح، بمعنى عدم صدور المعصيه منه، فيجب عليه الرد بنحو يحفظ فيه كرامه المغتاب بالفتح و الحمل على الصحه.

و المتحصل أن هنا أموراً ثلاثه: (الأول) نهى القائل عن الاغتياب باعتبار أن نهيه عنه داخل في عنوان النهي عن المنكر، فيجب، و يختص بما إذا أحرز صدور الحرام عن القائل، و كون اغتيابه معصيه لله سبحانه. و أما إذا احتمل صدوره حلالا، فمقتضى أصالة حمل فعله على الصحه عدم وجوب نهيه، بل لا يجب النهي حتى مع الإغماض عن أصالة الصحه، حيث أن التمسك بدليل وجوب النهي عن المنكر مع عدم إحراز المنكر من التمسك بالعام في الشبهه المصادقيه.

(الثاني) الاستماع الى الاغتياب، فهذا جائز عندنا على الإطلاق، و لكن المنسوب الى المشهور، بل ادعى كما عن المصنف (ره) عدم الخلاف في حرمة.

و الاستماع عندهم جائز فيما إذا أحرز جواز الاغتياب، و أما إذا احتمل جوازه فيمكن لهم القول بالجواز، حيث أن مفاد الروايات كون حكم المستمع في الوزر و عدمه حكم المغتاب بالكسر، و مع جريان أصالة الصحه في فعل المغتاب بالكسر يحرز عدم الوزر له.

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب (١٤٦) من أبواب العشرة- الحديث: (٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٠

.....

(لا يقال) حمل فعل القائل على الصحه ينافي أصالة عدم كون المغتاب بالفتح متجاهرا حتى يجوز اغتيابه، بل الأصل أنه لم يرتكب حراما أصلا (فإنه يقال) أصالة الصحه في فعل القائل لا ينافي تلك الأصول، فإن أصالة الصحه معناها عدم إسناد المعصيه إلى القائل، كما هو مفاد قوله سبحانه قُولُوا لِلنَّاسِ حُسِينًا و يمكن أن يكون القائل معذورا لم يعص الله في اغتيابه، بان كان معتقدا بصدور الحرام من الغير، و كون ذلك الغير متجاهرا مع خطئه في اعتقاده، و لا يكون ذلك الغير ايضا عاصيا في الواقع، كما هو مفاد أصالة عدم كونه

متجاهرا، بل ولا مرتكبا للحرام، و لكن الصحيح كما ذكرنا عدم تمام الدليل على حرمة الاستماع، حتى في فرض إحراز ان القائل يعصى الله باغتيابه، و ذلك فان الروايات الواردة في المقام كلها ضعيفة سندا، غير قابلة للاعتماد عليها.

(لا يقال): لا يمكن احتمال كذب تمام تلك الروايات و عدم صدور شىء منها عن الامام (ع) بل دعوى الوثوق بصدور بعضها عنهم (ع) قريبة جدا (فإنه يقال) على تقدير تسليم ذلك، فيمكن أن يكون الصادر عنهم (ع) مقترنا بقيد لم ينقل إلينا ذلك القيد، و هو الاستماع الى الاغتياب مع السكوت عليه، و عدم رده، و لا يعتبر السند في شىء من تلك الروايات. ليقال مقتضى اعتبار خبر الثقة أو العدل هو الإطلاق، و عدم صدور القيد عنه (ع).

(لا- يقال) كيف لا يكون الاستماع محرما و قد ورد في غير واحد من الروايات أن عورة المؤمن على المؤمن حرام، و فسرت بإذاعة سره، و أيضا قد تقدم أن الغيبة معناها كشف ستر المؤمن، و الكشف و الإذاعة- كما يكون بفعل القائل- كذلك يكون بفعل السامع، حيث أنه مع استماعه إلى الغيبة يحصل الكشف و الإذاعة، (فإنه يقال): ربما يكون حصول فعل من أحد موقوفا على فعل الآخر، كما في ضرب زيد عمرا، فان وقوف عمرو و عدم فراره من يد زيد دخيل في تحقق الضرب، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١١

ثم انه قد يتضاعف عقاب المغتاب (١) و يمكن القول بتعدد العقاب (٢) روى في الوسائل (٣) يرحم عبرته (٤)

حصول عنوانه، إلا أن الضرب يستند صدورا الى زيد، لا الى عمرو، فلو فرض دليل على حرمة ضرب أحد مؤمنا، فهذا الدليل يشمل فعل زيد لا عمرو، و هنا أيضا استماع السامع دخيل في حصول كشف سر المؤمن و اذاعة عيبه، إلا أن الكشف و الإذاعة يستند إلى القائل أى إلى المغتاب بالكسر لا الى السامع كما لا يخفى.

(و الأمر الثالث) رد الغيبة و انتصار أخيه المؤمن أى المغتاب بالفتح، و هذا الانتصار كما تقدم واجب إلا فيما إذا لم يكن للمغتاب بالفتح احترام، كما إذا كان متجاهرا بالفسق، و هذا الرد غير النهى عن المنكر، فيمكن الجمع بين حمل فعل القائل على الصحة، بمعنى عدم اسناد الحرام اليه، و بين التحفظ على كرامة المغتاب بالفتح برد غيبته و الله سبحانه هو العالم.

(١) كما تشهد له موثقة عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي (ع) قال قال رسول الله (ص): «يجيء يوم القيامة ذو الوجهين والعالسانه في قفاه، و آخر من قدمه يلتهبان نارا حتى يلهبا جسده ثم يقال كان في الدنيا ذا وجهين و لسانين يعرف بذلك يوم القيمة» «١»، و نحوها غيرها.

(٢) هذا إذا كانت الغيبة بمعنى ذكر ما يكرهه الإنسان، و الا فهي بالمعنى الذى ذكرناه و هو كشف العيب المستور على المؤمن لا تجتمع مع البهتان أصلا.

(٣) الرواية سندها ضعيف «٢».

(٤) أى يترحم لدمعته و حزنه و يتلطف عليه.

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٨) الباب: (١٤٣) من أبواب أحكام العشرة- الحديث (٥).

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب (١٢٢) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٢٤).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٢

يقيل عشرته (١) و يرمى ذمته (٢) يستنجد مسألته (٣) و يبر انعامه (٤) و يصدق اقسامه (٥) قوله (ره) لا يسلمه (٦).

(١) الإقالة بمعنى الفك و منه قوله يا مقيل العثرات، كأن المراد فكه عن الزلة و خلاصه عن خطأه.

- (٢) أى يرضى العهد إليه بأن لا ينقضه.
- (٣) أى يسعى فى تحقيق حاجته إليه.
- (٤) أى يقبله ولا يرده.
- (٥) أى يحسبها صادقة على ما يقتضيه حمل فعل المسلم على الصحة بمعنى عدم صدور الحرام منه.
- (٦) من باب الأفعال أى لا يخذله، فيكون عطف لا يخذله عليه من التفسير.
- ثم إنه ذكر المصنف (ره) ظهور الرواية فى ثبوت الحقوق لكل مؤمن على أخيه المؤمن إلا أنه لا بد من حملها على المؤمن العارف بحقوق الآخرين، و الراعى لها بحسب إمكانه، و ذكر فى وجه الحمل أموراً:
- (الأول) المقاصد فيها باعتبار وقوع التهاتر فى الحقوق، كوقوعه فى الأموال، فإن من لا يراعى حقك عليه، لا يلزم عليك، أداء مثل ذلك الحق إليه، حيث أن التهاتر كذلك أمر ارتكازى عند العقلاء فى الأموال وغيرها، و يدل عليه ما عن الصدوق فى الخصال و كتاب الاخوان و الكليني بسندهما عن ابى جعفر (ع) قال: «قام الى أمير المؤمنين (ع) رجل بالبصرة، فقال أخبرنا عن الاخوان، فقال (ع): الاخوان صنفان إخوان الثقة و اخوان المكاشرة، فأما إخوان الثقة فهم كالكف و الجناح و الأهل و المال، فإذا كنت من أخيك على ثقة فابدل له مالك و يدك و صاف من صافاه، و عاد من عاداه، و أكرم سره و عييه، و أظهر منه الحسن. و اعلم أيها السائل أنهم أعز من الكبريت الأحمر، و أما إخوان المكاشرة فإنك تصيب منهم لذتك فلا تقطعن ذلك منهم، و لا تظلمن ما وراء ذلك من ضميرهم، و ابدل لهم ما بذلوا لك من طلاقة الوجه
- إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٣

القمار

إشارة

و هنا مسائل أربع (١)

و حلاوة اللسان «١» فان المراد بكونه على ثقة من أخيه، الثقة من رعاية الحقوق، و مقتضاها أن من لا يراعى تلك الحقوق و لا يبذل لك غير طلاقة الوجه عند الملاقاة كما هو ظاهر المكاشرة، فليس عليك الا مثل ما بذله، دون الحقوق، و السند على رواية الكليني معتبر.

(أقول) ليس مقتضى هذه الرواية ان لا يجب مثل رد الغيبة على الشخص فيما إذا لم يراع المغتاب ردها فى حقه، لما تقدم من أن ردها واجب على السامع، و ليس فى البين ما يدل على كونه من الحقوق الساقطة بالتهاتر.

(الثانى) - ما دل على نفي الصداقة عن من لا يراعى حقوقها، و إذا لم يكن الشخص صديقاً لك لا يكون أخاً، و فيه الصداقة أخص من الأخوة، فلا يكون نفيها نفياً للأخوة حتى تنتفى الحقوق الثابتة لها.

(الثالث) ما دل على نفي الأخوة عن من لا يواسى أخاه المؤمن، و فيه أن المراد نفي الأخوة الكاملة لا الأخوة فى مجرد الايمان، و الا لجاز اغتيابه بمجرد تركه المواساة، و الحقوق فى الرواية ثابتة للأخوة فى الايمان، فلاحظ.

و لا يخفى ان المذكور فى الرواية من الحقوق كسائر المستحبات التى لا يوجب عدم التمكن من رعايتها بالإضافة الى جميع المؤمنين إلا وقوع التزاحم بينها، لا سقوط استحبابها، فلا يقال بان عدم التمكن على جميعها باعتبار عدم سعة وقت الإنسان لأدائها قرينته على عدم استحبابها، و بعبارة أخرى عدم التمكن على الجمع بينها فى الأداء لكل مؤمن، يوجب كونها كسائر المستحبات المتراحمة، لا

سقوط استحبابها.

(١) (الاولى) اللعب بالآلات مع العوض، ولا ينبغي الريب في حرمة و حرمة العوض، و يكفي في إثبات حرمة اللعب قوله عز من قائل
إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ.

حتى إذا قلنا بأن المراد بالميسر هو الآلات لا نفس المقامرة، حيث أن تحريم تلك الآلات

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (٣) من أبواب العشرة- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٤

.....

معناه المنع عن اللعب بها بالعوض أو مطلقا كما لا يخفى، كما يكفي في حرمة العوض و عدم صيرورته ملكا للغالب، قوله سبحانه لا
تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ * حيث أن ظاهر الأكل كما تقدم التملك و وضع اليد، و مقتضى النهي عنه- كالنهي عن سائر
المعاملات- هو الفساد و الحاصل أن اللعب بآلات القمار بداعي تملك العوض أمر محرم، و يكون أخذ العوض بإزاء غلبته في اللعب
أكل له بالباطل.

(الثانية) اللعب بآلات القمار بلا عوض، و الأظهر في هذه الصورة حرمة اللعب، كما هو مقتضى ظاهر صحيحة زيد الشحام قال: «سألت
أبا عبد الله (ع) عن قول الله عز و جل فَاجْتَبُوا الرَّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَ اجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ قال: الرجس من الأوثان الشطنج، و قول الزور
الغناء» «١» و رواية السكوني عن ابي عبد الله (ع)، قال:

«نهى رسول الله (ص) عن اللعب بالشطرنج و النرد» «٢» و نحوهما غيرهما. و دعوى- انصراف مثلهما الى ما إذا كان في اللعب
عوض- لا يمكن المساعدة عليها، حيث أن اللعب بهما من غير عوض ليس بأمر نادر. لتكون ندرته منشأ له. نعم لا يمكن الاستدلال
على حرمة هذا اللعب بما ورد في حرمة القمار، لا من جهة الانصراف الذي ذكره المصنف (ره) فإنه قابل للمنع، بل لعدم إحراز صدق
القمار على اللعب بها من دون تعيين عوض للغالب.

ثم انه (ره) فرق بين رواية السكوني و بين رواية أبي الربيع الشامي عن ابي- عبد الله (ع) قال: «سئل عن الشطنج و النرد، فقال: لا
تقربوهما» «٣» و ذكر أن دعوى الانصراف في الأولى قريبة، و في هذه بعيدة، و لكن لا يخفى ما فيه، فإنه إذا كانت كثرة الافراد موجبة
للانصراف في الطبيعي، لكنت كثرة افراد القرب الى الآلات المزبورة أيضا موجبة للانصراف في لفظ معنى القرب المضاف الى تلك
الآلات.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٠٢) ما يكتسب به- الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٠٢) ما يكتسب به- الحديث: (٩)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٠٢) ما يكتسب به- الحديث: (١٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٥

و يؤيد الحكم (١)

و ذكر بعد ذلك أن الاولى الاستدلال على حرمة اللعب في هذه الصورة برواية تحف العقول من قوله: «ما يجيء منه الفساد محضا لا
يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات» و بما في تفسير القمي عن ابي الجارود في قوله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَ

الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ قَالَ: «أما الخمر فكل مسكر من الشراب- إلى ان قال:- أما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر.

و أما الأنصاب فالأوثان التي كان يعبدها المشركون. و أما الأزلام، فالأقداح- إلى ان قال:- كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام من الله و هو رجس من عمل الشيطان».

(لا- يقال) القمار في هذه الرواية منصرف إلى ما إذا كان في اللعب رهن (فإنه يقال) ليس المراد معناه المصدرى لتتم دعوى الانصراف، بل المراد آلاته بقرينه قوله. و كل هذا بيعه و شراؤه و بقرينه قوله قبل ذلك: (أما الميسر فهو النرد) حيث أن النرد اسم للالة، كما أن البيع، و الشراء يتعلق بالآلات لا باللعب.

(أقول) لا يخفى ما فيه، فإن رواية تحف العقول- كما ذكرنا مرارا- لا تصلح للاعتماد عليها، مع أن كون الآلات مما يجيء منها الفساد المحض أول الكلام، فإنه إذا جاز اللعب بها بلا- عوض و رهن لا- يكون فيها الفساد المحض. و أما رواية القمي فمع الإغماض عن ضعف سندها بالقطع، فيأتي فيها ما ذكره في الروايات السابقة من دعوى الانصراف، لا في قوله: (و كل قمار ميسر) حتى يقال أن القمار فيه ليس بمعناه المصدرى، بل الانصراف في قوله: (و الانتفاع بشيء من هذا حرام) حيث أن الانتفاع بها ينصرف إلى فردة الشائع و هو اللعب مع العوض.

(١) لا- يخفى أن الرهن و العوض و ان لم يكن دخيلا- في كون اللعب بالآلات لهوا و باطلا- إلا- أنه لا- دلالة لتلك الروايات على الحرمة، لأن مطلق الباطل و الاشتغال عن ذكر الله لا يكون محرما، و لذا جعلها (ره) مؤيدة للحكم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٦

المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار (١)

(١) (الثالثة) ما إذا كان اللعب بغير الآلات المعدة، و لكن مع الرهن على اللعب، و يظهر من كلمات جماعة في باب السبق و الرماية عدم الخلاف في حرمة هذا اللعب تكليفا كما يكون فاسدا، حيث قالوا: إنه لا خلاف. في حرمة السبق بغير المنصوص إذا كان في البين عوض. و أما إذا لم يكن عوض ففي حرمة السبق خلاف و ظاهر ذلك أن مورد الخلاف هنا- أي فيما إذا لم يكن في البين عوض و هي الحرمة تكليفا- مورد الوفاق هناك، أي فيما إذا كان في البين عوض، فإن الفساد يعنى الحكم الوضعي لا يمكن كونه مورد الخلاف مع فرض عدم العوض في البين. و كيف كان فيلتزم في المقام- كما عن المصنف (ره) و غيره- بحرمة اللعب تكليفا و فساده وضعا، أي عدم صيرورة العوض ملكا للغالب، و يقال في وجهه أمور.

(الأول) ان اللعب مع الرهن قمار، كما يفصح عن ذلك رواية العلاء بن سيبان عن ابي عبد الله (ع) «أن الملائكة تحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش، و ما سوى ذلك فهو قمار حرام» (١) و فيه ان الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها. و الأخذ بإطلاق القمار في بعض الروايات يحتاج إلى إثبات عدم دخل الآلات في صدقه.

(الثاني) مرسله الصدوق (ره) قال: «قال الصادق (ع): إن الملائكة لتنفر عند الرهان، و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الريش و النصل» (٢).

(الثالث) بما في تفسير العياشي عن ياسر الخادم عن الرضا (ع)، قال: «سألته عن الميسر قال: الثقل من كل شيء، قال: و الثقل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم» (٣) و لا يخفى أن مفاده حرمة العوض في كل رهان لا حرمة نفس الرهان

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (٣-١) من أبواب السبق- الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (٣-١) من أبواب السبق- الحديث: (٤)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) باب: (١٠٤) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٧

فقد استظهر بعض مشايخنا المعاصرين اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدة للقمار (١).

و اللعب تكليفاً، أضف إلى ذلك ضعفه سندا و عدم كونه صالحا للاعتماد عليه.

(الرابع) صحيحة معمر بن خالد عن أبي الحسن (ع)، قال: «النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزلة واحدة، و كل ما تقوم عليه فهو

ميسر» (١) و لا يخفى أن العموم فيها أيضا باعتبار العوض في القمار.

(الخامس) رواية جابر عن أبي جعفر (ع)، قال: «قيل يا رسول الله ما الميسر؟

فقال كل ما تقوم به حتى الكعاب و الجوز» (٢) (لا يقال) ضعف السند في بعض هذه الروايات منجبر بالشهرة و نفى الخلاف على ما

تقدم، (فإنه يقال) لم يعلم استناد المشهور في التزامهم بالحرمة و الفساد إلى هذه الروايات، بل لعلهم استفادوا الحكم مما ورد في

حرمة الميسر و القمار تكليفا و وضعاً أو استفاد بعضهم مما ورد من نفى السبق في غير الثلاثة، بدعوى أن المستفاد من النفي المزبور

في غيرها، حرمة.

(١) الأظهر في المقام حرمة اللعب تكليفا و فساده و وضعاً، بمعنى عدم دخول العوض في ملك الغالب في اللعب و يشهد لذلك ما رواه

الصدوق (ره) بإسناده عن العلاء بن سيابة، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن شهادة من يلعب بالحمام؟ قال: لا بأس إذا كان لا يعرف

بفسق، قلت: من قبلنا يقولون، قال عمر هو شيطان، فقال: سبحان الله أ ما علمت ان رسول الله (ص) قال: إن الملائكة لتنفّر عند الرهان

و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل، فإنها تحضرها الملائكة.» (٣) و سند الصدوق إلى العلاء بن سيابة - كما ذكر

في مشيخة الفقيه - صحيح، و العلاء أيضا لا بأس به،

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (١٠٤) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٣٣) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٤)

(٣) وسائل الشيعة: الجزء (١٨) الباب: (٣٣) من أبواب الشهادات - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٨

لا معنى لاستحباب الوفاء به (١)

فإنه من مشايخ ابن أبي عمير، و ذكر الشيخ (ره) في عدته أنهم ثقات. و أما دلالتها على حرمة اللعب مع العوض فلأنها مقتضى لعن

الملائكة صاحب الرهان، فإن اللعن و ان أمكن ان يراد منه معنى يناسب كراهة الفعل أيضا، كما في لعن رسول الله (ص) آكل زاده

وحده، و النائم في بيته وحده، و الراكب في الفلاة وحده، إلا أن ظاهره مع عدم القرينة على الخلاف حرمة الفعل، و إذا كان نفس

اللعب مع الرهن محرما، كان أخذ الغالب العوض فاسدا، حيث أنه من أخذ العوض على اللعب المحرم. هذا مع أنه لا يبعد صدق

القمار على اللعب المزبور، حيث ان اسناد الآلات إلى القمار كإسناد سائر الآلات إلى سائر الأفعال، كآلات القتل و الفتح و القرض إلى

غير ذلك و كما أنه لم تؤخذ الآلات في مفاهيم تلك الأفعال، كذلك لم تؤخذ الآلة في مفهوم القمار. و يؤيد ذلك ملاحظة كلام

اللغويين. و ما تقدم مثل رواية جابر الدالة على أن الميسر كل ما تقوم به حتى الكعاب و الجوز، حيث لا يعد الكعاب و الجوز من

آلات القمار. نعم لا بد في صدق القمار من كون الفعل الذي عين العوض على الغالب فيه لعبا، فلا يطلق القمار بمعناه الظاهر عند

العرف على بعض الأفعال التي لا تعد من اللعب، حتى فيما إذا عين للغالب فيها عوض كالمسابقة على النجارة أو البناء أو الكتابة و

نحوها من الصناعات، و لكن عدم صدقه عليها لا يمنع عن الالتزام بحرمه الرهان فيها ايضا، على ما استظهرناه من رواية العلاء ابن سيابة.

(١) أى إذا كانت المعاملة فاسدة، فالعهد الذى قطعه العاقد على نفسه لا يستحب الوفاء به، فان استحبابه ينافى فسادها، فان الوفاء فى المقام عبارة عن تسليم العوض المفروض فى المراهنة إلى الغالب بعنوان أنه ماله، و مع الفساد لا يكون مالا له. نعم لو أريد صورة الوفاء بان يملكه المال بتملكك جديد مجانا، و مع الإغماض عن تلك المعاملة فلا فرق فى جوازه بين القمار المحرم و اللعب الفاسد، غاية الأمر يكون التملك الجديد مستحبا مع فساد اللعب. و لا يستحب فى القمار المحرم (أقول) إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢١٩ نعم عن الكافى و التهذيب بسندهما عن محمد بن قيس (١)

لا فرق فى الوفاء الصورى بين الصورتين، و الفرق باستحباب التملك الجديد فى اللعب الفاسد و عدم استحبابه فى القمار بلا وجه. (١) سندها صحيح «١» و كلمة (آكل) فى قوله (رجل آكل) من باب المفاعلة بمعنى المعاهدة على الأكل، و ربما يقال بظهورها فى جواز المعاهدة المزبورة تكليفا من جهة سكوت الامام (ع)، و عدم ردعه، و من الظاهر أن المعاهدة على الأكل من قبيل الرهن على اللعب بغير الآلات، كالمراهنة على رفع الحجر الثقيل و المصارعة و الطفرة، نعم دلالتها على فسادها تامة، كما هو مقتضى منع الغرامة المفروضة فى صورة عدم أكل الشاة بتمامها، و لكن لا يخفى أن دلالتها على الجواز بالإطلاق و السكوت فى مقام البيان، و مع ورود النهى فى سائر الروايات لا يتم الإطلاق، و أجاب المصنف (ره) عن الإطلاق بأن الإشكال فى الرواية بعدم ردع الامام (ع) وارد، حتى على تقدير جواز المعاهدة المزبورة تكليفا، و ذلك فإن أكل الشاة بالمعاهدة الفاسدة كتصرف الطرف فى مال صاحبه فى سائر المعاملات الفاسدة محرم، مع أنه لم يذكر فى الرواية ردعه (ع) عن أكلها. ثم أمر فى آخر كلامه بالتأمل، و لعله لأجل الفرق بين المقام و سائر المعاملات الفاسدة، فإن التصرف فى مثل المقام من قبيل إذن المالك فى ماله، فإن أكل الشاة المفروضة باعتبار اباحة المالك و اذنه فيه حلال، حتى مع فساد المؤكلة، حيث أن معنى فسادها عدم ترتب الضمان المزبور، و هذا بخلاف سائر المعاملات التى يكون تصرف الطرف فيها بعنوان كونه مالكا و ليس يملك مع فسادها حتى يجوز له التصرف. و أما الضمان فالظاهر أن أكل الشاة بتمامها شرط فى اذن مالكةا فى أكلها مجانا، و لو بنحو الشرط المتأخر، فيكون أكلها ناقصا موجبا لضمانها بالقيمة كسائر القيميات، و على ذلك فالمراد فى الرواية من نفي الغرامة هى الغرامة المعينة فى المؤكلة كما هو معنى فسادها.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب: (٥) من أبواب الجعالة- الحديث:- (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٠

ثم ان حكم العوض من حيث الفساد (١)

(١) و يجب رد عين العوض مع بقاءه، و بدله مع تلفه، كما فى جميع المعاملات الفاسدة المفروض فيها ضمان المال. و أما ما ورد من قىء الامام (ع) البيض عند ما قيل له: إن الغلام قامر به، فهو لا ينافى ما ذكرنا من ضمان البدل مع التلف، فإن القىء لأجل أن لا يصير البيض المزبور جزءا من بدنه الشريف، لا من جهة رده الى مالكة.

و هذه الرواية فى سندها عبد الحميد بن سعيد و هو من مشايخ صفوان بن يحيى. و قد وثقهم الشيخ (ره) فى عدته، قال: بعث أبو الحسن (ع) غلاما يشتري له بيضا فأخذ الغلام البيضة أو بيضتين فقامر بها، فلما أتى به اكله، فقال له مولى له إن فيه من القمار، قال فدعا بطشت فتقيا فقاءه» «١».

و فيها إشكال من جهة ارتكاب المعصوم (ع) ما هو حرام واقعا، لكنه ضعيف فإن الإمام (ع) لا يمكن غفلته أو جهله بالأحكام المجعولة، في الشريعة حيث ان ذلك ينافي كونه هاديا و دليلا على الحق و مبينا لأحكام الشرع. و أما الموضوعات الخارجية فعلمه (ع) بجميعها مطلقا أو عند إرادته الاطلاع عليها فلا سبيل لنا الى الجزم بشيء حتى نجعله منشأ الاشكال في مثل الرواية، و ذكر السيد الخوئي طال بقاؤه أن الاشكال على أكله (ع) البيض المفروض يتم بتسليم أمرين: (أحدهما) - عدم إمكان جهله عليه السلام بالموضوعات أصلا. (ثانيهما) كونه (ع) مكلفا بالعمل حتى بعلمه الحاصل له بالإمامة. و أما إذا قيل بكونه مكلفا بالعمل بالحجة المتعارفة عند الناس من قاعدة اليد و أصالة الصحة و أصالة الحل و غيرها، فلا بأس بالأكل المزبور أخذا بالحجة الشرعية. ثم إنه إذا علم (ع) الحال بالطريق المتعارف يعنى أخبار مولى له بكون البيض من الحرام، تقياً تنزهها لئلا يصير الحرام الواقعي جزءا من بدنه الشريف، مع عدم كون هذا حكما إلزاميا. و فيه أنه لا يمكن إجراؤه (ع) أصالة الصحة أو غيرها في عمله

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٣٥) من أبواب ما يكتسب به حديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢١

إلا أن يقال بأن مجرد التصرف من المحرمات العلمية (١). الرابعة المغالبة بغير عوض (٢)

مع علمه بالواقع، فان المقوم لموضوع الحكم الظاهري الجهل بالواقع و المفروض انتفاؤه في حقه (ع)، فدعوى كونه (ع) مكلفا بمقتضى الحجج الظاهرية الثابتة للجاهل بالواقع، مع علمه (ع) بالواقع كما ترى، فإنه من قبيل ثبوت الحكم بدون موضوعه. (١) كيف لا تثبت الحرمة للأكل مع الجهل، مع أن الموضوع لها مال الغير من غير تجارة أو من غير رضاه. و بعبارة أخرى مفسدة أكل الحرام و ترتبها عليه حتى حال الجهل به يوجب إنشاء الحرمة حتى مع الجهل، غاية الأمر الجهل بكونه مال الغير عذر في مخالفة الحرمة الواقعية، كما في جميع المحرمات الواقعية، فإنه تثبت عند الجهل بها أحكام ظاهريه، بخلافها، حيث إن الحكم الظاهري لا ينافي الحرمة الواقعية حتى يوجب تقييدا في إطلاق خطاب تلك الحرمة. و الحاصل أنه لو كانت العصمة منافية لارتكاب الحرام الواقعي و لو مع عدم تنجزه، لما كان ما ذكره المصنف (ره) صالحا لدفع المنافاة.

(٢) الصورة الرابعة المغالبة بغير الآلات بلا-عوض، و لا ينبغي التأمل في جوازها، فإنه مقتضى الأصل، بعد عدم شمول ما دل على حرمة القمار و الرهان للفرض، حيث أن المأخوذ في معناهما بحسب المتفاهم العرفي العوض. و يطلق عليهما المراهنة بهذا الاعتبار، كما أنه لم يقدّم دليل على حرمة مطلق اللهو و الباطل، حتى تدخل فيه المغالبة في هذه الصورة. و لا يمكن أيضا استظهار الحرمة من حسنة حفص عن ابي عبد الله (ع)، قال: «لا سبق إلا في خوف أو حافر أو نصل» «١» اي النصال، حيث ان من المحتمل كون سبق بفتح الباء - كما نسبه في المسالك الى المشهور - بمعنى العوض، و نفيه في غير الثلاثة عبارة أخرى عن عدم صيرورة العوض ملكا للغالب في المسابقة، بل على تقدير كونه بسكون الباء، فيحتمل أن يكون المراد

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٣) الباب: (٣) من أبواب أحكام سبق - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٢

كما يدل عليه ما تقدم من إطلاق الرواية بكون اللعب بالنرد أو الشطرنج بدون العوض قمارا (١) و يشهد له إطلاق آله القمار (٢).

نفي استحباب المسابقة في غير الثلاثة. نعم ما ذكره المصنف - (ره) من انصراف سبق بسكون الباء إلى صورة الرهن، و يكون ظاهر نفيه، فساده كما هو مقتضى النهي عن المعاملة - لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لا وجه للانصراف بعد كونه بمعناه المصدرى عاما

يشمل المسابقة مع الرهن وبدونه، و المسابقة بلا رهن كثيرة لا نادرة حتى يتوهم أن ندرتها موجبة له.

(١) ذكر في بعض الروايات أن الشطرنج و النرد ميسر و قمار، و ظاهره كون اللعب بهما ميسرا، حتى فيما لم يكن في البين عوض، لان كونهما مع العوض قمارا لا- يحتاج الى البيان، إلا أن هذا الحكم تعبدى. و الغرض بيان حرمة اللعب بهما و لو بلا عوض، و اما لان القمار بمعناه العرفي يصدق عليهما بدون العوض، فلا معين له، و لا يمكن التمسك بأصالة الحقيقة، لإثبات عدم دخالة العوض، لانه لا اعتبار بها مع العلم بالمراد كما لا يخفى.

(٢) قد ذكرنا سابقا أن لفظ القمار بمعناه المصدرى لا يزيد على سائر الألفاظ الدالة على المعانى الحديثية فى أن الآلة لا تكون مقومة و داخله فى مفاهيمها، بخلاف العوض، فإنه داخل فى مفهومها. و الشاهد لذلك الاستعمالات العرفية. و أما ما ذكره المصنف (ره)- من أن إطلاق آله القمار عليها موقوف على عدم دخول الآلة فى مفهوم القمار، أو ما ذكره السيد الخوئى طال بقاؤه من أن لازم دخول الآلة فى معنى القمار عدم صدقه على المراهنة بالآلات المخترعة جديدا و لزوم الدور- فلا يمكن المساعدة على شىء من ذلك، فإنه يمكن أن لا- يكون المأخوذ فى معنى القمار خصوص الآلات فى ذلك الزمان، بل الأعم منها بحيث يعم الآلة المخترعة فعلا، و- أخذ الآلة كذلك فى اللعب بحيث يكون نفس الآلة خارجا عن دائرة المعنى و التقييد بها داخلا- لا يوجب أى محذور لا الدور و لا غيره، فإنه على ذلك يكون معنى لفظ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٣

[بقي فى المقام أمران]

القمار الحصه من المراهنة لا مطلقا، و اضافة تلك الآلات الى القمار تكون بمعنى فى، كما فى قولنا، العوض و الرهن فى القمار. بقى فى المقام أمران: (الأول) ان حكم المباراة المتعارفة المسماة بكره القدم و الطائرة أو السله) و غيرها التى يعين فيها الجائزة من الحكومات أو الأندية للفائزين، و لا يكون اللعب فيها بآلات القمار، و الأظهر جوازها تكليفا و وضعا، فتكون الجائزة للفائز كأسا كانت أو غيره، و ذلك فان المحكوم عليه بالحرمة هو القمار و المراهنة و اللعب بالآلات المعدة للقمار. و المفروض عدم كون المباراة لعبا بآلات القمار، كما ان عنوان القمار أو المراهنة لا ينطبق عليها، حيث أن المعبر فيهما كون المال من المغلوب، و لا يعمان ما إذا كانت هبة من شخص ثالث للفائز، كما صرح بذلك بعض أهل اللغة، و يظهر أيضا بمراجعة الاستعمالات العرفية، و ان لم يكن هذا جزميا، فلا أقل من احتمالها، و هذا يمنع عن الرجوع الى إطلاق خطاب حرمة القمار أو المراهنة، و إذا جاز اللعب صح تملك الجائزة أخذا بإطلاق دليل الهبة أو الجعالة أو غيرهما.

(الثانى): فى حكم شراء الأوراق المرسومة فى عصرنا المسماة بأوراق اليانصيب (بليط بخت آزمايى) و لا ينبغى الريب فى بطلان بيعها و شرائها، حيث ان الأوراق لا تكون بنفسها أموالا، نظير الأوراق النقدية و الطوابع المالية و البريدية، ليكون أخذها من شراء الشىء المحكوم عليه بالحلية تكليفا و وضعا، بل يكون إعطاء المال و بذله باعتبار الرقم الموجود فى كل ورقة، لاحتمال وقوع الجائزة على ذلك الرقم، و لذا لو تلفت الورقة بان احترقت عند من يحتجزها، و ثبت ذلك عند المؤسسة، فإنها ربما تعطى الجائزة للشخص المزبور بوقوعها على ذلك الرقم. و الحاصل ان المبادلة واقعا بين المال و تلك الجائزة المحتمل وقوعها على الرقم، و الورقة سند لها، و هذا لا يكون بيعا صحيحا، فان المعبر فيه وجود المبيع و العلم به، فيكون المقام نظير الشبكة المطروحة المحتمل وقوع الصيد فيها، فإنه لا يصح تملك العوض بإزاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٤

[القيادة حرام]

القيادة حرام (١)

الصيد المحتمل، بل هذا أشبه بالقمار، و يكون نظير القطعات من الخشب أو غيرها التي يكون في كل منها رقم، و يعين لبعض تلك الأرقام بعض الأموال و تطرح في الكيس، و يعطى انسان درهما أو أكثر و يخرج منها قطعة بداعى وقوع المال على الرقم فيها. و الحاصل ان شراء الأوراق مندرج في البيع الفاسد فلا تكون الجائزة به ملكا لمشتري الورقة، و لو أخذها وجب المعاملة معها معاملة الأموال المجهول مالها.

نعم مجرد شراء تلك أوراق لا- يكون محرما تكليفا، لاعتبار اللعب في صدق القمار قطعاً أو احتمالاً، و معه لا يمكن الجزم بانطباق عنوان القمار عليه. هذا إذا لم يكن بذل المال لو كلاء المؤسسة بداعى التعاون في بناء المستشفيات و الجسور و غير ذلك من المصالح العامة، و الا فلا إشكال في جواز الإعطاء تكليفا و الله سبحانه هو العالم.

(١) لا ريب في حرمة الوساطة و السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطء المحرم، و يكون أخذ المال بذلك أكله بالباطل، كما لا ينبغي الريب في كونها من الكبائر في الجملة، لقوله سبحانه إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا. و أن للحاكم تعزير الساعى بما يراه مصلحة لنظام البلاد، و مناسبا لتأديبه.

و أما ثبوت الحد الشرعى- و نفيه عن المصر الذى هو فيه فضلا عن حلق رأسه و إشهاره- فلم يثبت. نعم ذكر الحد و النفي في رواية الكليني عن على بن إبراهيم عن أبيه عن محمد بن سليمان عن عبد الله بن سنان، إلا أن الرواية- لضعفها سنداً- لا يمكن الاعتماد عليها، و إن وصفها المصنف (ره) بالصحيحة، فإن الراوى عن عبد الله بن سنان لو لم يكن محمد بن سليمان الديلمي الضعيف، فلا أقل من كونه محتملاً، ثم انه على تقدير اعتبار الرواية فلا يختص المذكور فيها بالرجل، بل يعم المرأة أيضاً، لظهورها في كون المراد بالقواد فيها الجنس الشامل لها. و قد ذكرنا نظير ذلك في بعض ما ورد في محظورات الإحرام، و قلنا أن المحرم في الرواية باعتبار ظهوره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٥

[القيافة]

و في المصباح هو الذى يعرف الآثار (١) و فى المحكى عن الخصال (٢)

فى الجنس يعم المرأة قال: «قلت لأبى عبد الله (ع): أخبرنى عن القواد ما حده؟ قال: لا- حد على القواد، أليس انما يعطى الأجر على ان يقود؟ قلت: جعلت فداك إنما يجمع بين الذكر و الأنثى حراماً: قال: ذاك المؤلف بين الذكر و الأنثى حراماً فقلت هو ذاك، قال يضرب ثلاثة أرباع حد الزانى خمسة و سبعين سوطاً و ينفى من المصر الذى هو فيه» (١).

(١) يعنى القائف من يعرف آثار الإنسان و علاماته كما إذا نظر الى آثار القدم الباقية على الأرض بعد المشى، فيعرف أنها منسوبة الى أى شخص، و زاد فى مجمع البحرين و أنه يعرف شبه الإنسان بأخيه و أبيه الى غير ذلك، و اقتصر فى الإيضاح و الميسية على الثانى، و ذكراً أنها عبارة عن إلحاق بعض الناس ببعض. و كيف كان فيقيد حرمتها بما إذا رتب عليها الأثر الحرام، و الا فلا حرمة بالظن

بنسب شخص أو العلم به، ولذا نهى في الأخبار عن الإتيان والأخذ بقول القائف. و ظاهر الأخذ هو ترتيب الأثر، كما أن ظاهر الإتيان ذلك كما لا يخفى.

(أقول) نذكر في التعليقة الآتية فساد هذا الاستشهاد، وان تعلق النهى بالإتيان والأخذ باعتبار كون النهى طريقاً لا حكماً نفسياً، ومع الإغماض فغاية ما يستفاد هو اعتبار ترتيب الأثر لا ترتيب الأثر المحرم كما هو المدعى.

(٢) ما ذكره (ره) في وجه حرمتها من رواية الخصال «٢» لا يمكن الاعتماد عليه، فإنه رواها عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن يعقوب بن يزيد عن محمد بن أبي عمير عن علي بن أبي حمزة، عن أبي بصير عن أبي عبد الله (ع). و علي بن أبي حمزة البطائني ضعيف، و مع ذلك لا دلالة لها على الحرمة، فإن عدم الحب

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٨) الباب: (٥) من أبواب حد السحق و انقياده- الحديث (٥)

(٢) الخصال الباب: (١) من أبواب الصفات المحموده و المذمومه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٦

الكذب حرام

إشارة

الكذب حرام (١).

لا يلزمها ما لم يكن في البين قرينة عليها من مناسبة الحكم و الموضوع و نحوها. و كذا ما ذكره عن مجمع البحرين، مع أنه لا يزيد على الرواية المرسله. نعم في صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) «كان أمير المؤمنين (ع) يقول: لا تأخذ بقول عراف و لا قائف و لا لص و لا أقبل شهادة فاسق الا على نفسه» «١» و لكن النهى في أمثال ذلك ظاهر في الطريقى المقتضى لعدم اعتبار قول القائف، فلا يكون مما يحرز به نسب الشخص شرعاً، و لا يكون موجبا لرفع اليد عن مثل قاعدة (الولد للفراش و للعاهر الحجر) أو غير ذلك. و أما فعل القيافة بأخبار القائف، فإن كان اعتقاده جزمياً، فلا يكون الأخبار موجبا لفسقه على فرض عدم حصول حرام آخر، كالقذف، و إن كان اعتقاده ظنياً كان أخباره الجزمى عن نسبه كذباً و قولاً بغير علم، و هذا الحرام لا يوجب حرمة القيافة أيضاً بأن يكون اعتقاده الظنى حراماً آخر.

ثم ان المصنف (ره) حكى عن العامة افتراءهم على رسول الله بأخذه بقول القائف، و ذكر أن ذلك قد أنكر عليهم في الأخبار بشهادة ما عن الكافي عن علي بن إبراهيم عن أبيه و علي بن محمد القاساني جميعاً عن زكريا بن يحيى بن النعمان الصيرفي قال: «سمعت علي بن جعفر» و زكريا بن يحيى مجهول، و مع ذلك لا دلالة فيها على نفى رجوع النبي (ص) الى قول القائف، أضف اليه ان الرواية لا تخلو عن شيء و هو رد مثل علي بن جعفر على امامه (ع) في نفى ولده، حتى على تقدير عدم كون النفي من القذف، و كذا اشتمال الرواية لكشف أخوات الإمام (ع) وجوهن للقافة، و لا أظن تصديق أحد بمناسبة ذلك لمنزلتهن.

(١) لا يكون الإجماع التعبدي في مثل المقام مما يعلم فيه مدرك المجمعين، بل يكون الإجماع مدركياً، و هو ليس أحد الأدلة. و أما العقل فلا استقلال له بقبح مطلق الكذب، و حتى مع عدم ترتب فساد عليه من تلف عرض أو مال أو غيره من المفاسد ليكون حكمه به كاشفاً بقاعدة الملازمة عن حرمة. نعم حرمة مطلقاً مستفادة من

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٤) من أبواب آداب السفر- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٧

.....

الكتاب العزيز و الاخبار.

و كيف كان فالكلام فيه يقع في جهتين: (الاولى) في كونه من الكبائر مطلقا أو في الجملة (الثانية)- في مسوغاته اما الجهة الأولى، فقد ذكر في وجه كونه من الكبائر أمور:

(الأول)- رواية الصدوق (ره) في عيونه عن عبد الواحد بن محمد بن عبدوس النيشابوري العطار، عن ابي الحسن علي بن محمد بن قتيبة، عن الفضل بن شاذان، عن الرضا (ع) و رواه ايضا عن الحاكم ابي جعفر محمد بن نعيم بن شاذان عن عمه ابي عبد الله محمد بن شاذان، قال: «قال الفضل بن شاذان».

(الثاني) رواية الأعمش «١» و لكن رواية الأعمش ضعيفة باعتبار جهالة سند الصدوق (ره) اليه، و في سند رواية العيون ايضا ضعف باعتبار عدم ثبوت التوثيق لعبد الواحد، و نقل الصدوق (ره) عنه مترضيا لا يدل على توثيقه، و ذلك فان الصدوق لا ينحصر مشايخه بالثقات و العدول، و الدعاء لا دلالة له على التوثيق، و كذا لم يثبت توثيق للحاكم محمد ابن نعيم.

(الثالث) موثقة محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع)، قال: ان الله عز و جل جعل للشرا أفعالا، و جعل مفاتيح تلك الأفعال الشراب، و الكذب شر من الشراب «٢» و كونها موثقة باعتبار وقوع عثمان بن عيسى في سندها و هو واقفي، و مقتضى كون الكذب شرا من شرب الخمر المعدود من الكبائر، و تعيين الحد على شاربها كون الكذب ايضا مثله.

(أقول) لازم كون الكذب كذلك اختيار شرب الخمر عند دوران الأمر بينهما بالإكراه عليه أو على الكذب، اللهم إلا أن يقال بجواز الكذب في هذا الحال، لانه يدفع

(١) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (٤٦) من أبواب جهاد النفس- الحديث: (٣٦)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٣٨) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٨

.....

به الضرر، و لا- يكون من مورد التراحم ليكون جواز دفع الإكراه به دليلا على عدم كونه أهم من شرب الخمر و لا مثله. و مما ذكرنا يظهر الحال في المرسل الوارد فيه أن الكذب يعادل سبعين زنية أهونها كمن يزني بأمه، و قد تقدم الكلام في مثل هذه الروايات المعلوم عدم مطابقتها لظاهرها للواقع، و ان اللازم الإغماض عنها على تقدير صحة إسنادها، فضلا عن المرسله و نحوها.

(الرابع)- قوله عز من قائل: **إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَاذِبُ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالآيَاتِ اللَّهِ بِاعْتِبَارٍ أَنْ نَفَى الْإِيمَانَ عَنِ الْمَفْتَرِي وَ جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْكَافِرِ** مقتضاه كون الكذب كبيرة (أقول) لا دلالة في الآية على كون مطلق الكذب كذلك، فان الافتراء أخص منه، نعم دعوى اختصاص الآية بالافتراء في أصول الدين لا وجه لها، فان مورد النزول لا يكون مخصصا أو مقيدا لعموم الحكم أو إطلاق الآية.

و يمكن الاستدلال على حرمة الكذب و كونه كبيرة بقوله سبحانه **وَ اجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ وَ وَجْه الاستدلال على الحرمة ما ذكرنا سابقا من ظهور الزور في البطلان و اتصاف القول بالباطل يكون باعتبار بطلان معناه، و عدم تطابقه مع الخارج كما هو المراد بالكذب. و ظاهر الأمر بالاجتناب عن فعل حرمة، كما في الأمر بالاجتناب عن الخمر و الميسر و عبادة الأوثان إلى غير ذلك. و أما كونه كبيرة،**

فلان الامام (ع) استشهد في صحبته عبد العظيم الحسنى «١» لكون شرب الخمر كبيرة بان الله عز و جل نهى عنها كما نهى عن عبادة الأوثان. و مقتضى الاستشهاد المزبور ان يكون الكذب ايضا من الكبائر لأن الله نهى عنه كما نهى عن عبادة الأوثان بقوله عز من قائل فَاجْتَبُوا الرَّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَبُوا قَوْلَ الزُّورِ.

و الحاصل أن المتفاهم العرفى من الصحيحة المباركة أن الموجب لكون شرب الخمر كبيرة نهى الله عز و جل عنه فى الكتاب المجيد، نظير النهى عن عبادة

(١) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (٤٦) من أبواب جهاد النفس - الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٢٩

و يؤيده ما روى عن النبي (ص) (١) نعم فى الاخبار ما يظهر منه عدم كونه على الإطلاق كبيرة (٢)

الأوثان. و هذا التنظير فى التعبير يجرى فى الكذب ايضا كما لا يخفى. و مما ذكرنا يظهر وجه كون القمار كبيرة و ان ذلك باعتبار النهى عنه فى الكتاب المجيد نظير النهى عن عبادة الأوثان.

و بعبارة أخرى الاستشهاد الوارد فى الصحيحة بيان لكون الكذب و القمار كبيرة فلا يصح التمسك بالإطلاق المقامى لسائر الروايات، لنفى كونهما كبيرتين، حيث أنه لا يتم الإطلاق فيها بعد ورود البيان و القيد، كما أنه لا يصح الأخذ بإطلاق هذه الصحيحة لنفى بعض ما ورد فى سائر الروايات أنها كبيرة. و الحاصل أن الإطلاق بمعنى السكوت فى مقام البيان لا يدل على شىء، مع ورود البيان فى رواية أخرى أو خطاب آخر.

(١) أى انه يؤيد كون الكذب على الإطلاق كبيرة سواء ترتب عليه فساد أم لا، المروى عن النبي (ص) فى وصيته لأبى ذر «١» و وجه التأييد أن الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها مفسدة كبيرة، بل لا يترتب على بعضها أى مفسدة.

(٢) و سندها «٢» لا يخلو عن ضعف. و ما ذكر المصنف (ره) - من حملها على كون الخاص من الكبائر الشديدة - لا يمكن المساعدة عليه، فان اعتبار هذا النحو من الحمل إبطال لقانون حمل المطلق و المقيد. و الصحيح ان يقال انه لا يجرى التقييد فى موارد استغراق الحكم و انحلاله مع توافق المطلق و المقيد و عدم اختلافهما فى النفى و الإثبات، كما فى المقام، بل يؤخذ بكل من المطلق على المقيد. نعم لو قيل بمفهوم الوصف لكان المورد من موارد حمل المطلق و المقيد. و دعوى دلالتها على المفهوم بالعدد لا يخفى ما فيها، فان المذكور فى الرواية من قبيل التعداد لا ذكر العدد، مع أن

(١) وسائل الشيعة الجزء (٧) الباب: (١٤٠) من أبواب أحكام العشرة - الحديث: (٤)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٣٩) من أبواب أحكام العشرة - الحديث (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٠

فان قوله ما من أحد يدل على ان الكذب (١) و عن الحارث الأعور عن على (ع) (٢)

[الوعد و حكمه]

لا بد ان يراد به النهى عن الوعد مع إضمار عدم الوفاء (٣).

فى دلالة العدد على المفهوم تأملا بل منعا.

(١) لم يظهر منه كون مجرد الكذب لمما أو صغيرة حتى يوجب التقييد في إطلاق ما دل على كونه من الكبائر، بل ظاهره أن مجرد الكذب أمر يبتلى به عامة الناس، فلا يجري على الإنسان بمجرد ما ذكر في حق الكذاب في مثل قوله سبحانه: **إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي مَنْ هُوَ مُشْرِفٌ كَذَّابٌ** حيث أن أعراض الله عن إنسان وإضلاله مجازاة لا يترتب على مجرد الكذب، بل على من يكون مطبوعا عليه، بحيث لو أراد أن يخبر فيكذب، وهذا لا ينافي كون الكذب مطلقا من الكبائر.

(٢) و ظاهره عدم حرمة الكذب في نفسه، بل الحرمة للفجور، وهو الاستمرار على الكذب، كما هو ظاهر قوله: (و ما يزال أحدكم يكذب حتى يقال كذب و فجر، و إذا استمر على الكذب حتى يغلب الكذب على حكاياته و إخباراته، يقال عند الله أنه كذاب) «١» و الظهور المزبور خلاف المتسالم عليه من حرمة الكذب في نفسه، أضف إلى ذلك ضعف السند.

(٣) أقول ربما يحكى المتكلم عن عزمه الموجود حال تكلمه، فيكون المحكى قصده المتعلق بفعله الاستقبالي، كما إذا قال مخاطبا يا زيد، اني عازم على بناء مسكن لك في الشهر الآتي، و كلامه هذا اخبار عن أمر نفساني يكون صدقه و كذبه باعتبار ذلك الأمر. و هذا كما لا يكون إنشاء لا يكون متضمنا له ايضا، و من يرى وجوب الوفاء بالوعد الذي هو من قسم الإنشاء لا يعم عنده الوجوب لهذا الفرض، و ربما يحكى عن نفس فعله الاستقبالي، و يكون اخباره عن الحصول فيما بعد كالأخبار عما مضى، و في هذه الصورة يكون صدق خبره أو كذبه دائرا مدار تحقق ذلك الأمر

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٨) الباب (١٤٠) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣١

.....

في المستقبل و عدمه، و لو كان معتقدا بفعله استقبالا، و أخبر بوقوعه، فلا بأس به. و لا يجب عليه جعل خبره صادقا بفعله في المستقبل.

فان مع ترك الفعل و ان يتصف خبره السابق بالكذب الا ان دليل حرمة الكذب لا يعمه.

فان ظاهره حرمة جعل الكذب و إيجاد بمفاد كان التامة لا جعل الخبر الصادر سابقا كاذبا، و لذا ذكرنا في باب موانع الصلاة أن المبطل لها من الزيادة جعل الزائد بمفاد كان التامة لا جعل ما كان من الصلاة زائدا كما في العدول من سورة أو ذكر أو غيرهما إلى سورة أو ذكر أو غيرهما، حيث انه بعدوله يحصل وصف الزيادة للمعدول عنه، و هذا لا دليل على مانعيته.

و الحاصل أن هذه الصورة أيضا خارجة عن الوعد الذي هو قسم من الإنشاء فلا يجب الفعل فيها لو قيل باختصاص وجوب الوفاء بالوعد الذي هو من قسم الإنشاء. نعم لو أنشأ العهد و الالتزام بالفعل للغير كان العهد الجزور بإنشائه و إظهاره من حقيقة الوعد، و يمكن أن يقال بوجوب الوفاء به للآية و الرواية. و المراد بالآية قوله سبحانه **كَبِيرٌ مَّقْتَاتٌ عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ** «١» و لكن ظاهرها حرمة القول بلا عمل، لا وجوب العمل بالقول، فلا يجوز الوعد لمن لا يفى بوعدده، لا أنه بعد الوعد يجب الوفاء به، و لا يلتزم القائل بوجوب الوفاء بحرمة نفس الوعد مع عدم الوفاء، فالمراد بالآية صورة الاخبار عن فعله الاستقبالي، مع عدم قصد الفعل أو أمر الناس و ترغيبهم إلى ما لا يفعل، من قبيل قوله سبحانه **أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَ تَنْسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ** «٢» و على تقدير دلالتها على ذلك فلا يختص الوجوب بالوعد الذي هو من قسم الإنشاء بل تعم الصورة الثانية من الاخبار.

(١) سورة الصف (٦١) الآية: (٣).

(٢) سورة البقرة (٢) الآية: (٤٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٢

ثم ان ظاهر الخبرين الآخرين خصوصا المرسله حرمه الكذب حتى في الهزل (١)

و أما الروايات فظهورها في لزوم الوفاء بالوعد كالسند في بعضها تام الا أنه لا بد من رفع اليد عنها، فان مثل الوعد مما يتلى به عامه الناس، و لو كان وجوب الوفاء به ثابتا لكان من الواضحات، و المتسالم عليه، مع ان المعروف عند العلماء عدم وجوب الوفاء به، و لذا عنوان الباب في الوسائل بالاستحباب، و في حسنه هشام بن سالم قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول عدة المؤمن أخاه نذر لا كفارة له، فمن اخلف فبخلف الله بدء، و لمقته تعرض، و ذلك قوله تعالى. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ كَبِرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ» (١) و ظاهر تنزيل الوعد منزله النذر وجوب الوفاء بالأول أيضا، غاية الأمر انه ليس في مخالفتها كفارة (أى كفارة مخالفة النذر) و في حسنه شعيب العرقوفى عن ابى عبد الله (ع)، قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فليف إذا وعد» (٢) ثم إن ما ذكرنا من الأقسام فى الوعد يجرى فى الوعيد ايضا، غير أنه لا يستحب الوفاء به، بل لا يجوز فى بعض الموارد.

(١) خلاصة الكلام فى المقام أنه لو كان الهازل قاصدا للحكاية و كان غرضه من تلك الحكايات إضحاك الناس، فكلامه كذب حقيقة، حيث ان الداعى لا دخل له فى حرمة، و ظاهر كذب الهزل فى الخبرين أى فى مرسله سيف بن عميرة و رواية حارث الأعور (٣) هو هذا. و أما إذا كان تكلمه بلا- قصد الحكايات، بل من ترديد ألفاظ لها صور و معان فى الأذهان، و كان غرضه من ترديدها اضحاكهم، فهذا غير داخل فى الكذب، و لا يعمه ما ورد فى كذب الهزل، حيث انه لا يكون اخبارا حتى يكون كذبا

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٠٩) من أبواب أحكام العشرة- الحديث (٢).

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٠٩) من أبواب أحكام العشرة- الحديث (٣).

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (١٤٠) من أبواب أحكام العشرة حديث:

(١ و ٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٣

ثم انه لا ينبغى الإشكال (١)

[التورية و حكمها]

و اعترض جامع المقاصد على قول العلامة (٢)

هزلا أو جدا (و بعبارة أخرى) ذكر الكذب فى الخبرين و فى النبوى الوارد فى وصيته (ص) لأبى ذر قرينه على كون المراد من الهزل و إضحاك الناس صورة الحكايات، و كذا الحال فى الخبرين. نعم لا بأس بالالتزام بكرهه الهزل فى غير صورة الحكايات، باعتبار أن المؤمن لا يشتغل بالهزل و الباطل.

(١) إذا كان غرض المتكلم من ذكر الاستعارة إظهار ما فى المستعار له من الوصف كالحسن و القبح و غيرهما من الخصوصيات و الاعتبارات، بأن يكون غرضه حكايتها، كان صدق كلامه أو كذبه دائرا مدار تلك الخصوصيات أو عدمها، و كذا فى المبالغة فى الكم و المقدار، بأن كان غرضه من ذكر العدد بيان القلة أو الكثرة و عدمهما.

(٢) قال العلامة فى القواعد فى مسألة الوديعه (إذا طالبها ظالم بأنه يجوز الحلف كاذبا، و يجب التورية على العارف بها) انتهى. و ظاهر

ذلك وجوب التورية مع الحلف كاذبا على العارف بها. وهذا بظاهرة التزام باجتماع الكذب و التورية، و لذا ذكر في جامع المقاصد عند شرح العبارة ان العبارة لا تخلو عن مناقشة، حيث تقتضى ثبوت الكذب مع التورية.

و الحاصل أن المناقشة مبينة على عدم كون التورية كذبا كما هو الصحيح، فلا يعمها ما دل على حرمة الكذب، و ذلك فان المتكلم لا يكون في موارد قاصدا لحكاية أمر على خلاف الواقع، بل يكون قصده الى ما هو حاصل في الواقع، و لكن السامع لا ينتقل اليه من كلامه، بل ينتقل الى ما هو ظاهره، و يتخيل أنه بصدد حكاية حصول ذلك الظاهر، و من هنا أنه لا يكون من التورية ما إذا أراد المتكلم ظاهر كلامه، و كان ذلك الظاهر مطابقا للواقع، و لكن لم يفهم السامع الظاهر، و تخيل أمرا آخر لا يطابق الخارج، كما إذا قال للسائل: ليس عندي مال، و فهم السائل أنه فقير لا- يملك مالا. و وجه عدم كون ذلك تورية أنه يعتبر في التورية كون مراد المتكلم خلاف ظاهر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٤

و يدل على سلب الكذب عن التورية (١)

الكلام، و ما ربما يقال من ان مناط حرمة الكذب و هو إغراء السامع موجود في التورية أيضا- لا يمكن المساعدة عليه، فإنه لم يعلم أن تمام ملاك حرمة هو الإغراء. نعم لو انطبق على التورية عنوان محرم آخر كعنوان غش المؤمن في المعاملة و نحوها تكون محرمة بذلك العنوان.

(١) و ربما يورد على ما ورد في قضية إبراهيم على نبينا و على آله و عليه السلام ان التعليق المزبور لا يخرج إلى التورية حتى يكون صادقا، حيث أن قوله بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ. إِنَّ كَانُوا يَنْطِقُونَ «١» جملة شرطية يكون الصدق و الكذب فيها دائرين مدار ترتب الجزاء على الشرط لا- على حصول الطرفين خارجا أو عدمه، و الترتب في الكلام المزبور مفقود، فإنه لو كان الأوثان تنطق فرضا، لما كان أيضا الكسر مستندا الى كبيرهم، فالقضية الشرطية غير صادقة.

و أجاب عن ذلك السيد الخوئي طال بقاه بأن الشرط في القضية قيد للحكاية لا لاستناد الكسر الى كبيرهم، و المفهوم أنه حكايتي عن استناد الكسر الى كبيرهم معلقة على تكلم الأوثان. و المفهوم أنه على تقدير عدم تكلمهم لا حكاية لى عن استناد الكسر إليهم حتى تتصف بالصدق أو الكذب. و فيه ما لا يخفى، فان مفاد القضية الشرطية ترتب مضمون الجزاء على حصول مضمون الشرط، و كما أن حصول النهار- في قولنا إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود- بنفسه معلق على طلوع الشمس لا أن حكاية وجودها معلق على طلوعها، بأن لا يكون للمتكلم حكاية على تقدير عدم طلوعها، كذلك في المقام نفس استناد الكسر الى كبيرهم معلق على تكلم الأوثان.

هذا أولا و (ثانيا) أنه لا يخرج الكلام المزبور عن الكذب بإرجاع الشرط الى الادعاء و الحكاية، حيث أن مقتضى التعليق المزبور أنه على تقدير تكلم الأوثان فرضا، فالكسر منتسب الى كبيرهم، مع أنه على تقدير النطق أيضا لم يكن في البين ذلك

(١) سورة الأنبياء (٢١) الآية: (٦٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٥

.....

الانتساب. و (ثالثا)- أنه قد ورد ما يظهر منه أن نفي الكذب عن قول إبراهيم و يوسف على نبينا و آله و عليهما السلام من قبيل الحكومة و الادعاء. و المراد نفي حرمة حيث وقع في مقام الإصلاح و الهداية، فيكون من قبيل نفي الربا بين الوالد و الولد، فراجع

روايتي الحسن الصيقل و عطاء «١».

و الظاهر أنه على تقدير صحة رواية الاحتجاج و صدورهما عن المعصوم (ع) يراد من الشرطية الشرطية الاتفاقية لا الحقيقية، و يكون الغرض من تلك الاتفاقية مجرد نفي المقدم لانتفاء التالي، و لهذه القضية الشرطية نظائر في العرف فلاحظها، مثلا يقول أحد الفاسقين للآخر في مقام تذكئة نفسه انى انسان خير لا مورد فى، للقدح، و يقول ذلك الآخر إن كنت عادلا فانا معصوم، فإنه ليس غرضه إثبات العصمة لنفسه حتى على تقدير كون المادح عادلا، بل غرضه نفي عدالته بنفى عصمة نفسه. و قد يقال: إن التورية كذب، حيث ان العبرة فى كون الكلام كذبا بظهوره لا بمراد المتكلم. و فيه أن الصدق و الكذب من أوصاف الاخبار و الحكاية، و لا قوام للحكاية إلا بالقصد، كما هو الحال فى جميع الأمور الإنشائية و القصدية. نعم يكون ظاهر الكلام عند الجهل بمراد المتكلم طريقا اليه، فينسب السامع الى المتكلم الكذب بهذا اللحاظ، حيث يرى مراده المكشوف بأصالة الظهور غير مطابق للواقع، فيقول إنه قد كذب، كما قد يقال إن الكذب عبارة عن عدم مطابقة المراد لاعتقاد المتكلم، و الصدق مطابقتها له، كما نسب ذلك الى النظام و مال اليه بعض الأعظم.

و يستدل على ذلك بمثل قوله سبحانه إذ جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله، و الله يعلم إنك لرسوله، و الله يشهد إن المنافقين لكاذبون «٢» حيث لو كانت العبرة فى الصدق و الكذب مطابقة مضمون الكلام للخارج و عدمها، لما كان ما قال المنافقون

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٤١) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٤ و ٧)

(٢) سورة المنافقون (٦٣) الآية (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٦

.....

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ١، ص: ٢٣٦

كذبا، و بأنه لا ينسب الكذب الى مثل ما يذكره الفقيه فى رسالته العملية من الأحكام حتى فيما إذا كان المذكور فيها اشتباها و مخالفا للأحكام الواقعية. فلا يقال ان إخباراته كذب، و انه قد كذب، بل يقال إنه أخطأ و اشتبه، و ذلك باعتبار أن ما يذكره فيها مطابق لما يعتقد به الى غير ذلك و لكن لا يخفى ما فيه حيث أن الشهادة إظهار للعلم بالشىء و الإفتاء عبارة عن إظهار نظره و اجتهاده فى الواقعة، فقول القائل أشهد بذلك هو بمنزلة قوله ان لى علما و يقينا به، فيكون الخارج الذى يقاس اليه مطابقة المراد و عدمها هو الاعتقاد و العلم فمع تطابقهما يكون كلامه صادقا و فى عدمه كاذبا، و كذا قول المفتى بأن الواقعة الفلانية حكمها كذا، إظهار لفتواه و نظره فى تلك الواقعة، و يكون خبره صادقا مع كون خبره مطابقا لنظره و اجتهاده، حتى فيما إذا اشتبه و أدى الى خلاف الحكم الواقعى و هكذا و هكذا.

بقى فى المقام أمر، و هو أن الواقع إذا كان من الأمور الراجعة إلى الدين اعتقاديا أو عمليا، فالأخبار به من غير علم محرم كما يستفاد ذلك من قوله سبحانه آله أذن لكم أم على الله تفترون «١» و عبارة أخرى لا ينحصر المحرم بما كان الاخبار به على خلاف الواقع، بل يعم إسناد شىء الى الله سبحانه من غير حجة على انتسابه اليه تعالى بل إذا أظهر نظره فى حكم الواقعة من غير حجة عليه يكون إظهاره إفتاء من غير علم فهو فى نفسه محرم حتى فيما إذا أصاب الواقع اتفاقا. و يدل عليه غير واحد من الروايات: (منها)- صحيحة

أبي عبيدة قال قال أبو جعفر (ع): «من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة والعذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه» (٢) و نحوها غيرها و أما إذا كان الواقع من غير تلك الأمور فالأخبار به مع الشك، من الشبهة المصدقية للكذب، لما تقدم من أن الميزان في اتصاف الخبر بالكذب

(١) سورة يونس (١) الآية: (٩٥)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٨) الباب: ٤ من أبواب صفات القاضي - الحديث: - (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٧

[مجوزات الكذب]

[أحدهما الضرورة إليه]

أحدهما الضرورة إليه (١).

مخالفة مضمونه للواقع، لا مجرد عدم العلم بمطابقته له. و لا يمكن الحكم بحرمة الاخبار مع الشك و استظهارها مما ورد في حرمة الافتراء على الله و رسوله، فإن حرمة الثاني لا تلازم حرمة الأول، و لكن مع ذلك لا تصل التوبة عند الشك إلى أصالة الحلية، لدلالة بعض الروايات على حرمة، كرواية علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عن آبائه في حديث قال: «ليس لك أن تتكلم بما شئت، لأن الله عز و جل يقول [□]لَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» (١) فان ظاهرها عدم جواز الاخبار بشيء مع عدم العلم به، و لا يبعد اعتبارها سندا. و في صحيحة هشام بن سالم، قال: «قلت لأبي عبد الله (ع):

ما حق الله على خلقه؟ قال: أن يقولوا ما يعلمون و يكفوا عما لا يعلمون، فإذا فعلوا ذلك أدوا إلى الله حقه» (٢) و ظاهرها أيضا لزوم كف الإنسان عما ليس له به علم، بل لو لم تكن في البين مثل الروايتين لكان مقتضى استصحاب عدم حدوث الشيء عدم جواز الاخبار بحدوثه.

(لو قيل): على ذلك فيجوز مع الشك في الحدوث الاخبار بعدم حدوثه أخذا بالاستصحاب المزبور (قلنا) - نعم و لذا ذكروا في بحث تعارض البيئه على طهارة شيء مع اخبار ذي اليد بنجاسته، تقديم البيئه على أخباره، إلا إذا كانت البيئه مستندة إلى الأصل، ثم ان باستصحاب عدم حدوثه ينحل العلم الإجمالي بحرمة الاخبار إما عن ثبوته أو عن عدمه، لما تقرر في محله من ان جريان الأصلين المثبت و النافي في طرفي العلم يوجب انحلاله، فلا يكون بالاخبار عن النفي بأس.

(١) لا ينبغي الريب في كون الكذب كسائر المحرمات في ارتفاع حرمة بالإكراه و الاضطرار، كما هو مقتضى حديث رفع الإكراه و الاضطرار، و قوله (ع)

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٨) الباب: (٤) من أبواب صفات القاضي - الحديث: (٣٦)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٨) الباب: (٤) من أبواب صفات القاضي - الحديث: (١٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٨

.....

□
ما من شيء إلا - وقد أحله الله لمن اضطر إليه. و ذكر المصنف (ره) في جوازه للضرورة قوله سبحانه [□]إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ

بِالْإِيمَانِ «١» فان مقتضاه عدم البأس بإنكار الحق وإظهار خلافه عند الإكراه و لكن دلالة الآية على ارتفاع حرمة الكذب عند الإكراه بالفحوى فان عدم جواز الإنكار في موردها باعتبار حرمة الشهادة بالكفر و وجوب الإقرار و الشهادة بالله و رسوله لا باعتبار حرمة الكذب و بهذا يظهر الحال في قوله سبحانه لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ «٢» فإن عدم جواز أخذ الكافر وليا ليس من حرمة الكذب، بل هو محرم آخر يرتفع حرمة بالإكراه.

ثم انه و ان اعتبر في تحقق الاضطرار الى الكذب عدم التمكّن من التورئة، فإن الاضطرار الى الجامع بين الكذب و التورئة من قبيل الاضطرار الى شرب أحد ما يعين لرفع عطشه المهلك، و أحدهما متنجس و الآخر طاهر في أن الاضطرار الى الجامع - باعتبار إمكان إيجاده في ضمن فردة الحلال - لا- يكون من الاضطرار الى الحرام، إلا أنه في في المقام روايات يستفاد منها عدم اعتبار العجز عن التورئة في جواز الكذب.

(منها) - صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري عن ابي الحسن (ع) (عن رجل يخاف على ماله من السلطان، فيحلف لينجو به منه، قال: لا جناح عليه، و سألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله؟ قال: نعم) «٣» و موثقة زرارة قال قلت لأبي جعفر (ع): «نمر بالمال على العشار، فيطلبون منا أن نحلف لهم و يخلون سبيلنا، و لا- يرضون منا الا- بذلك؟ قال: فاحلف لهم فإنه أحل من التمر و الزبد» «٤» فإنه و ان لم يذكر كذب الحلف فيهما، إلا أنه المراد، فان السؤال عن جواز الحلف صادقا لدفع الضرر بعيد، خصوصا بقريته الجواب بأنه أحل من

(١) سورة النحل (١٦) الآية: (١٠٦).

(٢) سورة آل عمران (٣) الآية: (٢٨).

(٣) وسائل الشيعة الجزء (٦١) الباب: (١٢) من أبواب الايمان - الحديث: (١)

(٤) وسائل الشيعة الجزء (٦١) الباب: (١٢) من أبواب الايمان - الحديث: (٦)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٣٩

.....

التمر و الزبد، و في رواية السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي (ع)، قال قال رسول الله (ص): «احلف بالله كاذبا و نج أخاك من القتل» «١» الى غير ذلك.

و مقتضى إطلاق مثل هذه عدم الفرق في جواز الحلف لدفع الضرر، بين التمكّن من التورئة و عدمه، و في مقابل ذلك رواية سماعه عن ابي عبد الله (ع) قال:

«إذا حلف الرجل تقياً لم يضره إذا هو أكره أو اضطر اليه، و ليس شيء مما حرم الله الا و قد أحله لمن اضطر إليه» «٢» فإن مقتضى مفهومها عدم جواز الكذب مع عدم الاضطرار و الإكراه، كان في البين دفع ضرر أولاً، و النسبة - بينها و بين الروايات المجوزة للكذب لدفع الضرر - العموم من وجه، فإنه يشمل مفهوم هذه ما إذا لم يكن في الكذب دفع الضرر، كما تشمل تلك الروايات ما إذا كان دفع الضرر منحصراً بالكذب كما في فرض الغفلة عن التورئة، و يجتمعان فيما إذا لم ينحصر دفع الضرر بالكذب كما في فرض التمكّن من التورئة، فإن مقتضى المفهوم عدم جوازه لعدم الاضطرار اليه، و مقتضى تلك الروايات جوازه و بما ان دلالة كل منهما بالإطلاق فيسقط الإطلاق من الجانبين، و يرجع الى إطلاق دليل حرمة الكذب.

(لا يقال) لا وجه لسقوط الإطلاق منهما فيما إذا كانت في البين قرينة على دخول مورد الاجتماع في مدلول أحدهما، فإن لزوم حمل الروايات المجوزة على الصورة النادرة و هي عدم التمكّن من التورئة قرينة على التحفظ بإطلاقها، (فإنه يقال) لا يكون عدم التمكّن

من التورية ولو باعتبار غفلة المتكلم عنها نادرا. اللهم إلا يقال: إن مفهوم رواية سماعه أخص مطلق بالإضافة إلى الروايات المتقدمة، فإن قوله (ع) فيها (إذا حلف الرجل تقياً) لا يعم غير موارد دفع الضرر، فيكون تعليق جواز الكذب فيه على الاضطرار بالقضية الشرطية ظاهراً في عدم جواز دفعه به، مع

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٤) الباب: (١٢) من أبواب الايمان- الحديث: (٤)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٤) الباب: (١٢) من أبواب الايمان- الحديث: (١٨)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٠

.....

عدم الاضطرار، و يقيد به إطلاق الروايات السابقة، و لعله لذلك أمر المصنف (ره) بالتأمل، و لكن الأظهر عدم اعتبار العجز عن التورية في جواز الكذب، فان بعض روايات الحلف كاذبا قد وردت في دفع الضرر المالي عن الغير، كما في صحيحة إسماعيل المتقدمة، و مثل هذه لا تكون من مورد الاضطرار، لان دفع هذا الضرر عن الغير لا يكون واجبا ليتحقق عنوان الاضطرار اليه. و مقتضى إطلاق الصحيحة جواز هذا الحلف مع التمكن من التورية و عدمه، و بهذا يرفع اليد عن إطلاق مفهوم رواية سماعه، فيقال: لا يجوز الكذب من غير اضطرار الا الكذب لدفع الضرر المالي عن الغير، فإنه جائز مع التمكن من التورية و عدمه، و إذا جاز الكذب لدفع الضرر المالي عن الغير مع التمكن منها جاز لدفع الضرر عن نفسه ايضاً، لعدم احتمال الفرق في الجواز و عدمه بين دفع الضرر عن نفسه و غيره.

هذا مع أن رواية سماعه ضعيفة سنداً لا يمكن الاعتماد عليها. و ذكر الإيرواني (ره) في وجه جواز الكذب لدفع الضرر مع التمكن من التورية و عدمه ان الكذب عبارة عن التلفظ بألفاظ و القصد الى معنى منها لا يطابق الواقع و الإكراه على الكل كما يكون رافعا لحرمة الكل كذلك الإكراه على الجزء يكون رافعا لحرمة التبعية، و بما أن الألفاظ المزبورة جزء من الكذب بل عمدته، و باعتبار الإكراه أو الاضطرار إليها ترتفع حرمتها التبعية فيجوز قصد المعنى منها لان مجرد قصد المعنى بدون التلفظ ليس بحرام، و التلفظ في الفرض باعتبار ارتفاع حرمة كعدمه، فيكون الفرض كما إذا كان في البين القصد المجرد.

و لكن لا يخفى ما فيه، فان مجرد التلفظ بالألفاظ لا يكون محرماً و لو تبعاً حتى ترتفع حرمة بالإكراه أو الاضطرار، كما هو حال الجزء في سائر الموضوعات المحرمة المركبة و إنما يكون الجزء حراماً ضمناً مع حصول الكل، فتكون الألفاظ محرمة في خصوص فرض قصد معنى منها لا يطابق ذلك المعنى الواقع، و مع التمكن من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤١

ثم ان أكثر الأصحاب مع تقييدهم جواز الكذب (١)

التورية يكون الاضطرار أو الإكراه على الجامع بين الحلال و الحرام، فيعود الكلام السابق.

(١) هذا اشكال على أكثر الأصحاب المعبرين في جواز الكذب العجز عن التورية. و حاصله أنهم فرقوا بين الكذب في الحلف و الخبر، و بين المعاملات و سائر الأقوال المحرمة كالسب و التبري، حيث اعتبروا العجز عن التورية في جواز الأول دون الثاني، فإنه لا تصح المعاملات المكروه عليها، و لا يكون السب أو التبري محرماً مع الإكراه حتى مع التمكن من التورية، فيقال عليهم بأن المكروه بالفتح على البيع مثلاً- مكروه على التلفظ لا على إرادته، فإذا اراده مع تمكنه على التورية يكون البيع باختياره و رضاه، فاللازم الحكم بصحته و دافع عنهم المصنف (ره) بان المجوز للكذب في الحلف أو في الاخبار طر و عنوان الاضطرار، و تحقق هذا العنوان موقوف

على العجز عن التوريق، بخلاف المعاملات و سائر الأقوال، فإن الطارى عليها عنوان الإكراه، و لا يعتبر فى تحققة العجز عنها، كما إذا أمره الجائر ببيع ماله أو بالتبرى عن دينه فباع أو تبرأ للتخلص من وعيده يكون فعله مكرها عليه و محكوما فى الأول بالفساد و فى الثانى بالجواز.

(أقول) لازم ما ذكر (ره) الحكم بجواز شرب الخمر فيما إذا أمر به الجائر مع تمكنه على التفصى من شربها بالتوريق، و لو بشرب مائع يوهم الجائر انه خمر و لا احتمال الالتزام بذلك منه (ره) أو من غيره. و الصحيح عدم الفرق بين الاضطرار و الإكراه فى عدم تحقق عنوانهما، مع إمكان التفصى بالتوريق أو بسائر المحللات، بلا فرق بين المعاملات و غيرها، و أنه لا يرتفع بمجرد الإكراه، الرضا المعتبر فى المعاملات، كما لا يرتفع ذلك الرضا فى موارد الاضطرار، و أن الوجه فى صحة المعاملة مع الاضطرار إليها و الحكم بطلانها مع الإكراه عليها، هو ان الحكم بفسادها فى مورد الاضطرار خلاف الامتنان، فلا يشملها حديث الرفع بخلاف مورد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٢

و يستحب تحمل الضرر المالى الذى لا يجحف (١)

الإكراه، فإن الرفع فيه موافق له فيعمها حديث الرفع، و إذا أمره الجائر بالمعاملة و أمكن التفصى عنها بالتوريق أو غيرها، و مع ذلك أنشأ المعاملة بقصدتها حكم بصحتها أخذًا بإطلاق دليل نفوذها، و لا يكون فى البين حكومة لحديث الرفع، و هذا بخلاف الحلف أو الاخبار كذبا، فإنه جائز فى مورد دفع الضرر حتى مع إمكان التوريق أو إمكان التفصى غيرها، لما تقدم من دلالة الروايات الخاصة على هذا الجواز، و و يترتب على ذلك أنه لو أراد الذهاب الى بلد يكون له طريقان، و علم انه لو سلك الطريق الفلانى يتعرض له الجائر، فلا بد فى التخلص عن ضرره من الحلف كذبا دون ما إذا سلك الطريق الآخر، فلا يتعرض له، فإنه يجوز سلوك الطريق الأول و الحلف له كذبا. و ما فى الكلام المصنف (ره) - من اعتبار العجز عن التفصى بغير التوريق فى جواز الكذب - لا يمكن المساعدة عليه.

(١) يطلق الضرر على النقص فى المال أو العرض أو النفس، و على عدم النفع و ظاهر الروايات المتقدمة و حديث رفع الإكراه جواز الكذب فى مورد الضرر بالمعنى الأول دون الثانى، فإنه لا مقتضى لارتفاع حرمة الكذب فيه. و الضرر فى كلام مولانا أمير المؤمنين (ع): (علامة الايمان أن تؤثر الصدق حيث يضررك على الكذب حيث ينفعك) بالمعنى الثانى بقريته مقابلته للنفع، مع أن الروايات المرخصة فى دفع ضرر الغير بالكذب أخص مطلق بالإضافة الى هذا الكلام الشامل لمطلق الضرر فيرفع اليد بها عن إطلاقه على تقدير تماميته.

نعم يمكن الاستدلال على استحباب تحمل الضرر المالى بما ورد فى الحلف بالله صادقا من استحباب تحمل الضرر و الإغماض عن الحلف، و إذا كان تحمله و ترك الحلف الصادق مستحبا يكون تحمله و الإغماض عن الحلف الكاذب كذلك بالأولوية، الا أن التعدى إلى مطلق الاخبار كذبا مشكل، لما يظهر من بعض الروايات من كون ملاك الاستحباب إجلال الله سبحانه بترك الحلف باسمه صادقا أو كاذبا، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٣

ثم ان الأقوال الصادرة عن أئمتنا (١)

فى رواية السكونى عن ابى عبد الله (ع) قال: «قال رسول الله (ص): من أجل الله ان يحلف به أعطاه خيرا مما ذهب منه» «١» و نحوها غيرها.

ثم انه لا يخفى ان جواز الكذب لدفع الضرر مختص بما إذا كان الضرر من الظلم و التعدى عليه، و لا يجوز لمطلق دفعه كالضرر فى

المعاملة، فإذا توقف بيع ماله بلا- خسارة على كذبه في رأس المال، فلا يجوز الكذب، لأن جوازه إما لرفع الاضطراب أو الإكراه، و المفروض انتفاؤهما، حيث أن الاضطراب يتوقف على وجوب دفع الضرر المزبور، و الضرر المالي يجوز تحمله، و حديث لا- ضرر لوروده مورد الامتنان لا- يعم المقام، بل يختص بما إذا كان في رفع التكليف الضرري امتنانا، و لا امتنان في تجويز الكذب لمؤمن الموجب لاغراء المؤمن الآخر، بل لا يجوز التورية في مثل أخباره برأس المال باعتبار كونه غشا كما مر سابقا.

(١) (أقول) لا بأس بالحمل على الاستحباب لو كان الحمل عليه أخذًا بالظهور كما إذا ورد في رواية اغتسل الجمعة، و علمنا أن غسل الجمعة غير واجب، و دار أمر الرواية بين الحمل على مثل التقية أو الاستحباب، فتحمل على الاستحباب، و ذكرنا في الأصول من ان خصوصية الاستحباب أو الوجوب غير داخله في مدلول الصيغة، بل مدلولها البعث نحو الفعل و ينتزع الوجوب من عدم ثبوت الترخيص في الترك، كما ينتزع الاستحباب من ثبوت ذلك الترخيص. و إذا انضم المستفاد من الصيغة أي البعث إلى الاغتسال إلى ما هو معلوم من الخارج من جواز تركه ثبت الاستحباب.

و أما إذا لم يكن الحمل على الاستحباب أخذًا بالظهور، كما إذا ورد في رواية ان المذى ناقض، و دار أمرها بين ان يراد بالناقض فيها ما هو ظاهره من بطلان الوضوء بالمذى للتقية، و بين استحباب الوضوء بعد خروجه، فلا يكون مجرد النسب بشأنهم قرينة عرفية على ارادة الاستحباب، و يترتب على ذلك انه لا يتيسر لنا الحكم باستحباب

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٦) الباب: (١) من أبواب الايمان- الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٤

[الثاني من مسوغات الكذب إرادة الإصلاح]

الثاني من مسوغات الكذب إرادة الإصلاح (١)

الوضوء بعد خروج المذى بمجرد العلم بان ظاهر الكلام المزبور غير مطابق للحكم الواقعي، مع أنه إذا جاز الاخبار عن خلاف الواقع لرعاية التقية كما هو الفرض، فلا تكون ارادة مثل الاستحباب أليق بحالهم و ما ورد في بعض الموارد لا يدل على الضابط لما يصدر عنهم عليهم السلام في جميع موارد التقية، و لا يبعد أن يكون الأمر بالوضوء بعد خروج المذى من هذا القبيل، حيث ان ظاهر ذلك الأمر الإرشاد إلى ناقضية المذى، و مجرد العلم بعدم كونه ناقضا لا يكون قرينة على حمل ذلك الأمر على الاستحباب.

(١) يدل عليه غير واحد من الروايات (منها) صحيحة معاوية بن عمار عن ابي عبد الله (ع)، قال: «المصلح ليس بكذاب» (١) و رواية المحاربي عن جعفر بن محمد عن آبائه عن النبي (ص)، قال: «ثلاثة يحسن فيهن الكذب، المكيدة من الحرب، و عدتك زوجتك، و الإصلاح بين الناس» (٢) الى غير ذلك. و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين التمكن من التورية و عدمه، فيكون هذا تخصيصا آخر في أدلة حرمة الكذب على قرار تخصيص الكذب لدفع الضرر، و بعض الاخبار- و منها رواية المحاربي- متضمنة لجواز الكذب في الوعد للزوجة أو الأهل، و لكنها بحسب الظاهر ضعيفة سندا، فلا يمكن الاعتماد عليها في رفع اليد عن إطلاق دليل حرمة الكذب، بل عن السيد الخوئي (طال بقاه) عدم دلالة تلك الاخبار على جواز الكذب في الوعد الذي يكون من قبيل الاخبار، كالأخبار عن فعله الاستقبالي مع علمه بتركه في ذلك الزمان، و إنما مدلولها ترك الوفاء بوعد الإنشائي يعنى التعهد للعيال أو الزوجة بالفعل، و هذا لا يتصف بالصدق أو الكذب ليكون حراما، و لا بأس بالتعهد و ترك الوفاء به ما لم يكن في ضمن المعاملة. نعم لو قيل بوجوب الوفاء بالعهد الابتدائي

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٤١) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٣)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٤١) من أبواب أحكام العشرة- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٥

[الكهانة حرام]

الكهانة حرام (١)

يكون الوعد للزوجة أو العيال مستثنى. وفيه أن عد الوعد للأهل في الرواية من افراد الكذب قرينة على كون المراد به الوعد الاخبارى، و حمل الكذب فيها على البناء على عدم الوفاء بالوعد الإنشائي خلاف ظاهرها، خصوصا بملاحظة أن جواز الخلف في الوعد الإنشائي الابتدائي لا يختص بالوعد للزوجة أو الأهل كما تقدم.

(١) يقع الكلام أولا- في حكم الكهانة و اخرى في اخبار الكاهن عن الحوادث و ثالثه في رجوع الغير الى الكاهن في الاطلاع على الحادثة. أما الكهانة فهو الاعتقاد بالحوادث في الكون المستقبلية منها و الماضية بإلقاء جن يكون تابعا للكاهن أو اطلاع الكاهن عليها من مقدمات يكون الاستدلال بها على تلك الحوادث محتاجا إلى فطنة النفس و زكائها كالانتقال إليها من كلام السائل أو حاله أو فعله. و قد يطلق على المطلع عليها من نحو هذه المقدمات اسم العراف، كما يطلق على التابع من الجن اسم الرأى بفتح الراء، و قد يكسر تابعا للهمزة مأخوذ من الرأى أى النظر و الاعتقاد، فيقال فلان رأى القوم أى صاحب رأيهم.

و لعله يظهر واقع الكهانة و حقيقتها من رواية الطبرسى في الاحتجاج في جملة الأسئلة التي سئلها الزنديق أبا عبد الله (ع)، قال الزنديق: «فمن أين أصل الكهانة؟»

من أين يخبر الناس بما يحدث؟ قال (ع): إن الكهانة كانت في الجاهلية في كل حين فترة من الرسل، كان الكاهن بمنزلة الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتبه عليهم من الأمور بينهم، فيخبرهم بأشياء تحدث، و ذلك من وجوه شتى فراسة العين، و ذكاء القلب، و وسوسة النفس، و فطنة الروح، مع قذف في قلبه، لان ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشيطان و يؤديه إلى الكاهن و يخبره بما يحدث في المنازل و الأطراف. و أما اخبار السماء، فان الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع، إذ ذلك، و هي لا- تحجب و لا- ترحم بالنجوم، و إنما منعت من استراق السمع لئلا يقع في الأرض سيب تشاكل الوحي من خبر السماء، فيلبس على أهل الأرض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٦

.....

ما جاءهم عن الله تعالى لإثبات الحجّة و نفى الشبهة، و كان الشيطان يسترق الكلمة الواحدة من خبر السماء بما يحدث الله في خلقه، فيختطفها، ثم يهبط بها الى الأرض، فيقذفها الى الكاهن، فإذا زاد كلمات من عنده، فيخلط الحق بالباطل، فما أصاب الكاهن من خبر مما كان يخبر به هو ما أداه إليه شيطانه مما سمعه، و ما أخطأ فيه فهو من الباطل ما زاد فيه، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة، و اليوم إنما تؤدي الشياطين الى كهانها اخبار الناس بما يتحدثون، و الشياطين تؤدي الى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث من سارق سرق، و من قاتل قتل، و هم بمنزلة الناس صدوق و كذوب.

ذكر المصنف (ره) احتمالين في قوله مع قذف في قلبه: (الأول)- كونه قيذا لفطنة الروح، فيكون الحاصل أن المنشأ لخبر الكاهن عن

الحوادث أمور شتى، (منها) ما يرجع إلى نفسه فقط، كفراسه عينه و ذكاء قلبه و وسوسة نفسه، و (منها) ما يرجع إلى المجموع من فطنة روحه و قذف الشيطان في قلبه، و يساعد هذا الاحتمال ما عن النهاية من قوله و قد كان في العرب كهنة، فمنهم من كان يزعم أن له تابعا من الجن يلقي إليه الاخبار، و منهم و من كان يزعم أنه يعرف الأمور (الحوادث) بمقدمات و أسباب يستدل بها (بالمقدمات) على مواقعها (على موارد الحوادث و مواضعها) من كلام من سأله أو فعله أو حاله (بيان للمقدمات) فان ظاهر هذا الكلام إمكان كون المنشأ في اخبار الكاهن الأمر الراجع إلى نفسه فقط.

(الاحتمال الثاني) كونه قيذا لجميع ما ذكر فيكون الحاصل ان منشأ اخبار الكاهن هو المجموع من الأمر الراجع إلى نفسه و قذف الشيطان، و جعل (ره) قوله- فيما بعد (فإذا قد زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل)- قرينة على هذا الاحتمال، و كان هذا باعتبار أن المستفاد من قوله (فإذا قد زاد) أن الكاهن يزيد في خبره كلمات من عنده، فيكون الخطأ فيه باعتبار هذا الخلط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٧

.....

و لكن لا- يخفى أن ظاهر قوله: (فإذا قد زاد) ظاهره بيان وجه خطأ خبر الكاهن بالحوادث المستقبل، و أن الخطأ فيه باعتبار ما زاده الكاهن من عنده، لا الكلمة التي ألقاها إليه شيطانه من خير السماء، و لا يرجع إلى بيان وجه خطائه في مطلق اخباره حتى بالحوادث الماضية التي يمكن أن يكون منشأ خبره بها فراسه عينه أو ذكاء قلبه، و يكون إطلاق الكاهن عليه باعتبار أن الاخبار بتلك الحوادث فقط مرتبة من الكهانة في مقابل الكهانة الكاملة المنتفية، بعد منع الشياطين عن استراق السمع، لان وقوع الخطأ في اخباره بهذه الحوادث يمكن أن يكون لكذب الشياطين، فإنهم بمنزلة الناس منهم صدوق و كذوب.

و كيف كان فقد يذكر في المقام عدم الخلاف في حرمة الكهانة بمعنى تحصيل الاعتقاد أو الاطلاع على الحوادث بما تقدم، كما لا خلاف في حرمة الاخبار بها و الرجوع فيها إلى الكاهن، و في رواية أبي بصير عن أبي عبد الله (ع)، قال: «من تكهن أو تكهن له فقد برى من دين محمد (ص)» «١» و في سندها على بن أبي حمزة البطائني و هو ضعيف، و مع ذلك لا دلالة لها على حرمة مجرد اخباره بالحوادث احتمالا أو ظنا، مع عدم عنوان آخر معه، كاتهام مؤمن و نحوه و في رواية ابن إدريس في مستطرفات السرائر نقلا عن كتاب المشيخة للحسن ابن محبوب عن الهيثم، قال:

«قلت لأبي عبد الله (ع): إن عندنا بالجزيرة رجلا ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشيء يسرق أو شبه ذلك، فقال قال رسول الله (ص): من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدق به بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب» و ذكر المصنف ره ظاهر هذه الصحيحة حرمة الاخبار عن الغائبات بالجزم سواء كان بالكهانة أو غيرها لدلالاتها على ان المخبر بها ساحر أو كاهن أو كذاب و الكل حرام. و فيه أن الرواية ضعيفة لا صحيحة، فإن رواه كتاب الحسن بن محبوب لابن إدريس مجهولون لنا، (ثانيا) ان ظاهرها حرمة تصديق قول الكاهن، و التصديق في الأمارات الموهومة أو المعتبرة ظاهره التصديق العملي أي ترتيب الأثر على قوله،

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٢٤) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٨

[اللهو حرام]

اللهو حرام (١).

كاتهم شخص بالسرقة أو بالقتل و نحوهما. و أما نفس اخبار الكاهن فلا دلالة للرواية على حكمه أصلا. و الحاصل أنه لا اعتبار باخبار الكاهن و لا يثبت به كون فلان سارقا أو كون شيء ملكا لفلان، أو غير ذلك و لا يجوز اتهام مؤمن به. و أما غير ذلك كالأخبار بحادثه ماضيا أو مستقبلا فان حصل الاعتماد بها جزما أو ظنا فيصح الاخبار بها جزما أو ظنا، و مع عدم الاعتقاد يدخل الاخبار بها في الكذب موضوعا أو حكما على ما تقدم، من غير فرق بين كون المنشأ للاعتقاد الحدس أو الرمل أو الجفر أو غير ذلك. و ما يظهر من المصنف (ره)- من حرمة النظر و التأمل لاستظهار الحوادث في غير الرمل و الجفر- كما ترى.

(١) يظهر من جماعة حرمة اللهو مطلقا، و يستدل على ذلك بوجوه: (الأول) إيجاب التمام على من يكون سفره للصيد تنزهها، و قد ذكر في بعض ما يدل عليه من الروايات (إنما خرج في لهو لا يقصر) و لكن هذا الوجه غير تام، لعدم الملازمة بين وجوب التمام و حرمة السفر. و قد تقدم الكلام في ذلك سابقا، و قلنا انه يظهر من بعض الأصحاب أن السفر للصيد تنزهها و بطرا من أفراد السفر للمعصية، و لكنه غير صحيح.

(الوجه الثاني) رواية الأعمش الواردة في الكبائر «١» فإن من الوارد فيها الملاهي التي تصد عن ذكر الله عز و جل كالغناء و ضرب الأوتار، و ذكر الغناء مثلا للملاهي قرينه على أنها جمع الملهى مصدر ميمى أو الملهى وصف من باب الأفعال، لا جمع الملهاة اسم الإله فتكون ظاهرة في حرمة اللهو، و حملها- على جمع اسم الآلة و تقييد الغناء بكونه مقارنا باستعمال تلك الآلات حتى يصح مثلا للجمع من اسم الآلة بلا قرينه- غير ممكن. نعم الرواية ضعيفة سندا، فلا يمكن الاعتماد عليها.

(الوجه الثالث) رواية العيون «٢» حيث عد فيها من الكبائر الاشتغال بالملاهي

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (٤٦) من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه- الحديث: (٣٦)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (٤٦) من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه- الحديث: (٣٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٤٩

[مدح من لا يستحق المدح]

مدح من لا يستحق المدح (١)

و فيه أن ظاهر الملاهي بلا- قرينه هو الجمع من اسم الآلة، و الاشتغال بها عبارة عن اللهو بها، و لا شبهة في حرمة استعمال تلك الآلات. و إنما الكلام في المقام في حرمة مطلق اللهو، هذا مع أن في سند الرواية ضعف كما تقدم سابقا.

(الوجه الرابع) ما ورد في بعض روايات حرمة القمار من قوله كل ما الهى عن ذكر الله فهو الميسر) و لكن هذا العموم بظاهرة لا يمكن الأخذ به، فان لازمه حرمة الاشتغال بالأفعال التي لا يكون الإنسان مع الاشتغال بها متذكرا لله تعالى و حمله على غير ظاهره يحتاج إلى قرينه معينه، و كذا لا دلالة فيما ورد في أن لهو المؤمن من الباطل، فإنه لا ظهور للباطل في الحرمة.

و المتحصل انه ليس في البين ما يمكن الاعتماد عليه في تحريم مطلق اللهو نعم لا كلام في حرمة اللهو باستعمال الآلات المعدة له من ضرب الأوتار و غيرها.

هذا بالإضافة إلى اللهو و أما اللعب فقد تقدم أنه أيضا بإطلاقه غير محرم، بل المحرم اللعب بالآلات المعدة للقمار أو بغير تلك الآلات. و لكن مع الرهن. و لا- يبعد ان يعم اللعب مثل أفعال الأطفال الناشئة عن غير القوى الشهوية، بخلاف اللهو، فإنه يختص

بالأفعال التي يكون الداعى إليها تلك القوى، و لذا ذكر سبحانه في قوله أَنَّهَا الْحَيَاءُ الدُّبِّيَا لِعَبِّ وَ لَهْوٍ وَ زِينَةٍ وَ تَفَاخُرٍ بَيْنَكُمْ وَ تَكَاثُرٍ فِي الْأَمْوَالِ اللَّعِبِ أُولَا وَ اللّهُو ثَانِيَا وَ الزِينَةُ وَ التَّفَاخُرُ بِالْأَمْوَالِ وَ الْأَوْلَادِ ثَالِثًا، وَ نَظِيرُ اللّهُو اللَّغْوُ، بَلْ لَا يَبْعُدُ تَرَادُفُهُمَا، وَ أَنَّهُ لَا حَرَمَةَ فِيهِ حَتَّى يَنْدَرِجَ فِي أَحَدِ الْعِنَاوِينَ الْمَحْرَمَةِ كَالْغِنَاءِ وَ الْقِمَارِ وَ نَحْوَهُمَا كَمَا لَا يَخْفَى.

(١) ذكر العلامة في المكاسب المحرمة مدح من لا- يستحق المدح، و ذكر المصنف (ره) في وجه حرمة حكم العقل بقبحه المستكشف منه حرمة شرعا بقاعدة الملازمة.

(أقول) لم يحرز حكم العقل بالقبح على مجرد المدح، كما لا- دلالة على حرمة في آية النهي عن الركون إلى الظالم، لأن مجرد المدح ليس من الركون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٠

[و معونة الظالمين في ظلمهم حرام]

و معونة الظالمين في ظلمهم حرام (١)

اليه، و إن كان يظهر ذلك من صاحب الوسائل (ره)، حيث أورد في باب حرمة مدح الظالم ما يكون متضمنا للآية، بل لو كان مجرد المدح ركونا لكان محرما و لو كان الجائر مستحقا له ببعض أعماله، و أما النبوي «من عظم صاحب الدنيا و أحبه طمعا في دنياه سخط الله عليه و كان في درجته مع قارون في التابوت الأسفل من النار» (١) فضعيف سندا و باطل مضمونا لجواز تعظيم المزبور و عدم كونه موجبا لعقاب فضلا عن العقاب الوارد فيه. و اما النبوي الآخر «من مدح سلطانا جائرا و تخفف أو تضعف له طمعا فيه كان قرينه في النار» (٢) فمدلوله حرمة التواضع و التخاذل للسلطان الجائر طمعا فيه و أن كان مستحقا للمدح ببعض أعماله و لعل حرمة باعتبار كون التواضع له ترويجا له و تشييدا لسلطانه.

و كيف كان فلو انطبق على مدح من لا يستحق مدحا عنوان محرم كعنوان الكذب، كما إذا سرد له اشعارا تتضمن مدائح على خلاف الواقع كان محرما و أخذ المال بها أكلا له بالباطل، و كذا فيما انطبق عليه عنوان ترويح الباطل و نحوه كما لا يخفى.

(١) ذكره (ره) في المقام أمورا ثلاثة: (الأول) إعانة الظالم على ظلمه (الثاني) كون الشخص من أعوان الظلمة، و كل منهما محكوم بالحرمة، بل قيل إن إعانة الظالم على ظلمه من الكبائر، كما هو ظاهر رواية ورام بن أبي فراس، قال «قال عليه السلام: من مشى إلى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم، فقد خرج عن الإسلام» (٣) و لكن ضعفها بالإرسال، و عدم دلالتها على خصوص الإعانة على

(١) الوسائل الشيعية الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (١٤).

(٢) وسائل الشيعية: الجزء (١٢) الباب: (٤٣) من أبواب ما يكتسب به الحديث (١).

(٣) الوسائل الشيعية الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (١٥).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥١

.....

الظلم، و شمولها لإعانة الظالم- و لو على فعله المباح- مانع عن الاعتماد عليها نعم ورد كونها كبيرة في روايتي الأعمش و الفضل بن شاذان الواردتين في تعداد الكبائر (١) و فيهما أيضا ضعف كما تقدم، و لكن حرمتها مسلمة و تدل عليها الروايات الكثيرة.

(منها) صحیحة عبد الله بن سنان، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أعان ظالما على مظلوم لم يزل الله عليه ساخطا حتى ينزع من معونة» (٢) و قريب منها غيرها. و ما ذكرناه- في مسألة بيع العنب ممن يعلم أنه يصنعه خمرا من عدم الحرمة لمجرد اعانة الغير على الحرام الصادر منه، بل المحرم هو التعاون على الحرام، بان يجتمع اثنان أو أكثر على إيجاد الحرام بان، يصدر ذلك الحرام عن مجموعهم، بخلاف الإعانة التي لا يقصد المعين الا عمله الذي يمكن للغير التوصل به الى الحرام، و بعبارة أخرى الحرام يصدر عن ذلك الغير، و الصادر عن المعين مقدمة من مقدمات ذلك العمل- لا يجرى في إعانة الغير على ظلمه، فان الإعانة هذه بنفسها محرمة كمن وضع سوطا بين يدي ظالم يريد ضرب الآخر، و في النبوى «و من علق سوطا بين يدي سلطان جائر جعله الله حية طولها سبعون الف ذراع فيسلطه الله عليه في نار جهنم خالدا فيها مخلدا» (٣) و كذا لا ينبغي الريب في حرمة كون الشخص من أعوان الظلمة على تفصيل يأتي في بحث الولاية من قبل الجائر.

(الأمر الثالث) اعانة الظالم على فعله المباح و قد يظهر من بعض الأخيار حرمتها، كرواية يونس بن يعقوب، قال: «قال لى أبو عبد الله (ع) لا تعنهم على بناء مسجد» (٤) و في معتبرة ابن ابى يعفور عن ابى عبد الله (ع) قال: «إذ دخل عليه رجل

(١) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (٤) من أبواب جهاد النفس- الحديث: (٣٣ و ٣٤)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (٨٠) من أبواب جهاد النفس- الحديث: (٥)

(٣) الوسائل (الجزء ١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به الحديث (١٠)

(٤) الوسائل (الجزء ١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به الحديث (٨)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٢

.....

فقال. جعلت فداك إنه ربما أصاب الرجل منا الضيق أو الشدة، فيدعى إلى البناء بينه أو النهر يكرهه أو المسناة يصلحها فما تقول في ذلك؟ قال: ما أحب أنى عقدت لهم عقدة أو وكيت لهم وكاء و أن لى ما بين لابتها و لا مدة بقلم، إن أعوان الظلمة يوم القيمة فى سراق من نار حتى يحكم الله بين العباد» (١) و وجه اعتبارها سندا أن بشيرا من مشايخ ابن ابى عمير، فيعمه التوثيق العام المذكور فى عدة الشيخ (ره) و المسناة ما يبنى على وجه السيل و يقال له السد، و الوكاء ما يشد به رأس القربة، فقوله و وكيت لهم وكاء، أى أشد لهم رباط القربة و الواو- فى قوله: (و ان لى ما بين لابتها)- حالية بمعنى أنى لا- أحب ما ذكر و إن كان لى فى مقابله ما بين لابتى المدينة، و اللابتين تثنية اللابة، و هى أرض ذات أحجار سود، و كأن المراد بهما الجبلان فى ناحيتى المدينة. و قوله: (و لا مدة بقلم) أى لا أحب أخذ المداد بقلم لهم مرة، و السراق الخيمة.

و الحاصل أن المذكور فى الرواية من قبيل إعانة الظالم على الفعل المباح أو على ما يعمه. و فى معتبرة السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه، قال: «قال رسول- الله (ص): إذا كان يوم القيمة فنادى مناد أين أعوان الظلمة، و من لاق لهم دواء، أو ربط كيسا، أو مد لهم مدة قلم؟ فاحشروهم معهم» (٢).

و رواية محمد بن عذافر عن أبيه قال: «قال أبو عبد الله (ع): يا عذافر نبئت أنك تعامل أبا أيوب و الربيع، فما حالك إذا نودى بك فى أعوان الظلمة؟ قال: فوجم أبى، فقال أبو عبد الله (ع)- لما رأى ما أصابه:- أى عذافر إنما خوفتك بما خوفنى الله عز و جل، قال محمد فقدم أبى، فما زال مغموما مكروبا حتى مات».

و رواية صفوان بن مهران الجمال، و لا يبعد كونها موثقة، قال: «دخلت على

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: ٤٢ من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٦)
 (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (١١)
 إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٣

.....

أبي الحسن الأول (ع)، فقال لي: يا صفوان كل شيء منك حسن جميل ما خلا شيئاً واحداً، قلت جعلت فداك أي شيء؟ قال: إكراؤك جمالك من هذا الرجل، يعني هارون، فقال: والله ما أكريته أشراً ولا بطراً ولا للصيد ولا للهو، ولكني أكريته لهذا الطريق، أي طريق مكة، ولا أتولاه بنفسى، ولكن أبعث معه غلمانى، فقال لي: يا صفوان أيقع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم جعلت فداك، قال فقال لي: أتحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال من أحب بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم ورد النار.

ولكن ظاهر هذه جواز المعاملة وإعانتهم على الفعل المباح، وذلك فإنه لو كانت معاملة الجائر حراماً، لم يكن وجه لقوله (ع) أيقع كراؤك عليهم وأتحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك، بل كان المتعين أن يقول (ع): إن الإكراء منهم حرام حتى فيما إذا لم يكن للهو والبطر، وعدوله (ع)- عن ذلك إلى ما فى الرواية- قرينة واضحة على أن وجه النهى عن المعاملة هو حب الشخص بقاءهم. ومن الظاهر أن هذا النحو من الحب- الذى هو فى الحقيقة حب لاستيفاء حقه منه- لا يكون محرماً، خصوصاً فيما إذا علم أنه على تقدير ذهاب هذا الظالم يخلفه ظالم آخر مثله أو أخص منه وكيف كان فالمستفاد من الرواية كون التجنب عن الجائر أولى.

(لا- يقال) ينافيه قوله (ع): «و من أحب بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم فقد ورد النار» حيث إن مقتضاه كون هذا القسم من الحب أيضاً محرماً (فإنه يقال) ذكر ذلك فى الرواية باعتبار إمكان كون الحب المفروض فيها منشأً للحب الذى يسلك الشخص به فى عداد الجائرين، فيدخل النار. ومثل ذلك ما فى معتبرة ابن أبى يعفور، حيث أن التعبير فيها بقوله (ع): «ما أحب» لا دلالة فيه على الحرمة، وما فى ذيلها- من أن أعوان الظلمة يوم القيمة فى سرادق من النار- لا يصلح أن يكون قرينة على الحرمة، لأن الشخص لا يدخل بالمفروض فى الرواية فى عنوان أعوان الظلمة، فيكون ذكره إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٤

[النجش]

النجش بالنون المفتوحة (١)

باعتبار أنه ربما يترتب- على التقرب إلى أبوابهم بمثل ما ذكر من الأعمال- الدخول فى ذلك العنوان الموجب لاستحقاق النار. وما فى معتبرة السكونى: «إذا كان يوم القيمة نادى مناد أين أعوان الظلمة ومن لاق لهم دواة أو ربط كيساً» محمول بقرينة رواية صفوان وغيرها على كون ربط الكيس ونحوه من إعانتهم على الظلم، كما إذا كان ما فى الكيس من أموال الجور: ويحمل مثل رواية يونس بن يعقوب الوارد فيها النهى عن إعانتهم على بناء المسجد على صورة ترويح أمرهم وتشديد سلطانهم، فلا يمكن التعدى إلى مثل بيع الطعام منه لسد جوعه و جوع عياله، فان جواز مثل هذه المعاملة والإعانة لعله من الضروريات.

(١) النجش- بفتح النون و سكون الجيم أو فتحها أيضاً- هى الزيادة فى ثمن المتاع ممن لا يريد شراءه لغرض إيهاام السامع المرید لشرائه حتى يزيد بزيادته، كان ذلك بالمواطاة مع البائع أو بدونها. و ذكر المصنف (ره) أن حرمة مقتضى حكم العقل والنقل، فإنه

قد ورد النهي عنه بقوله (ص): «و لا- تناجشوا» كما ورد اللعن في النبوى الآخر على الناجش و المنجوش له. و استقلال العقل بقبحه باعتبار كونه غشا و تلبيسا و إضرارا. فتتم حرمة بالملازمة.

و فيه أنه لا دليل على حرمة مجرد التلبيس ما لم يكن غشا في المعاملة أو كذبا.

و أما الإضرار فلا- يكون الا بشراء المشتري لا بفعل الناجش. نعم فعله يوجب غفلة المشتري عن قيمة المبيع، فيوقع نفسه في الضرر بشرائه، فيكون فعله غشا، و تختص حرمة بما إذا كان المشتري مسلما. و بذلك يظهر أنه لا مجال لدعوى الإجماع، فإنه على تقديره يمكن أن يكون مدرکه ما دل على حرمة الغش، لا النبوى، كى يدعى أنه جابر لضعفه، هذا مع أن النبوى مختص بصورة المواطأة بقرينة اللعن فيه على المنجوش له، حيث انه لا موجب له إلا مواطاته مع الناجش.

ثم ان حرمة النجش حتى في صورة المواطأة لا توجب بطلان المعاملة، لعدم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٥

[النميمة محرمة]

النميمة محرمة بالأدلة الأربعة (١)

اقتضاء النهي عن المعاملة تكليفا فسادها، و كذا الحال في مدح السلعة كذبا أو لإيقاع الغير في الضرر من جهة الغش، فان هذا و إن كان محرما، الا أنه لا يوجب بطلان المعاملة و أما إذا كان المدح صدقا فلا وجه لحرمة، خصوصا فيما إذا لم تكن في البين مواطأة، بل لو أغمض عن سند النبوى، فشمول معنى النجش لذلك غير محرز كما لا يخفى.

(١) ذكر (ره) أن النميمة من الكبائر، كما هو مقتضى ورود اللعن و الوعيد عليه بالعذاب في الكتاب المجيد، قال عز من قائل وَ يَظْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ (١). و النمام قاطع لما أمر الله به ان يوصل من تأليف قلوب المؤمنين و بسط المحبة فيما بينهم. و فيه أن ظاهر أمر الله بصلته وجوبها. و من الظاهر عدم وجوب الصلة مطلقا، فلا دلالة للاية على حرمة النميمة في غير مورد الصلة الواجبة.

و بعبارة أخرى غاية ما يستفاد من الآية حرمة النميمة بين شخصين أو أشخاص يكون كل منهما أو منهم مكلفا بالصلة مع الآخر أو الآخرين، بل يمكن أن يقال:

ظاهر الآية حرمة قطع الصلة بأن يترك الصلة مع ذى رحمه، و لا نظر لها إلى النميمة أصلا، كما أن مجرد النميمة لا تكون فسادا في الأرض، كما إذا أوقع الخلاف بين المتحابين من غير أن يترتب على التفرقة بينهما فساد آخر، فان هذا الإيقاع نميمة، و لكن لا يصدق عليه أنه فساد في الأرض، و كذا الحال في الآية الثانية، فإن ظاهرها- بملاحظة صدرها- إيقاع الفتنة بين المؤمنين و تفریق صفوفهم في مقابل الكفار، فان هذا أكبر من قتل المؤمن. و لا يترتب ذلك على كل نميمة حتى تقتضى حرمتها مطلقا، قال عز من قائل:

(١) سورة الرعد (١٣) الاية: (٢٥).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٦

وقيل إن حد النميمة (١)

[النوح بالباطل]

النوح بالباطل (٢)

يَسْتَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ، قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ «١».

و بتعبير ثالث لا يكون مطلق إيقاع الخلاف بين اثنين أكبر من قتل المؤمن و التعبير بأنها أكبر من القتل قرينه واضحة على ان المراد بها الفتنة الخاصة، و هي إيقاع الخلاف و التشتت في صفوف المسلمين، بداعي تضعيفهم في مقابل الكفار و يستدل أيضا على حرمتها بقوله سبحانه هَمَّازٍ مَشَاءٍ بِنَمِيمٍ «٢» و عن السيد الخوئي طال بقاءه أن مدلولها حرمة المبالغة في النميمة و لا تدل على حرمة أصلها و فيه أنه لا دلالة لها على حرمتها أصلا لا مع المبالغة و لا بدونها، بل هي واردة في بيان حكم آخر، و هو عدم جواز الاتباع و الطاعة للخلاف الهماز المشاء بنميم مناع للخير معتد أثيم.

نعم لا ينبغي الريب في حرمتها مطلقا و يكفي في إثباتها الروايات: كصحيحة علي بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام، قال: «حرمت الجنة على ثلاثة مدمن خمر، و النمام، و الديوث و هو الفاجر «٣» و صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «الجنة محرمة على القتاتين المشائين بالنميمة «٤»

(١) لا عبرة في صدق النميمة بكرهه الكشف، بل المعيار في صدقه نقل ما يكون وقيعه بين المنقول عنه و المنقول اليه.
(٢) لا ينبغي الريب في جواز النياحة على الميت ما لم تكن باطلة أي مدحا كذبا، فإنها مع كونها مقتضى الأصل فيجوز أخذ الأجرة عليها، نظير سائر الأعمال المحللة، يدل عليه ما ورد في جواز أخذ الأجرة عليها، و في صحيحة أبي بصير، قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس بأجر النائحة التي تنوح على الميت» «٥»

(١) سورة البقرة (٢) - الآية (٢١٧).

(٢) سورة القلم (٦٨) - الآية (١١)

(٣) وسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (١٦٦) من أبواب أحكام العشرة - الحديث: (٩)

(٤) وسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (١٦٦) من أبواب أحكام العشرة - الحديث: (٢)

(٥) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (١٧) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٧

.....

و المراد النياحة التي لا تكون كذبا فإنه لا يحتمل جواز الكذب تكليفا، و جواز أخذ الأجرة عليه و ضعا، بل مرسله الصدوق قال: «قال عليه السلام: لا بأس بكسب النائحة إذا قالت صدقا» «١» و هذه لضعف سندها تصلح للتأييد. و في خبر عذافر قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام، و سئل عن كسب النائحة؟ فقال: تستحل به بضرب إحدى يديه على الأخرى» «٢» و ظاهرها عدم جواز أخذ الأجرة على نفس النياحة، بل تكون الأجرة بإزاء عملها أي ضرب إحدى يديه بالأخرى عند نياحتها و هذا لضعف سند غير صالح لمعارضته صحيحة أبي بصير.

و في صحيحة حنان بن سدير، قال «كانت امرأة معنا في الحى، و لها جارئة نائحة، فجاءت الى أبي، فقالت: يا عم أنت تعلم أن معيشتي من الله، ثم من هذه الجارية، فأحب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك، فان كان حلالا، و إلا بعثتها و أكلت من ثمنها، حتى

يأتى الله بالفرج، فقال لها أبى: و الله أنى لأعظم أبى عبد الله عليه السلام أن أسأله هذه المسألة قال فلما قدمنا عليه أخبرته أنا بذلك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: تشارط؟ فقلت: و الله ما أدرى تشارط أم لا، قال: قل لها لا- تشارط و تقبل ما أعطيت «٣» و هذه الصحيحة فى نفسها ظاهرة فى كراهة المقاطعة، فإنه مع كون النياحة مباحة، فلا بأس بالمشاركة، و لا أقل من حملها عليها جمعا بينها و بين صحيحة أبى بصير المتقدمة.

و الحاصل أنه لا ينبغى التأمل فى جواز النياحة و أخذ الأجره عليها، و فى صحيحة يونس بن يعقوب عن ابى عبد الله عليه السلام، قال: قال لى أبى يا جعفر أوقف لى من مالى كذا و كذا لنوادب تندبنى عشر سنين بمنى أيام منى «٤»

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٧) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٩)
 (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٧) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٤)
 (٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٧) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٣)
 (٤) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (١٧) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (١)
 إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٨

[الولاية من الجائر]

إشارة

الولاية من الجائر (٢).

(٢) التصدى للعمل من قبل الجائر حرام بلا خلاف ظاهر. و يستدل عليه بقوله سبحانه و لا تَزَكُّوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا «١» و لكن لا يخفى أن التولى من قبيل ركون الظالم اليه، لا من ركونه الى الظالم. نعم مقتضى غير واحد من الروايات عدم جوازه. و فى معتبره ابن ابى يعفور عن ابى عبد الله عليه السلام:

«ان أعوان الظلمة يوم القيامة فى سرادق من النار حتى يحكم الله بين العباد» «٢» و موثقة السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه، قال: «قال رسول الله: إذا كان يوم القيامة نادى مناد أين أعوان الظلمة، و من لاق لهم دواءً أو ربط كيساً أو مد لهم مدة قلم، فاحشروهم معهم» «٣» و فى موثقة الأخرى إياكم و أبواب السلطان و حواشيها، فإن أقربكم من أبواب السلطان و حواشيها أبعدكم من الله عز و جل، و من آثر السلطان على الله أذهب الله عنه الورع و جعله حيراناً» «٤» و فى رواية الكاهلى عن ابى عبد الله (ع) «من سود اسمه فى ديوان ولد سابع، حشره الله يوم القيامة خنزيراً» «٥» الى غير ذلك.

و فى مقابلها ما يظهر منه أن حرمة من جهة الحرام الخارجى، و أنه لا بأس به ما لم يكن منه التصدى لعمل محرم أو ارتكاب حرام آخر أثناء كونه عاملاً للجائر، كرواية داود الزربى، قال: «أخبرنى مولى لعلى بن الحسين (ع)، قال: كنت بالكوفة فقدم أبو عبد الله (ع) الحيرة، فأتيته فقلت جعلت فداك: لو كلمت داود بن على أو بعض هذه الولايات، فقال: ما كنت افعل- الى ان قال:- جعلت فداك ظننت أنك إنما كرهت ذلك مخافة أن أجور أو أظلم، و أن كل امرأة لى طالق، و كل مملوك لى حر و على و على إن ظلمت أحداً أو جرت عليه، و أن أعدل، قال: كيف

- (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٤٢) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (٤)
 (٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٤٢) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (١١)
 (٤) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٤٢) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (١٣)
 (٥) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٤٢) من أبواب ما يكتسب به الحديث: (٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٥٩

.....

قلت؟ فأعدت عليه الأيمان، فرفع رأسه إلى السماء، فقال: تناول السماء أيسر عليك من ذلك» «١» بناء على أن ذلك إشارة إلى ما تعهد به السائل من عدم ظلمه أحدا بل استمراره على العدل، فتكون الرواية ظاهرة في جواز التولي لو لا محذور الجوز على الناس أو نحوه من سائر المحاذير.

ولكن الرواية ضعيفة سنداً وإن وصفها المصنف (ره) بالصحة، ووجه ضعفها أن داود بن زربي وإن كان من مشايخ ابن أبي عمير، إلا أن الراوي له - وهو مولى على بن الحسين - مجهول. واحتمال رجوع اسم الإشارة إلى ترخيص الامام عليه السلام وتكلمه في دخوله في بعض الولايات - لثلاث تكون لها دلالة على جواز الدخول لو لا ارتكاب المحرمات - ضعيف. ووجه ضعفه عدم مناسبة ذلك لقوله (ع) كيف قلت؟ ولا لإعادته الأيمان المغلظة.

وذكر الإيرواني (ره) أنه لا دلالة في الرواية على جواز الدخول في ولايتهم، بل ولا اشعار حتى بناء على رجوع لفظ ذلك إلى ترك الظلم والعدل، لأن السائل كان من العامة كما هو مقتضى حلفه بالطلاق والعتاق. وعليه فلا يمكن للإمام (ع) التصريح بطلان حكومتهم، وحرمة كون الشخص معيناً. ولهذه الجهة عبر عن عدم الجواز بذلك التعبير.

وفيه إن حمل الكلام على رعاية التقيّة خلاف الأصل، والحلف بالطلاق والعتاق لا تكون قرينة على ذلك، كما يظهر ذلك لمن راجع الروايات الواردة في ذلك الحلف، حيث يظهر منها أن بطلانه لم يكن في ذلك الزمان ظاهراً كظهوره في زماننا.

والحاصل أن مجرد الحلف في ذلك الزمان لم يكن قرينة على كون الحالف عامياً. وصحيحة أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر (ع) عن أعمالهم؟ فقال لي: يا أبا-

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٤٥) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٠

[المجوزات لقبول الولاية عن الجائر]

[القيام بمصالح العباد]

القيام بمصالح العباد (١)

محمد لا ولا مدة قلم، إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئاً إلا أصابوا من دينه مثله» «١» حيث أن ظاهرها أن محذور كون الشخص عاملاً ما يترتب عليه من ارتكاب الحرام، أو كون الشخص معيناً على ظلمهم.

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع)، قال: «و سألت عن رجل مسكين خدمهم وجاء أن يصيب معهم شيئاً فيعينه الله به، فمات في بعثهم، قال: هو بمنزلة الأجير، إنه إنما يعطى الله العباد على نياتهم» «٢» وفيه أن هذه الصحيحة تدل على جواز العمل لهم مع الحاجة

إلى المال لقوت نفسه و عياله، سواء كان ذلك بالدخول في ولايتهم أو العمل لهم بدونه، فيحمل على الثاني بقريته ما ورد في حرمة كون الشخص في ديوانهم، مع أن في جواز الدخول في ديوانهم عند الضرورة لتأمين المعاش كلام تأتي الإشارة إليه.

و أما صحيحة أبي بصير فلا دلالة لها على الجواز، حيث أن أصابتهم من دينه كما يكون بارتكابه الحرام كذلك يكون بمجرد كونه معدودا من أعوانهم. و الحاصل أنه لا دلالة لها على كون المراد من أصابتهم الدين ارتكاب الشخص الحرام الخارجي كما لا يخفى.

(١) يجوز التولى من قبل الجائر فيما إذا كان في توليه نفع المؤمنين أو دفع الضرر عنهم. و يشهد لذلك مثل صحيحة علي بن يقطين قال: «قال لي أبو الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام: إن الله تبارك و تعالى مع السلطان أولياء يدفع بهم عن أوليائه» (٣) فإن مع كون المتولى من أولياء الله لا يحتمل حرمة التولى. و في صحيحة زيد الشحام، قال: «سمعت الصادق جعفر بن محمد عليهما السلام يقول: من تولى

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٥)
 (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٤٨) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٢)
 (٣) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٤٦) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦١

.....

امرا من أمور الناس، فعدل و فتح باب و رفع ستره و نظر في أمور الناس، كان حقا على الله عز و جل ان يؤمن روعته يوم القيامة و يدخله الجنة» (١).

و من الظاهر أن تولى الأمر في مثل زمانه (ع) كان من قبل الخلفاء و ولايتهم، و ذكر المصنف (ره) ظهور بعض الاخبار في عدم جواز الدخول في الولايات، و لكن إيصال النفع المؤمنين كفارة له. و في مرسله الصدوق (ره) «قال الصادق (ع): كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الاخوان» (٢) و في رواية أبي سلمة «فإن وليت شيئا من أعمالهم، فأحسن إلى إخوانك، فواحدة بواحدة» (٣).

و فيه انه لا يمكن الالتزام بأن التولى - حتى في فرض نفع المؤمنين - محرم و لكن الشخص لا يعاقب عليه، فإنه ينافي ذلك مثل صحيحة زيد الشحام، و ايضا ليس عدم جواز التولى مع إيصال النفع إلى المؤمنين من المتراحمين، لان إيصال النفع على إطلاقه لا يكون واجبا لتقع المزاحمة بين وجوبه و حرمة التولى، فلا بد من الالتزام بأن نفع المؤمنين أو دفع الضرر عنهم عنوان يكون معه التولى محكوما بالجواز، بل بالوجوب في بعض الأحيان.

و في رواية أبي بصير عن ابي عبد الله (ع)، قال: «سمعت يقول: ما من جبار الا و معه مؤمن يدفع الله عز و جل به عن المؤمنين، و هو أقلهم حظا في الآخرة يعني أقل المؤمنين حظا في الآخرة» (٤) و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون الداعي إلى دخوله في ديوان الجبار إيصال النفع إليهم أو غيره، كما لا يبعد كونها معتبرة، فإن مهران بن محمد بن ابي نصر من مشايخ ابن ابي عمير.

و عن النجاشي في ترجمته محمد بن إسماعيل بن بزيع عن ابي الحسن الرضا (ع) قال: «فان لله في أبواب الظلمة من نور الله به البرهان، و مكن له البلاد ليدفع بهم عن

- (١) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (٤٦) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٧)
 (٢) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (٤٦) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٣)
 (٣) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (٤٦) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٩)

(٤) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٤٤) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٢

و لو أمن من ذلك (١)

أوليائه و يصلح الله بهم أمور المسلمين، إليهم ملجأ المؤمنين من الضر، و إليهم مرجع ذوى الحاجة من شيعتنا، بهم يؤمن الله روعة المؤمنين فى دار الظلمة، أولئك المؤمنون حقاً، أولئك أمناء الله فى أرضه، أولئك نور الله فى رعيته يوم القيمة تضىء منه القيامة، خلقوا و الله للجنة، و خلقت الجنة لهم، فهنيئاً لهم، ما على أحدكم ان لو شاء لنال هذا كله، قال قلت بما ذا جعلنى الله فداك؟ قال: يكون معهم يسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا فكن منهم يا محمد» (١).

و مقتضى الجمع بين هذه الرواية و رواية أبى بصير حمل رواية أبى بصير على ما لم يكن الداعى إلى التولى مجرد نفع المؤمنين، كما إذا تولى لتنظيم معاشه، و يكون من قصده نفع المؤمنين أو دفع الضرر عنهم خلاله. و وجه الحمل أن رواية النجاشى ظاهرها الترغيب إلى الدخول فى صحبة الجبار بداعى الوصول إلى الثواب الموعود، فيرفع بها اليد عن إطلاق رواية أبى بصير كما لا يخفى.

(١) أى أنه لو أمن من الاعتماد على الحرام و الاستمرار على ارتكابه. و تمكن من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر استحبه له قبول الولاية. و بما ان مقتضى وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر وجوب قبول الولاية فى الفرض، فوجه فى المسالك الاستحباب بأن كون المتولى بصورة النائب عن الجائر، و شمول النهى عن الدخول فى ديوانهم له لو لم يقتضيا المنع فى الفرض، فلا أقل من اقتضائهما عدم وجوب التولى.

و فيه أنه لو جرى محذور ترويح الجائر و النهى عن الدخول فى ديوانهم، فمقتضاهما عدم جواز التولى، لا أنه يستحب، و مع عدم جريانها لا مانع من وجوبه مقدماً للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجبين.

(١) رجال النجاشى - (ص ٢٥٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٣

و يمكن توجيهه بان نفس الولاية (١) و يمكن توجيه عدم الوجوب (٢)

(١) أى توجيه عدم وجوب التولى بأن مقتضى أدلة وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر وجوبهما، حتى فى الفرض، كما أن ما دل على حرمة ترويح الظلمة و تسويد الاسم فى ديوانهم حرمتها كذلك، فيكون وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر مع حرمة التسويد من المتزامنين.

و لا معين لترجيح أحدهما على الآخر، فيكون المكلف مخيراً بينهما، مع استحباب رعاية الأصلح منهما.

أقول لا- يخفى ما فيه، فان مقتضى ذلك سقوط وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و بقاء حرمة التولى، و ذلك فإنه- مع فرض شمول دليل النهى عن الدخول فى ديوانهم للمورد- لا يتمكن المكلف من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، حيث أن كل تكليف مشروط بالقدرة، و مع حرمة مقدمة الشيء لا يكون ذلك الشيء مقدوراً. و هذا غير ما ذكر فى الكفاية، لجريانه حتى فيما إذا قيل بأن القدرة المأخوذة فى وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر عقلية.

و الحاصل ان إطلاق النهى عن التسويد فى ديوانهم حاكم على أدلة وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و هذا يجرى فى كل متزامنين يكون المحرم منهما مقدماً للآخر، و لم تحرز الأهمية أو لم تحتمل فى خصوص جانب ذلك الآخر. نعم على تقدير الإتيان بالمقدمة عصياناً، يجب ذلك الآخر على ما هو المقرر فى بحث الترتب

(٢) كان هذا القائل جعل المقام من موارد تعارض الدليلين بالعموم من وجه، حيث أن مقتضى أدلة تحريم الدخول في ديوان الظلمة حرمة في الفرض أيضا، كما أن ما دل على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وجوبهما، فيرفع اليد عن إطلاق كل منهما، فتكون النتيجة تخيير المكلف بين ترك الدخول في ولايتهم أو القيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. و بعبارة أخرى يرفع اليد عن ظهور كل منهما في عدم جواز تركه بقريته الآخر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٤

.....

و يقال باستحباب الدخول في ولايتهم أخذًا بظهور الترغيب، وبذلك يرتفع الاشكال عن جواز مقدمه الواجب بالمعنى الأخص. و وجه الارتفاع: هو سقوط المقدمه عن وجوبها، باعتبار وقوع المعارضه بين ما دل على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، و بين دليل حرمة الدخول في ديوان الظلمة.

و أورد عليه المصنف (ره) بوجوه: (الأول) أن الحكم- في تعارض الدليلين بالعموم من وجه- هو سقوطهما، و الرجوع الى الأصول أى إلى الأدلة الأخرى لا- التخيير بينهما، و مقتضى الأصول في الفرض اباحه الدخول في ولايتهم، لأصالة الإباحه، و وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لاستقلال العقل بوجوبهما كما هو المقرر في محله.

(أقول): لو كان العقل مستقلا بوجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حتى في الفرض، لكان قريته قطعيه على جواز التولى، و تقييد إطلاق دليل التحريم و لم تصل النبوة في إثبات الجواز إلى أصالة الحل.

(الثاني) أن التخيير- على تقديره في تعارض الدليلين حتى بالعموم من وجه- هو التخيير الظاهري لا الواقعي. و المراد بالتخيير الظاهري الأخذ بأحد الدليلين لا- التخيير الواقعي كما هو ظاهر الأصحاب في المقام (الثالث) أنه لا يمكن في المتعارضين بالعموم من وجه إبقاؤهما على ظاهرهما في مورد افتراقهما، بان يراد من الأمر الوجوب، و من النهي التحريم، و يرفع اليد عنهما بالإضافة إلى مورد اجتماعهما، بان يراد من الأمر الترخيص في الفعل، و من النهي الترخيص في الترك فان هذا يستلزم استعمال كل من الأمر و النهي في الإلزام و الترخيص. و هذا من استعمال اللفظ في معنيين.

(أقول) استفادة الجواز من دليل حرمة التولى ليس من جهة استعمال النهي في الإلزام و الترخيص، بل برفع اليد عن إطلاق النهي و تقييده بصورة عدم القيام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٥

.....

بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما أن استفادة الجواز من دليل وجوب الأمر بالمعروف بتقييده بما إذا لم يكن في البين محذور التولى من الجائر، و أين هذا من استعمال النهي أو الأمر في الإلزام و الترخيص.

(الرابع) أن ما دل على استحباب التولى و إيصال النفع إلى المؤمنين و الدفع عنهم أخص مطلق بالإضافة الى ما دل على حرمة الدخول في ولايتهم، فيرفع اليد به عن إطلاق دليل التحريم، و يلاحظ دليل الترخيص مع أدلة وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. و من الظاهر أن دليل استحباب التولى يثبت الاستحباب بما هو هو، فلا ينافي وجوبه مقدمه للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما هو الحال في سائر المستحبات التي قد تقع مقدمه للواجب.

و بعبارة أخرى ما دل على حرمة التولى مخصص في صورة نفع المؤمنين، فلا يشمل ذلك الدليل صورة الدخول في ولايتهم و القيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أو غيرهما من مصالح المسلمين. و على ذلك فيعم الفرض ما دل على وجوب الأمر بالمعروف و

النهي عن المنكر، على ما هو المقرر في بحث انقلاب النسبة.

(أقول) هذا الوجه الأخير هو الصحيح في تقديم ما دل على وجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، لا لأن المقام من المتعارضين بالعموم من وجه، بل لأن المقام - مع قطع النظر عن هذا الوجه - من موارد التزاحم، و أن ما دل على تحريم التولي موجب لانتفاء القدرة على الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، إلا أن مع ورد التخصيص لأدلة حرمة التولي في صورة نفع المؤمنين لا يكون في البين تزاحم، حيث أن الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر من نفع المؤمنين أو أولى منه.

ثم انه لا يختص جواز التولي عن الجائر بالجائرين في ذلك الزمان، بل يعم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٦

[الثاني مما يسوغ الولاية الإكراه عليه]

إشارة

الثاني مما يسوغ الولاية الإكراه عليه (١)

الجائرين في كل زمان، فإنه - مع بعد الاختصاص، لجريان مصلحة الدفع عن المؤمنين و إيصال النفع إليهم في جميع الأعصار - يقتضيه إطلاق صحيحة زيد الشحام المتقدمة فلاحظ.

ثم إنه يظهر من بعض الاخبار جواز التولي و الدخول في أعوان الظلمة، فيما إذا لم يتمكن المكلف من تأمين معاشه من طريق آخر و في موثقة عمار عن ابي عبد الله (ع) «سئل عن أعمال السلطان يخرج فيه الرجل؟ قال: لا إلا أن لا يقدر على شيء يأكل و يشرب، و لا يقدر على حيلة، فإن فعل فصار في يده شيء، فليبعث بخمسة الى أهل البيت» (١) (لا يقال): ينافي ذلك ما تقدم من الروايات الدالة على اعتبار نفع المؤمنين و دفع الضرر عنهم (فإنه يقال): مقتضى الجمع بين هذه و بين مثل صحيحة زيد الشحام المتقدمة هو كون كل من نفع المؤمنين و الضرورة إلى مؤنة نفسه و عياله مستثنى من حرمة كون الشخص من أعوان الظلمة، لأن الصحيحة تدل على جواز التولي مع إيصال النفع إلى المؤمنين، و الدفع عنهم، و عدم جواز غير ذلك، كما أن الموثقة تدل على جواز الدخول مع الضرورة، و على عدم جوازه في غيرها، فيرفع اليد عن إطلاق عدم جواز في كل منهما بالجواز الوارد في الأخرى.

و كيف كان فالجواز في فرض الضرورة لتأمين معاشه غير مذکور في كلماتهم، و إلا لكان الإفتاء به في محله، و حمل عدم التمكن فيها على الاضطرار الراجع للتكليف و الموجب لحل أكل الميتة فيه ما لا يخفى، فلاحظ و تدبر.

(١) يحصل الإكراه بأمر الجائر الشخص بكونه عاملاً له، مع إيعاده على تركه بما يكون ضرراً عليه نفساً أو عرضاً أو مالا، أو إضراراً بمن يعد ضرره ضرراً عليه. و استدلل المصنف (ره) على جواز قبول الولاية من الجائر مع الإكراه بقوله سبحانه:

(١) و مسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٤٨) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٧

[ينبغي التنبيه على أمور]

[الأول كما يباح بالإكراه نفس الولاية المحرمة، كذلك يباح به ما يلزمها من المحرمات الأخر]

كما يباح بالإكراه (١)

إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً بَعْدَ قَوْلِهِ لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ (١).

والعجب أنه (ره) لم يستدل على حرمة كون الشخص من أعوان الظلمة و تسويد الاسم في ديوانهم بالآية، مع تمسكه بالاستثناء فيها على جوازه مع الأكره، فإن لازم هذا تسليم دلالتها بصدرها على حرمة قبول الولاية من الجائر. و لكن لا يخفى ما فيه فان مدلول الآية عدم جواز اختيار المسلم الكافر وليا له، سواء كان ذلك الكافر ظالما أو عادلا بحسب دينه، فلا يجوز للمسلم أن يجعل الكافر قيما لاطفاله الصغار، لدلالة الآية بصدرها على ذلك. و الكلام في مسألة عدم جواز كون الشخص من أعوان الظلمة عدم جواز قبول الولاية من قبلهم، سواء كان الظالم مسلما أو كافرا. و الحاصل أنه لا يستفاد حرمة كون الشخص من أعوانهم من الآية المباركة ليدل الاستثناء فيها على ارتفاع حرمة عند الإكراه عليه.

(١) لا يكون نفع المؤمنين إلا موجبا لجواز كون الشخص من أعوان الظلمة.

و أما يلزمه في بعض الموارد في فعل سائر المحرمات، فلا- يجوز به، بل لو كان نفعهم أو دفع الضرر عنهم واجبا، لكان مع المحرم الآخر من المتراحمين، فيجرى عليهما أحكام التزاحم. و هذا بخلاف الإكراه على الولاية المحرمة، فإنه كما تجوز الولاية بالإكراه كذلك ترتفع حرمة ما يلزمها من سائر المحرمات على حد سواء. نعم إذا كان ما يلزمها من قبيل الإضرار بالغير ففي شمول حديث الرفع له إشكال، و وجهه أن الحديث وارد في الامتنان على الأمة، فيختص الرفع بمورد يكون الرفع فيه امتنانا. و في المقام ليس كذلك، فان نفى حرمة الإضرار بالغير و إن كان امتنانا على المكروه بالفتح، و لكنه خلافه على الآخر المتضرر به. هذا و اختار المصنف (ره) جواز قبول الولاية و جواز الإضرار بالغير، و ذكر في وجهه أمورا: (الأول)- عموم رفع ما استكرهوا عليه. و قد ظهر عدم صحته هذا

(١) سورة آل عمران (٣) الآية: (٢٨)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٨

.....

الوجه، و أن حديث الرفع لا- يعم مثل المقام، بلا فرق بين ما إذا توجه الضرر بإرادة المكروه بالكسر الى الغير أو لا و ذلك فان توجه الضرر الى الغير بحسب إرادة الجائر لا يقاس بتوجه الضرر اليه تكوينا الذي لا يجب فيه دفع الضرر عنه بتحمل الضرر و ذلك فان مع توجهه بإرادة المكروه بالكسر الى الغير يكون الإضرار بمباشرة المكروه بالفتح. و يضاف إليه الإضرار، فلا يجوز، بخلاف توجه الضرر الى الغير تكوينا.

و دعوى ضعف نسبة الإضرار إلى المكروه بالفتح، ضعيفة و إلا لم يسند القتل أيضا الى المباشر المكروه كما لا يخفى.

و على ذلك فنفي حرمة الإضرار لا يكون مدلولاً لحديث الرفع، حيث ذكرنا أن الرفع في مثل المقام لا يناسب الامتنان على الجميع. هذا مع أن توجه الضرر في الفرض الى الغير بحسب إرادة الجائر محل تأمل بل منع، فان المفروض رفع الجائر يده عن الغير بتحمل المكروه بالفتح الضرر، و هذا كاشف عن تعلق إرادة الجائر بالجامع بين الضررين.

و الحاصل أنه لا يجوز الإضرار بالغير في فرض جواز تحمل الضرر، نعم إذا كان الضرر المخوف على نفسه هو القتل، و إضرار الغير ماليا يتعين الإضرار، لدلالة ما ورد في التقيّة على ذلك، و كون المقام من المتراحمين.

ثم انه (ره) قد أورد على نفسه بأنه كيف الفرق بين ما إذا توجه إرادة الجائر بإضرار الغير، فلا يجب على المكروه بالفتح دفع الضرر عنه بتحملة، بل تجوز له المباشرة في الإضرار، و بين ما إذا توجه إرادة الجائر بإضراره، فلا يجوز له دفعه عن نفسه بإضرار الغير.

و بعبارة أخرى لو كان مقتضى رفع الإكراه الجواز في الأول لكان مقتضى رفع الاضرار جواز الإضرار في الثاني أيضا، فيكون الإضرار بالغير كسائر المحرمات التي يدفع المكلف بها الضرر عن نفسه. و أجاب بأن رفع حرمة الإضرار بالغير في الصورة الأولى موافق للامتنان، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٦٩

.....

بخلاف رفع الإضرار بالغير في الصورة الثانية، فإنه ينافيه.

و فيه أنه قد ظهر فساد الجواب مما سبق، فلا حاجة إلى الإعادة، كما ظهر منه فساد التشبث في إثبات الجواز في الصورة الأولى بحديث نفى الضرر، و وجه الظهور أن نفى الحكم الضرري كنفى الحكم الإكراهي للامتنان. و لا امتنان في نفى ضرر عن مكلف بتجوز الإضرار بمكلف آخر.

(الأمر الثاني) - أن حرمة قبول الولاية في الفرض أو حرمة ما يلازمها من الإضرار بالغير تكليف حرجي يرتفع بدليل نفى الحرج. و هذا الوجه أيضا غير صحيح، فان رفع التكليف الحرجي أيضا للامتنان على المؤمنين، و لا امتنان في رفع تكليف يكون نتيجته جواز الإضرار بالغير.

(الأمر الثالث) - قوله (ع): «انما جعلت التقية لتحققن به الدماء، فإذا بلغت الدم فلا تقيه» (١) باعتبار أن مفهوم القضية الشرطية جواز التقية بغير اراقة الدم من سائر المحرمات، و منها الإضرار بالغير مالا.

و فيه أن المراد بالتقية فيه التقية بمرتبها العليا، و هو التحفظ على النفس من التلف، بقريته التعليل، فمفهوم الشرطية أن التقية أي التحفظ على النفس من التلف موجبة لجواز كل محرم حتى الإضرار بالغير مالا أو عرضا، و إنما لا تجوز التقية و التحفظ على النفس من التلف بإراقة الدم و إتلاف نفس آخر، و التحفظ على الضرر المالي و نحوه خارج عن مدلوله منطوقا و مفهوما.

ثم إنه مع جواز الإضرار بالغير مالا- في مقام المزاحمة لا- يرتفع ضمان إتلاف ذلك المال كما في سائر موارد الإتلاف نعم لو قلنا بجواز الإضرار بالغير مالا باعتبار عدم وجوب تحمل الضرر عنه بدعوى شمول حديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج، فلا يكون في البين ضمان، فإن إيجاب التدارك و الضمان مرادف لا يجب

(١) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب (٣١) من أبواب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر- الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٠

.....

تحمل الضرر المتوجه الى الغير. و قد فرض نفى وجوب تحمله بحديث رفع الإكراه أو دليل نفى الحرج.

قد يقال انه يرتفع عند الإكراه حرمة ما يكون من قبيل الإضرار بالغير لوجه آخر، و هو أن المستفاد من قوله سبحانه إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ (١) مع الانضمام الى الروايات الواردة في التقية عموم التقية و شمولها للتحفظ على النفس و المال و العرض و أن الشارع قد جوزها، إلا إذا كانت بإراقة الدم، ألا ترى انه يجوز التقية بتكذيب النبي و سبه و التبري منه، مع أن التكذيب و السب تنقيص و تعرض لعرض النبي (ص)، و كذا سب الامام و التبري منه (ع) و عرضهما أعظم الاعراض.

فما الظن بعرض زيد و عمرو و غيرهما من الافراد.

و في معتبرة مسعدة بن صدقة قال: «قلت لأبي عبد الله (ع): أن الناس يروون أن عليا قال على منبر الكوفة أيها الناس إنكم ستدعون

إلى سبى فسبونى، ثم تدعون إلى البراءة منى، فلا- تبرأوا منى، فقال ما أكثر ما يكذب الناس على على (ع)، ثم قال: انما قال إنكم ستدعون إلى سبى فسبونى ثم تدعون إلى البراءة منى و إنى لعلى دين محمد و لم يقل و لا تبرأوا منى، فقال له السائل: أ رأيت إن اختار القتل دون البراءة فقال: و الله ما ذلك عليه و ما له الا ما مضى عليه عمار بن ياسر، حيث أكرهه أهل مكة. «٢» حيث لم يقيد (ع) جواز السب و التبرى بخصوص ما كان الضرر المخوف على تركها هو القتل.

و لا- يخفى أن مثل هذه المعبرة حاكمه على بعض ما ورد فى نهيه (ع) عن التبرى منه، لانه مع شمول دليل الاعتبار لهذه الرواية لا يبقى موضوع لدليل الاعتبار فى تلك الروايات الوارد فيها النهى عن التبرى من على (ع)، حيث يعلم بعدم صدورها

(١) سورة النحل الآية (١٠٦)

(٢) وسائل الشيعه: الجزء (١١) الباب: (٢٩) من أبواب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر- الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧١

بالفرق بين المثاليين فى الصغرى (١)

عنه (ع) و كونها كذبا.

(أقول): لا بأس بالتمسك بحديث رفع الإكراه أو نفى الضرر فى الحكم بجواز تكذيب النبى و الوقيعه فيه عند الإكراه، حيث أن رفع حرمة عند الإكراه عليه لا ينافى امتنان على الأمة، و لا يكون إضرارا بهم، و جوازه عند الإكراه مستفاد من الآية قبل الحديث، بل يستفاد مما ورد فى جواز الإفتاء تقيء، فإنه فى معنى تجويز الافتراء على الله سبحانه فى تلك الحال، و مما ورد فى جواز الكذب و الحلف بالله كاذبا لدفع الضرر عنه أو عن غيره من المؤمنين، و كذا لا بأس بدفع الضرر على نفسه أو عن غيره بالكذب على الآخرين أيضا، فإنه لا يزيد على الكذب و الافتراء على الله و على سب الامام و التبرى منه. و قد تقدم دلالة معتبرة مسعدة و نحوها على جواز السب أو التبرى. و أما الإضرار بالغير بنحو آخر كالتعرض لعرض شخص بالزنا مع زوجته أو بنته أو نحوه لدفع الضرر المالى أو العرضى عن نفسه أو الإضرار بالغير مالا لدفع الضرر المالى عن نفسه، كل ذلك لا دليل على جوازه، بل لا بد من ملاحظة التراحم و رعايه جانب الأهمية أو محتملها.

و لو اضطر الى نهب مال الغير للتحفظ على نفسه من الهلاك أو القتل، فإنه يجوز، للتراحم. و لكن يكون ضامنا لذلك المال، لعدم حكومه حديث رفع الاضرار أو الإكراه فى المقام، حتى يرفع الضمان ايضا. و يترتب على كون هذه الموارد من التراحم أنه لو اضطر إلى أكل طعام الغير لا يجوز قهر المالك فيما إذا كان المالك ايضا مضطرا اليه، بخلاف ما إذا قيل بحكومه حديث دفع الاضرار و نفى الضرر، اللهم إلا أن يدعى استفادة عدم جواز القهر مما ورد فى عدم مشروعيه التقيء بإراقة دم الغير، فان القهر على المالك فى الفرض اراقة لدمه كما لا يخفى.

(١) و الفارق هو الذى بشير اليه بقوله (بان الضرر فى الأول) المراد بالأول ما إذا توجه الضرر الى شخص و أراد دفعه عن نفسه بالإضرار بالغير. و هذا الفرض صغرى للكبرى المتقدمه، بخلاف الثانى، و هو ما إذا توجه الضرر ابتداء الى الغير،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٢

[الثانى ان الإكراه يتحقق بالتوعد بالضرر على ترك المكره عليه ضررا متعلقا بنفسه أو عرضه أو عرضه أو بأهله]

الثانى ان الإكراه يتحقق (١)

فإنه لا تكون صغرى لتلك الكبرى.

(١) قد ظهر مما تقدم أن الموجب لجواز قبول الولاية بل جواز ارتكابه سائر المحرمات هو الخوف من مخالفة الجائر فيما أمر به من ترتب الضرر على نفسه أو ما يتعلق به نفساً أو عرضاً أو مالا. و أما مع الخوف من ترتب الضرر على بعض المؤمنين فلا يتحقق عنوان الإكراه. نعم يجوز له معه قبول الولاية لما ورد من جواز قبولها لإيصال النفع إليهم و الدفع عنهم، و هل يجوز الدفع عنهم بارتكاب سائر المحرمات التي لا تكون من قبيل الإضرار بالغير المعبر عنها في كلام المصنف (ره) بالمحرمات الإلهية؟ ظاهر كلامه (ره) ذلك، حيث ذكر أنه لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولاية المحرمة، بل غيرها من المحرمات الإلهية التي أعظمها التبري من أئمة الدين، و تمسك في ذلك بخير الاحتجاج.

و لا يخفى ما فيه فإنه لا دليل على تقييد إطلاقات المحرمات لمجرد دفع الضرر المالى مثلا عن بعض المؤمنين، و كيف يمكن الالتزام بجواز شرب الخمر في مجلس الجائر أو غيره أو اللواط معه و غير ذلك من الموبقات لدفع الضرر المالى بل العرضي عن زيد؟ و أما التبري فهو- نظير الكذب و الافتراء و الحلف كاذبا لدفع الضرر عن المؤمن- جائز، و جوازه لا يلازم جواز ارتكاب سائر المحرمات، فلا دلالة في مثل خبر الاحتجاج «١» على ذلك، حيث أن المذكور فيه و هو التبري صورة مع التولي قلبا ليس من أعظم المحرمات حتى يؤخذ بالفحوى.

نعم لو كان الضرر المخوف على بعض المؤمنين مثل تلف النفس كان جواز ارتكاب سائر المحرمات باعتبار وقوع التراحم بينها و بين وجوب احياء النفس المحترمة، فيجوز في ذلك الإضرار ببعض المؤمنين مالا للتحفظ على نفس الآخرين،

(١) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (٢٩) من أبواب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر- الحديث: (١١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٣

و اما الإضرار بالعرض بالزنا و نحوه (١)

و يكون ذلك مع الضمان كما مر آنفا.

قال في القواعد: (و تحرم الولاية من الجائر إلا مع عدم التمكن من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل، أو على بعض المؤمنين، فيجوز ايتمار ما يأمره إلا القتل) و قد شرح هذه العبارة بعض الأساطين، فقال: (الا مع الإكراه بالخوف على النفس من تلف أو ضرر في البدن أو المال المضر بحال الشخص تلفه أو حجبه أو العرض من جهة النفس أو الأهل أى بالخوف على عرض نفسه أو عرض أهله أو الخوف فيما عد الوسط على بعض المؤمنين، فيجوز حينئذ ايتمار ما يأمره) انتهى.

و المراد ما عد الوسط في عبارة القواعد، و الوسط في تلك العبارة الضرر المالى، فيكون ما عداه الضرر على النفس أو الأهل، و بما أن الضرر على أهل بعض المؤمنين داخل في الضرر على المؤمنين، لأن عنوان بعض المؤمنين يعم أهلهم أيضا، يكون حاصل عبارة القواعد- على ما ذكره الشارح- أنه يجوز الإضرار بالغير أو ارتكاب سائر المحرمات غير القتل، فيما إذا خاف على نفسه أو ماله أو عرضه، أو خاف على نفس مؤمن آخر.

(١) أى انه لو كان دفع الضرر عن بعض المؤمنين نفسا بالإضرار بعرض ذلك البعض أو البعض الآخر بالزنا و نحوه، ففي جواز هذا الإضرار لدفع ضرر تلف النفس عن الغير تأمل، و وجهه انه لا دليل على وجوب دفع الضرر النفسى عن الغير بمثل الزنا.

(أقول) لو كان ارتكاب محرم آخر كالزنا مقدمة لدفع الضرر النفسى عن مؤمن كما هو الفرض، فان لم يحرز أهمية و جوب الإنقاذ، بأن احتمال الأهمية في كل منهما، كان إطلاق دليل حرمة تلك المقدمة حاكما على ما دل على وجوب إنقاذ النفس المحترمة، حيث

أنه بإطلاق دليل حرمتها يثبت عدم التمكن من الإنقاذ. و أما
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٤
و ان كان متعلقا بالمال (١) و ان كان متعلقا بالعرض (٢)

[الثالث ذكر بعض مشايخنا المعاصرين أنه يظهر من الأصحاب أن في اعتبار عدم القدرة على التفصي من المكره عليه و عدمه]

الثالث ذكر بعض مشايخنا (٣).

إذا أحرز الأهمية لأنقاذها، أو احتمل الأهمية له لا للمحرم الآخر تعين الإنقاذ، للعلم بسقوط الإطلاق عن خطاب حرمة المقدمة كما لا يخفى.

(١) عطف على قوله ان كان متعلقا بالنفس، أي إذا كان الدفع عن بعض المؤمنين دفعا للضرر المالي عنهم، فلا يجوز هذا الدفع بالإضرار بالغير حتى بالمال اليسير، فان ارتفاع حرمة الإضرار بالغير يحتاج الى رافع، و هو غير موجود فإنه لا يكون المورد من موارد الاضطرار أو إكراه، باعتبار عدم توجه الضرر الى الشخص أو الى من يتعلق به على الفرض.

(٢) عطف على قوله ان كان متعلقا بالنفس بمعنى أنه إذا كان الضرر المدفوع عن بعض المؤمنين هو الضرر العرضي، ففي جواز دفعه بالإضرار به أو مؤمن آخر مالا أو بالعرض الأخف تأمل، و لكن دفعه بالإضرار بالنفس أو بالعرض الأعظم غير جائز بلا تأمل.

(٣) يجوز قبول الولاية مع الإكراه، و كذا يباح معه ما يلازمها من سائر المحرمات على تفصيل قد تقدم في الأمر السابق، و لا يتحقق الإكراه إلا مع خوف الضرر في مخالفة المكره بالكسر، و إذا أمكن مخالفة أمره واقعا بلا خوف ضرر فيها، لما كان في البين إكراه، و يعبر عن ذلك بإمكان التفصي، و العجز عنه بهذا المعنى مقوم لعنوان الإكراه، و ليس شرطا زائدا على تحققه، و على ذلك فلا فرق بين قبول الولاية و فعل سائر المحرمات في عدم ارتفاع حرمتها مع إمكان التفصي.

نعم إذا فرض من قبولها نفع المؤمنين و الدفع عنهم، جاز قبولها، لان ذلك بنفسه موجب لجواز الدخول في الولايات، و لكن في إباحة سائر المحرمات و عدمها تفصيل قد مر و لا حاجة الى إعادته.

قال في الشرائع: (إذا أكرهه الجائر على الولاية، جاز له الدخول و العمل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٥

.....

بما يأمره مع عدم القدرة على التفصي منه، الا الدماء المحترمة، فإنه لا تقيء فيها) و الظاهر ان فرض الإكراه شرط في جواز الدخول في الولاية، و عدم القدرة على التقضي شرط في جواز العمل بما يأمره الجائر، و أن المراد بالإكراه و عدم إمكان التقضي واحد كما فهمه المصنف (ره).

و ذكر في المسالك في شرح العبارة ان المستفاد منها أمران: (أحدهما) - اعتبار الإكراه (ثانيهما) - عدم إمكان التفصي، و موردهما مختلف، فان مورد اعتبار الإكراه قبول الولاية، و مورد عدم إمكان التفصي سائر المحرمات. ثم أورد على العبارة بأنه لا وجه لاعتبار عدم إمكان التفصي أصلا، بل المعتبر تحقق الإكراه بالإضافة إلى سائر المحرمات. و أما قبول الولاية فلا يعتبر في جوازه حتى الإكراه. (أقول الموجب لجواز قبول الولاية من قبل الجائر أمران: إيصال النفع إلى المؤمنين و الإكراه، و إذا فرض انتفاء الأول تعين اعتبار الإكراه، فلا وجه لما ذكره من عدم اعتبار الإكراه في جواز قبولها، و كأنه (ره) توهم أن مراد المحقق من عدم القدرة على التفصي هو انتفاء القدرة و الاختيار رأسا المعبر عنه بالإلجاء فذكر أن هذا أخص من الإكراه، و لا يعتبر في ارتفاع الحرمة عن المحرمات أصلا و

قد توهمه أيضا صاحب الجواهر الذي نسب الخلاف فيه إلى الأصحاب، وأن لهم في اعتباره ثلاثة أقوال والشاهد لذلك ما ذكره أخيرا من أنه على القول باعتبار عدم إمكان التفصي لو توقف المخالفه على بذل مال كثير لزم البذل، ثم قال: (و هو أحوط بل أقرب) و وجه الشهادة أن وجوب البذل على ذلك القول لا يتم إلا إذا أريد بعدم إمكان التفصي الإلجاء و عدم القدرة على الترك أصلا.

ثم لا يخفى أنه لو قيل بجواز الدخول في الولاية من الجائر للضرورة أي لتأمين المعاش لنفسه و عياله، فهو فيما إذا لم يكن الدخول فيما ملازما لارتكاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٦

[الرابع قبول الولاية مع الضرر]

الرابع قبول الولاية مع الضرر المالي (١)

[الخامس لا يباح بالإكراه قتل المؤمن]

الخامس لا يباح بالإكراه (٢)

محرم آخر، بأن كان عاملا له في عمل مباح، و الا فلا موجب لارتفاع حرمة ذلك العمل الآخر فتدبر.

(١) ذكر (ره) أن قبول الولاية مع الضرر المالي الذي لا يضر بالحال جائز بمعنى الإباحة لا بمعنى الوجوب، فإنه يجوز للإنسان تحمل ذلك الضرر، فان الناس مسلطون على أموالهم.

(أقول) تقييد الرخصة في كلامه بالضرر المالي الذي لا يضر بالحال مقتضاه وجوب قبول الولاية مع الخوف من الضرر المضر بالحال، وهذا لا يمكن المساعدة عليه، فان الناس مسلطون على أموالهم.

(لا يقال) انه لا يجوز تمكين الجائر من المال، سواء كان قليلا أو كثيرا فإن أخذه المال باعتبار كونه غصبا و عدوانا على الغير محرم، و لذا يجب عليه رد ذلك المال، و يكون تلفه عليه، و إذا كان وضعه اليد على المال محرما، يكون تحمل المكروه بالفتح الضرر المالي اعانة له على ظلمه (فإنه يقال) نعم تسليم المكروه بالفتح المال إليه اختيارا غير جائز كما ذكر، و أما إتلافه أمواله قبل وصول الجائر إليها حتى لا يكون له مال فغير لازم، لما ذكرنا سابقا في بحث الإعانة على الحرام أن التجارة و نحوها ليست من قبيل الإعانة على أخذ العاشر. و اما الفرار عن الجائر فيما إذا أراد قتله فهو باعتبار وجوب التحفظ على النفس من الهلاك، و هذا التحفظ غير واجب بالإضافة إلى الأموال كما لا يخفى، بل قبول الولاية- مع عدم المضر بالحال و كذا ارتكاب محرم آخر مع كونه يسيرا يتعارف تحمله- مشكل فان مثل هذا الضرر لا يكون موجبا لارتفاع التكليف بقاعدة نفي الضرر أو حديث الرفع.

(٢) ذكر (ره) في هذا الأمر أن الإكراه على قتل مؤمن لا يكون موجبا لجواز قتله، حتى فيما إذا كان الضرر المخوف على نفسه هو القتل، بلا خلاف ظاهر، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٧

.....

مقتضى حديث رفع الإكراه أو دليل نفي الحرج و ان كان هو الجواز، و كون الإكراه على قتل مؤمن مثل الإكراه على سائر المحرمات، الا أن النص الصحيح قد دل على عدم مشروعية التقيية بإراقه دم الغير، و ذلك النص بالإضافة إلى حديث رفع الإكراه أو دليل نفي

الخرج من قبيل الخاص الى العام، حيث لا يحتمل عدم جواز قتل المؤمن للتقية و جوازه في مقام الإكراه عليه. (أقول) قد ذكرنا أنه لا يجرى في مثل المقام لا حديث رفع الإكراه ولا قاعدة نفى الحرج أو نفى الضرر، لان تجويز الإضرار بالغير مالا أو عرضا أو نفسا خلاف الامتنان على ذلك الغير. و أما نفى مشروعية التقية بإراقة الدم ففي روایتين (إحداهما) صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام (انما شرعت التقية ليحقن بها الدم، فإذا بلغ الدم فلا تقية) «١» و (ثانيتها) موثقة أبي حمزة الثمالي عن الصادق عليه السلام: «انما جعلت التقية ليحقن بها الدم، فإذا بلغت التقية الدم فلا تقية» «٢» و يطلق التقية على ستر الإنسان مذهبه للحفاظ على نفسه أو غيره من إضرار المعتدى مالا- أو نفسا، و يطلق على ستر مذهبه تحفظا على نفسه أو غيره من خصوص ضرر القتل. و المراد بالتقية في الروایتين هو الثاني، و مدلولها أنه لا يشرع التحفظ على نفسه أو نفس غيره بإراقة دم مؤمن، و لكن لا بأس به بفعل سائر المحرمات.

و ذكر الإيرواني (ره) (أن التقية عبارة عن تحفظ المتقى بالكسر على دمه و مفاد الروایتين أمر ارتكازي، و هو أنه إذا لم تثمر التقية في حفظ دم المتقى بالكسر بأن علم أنه يراق على كل تقدير فلا- تقية بل لا بد من إظهار الحق و الواقع قولاً أو فعلاً) و أجاب السيد الخوئي طال بقاءه بأن لهذا الاحتمال مجالاً في الصحيحة و أما الموثقة فالمذكور فيها بلوغ التقية يعنى التحفظ على نفسه من التلف إلى اراقة

(١) رواهما في الوسائل في الباب: (٣١) من أبواب الأمر بالمعروف

(٢) رواهما في الوسائل في الباب: (٣١) من أبواب الأمر بالمعروف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٨

و لو كان المؤمن مستحقاً لحد (١) مما ذكرنا يظهر سكوت الروایتين عن حكم دماء أهل الخلاف (٢).

الدم، فيكون المراد اراقة دم الغير لا محالة.

(أقول) لا مجال لذلك الاحتمال حتى في الصحيحة، لأنه لو كان المراد البلوغ الى دم المتقى بالكسر لكان قوله عليه السلام فلا تقية من قبيل السماء فوقنا من توضيح الواضح، بخلاف ما كان المراد به دم غيره، فإنه يكون من الحكم التعبدى و بعبارة أخرى الظاهر اتحاد الروایتين في المفاد.

(١) بناء على أن اجراء الحدود من وظيفة الحاكم يكون قتل سائر الناس نظير قتل غير أولياء المقتول، إلا إذا أذن لهم الحاكم أو كان الحد نظير حد سب النبي (ص) أو الإمام عليه السلام مما يجوز لكل مكلف القيام به.

(٢) لازم ما ذكره (ره) جواز قتل المخالف فيما إذا أكره عليه، و لو كان الضرر المخوف على تركه الضرر المالى غير المضر بالحال، لان مقتضى حديث رفع الإكراه جواز الإضرار بالغير و لو بالقتل. و المفروض عدم دلالة الروایتين بالإضافة إلى المخالف. و لا أظن التزامه (ره) أو التزام غيره بجواز قتله في الفرض. نعم ذكر في آخر كلامه أن حكم كل دم غير محترم بالذات حكم سائر المحرمات، و المراد أن لا يكون فيه الاحترام الثابت لدم المؤمن.

و الحاصل أنه بناء على ما ذكرنا من عدم شمول دليل رفع الإكراه أو الضرر للموارد التي يكون الرفع فيها مخالفاً للامتنان على الأمة، يحكم في الفرض بعدم الجواز، و لكن لا- يرتبط ذلك بالناصب و الكافر ممن لا حرمة لدمه أصلاً، أو ليس له احترام دم المسلم كالذمي. و لو توقف التحفظ على دم مؤمن على اراقة دم المخالف كان المقام من موارد التراحم بين وجوب احياء النفس و حرمة القتل. و ربما يقال بعدم التفصيل في الدماء، لان المسلمين متكافئون في الدم، كما يدل على ذلك مثل صحيحة عبد الله بن ابي يعفور عن ابي عبد الله (ع) قال: «قال رسول الله (ص)- حيث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٧٩

.....

خطب الناس في مسجد الخيف - نضر الله عبدا سمع مقالتي فوعاها - الى ان قال :-
والمسلمون إخوة تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم» (١) و دعوى اختصاصها بموارد القصاص - كما عن السيد الخوئي طال بقاه -
يدفعها ملاحظتها، فإنه ليس في صدرها أو ذيلها ما يشير الى فرض القصاص.
و كيف كان فلو لم يتعين قتل المخالف و احياء المؤمن فلا- يبعد جواز ذلك كما هو مقتضى عدم احتمال الأهمية في ترك قتل
المخالف. اللهم إلا- أن يقال لا دليل في الفرض على وجوب احياء نفس المؤمن، بل مقتضى إطلاق الآية حرمة قتل المسلم و اراقة
دمه. و قد مر أنه مع احتمال عدم الجواز في ناحية المقدمة يكون إطلاق دليل حرمتها حاكما على وجوب ذيها و يمكن ان يكون
الدليل عليه النهي عن الإيقاع في التهلكة.

(لا- يقال): إن مقتضى قوله (ع) (إنما جعلت التقية ليحققن بها الدم) جواز ارتكاب كل محرم بالتقية إلا إراقة دم المؤمن، فأراقة دم
المخالف باقية في المستثنى منه (فإنه يقال): المراد بالتقية في مثل الروايتين التقية عن المخالفين، كما يجده من راجع الأخبار الواردة
في مشروعيتها و لزوم رعايتها، و لا يتصور رعاية هذه التقية بإراقة دم المخالف ليقال بأن مقتضى الروايتين جوازها. و إذا جاز عم
الجواز صورة الإكراه أيضا باعتبار عدم احتمال الفرق بين صورتى الإكراه و التقية كما لا يخفى.

ثم إن ظاهر قوله (ع) في الروايتين: (ليحققن بها الدم) الدم المبقى للحياة، فلا يعم المستثنى ما إذا توقفت التقية أى التحفظ على الدم
المبقى لحياة مؤمن على الإضرار بمؤمن آخر بإيراد النقص على أعضائه، بل يكون هذا الإضرار داخلا- في المستثنى منه، فيحكم
بجوازه للتقية. و إذا جاز عند التقية جاز عند الإكراه أيضا، باعتبار عدم احتمال الفرق بين صورتى الإكراه و التقية. و بهذا يظهر الحال
فيما إذا توقفت التقية أى التحفظ على الدم المبقى على الإضرار بمؤمن آخر عرضا أو مالا،

(١) الكافي المجلد الأول: الصفحة (٤٠٣) الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٠

[هجاء المؤمن حرام]

هجاء المؤمن حرام (١)

فإنه جائز بمقتضى عموم الروايتين، لجواز التقية لحقن الدم، و إذا جاز هذا الإضرار بالتقية جاز عند الإكراه عليه أيضا، باعتبار عدم
احتمال الفرق بين صورتين كما ذكرنا. و على الجملة فالحكم- بجواز الإضرار بالمؤمن أو غيره مالا أو عرضا أو فى بدنه عند الإكراه
عليه- يستفاد من الروايتين بضم ما ذكرنا من عدم احتمال الفرق بين صورتى التقية و الإكراه، لا من حديث رفع الإكراه أو دليل نفى
الحرج أو نفى الضرر ليقال أنها لا تشمل صورة عدم كون الرفع امتنانيا. و الله سبحانه هو العالم.

ثم إن المصنف (ره) جعل للبحث عن قبول ولاية الجائر خاتمة ذكر فيها ما رواه الشهيد الثانى (ره) فى رسالته المسماة بكشف الرية
عن أحكام الغيبة، بإسناده عن الشيخ الطوسى عن المفيد عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن احمد بن
محمد بن عيسى عن أبيه محمد بن عيسى الأشعري عن عبد الله بن سليمان النوفلى، و الرواية متضمنة لقصة على عليه السلام و تجسم

الدنيا له، فلا بد من حمل ذلك على كونه بعد وفاة النبي صلى الله عليه وآله وقبل أخذ فدك من فاطمة سلام الله عليها مع أن عبد الله بن سليمان النوفلي مجهول فراجع.

(١) الهجاء ككساء الشتم بالشعر، كما عن بعض، و تعداد معايب قوم و ذكر معايبهم، كما عن بعض آخر. و يظهر من المصنف (ره) أن هجاء المؤمن ليس بعنوانه من المحرمات، بل حرمة باعتبار كونه همزا أو لمزا و أكل لحم و تعييرا و اذاعة سر، و لا يبعد اتحاد عنوان الهمز أو اللمز مع التعيير، و اتحاد أكل لحمه مع اذاعة سره، و ربما ينطبق عليه عنوان البهتان، بناء على أن الهجاء ضد المدح فيعم ذكر المعايب الموجودة في الشخص و التي ليست فيه، فيكون ذكرها بهتاناً. و الحاصل أنه تختلف الموارد، ففي بعضها ينطبق على الهجاء بعض العناوين المشار إليها، و في بعضها الآخر ينطبق عليه بعضها الآخر، و لو كان ذكر شخص بعب ظاهر للإهانة و الاستخفاف أ نطبق عليه عنوان التعيير لا عنوان الغيبة، و هكذا. و احترز بالمؤمن عن إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨١

[الهجر]

الهجر بالضم و هو الفحش (١)

المخالف فإنه قد تقدم في البحث عن حرمة الغيبة أن جواز اغتيابه باعتبار كونه ممن القى جلباب الحياء لتظاهرة بالفسق بإنكاره قولاً و عملاً ما هو عماد الدين، و أهم أركانه يعني ولاية أهل البيت سلام الله عليهم. و لا يبعد جواز هجوه ايضاً، فيما إذا كان قاصراً، فإنه على ما تقدم من الفاسق المبدع.

و يظهر من المصنف (ره) أنه يقتصر في هجو الفاسق المبدع بذكر المعايب الموجودة فيه. و حمل ما ورد من قوله (ع): «باهتوهم لكيلا- يطمعوا في اضلالكم» على سوء الظن بهم و اتهامهم بما يحرم اتهام المؤمن به، بأن يقال: لعله سارق أو زان و لا يخفى ما فيه، فان هذا بالإضافة إلى دليل حرمة الكذب من الخاص أو المقيد بالإضافة إلى العام أو المطلق، فيرفع اليد عنهما بالقربة على التقييد أو التخصيص أضف الى ذلك أن جواز هذا الكذب مستفاد من فحوى ما دل على جواز الحلف كاذباً لدفع ضرر المعتدى عن مال أخيه المؤمن، حيث ان ضرر المعتدى على دينه اولى بالدفع منه.

(١) الهجر بضم الهاء هو الفحش، و يظهر من المصنف (ره) أن البذاء بفتح الباء مرادف له، حيث استدل على حرمة الفحش بصحيحة ابي عبيدة عن ابي عبد الله (ع) قال: «البذاء من الجفاء و الجفاء في النار» (١) و يظهر من صاحب الوسائل (ره) أنه غير الفحش، حيث جعل لحرمة الفحش باباً و لحرمة البذاء باباً آخر، و كأن البذاء عنده عدم مبالاة الشخص بما يقول أو يقال فيه، و الفحش هو ذكر نفسه أو غيره ببعض الأفعال التي يقبح ذكرها، كقوله: يا ديوث و يا زاني و نحوهما. و تؤيد ذلك الروايات التي وصف الفحاش فيها بكونه بذياً، و في رواية سليم بن قيس: «أن الله حرم الجنة على كل فحاش بذىء قليل الحياء لا يبالي ما قال و ما قيل له» (٢) و كيف كان فلا

(١) و مسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (٧٢) من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه- الحديث: (٣)

(٢) و مسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (٧٢) من أبواب جهاد النفس و ما يناسبه- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٢

الخامس مما يحرم الاكتساب به ما يجب على الإنسان (١)

إشكال في حرمة الفحش و عدم مبالاة الشخص في قوله، و لكن كونها بمرتبة ما في رواية سليم و نحوها لم تثبت. و الله سبحانه هو العالم.

(١) المنسوب إلى الشهرة عدم جواز الأجرة على العمل الواجب، بل عن جماعة دعوى الإجماع عليه، قال في الشرائع: (الخامس) - مما يحرم الاكتساب به ما يجب على الإنسان، كتغسيل الموتى و تكفينهم و تدفينهم و نسب في المسالك هذا المنع إلى الشهرة. و الظاهر أن مراده شهرة حرمة الاكتساب بتجهيز الموتى، حيث جواز السيد (ره) أخذ الأجرة عليه بدعوى أن التجهيز تكليف على الولي، و لا يجب على غيره.

و الحاصل أن المنع عن أخذ الأجرة على التجهيز مبني على مسلك المشهور القائلين بتوجه التكليف به إلى عامة المكلفين، لا أن دعوى الشهرة راجعة إلى أصل مسألة عدم جواز الاكتساب بالعمل الواجب، لتكون مشعرة بالخلاف فيها.

ثم إن مورد الكلام في المقام ما إذا كانت في الواجب منفعة عائده إلى باذل الأجرة، كما لو كان كفاثيا و أراد سقوطه منه كتعليم صيغة النكاح أو إقائها على طرفي النكاح، فان تعليمها كإقائها على طرفيه من الواجب الكفاثي، و باعتبار انتفاع باذل الأجرة تخرج المعاملة عن عنوان أكل المال بالباطل.

و بعبارة أخرى الكلام في المقام فيما إذا اجتمع الشرائط المعتمدة في الاستيجار.

و يقع البحث في أن وجوب عمل على المكلف مانع عن جواز أخذه الأجرة عليه من المنتفع بذلك العمل أم لا، فمثل صلاة الظهر لا يجوز أخذ الأجرة عليها، لا لوجوبها، بل لأن أخذ الأجرة عليها من أكل المال بالباطل.

و يستدل على عدم الجواز بأمر (الأول) - منافاة أخذ الأجرة للإخلاص المعتبر في العبادة، و لكن هذا لا يثبت المدعى، لاقتضائه عدم جواز أخذ الأجرة على العبادة و لو مع نديها، و جواز أخذ الأجرة على غيرها و لو كان واجبا. و أجب أيضا عنه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٣

.....

بأن تعدد الوجوب المتعلق أحدهما بالفعل ابتداء و الثاني بعنوان الوفاء بالعقد يؤكد الإخلاص، و لا ينافيه.

و أورد المصنف (ره) على هذا الجواب بان لانه التفصيل في أخذ العوض على العمل، فيجوز بعنوان الإجارة، و لا يجوز بعنوان الجعالة، فإنه بالاستيجار يجب العمل على الأجير وفاء بالمعاملة، فيتضاعف وجوبه، فيتأكد الإخلاص، بخلاف الجعالة، فإنه لا يجب فيها العمل، فيكون العوض بها منافيا للإخلاص المعتبر.

(أقول): لا مجال لهذا الإيراد، فإنه إذا فرض أن تضاعف الوجوب و لو بعنوان الوفاء بالمعاملة يؤكد الإخلاص، فلازمه عدم منافاة أخذ العوض على العمل للإخلاص المعتبر فيه، فيكون أخذه بعنوان الجعالة أيضا جائزا. غاية الأمر أنه لا يكون في فرضها تأكيد الإخلاص باعتبار عدم وجوب الوفاء بالجعالة.

و أورد (ره) على الجواب (ثانيا) بأنه إن أريد أن تضاعف الوجوب يوجب تأكيد اشتراط العبادة بقصد القربة فهو غير صحيح، لان وجوب الوفاء بالمعاملة توصلي فكيف يوجب تأكيد اشتراط قصد القربة في العمل، و إن أريد أن قصد القربة من المكلف مع تعدد الوجوب في الفعل، و لو مع الاختلاف في التوصيلية و التعبدية يكون أكد، فهو خلاف الوجدان، فإنه شاهد بان العمل الذي لا يترتب عليه الأجرة من الغير، بل يصدر عن المكلف مجانا يكون القربة فيه أخلص.

و أورد عليه (ثالثا) بأن وجوب الوفاء بالمعاملة و إن كان توصليا يسقط بالإتيان بذات العمل، إلا أن الثواب على موافقة هذا الوجوب

موقوف على قصد القرية الحاصل بالعمل بما أنه ملك للغير، و يستحقه عليه، و قصد القرية في الوجوب التعبدى المتعلق به ابتداء هو العمل بما أنه حق لله تعالى، فلا يجتمع قصد القرية في الوجوب التعبدى مع قصد الامتثال الى وجوب الوفاء بالمعاملة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٤

و أما تأتي قصد القرية (١)

(أقول): هذا الإيراد أيضا غير صحيح، و ذلك فان مجرد العمل - بقصد أنه ملك للغير و يستحقه عليه ذلك الغير - لا يصح الإخلاص المعتبر في استحقاق الثواب، بل لا بد من كون العمل المعنون بالعنوان المزبور بداعى أمر الشارع بالوفاء و تسليم العمل، فيستحق الثواب على هذا الفرض، و لا يعم تسليم ملك الغير إليه بسائر أغراضه الدنيوية. و يوضح ما ذكرنا ما إذا ندم الأجير بحيث لو لا أمر الشارع بالوفاء بالعقد لم يعمل، و يترك للطرف الأجرة، و لكن دعاه الى العمل مع هذا الندم خوفه من مخالفة أمر الشارع بتسليم ملك الغير. و مع تسليم ملك الغير اليه بالعمل كذلك تحصل القرية المعتبرة في العبادة، فأين المنافاة بين القريتين.

(١) أخذ (ره) في تقريب إمكان قصد القرية في العبادات المستأجر عليها، و أن جواز أخذ الأجرة على النيابة فيها لا يلزم جواز أخذها على نفس العبادات. و ذكر ما حاصله: أن الصادر - في موارد تلك العبادات عن المكلف - أمران (أحدهما) - النيابة أى تنزيل الأجير نفسه منزلة المنوب عنه (ثانيهما) عمله العبادى، و يكون أخذ الأجرة على الأول - حيث أنه مستحب نفسى توصلى، باعتبار كونه إحسانا إلى المنوب عنه.

(أقول): إن أراد (ره) ان تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه فعل خارجى، و الصلاة مثلا فعل آخر و لا يرتبط أحدهما بالآخر أصلا، و أن الإجارة في موارد الاستيجار على العبادة تقع على الأول، فيرده أن لازم ذلك فراغ ذمة الأجير و استحقاقه المطالبة بالأجرة بمجرد قصده النيابة أى اعتبار نفسه منزلة المنوب عنه.

(لا يقال): تنزيل نفسه منزلته و إن يكون مورد الإجارة إلا - أن الفعل المفروض كونها عبادة مأخوذ في متعلق الإجارة بنحو القيدية، فتكون الصلاة مثلا خارجة عن متعلق الإجارة، و لكن تقييد النيابة بكونها فيها داخل فيه، و على ذلك فلزوم الإتيان بالصلاة و عدم فراغ ذمة الأجير بدونها باعتبار توقف متعلق الإجارة عليها (فإنه يقال) قد تقرر في محله أن الداعى إلى الإتيان بالمقدمة واقعا يكون هو الداعى إلى ذبيها،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٥

فان قلت يمكن للأجير (١)

و الصلاة - على ما ذكر مقدمه - لمتعلق الإجارة، فيكون الداعى إلى المتعلق و هو استحقاق الأجرة داعيا إلى الصلاة أيضا فهذه هى المنافاة الموهومة.

و إن أراد أن الموجود خارجا شىء واحد، غاية الأمر ان فيه جهتان و عنوانان (أحدهما) متعلق الإجارة و لم يؤخذ فيه قصد القرية (ثانيهما) ما أخذ فيه قصدها، و لكن لم تتعلق به الإجارة، كما يظهر ذلك من قوله فيما بعد: (فان قلت): الموجود خارجا من الأجير ليس إلا الصلاة) فلا يمكن المساعدة عليه أما (أولا) فلا ان الاستيجار على العبادة صحيح حتى فيما إذا لم يقصد الأجير النيابة بالمعنى المتقدم، كمن يقضى ما على الميت و يأتى بالعبادة إفراغا لذمته، و ان شئت قلت قضاء ما على ذمة الغير من العبادة كقضاء ما على ذمته من الدين، و كما أن أداء دينه لا يتوقف على قصد النيابة عنه، كذلك أداء ما على ذمته من العبادة و أما (ثانيا): فلان تعدد العنوان مع الاتحاد بحسب الوجوب لا يفيد فى رفع المنافاة الموهومة بين أخذ الأجرة على العمل و الإخلاص فيه، و ذلك فان المطلوب فى العبادات و الغرض منها لا يحصل الا بكون الداعى إلى إيجادها أمر الشارع و طلبه، فلا بد من تحقق العبادة بداعى أمر

الشارع بها، وإذا فرض الاتحاد خارجا فكيف يكون ذلك الوجود مع أخذ الأجر عليه بداعي القرية.

(١) وهذا جواب آخر عن الاستدلال على عدم جواز أخذ الأجر على الواجبات، باعتبار أن أخذها مناف لقصد التقرب المعتبر في العبادة. وحاصل الجواب عدم المنافاة بينهما، فإنه يمكن أن يكون داعي المكلف إلى العبادة أمر الشارع بها، بحيث لو لا أمر الشارع وطلبه لم يأت بها، حتى مع بذل الأجر عليها، وإذا فرض الإتيان بها كذلك يحصل قصد التقرب ويستحق الأجر عليها، فأين المنافاة.

و ناقش (ره) في هذا الجواب بقوله: (قلت: الكلام في أن مورد الإجارة) وحاصله أنه يعتبر في صحة الإجارة- أي في دخول الأجر في ملك الأجير بإزاء العمل المستأجر عليه- أن يكون العمل بحيث يمكن للأجير الإتيان به بداعي أنه ملك المستأجر، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٦
فإن قلت يمكن ان يكون (١)

فان العمل كذلك تسليم لذلك العمل اليه، و لا يتحقق هذا الشرط فيما استوجر على العبادة، لأن الصلاة على ميت مثلا بداعي أنها ملك لبازل الأجر لا تجتمع مع الإتيان بها بداعي أمر الشارع بها.

(أقول): ليس في البين ما يقتضى هذا الاعتبار في نفس الإجارة، بل القصد المزبور دخيل في حصول عنوان الوفاء بالمعاملة، ولكن لا بخصوصه، بل بنحو يعم كون قصد الوفاء بها داعيا أو توصيفا للعمل، بأن يقصد الأجير العمل المملوك للغير، و يأتي به بداع آخر. و بعبارة أخرى لا يلزم ان يكون قصد الوفاء بالمعاملة محركا نحو العمل، بل يكفي كونه بنحو التوصيف، و على ذلك فيمكن للمكلف قصد العمل المملوك للغير بداعي أمر الشارع بذلك العمل ابتداء. نعم لقائل أن يقول أن مع فرض حصول الشيء بدون الإجارة- كما هو مقتضى عمل المكلف بداعي الأمر به ابتداء- يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل، باعتبار عدم غرض عقلائي في أخذه و إعطائه، و هذا غير دعوى منافاة أخذ العوض مع التقرب كما لا يخفى، و سيأتي التعرض لذلك إن شاء الله تعالى.

(١) وهذا ايضا جواب عن الاستدلال المتقدم أى منافاة أخذ الأجر على العمل للإخلاص المعتبر فيه. و تقريره أن قصد الأجر على العمل كقصد التخلص من الفقر أو المرض في بعض العبادات، فإنه كما يكون في مثل ذلك غرضه من عمله هو التقرب الى الله سبحانه، و غرضه من تقربه اليه سبحانه بعمله هو الوصول إلى الغنى أو الشفاء أو غير ذلك من المقاصد الدنيوية، كذلك يكون في المقام غرضه من عمله التقرب الى الله سبحانه، و غرضه من تقربه اليه بالعمل المفروض الوصول إلى الأجر المقررة في المعاملة. و الحاصل أن استحقاق مطالب الأجر من قبيل الداعي إلى الداعي، أى غرض الغرض، كما كان الغنى أو الشفاء كذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٧

.....

و أورد (ره) على هذا الجواب بالفرق بين المقامين، و أن سائر المقاصد الدنيوية المترتبة على بعض العبادات أحيانا لا تنافي القرية المعتبرة في العبادة، باعتبار أن طلبها من الله تعالى في نفسه محبوب له سبحانه، بخلاف طلب الأجر عن الغير، فإنه لا يلائم قصد القرية في العمل، بل ينافيه كما مر. و بهذا يظهر أن عبادة جل الخلائق لله سبحانه تخلصا من عذاب الآخرة أو وصولا إلى الجنة لا تنافي قصد القرية فيها، فان قصد التخلص من عذاب الجحيم أو الوصول إلى الجنة من قبيل الداعي غير المنافي للقرية، و كل ذلك مطلوب لله سبحانه.

(أقول) إيراده (ره) غير تام، فان غرض الأجير من تقربه الى الله سبحانه بعمله هو استحقاق أخذ الأجر في حكم الشارع، لا مجرد أخذ المال. و المنافي لقصد القرية في العمل هو الثاني دون الأول، و لذا يأتي بالعمل في غياب المستأجر، و بعد أخذه الأجر منه خوفا من

عذاب ربه و حسابه في حقوق الناس. و المقام يشبه بيع الإنسان داره في مورد الاضطرار، فإنه يقصد بيعها حقيقة لغاية الوصول الى غرضه الأصلي أى التمكّن من قضاء حاجته.

فتحصل مما ذكرنا أنه لا منافاة بين العمل للآخر بالاستيجار، و بين قصد القربة في ذلك العمل، سواء كان واجبا تعبديا أو مستحبا كذلك، و أن تحسين المصنف (ره) الاستدلال على عدم جواز أخذ الأجرة بالمنافاة بين قصد القربة و بين الأخذ المزبور غير صحيح، بل بناء على ما ذكرناه في الأصول من أن قصد التقرب المعتبر في العبادة ليس خصوص الفعل بداعى الأمر المتعلق به، بل مطلق اضافة العمل الى الله سبحانه، فتكون الصلاة على ميت بداعى الاستحقاق الأجرة المقررة بإزائها شرعا عبادة، لحصول القربة المعتبرة فيها بفرض الداعى، و هو استحقاق الأجرة شرعا، و على ذلك فلو لم يلتفت الأجير إلى استحباب الصوم أو الصلاة عن الميت، بل صام أو صلى بغرض استحقاقه شرعا الأجرة المقررة لهما، حكم بصحة عمله و وقوعها عبادة، بلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٨

نعم قد استدل على المطلب بعض الأساطين (١)

حاجة الى حديث الداعى إلى الداعى ليقال أنه لا يجرى في صورة الغفلة عن استحباب نفس العمل أو وجوبه كما لا يخفى. (١) استدل على عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب بوجه آخر، و هو المنافاة بين وجوب العمل ابتداء و تملكه للآخر بالإجارة و نحوها، بدعوى أن إيجاب الشارع الفعل على مكلف بمعنى تملك ذلك الفعل لله تعالى، فيما إذا كان من قبيل حقوق الله، و بمعنى تملكه للغير فيما إذا كان من حقوق الناس، بأن يكون ذلك العمل ملكا لذى الحق، كما فى أمر الشارع بتجهيز الميت، فإنه يثبت بذلك للميت حق على الأحياء، و مع الإيجاب كذلك لا يمكن للمكلف تملك ذلك العمل من آخر بالإجارة و نحوها، فإنه يكون نظير ما إذا أجر نفسه لدفن ميت من شخص، و أراد إيجار نفسه ثانيا من شخص آخر لدفن ذلك الميت. و هذا الوجه ايضا ضعيف، فإن الإيجاب و ان كان أمرا اعتباريا على الصحيح كالملكية، إلا أن سنخه غير سنخ الملكية فى الأموال، فلا يمتنع اجتماعه معها. و ذكر المصنف (ره) أن هذا الوجه باعتراف الخصم يختص بالواجب العيني.

و أما الكفائى فاستدل على عدم جواز أخذ الأجرة عليه بأن الفعل متعين أى واجب عليه، فلا يدخل فى ملك آخر، و بأن المستأجر لا ينتفع بالعمل الذى يملكه أو يستحقه غيره بإيجاب الشارع، فإنه بمنزلة أن يقول للأجير استأجرتك لغاية أن أتملك منفعتك المملوكة لك، كما فى الواجب من حق الله أو لغيرك كما فى الواجب من حق الناس انتهى.

(أقول) هذا بعينه هو الوجه السابق، و لم يظهر الفرق بينهما، كما أنه لم يظهر وجه اعتراف المستدل باختصاص ما ذكره أولا بالواجب العيني. نعم يظهر من السابق أن مرجع إيجاب الشارع العمل الذى ليس من حقوق الناس الى كون ذلك العمل مملوكا لله سبحانه، و فى حقوق الناس مرجعه الى كونه مملوكا لذلك الغير، و ذكر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٨٩

عد الإجماع الذى لم يصرح به الا المحقق الثانى (١) فالذى ينساق اليه النظر (٢)

فى الكفائى أن إيجاب الشارع بمنزلة كون ذلك العمل مملوكا لنفس الأجير أو غيره، و لذا أورد المصنف (ره) على الأخير بأن العمل بعد وقوع الإجارة عليه لا يكون ملكا لنفس الأجير، بل يدخل فى ملك المستأجر إلى آخر ما ذكره. و الحاصل أن هذا الفرق ايضا بلا موجب كما لا يخفى.

(١) الأمر الثالث- فى عدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات- دعوى الإجماع، فهو على تقدير تحققه غير صالح للاعتماد، فضلا عن عدم ثبوته، و ذلك لاحتمال كون مدرّكهم فى عدم الجواز الأمرين المتقدمين أو غيرهما مما لم يتم شىء منها عندنا.

و ذكر النائيني (ره) في المقام وجها رابعا لعدم جواز أخذ الأجرة على الواجبات و ان كانت توصلية، و هو أن من شرط الإجارة أن يكون متعلقها مقدورا يمكن للمكلف فعله و تركه، و مع إيجاب الفعل لا يمكن له تركه، حيث ان الممتنع الشرعى كالممتنع العقلى. و فيه أن الدخيل في تمامية الإجارة تمكن المكلف من تسليم العمل الذى هو مورد الإجارة، لا التمكن بمعنى آخر، و إيجاب الفعل لا ينافى هذا التمكن، و لذا لو وقع شرطا فى ضمن عقد لازم صحح و ترتب عليه أثره. نعم مع التحريم لا يمكن تسليمه، فلا يعمه مثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حيث لا يمكن الأمر بالوفاء بالإجارة مع النهى عن الفعل كما لا يخفى.

(٢) ذكر (ره) (أولا) انه لا ملازمة بين صحة الإجارة و صحة العمل أى كونه مسقطا للتكليف، و (ثانيا) أن فى جواز أخذ الأجرة على الواجبات تفصيلا.

و حاصل كلامه (أولا)- انه ربما تكون الإجارة صحيحة مع حصول الامتثال كما إذا كان الواجب تعديدا كتنغسيل الميت، و قيل بعدم منافاة أخذ الأجرة للإخلاص فى العمل أو مع سقوط التكليف بالعمل من دون حصول الامتثال، كما فى الواجب التوصلى المأخوذ عليه الأجرة، بناء على عدم منافاة وجوب الفعل لأخذ الأجرة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٠

.....

عليه، و قد يسقط التكليف عند العمل، من غير أن يكون مصداقا للواجب، كما إذا كان فيه ملاكه من غير تعلق التكليف به لمانع. و ربما تكون الإجارة صحيحة مع بطلان العمل، سواء بقى التكليف المتعلق به بحاله أو سقط لأمر آخر، كما إذا استأجره للصلاة على ميت بغرض تعلم صلاة الموتى، و قيل بمنافاة أخذ الأجرة للإخلاص المعتبر فى العبادة، فإنه إذا صلى على ذلك الميت استحق الأجرة، و لكن يحكم ببطلانها، فتجب الصلاة عليه مع الإخلاص.

و حاصل كلامه (ثانيا)- انه لو كان الواجب عينيا تعيينيا لم يجز أخذ الأجرة عليه، سواء كان توصليا أم تعديدا، فإنه مع وجوب الفعل كذلك يكون المكلف مقهورا عليه من جانب الشارع، فيجبر عليه فى صورة امتناعه، فلا تكون لعمله حرمة حتى يصح له أخذ الأجرة. و حاول (ره) دفع ما ربما يمكن أن يذكر فى المقام بصورة النقض، و هو تجويز الشارع للوصى و قيم الأبطال أخذ أجرة المثل على عملهما «١» مع أن إنفاذ الوصية أو القيام بمصالح الأيتام واجب عيني تعيينى عليهما.

و وجه الدفع أن ذلك التجويز حكم شرعى نظير حكم الشارع للمار بجواز اكله من ثمار الأشجار الواقعة فى طريقه، و ليس من قبيل المعاوضة على العمل ليستظهر منها عدم منافاة أخذ الأجرة مع وجوب الفعل على المكلف كما ذكر.

(أقول): إذا فرض أن فى فعل المكلف غرضا للآخرين، و أن الواجب عليه هو الفعل مطلقا لا الفعل مجانا و بلا عوض، فلا يكون أخذ العوض و تملك عمله للغير من الأكل بالباطل، فان الموجب لصدقه أخذ قيد المجانية فى متعلق الأمر. و المفروض خلافه. و القهر عليه من باب الأمر بالمعروف لا يوجب سقوط عمله عن المالية، كما أن القهر على بيع ماله فى المخمصة لا يوجب سقوطه عنها. نعم إذا كان تعديدا فقد يتبادر الى الذهن منافاة أخذ الأجرة عليه للإخلاص المعتبر فيه، و لكن قد مر دفعه

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٧٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩١

.....

و ما ورد في جواز أخذ الوصى أو القيم من مال اليتيم كصحيحه هشام «١» مقتضاها عدم منافاة وجوب الفعل تعيينا مع أخذ الأجرة عليه، فان ظاهرها الأخذ بعنوان اجرة المثل لا- مجرد تجويز الأكل منه، نظير تجويز الأكل للمار من ثمرة طريقه. نعم قد ذكر الأكل بالمعروف في الآيه و الروايات الأخرى، و لكن تكون صحيحه هشام حاكمه عليها و محددة لذلك المقدار فراجع.

ثم قال (ره): (و إن كان الواجب تخييريا فمع كونه توصليا، فلا بأس بأخذ الأجرة على خصوص أحد فرديه، لعدم كونه مقهورا عليه، بل مخيرا بينه و بين فرده الآخر، و كذا الحال فيما إذا كان تعديا، و قلنا بما أن خصوصية الفرد غير مأخوذة في متعلق الأمر فالإتيان بالقدر المشترك بداعى الأمر به لا ينافى أخذ الأجرة على تلك الخصوصية، و يوضح ذلك ملاحظه ما إذا كان المكلف بحيث لا يأتي بالقدر المشترك فى ضمن أى فرد و لو اعطى له الأجرة على بعض الافراد، و إنما يكون أمر الشارع بالقدر المشترك داعيا له إلى الإتيان به، و بما أن خصوصية الافراد خارجة عن متعلق الأمر فيأتى بالقدر المشترك فى ضمن خصوصية معينة لأخذه الأجرة عليها. و لا- يقاس ذلك بالإتيان بخصوصية العمل رياء، حيث أن العمل يبطل حتى فيما إذا كان الرياء فى خصوصية ذلك العمل. و وجه عدم القياس ما دل على أنه سبحانه خير شريك لا يقبل عملا يكون له و لغيره، بل يتركه للغير، و هذا فيما إذا كانت الخصوصية التى أتى بها رياء متحدة مع العمل خارجا، كالصلاة فى أول الوقت أو فى المسجد، فإنه يحكم بطلانها حتى فيما إذا كانت أصل الصلاة لله و اختيار المسجد أو أول الوقت للرياء. و أما إذا كان لها وجود آخر، كما إذا صلى لله و أتى بتعقيباتها رياء، فلا يوجب ذلك بطلان أصل الصلاة.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٧٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٢

ثم انه يفهم من أدله وجوب الشيء (١)

(أقول): مقتضى هذا الكلام عدم الفرق بين الواجب التخييري الشرعى و بين الواجب التعيينى الذى يكون التخيير بين افراده عقليا فى أنه يجوز فيها أخذ الأجرة على خصوص بعض الافراد، و تعرض (ره) للواجب الكفائى، و قال لا- بأس بأخذ الأجرة عليه مع كونه توصليا، فإنه مع الاستيجار يملك المستأجر ذلك العمل و يستند اليه و يكون عملا له، فيستحق ثوابه و يسقط التكليف عن الأجير و عن غيره، لقيام المستأجر به و لو بغير المباشرة. و من هذا القبيل الاستيجار لتطهير المسجد أو للجهاد و نحوهما. و أما إذا كان الواجب الكفائى تعديا، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه لا لوجوب الفعل عليه، و إلا لم يجز أخذ الأجرة على التوصلى أيضا بل باعتبار منافاة أخذ الأجرة للإخلاص المعتبر فيه. و ما ذكر- فى وجه جوازه أخذ الأجرة على خصوص بعض افراد الواجب التخييرى من خروجه عن متعلق الأمر- لا- يجرى فى الكفائى نعم لو كان الواجب الكفائى التعبدى قابلا للنيابة، بأن ينزل الأجير نفسه منزلة الغير، فيأتى بالفعل عن ذلك الغير، فيكون المقام من قبيل الاستيجار على النيابة فى العبادات. و قد تقدم جوازه، و لكن مشروعية النيابة محتاجة إلى دليل خاص، و على تقدير قيامه فى مورد يكون خارجا عن محل الكلام. فان الكلام فى المقام فى جواز العمل عن نفسه، و تمليك ذلك العمل للغير بالإجارة و نحوها، كالحياط تكون خياطته عن نفسه، و لكنها ملك الغير.

و حاصل البحث فى المقام أن إيجاب عمل على مكلف يوجب سقوطه عن المالية شرعا، لا يجوز تمليكه للغير بالأجرة أو أن وجوبه عليه لا يوجب ما لم يجب عليه ذلك العمل مجانا. و فى مورد النيابة يأتى العامل بالعمل عن الغير، و مشروعية هذه تحتاج الى دليل. و الا فالأصل عدم احتساب عمله عملا للغير.

(١) بأن يستفاد أن الغير يستحق الفعل عليه بحكم الشارع و إيجابه، ففى مثل ذلك يكون أخذ الأجرة عليه من أكلها بالباطل، فإن إيجاب الفعل كذلك بمعنى إيجابه مجانا و لعله من هذا القبيل تجهيز الميت و إنقاذ الغريق و معالجة الطبيب المرضى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٣

ثم إن في المقام اشكالا مشهورا (١)

المهلك.

(أقول) مجرد استحقاق الغير الفعل لا يقتضى المجانية، حتى لا يجوز أخذ العوض على المعالجة والإنقاذ ونحوهما، وإلا لم يجز أخذ العوض لمن يطعم الناس في المخصصة، بل يجب عليه بذله مجانا وذلك لان البذل واجب تعييني لا يقبل أخذ العوض عليه، والطعام مورد حق للمضطرين، ولذا يجوز لهم بل يجب وضع اليد عليه في صورة امتناع مالكة عن بذله.

(١) الإشكال في وجه جواز أخذ الأجرة على الصناعات التي يتوقف عليها نظام البلاد فان تلك الصناعات من الواجب الكفائي، بل من الواجب العيني عند عدم قيام من تكون بقيامه كفاية، فكيف يجوز أخذ الأجرة عليها. و أوجب عن ذلك بوجوه.

(الأول) الالتزام بتخصيص القاعدة المتقدمة أى قاعدة عدم جواز أخذ الأجرة على الواجب، ورفع اليد عنها باعتبار الإجماع وسيرة العقلاء المتدينين منهم وغيرهم.

(الثاني) إنكار تلك القاعدة في غير العبادات. ويظهر ذلك من كل من ذكر جواز أخذ الأجرة على القضاء، بلا تقييد بصورة عدم تعيينه على القاضى.

(الثالث) جواز أخذ الأجرة على تلك الصناعات بعد سقوط وجوبها بقيام من به الكفاية عليها، فإنه يكون أخذها على غير الواجب- و فساد هذا الوجه أوضح، فإن لازمه الحكم بفساد أخذ الأجرة على الجماعة القائمة بها قبل سقوط وجوبها، مع جريان السيرة القطعية على القيام بها بالأجرة في كل عصر، من غير نظر الى سقوط وجوبها بفعل الآخرين و عدمه.

(الرابع) الالتزام بعدم جواز أخذ الأجرة على عمل يكون بعنوانه محكوما بالوجوب، كتجهيز الموتى و تعليم الأحكام و أما العمل المحكوم عليه بالوجوب بعنوان حفظ النظام لا بعنوان نفسه، فلا مانع من أخذ الأجرة عليه. وهذا الوجه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٤

.....

ايضا بلا موجب، فإنه لم يظهر الفارق بين العمل الواجب بعنوانه و بين الواجب بعنوان آخر.

(الخامس) الفرق بين تلك الصناعات و غيرها من الواجبات، بدعوى أن عدم جواز أخذ الأجرة على الصناعات يوجب اختلال النظام، فان كل واحد يختار من تلك الصناعات ما هو أسهل، و يترك الصعب أو الأصعب على الآخرين لأن الداعى إلى الإقدام على الأعمال الشاقة الصعبة هو الطمع في الأجرة فتسويغ أخذ الأجرة عليها لطف، أى تقريب للعباد إلى موافقة التكليف بإقامة النظام، لا أنه ينافى هذا التكليف.

و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بعدم انحصار وجه الإقدام على الأعمال الصعبة بالطمع في الأجرة، بل ربما يكون إقدام الشخص باعتبار عدم معرفته بغيرها أو كونه ناشئا في ذلك العمل الشاق، كالفلاح. و لكن لا يخفى ما فيه.

(السادس) دعوى أن تلك الصناعات من قبيل الواجب المشروط فيكون وجوبها مشروطا ببذل العوض عليها، سواء كانت الصنعة الواجبة من الواجب العيني باعتبار انحصار من به الكفاية، أو من الواجب الكفائي كما في صورة تعدده و عدم انحصاره، و على كل فلا- تكون تلك الصنعة واجبة على المكلف قبل إعطاء العوض بعنوان الإجارة أو الجعالة، بل بإعطائه يحصل شرط وجوبها عينا أو كفاية.

و بعبارة أخرى لا- تكون الصنعة- حال قرار الأجرة لها بالإجارة أو الجعالة- واجبة حتى تكون تلك الأجرة على العمل الواجب، و

الجواب عن هذا الوجه ظاهر، فإن الواجب على الطبيب مثلاً إحياء النفس و إنقاذها من الهلكة، سواء بذل على طبابته العوض أم لا. (السابع) أن وجوب تلك الصناعات غيرى باعتبار توقف إقامة النظام إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٥ فهو من قبيل رجوع الوصى بأجرة المثل (١) فهو بوصف كونه مستحبا على المكلف لا يجوز أخذ الأجرة عليه (٢).

عليها و من الظاهر عدم توقف إقامته على العمل مجانا ليجب العمل كذلك، بل الموقوف عليه بذل النفس للعمل و لو مع العوض. ثم ذكر هذا القائل أنه إذا بذل المريض الأجرة للطبيب وجب عليه المعالجة و ان لم يبذل مع أداء ترك العلاج الى هلاكه أجبره الحاكم حسبة على بذلها. و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الرابع هو أن الصناعات على هذا الوجه واجبات غيرية، بخلاف الوجه الرابع فإنها عليه واجبات نفسية، و لكن ليس وجوبها بعناوينها الأولية، بل بالعنوان الطارئ عليها، و هو عنوان التحفظ على النظام. و كيف كان فهذا الوجه ايضا فاسد، فإنه لا يجب على المريض بذل الأجرة حتى يجبر عليه مع امتناعه، بل الطبابة واجبة على الطبيب، بذل له الأجرة أم لا، و على ذلك فيكون للمريض و غيره إجبار الطبيب على الطبابة من باب الأمر بالمعروف. و الحاصل أن هذا الوجه على تقدير تماميته يدل على جواز أخذ الأجرة و بذلها، لا على وجوبها، مع ان التفرقة - بين الواجب الغيرى و النفسى بجواز أخذ الأجرة على الأول دون الثاني - غير تامة.

(١) ظاهر قوله سبحانه فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ «١» جواز أخذ المرأة الأجرة على إرضاعها، سواء كان باللباء أو غيره، فإن تمت دعوى منافاة أخذ الأجرة لوجوب الفعل، فلا بد من تقييد الآية بالإرضاع بغير اللبأ. و التعبير بالأجر فيها ظاهر فى ثبوته من جهة المعاوضة، لا أنه حكم شرعى و تعبد خاص كجواز أكل المار من ثمرة طريقه، حتى لا يمكن التعدى، كما لا يخفى. (٢) قد تقدم عدم منافاة أخذ الأجرة على عمل مع قصد التقرب فى ذلك

(١) سورة الطلاق (٦٥) الآية (٦)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٦

.....

العمل، و أنه لو كان سائر شرائط الإجارة حاصله لما كان اشتراط قصد التقرب فيه موجبا لبطلانها، حيث أن الأجير لو أتى بالعمل - بداعى استحقاق الأجرة شرعا لثلا يبقى الدين على عهده و يتلى يوم القيمة بحسابه - كان هذا بنفسه نحو تقرب الى الله سبحانه، لا أنه ينافى التقرب فى ذلك العمل، و على ذلك فلو استأجر من يصلح للإمامة لإعادة صلاته حتى يقتدى به، صح الاستيجار، و لا ينافى قصد التقرب المعتبر فى أصل الصلاة و إعادتها.

نعم الاستيجار للعبادة لله سبحانه - أصاله و إهداء ثوابها للآخر - يحتاج الى دليل على المشروعية. لا مشروعية الاستيجار فقط، بل مشروعية إهداء الثواب و نفوذه و قد قام الدليل عليها فى الصلاة و الحج و الصدقة و نحوها فى الجملة و بعد الدليل على المشروعية يجوز المعاملة على الإهداء بنحو الهبة المشروطة، حيث أن المعاملة عليه بنحو الاستيجار لا يخلو عن مناقشة، كما أن النيابة تحتاج الى دليل على المشروعية فى الأفعال التى لا تنتسب الى غير الفاعل، و لا تقبل التوكيل كالصيام و الاغتسال و نحوهما، لا فى مثل الحلق و الذبح و نحوهما من الأفعال التى تنتسب الى غير المباشر بالتوكيل، فإن النيابة فيها مقتضى الإطلاق فى خطاب الأمر بتلك الأفعال.

ثم انه ليست النيابة منحصرة بتنزيل النفس منزلة الغير كما يظهر من المصنف (ره) بل النيابة فى مثل الصلاة و الصوم عن الميت كأداء دين الغير. فكما أن من تقوم بأداء دين غيره لا ينزل نفسه منزلة المدين، بل يقصد الأداء بما فى ذمته كذلك المصلى عن الغير يقصد

الصلاة التي في ذمة الميت، و تلك الصلاة لم يؤخذ فيها قيد المباشرة، كما أخذ هذا القيد في الصلاة التي في عهدة الحي، كما هو ظاهر خطابات التكليف. و لذا لا تصح النيابة عن الحي في الصلاة و نحوها. و في صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال: «سألته عن رجل أدركه إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٧

.....

رمضان و هو مريض، فتوفى قبل أن يبرأ قال: ليس عليه شيء، و لكن يقضى عن الذي يبرأ ثم يموت قبل أن يقضى» (١) فإن ظاهرها اشتغال عهدة الميت، و فعل الآخريين قضاء عنه، و لا يكون ذلك الا لعدم اعتبار المباشرة فيما يعتبر في عهدة الميت و يترتب على كون النيابة هي التنزيل أو ما ذكرناه إمكان الاستدلال- على عدم منافاة أخذ الأجره على عمل مع التقرب المعتبر فيه- بما ورد في جواز الاستيجار للحج و العمرة، فإنه بناء على إنكار التنزيل تكون الأجره بإزاء نفس الحج و العمرة و أما بناء على التنزيل، فقد تقدم عن المصنف (ره) دعوى أن الأجره بإزاء التنزيل لا الحج و العمرة. و التنزيل أمر مستحب توصلي، فلاحظ.

(لا- يقال) و يترتب أيضا أنه إذا ارتكب النائب عن الغير في الحج حال إحرامه موجب الكفارة كانت الكفارة على المنوب عنه (فإنه يقال): بل تجب على النائب على التقديرين، فان المتزل منزلة فعل المنوب عنه هو نفس الإحرام و سائر أعمال الحج لا ما يرتكبه النائب في أثنائها كما لا يخفى. و فيما إذا لم يكن على المنوب عنه اشتغال أصلا، كما في الحج أو الصلاة ندبا عن الميت، فيمكن في مثلهما القول بالتنزيل كما لا يخفى.

و الحاصل أنه ورد في النيابة عن الغير في الحج و العمرة بنحو الاستيجار بعض الروايات، و حملها على الاستيجار على المقدمات خلاف ظاهرها، بل مقتضى الحمل المزبور يعنى وقوع الإجارة على نفس المقدمات هو استحقاق الأجره بالإتيان بها، و ان لم يترتب عليها ذوها. و في موثقه عمار بن موسى الساباطى عن ابى عبد الله (ع)، قال: «سألته عن الرجل يأخذ الدراهم ليحج بها عن رجل، هل يجوز أن ينفق منها في غير الحج؟ قال إذا ضمن الحجته، فالدراهم له يصنع بها

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٧) الباب: (٢٣) من أبواب أحكام شهر رمضان- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٨

ثم انه كما يستحق الغير بالإجارة (١)

ما أحب و عليه حجة» (١) حيث أن ظاهرها وقوع المعاملة على نفس الحج كما هو معنى ضمانه، و بما انه لا يحتمل الفرق بين الحج و سائر العبادات التي قد أحرزت مشروعية النيابة فيها، كقضاء الصلاة و الصوم و نحوهما عن الميت، فيكون الاستيجار عليها كاستيجار للحج.

(١) ذكر (ره) أنه كما لا يجوز تملك العمل الواجب عليه للغير بالأجره، كذلك لا يجوز صرف ما يملكه الغير عليه لنفسه، بأن يأتي لنفسه بعنوان العبادة ما استحقه الغير عليه، كما إذا استوجر لإطافة صبي أو مغمى عليه، فلا يجوز أن ينوى الإطافة طوفا لنفسه أيضا، و كذا فيما إذا استوجر لحمل الغير في طواف ذلك الغير فلا- يجوز أن ينوى لنفسه الطواف في تلك الأشواط. و هذا هو المراد من الاستيجار للحمل مطلقا، و جوز بعضهم الطواف لنفسه فيما إذا استوجر لحمل الغير في طواف نفسه، و هذا هو المراد من الاستيجار للحمل في طوافه، و وجه الجواز في هذه الصورة عدم كون الأشواط للغير، بل ما يملكه الغير عليه هو نفس الحمل فيها، نظير ما إذا استوجر لحمل شيء آخر فيها بخلاف صورتين الأولتين، فإن الأشواط فيهما مستحقة للغير.

(أقول): الصحيح هو عدم الفرق بين الصور الثلاث، فيجوز أن ينوي فيها الطواف لنفسه، وذلك فإن كون شخص أجيرا في عمل لا يقتضى إلا- تملك ذلك العمل فقط للمستأجر، لا بمقدماته ومقارناته، ولذا يجوز اجارته نفسه لآخر فيهما، وعلى ذلك فالحركة المخصوصة مقدمة لإطافة الغير، أى جعل الغير طائفا، كما أنها مقدمة لحمل الآخر فى طواف ذلك الآخر، فيجوز صرفها لنفسه بقصده الطواف لنفسه.

نعم لو استوجر للحمل لا فى طوافه بأن يكون أجيرا لحمل المستأجر بشرط

(١) وسائل الشيعه: الجزء (٨) الباب (١٠): من أبواب النيايه فى الحج- الحديث: (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٢٩٩

قال فى المسالك هذا إذا كان الحامل (١).

أن لا يكون الحامل طائفا حال الحمل. وهذه صورة رابعة، فقصد الحامل فيها الطواف لنفسه مخالفة للشرط، و باعتبارها يكون منهيها عنه فيفسد. و يحتمل أن يكون هذا الاشتراط تقييدا لمتعلق الإجارة، بأن يملك المستأجر الحمل عليه حال عدم طوافه لنفسه و بقصد كل من الحامل و المحمول الطواف ينتفى مورد الإجارة فلا- يستحق على المستأجر شيئا، و ترك الحامل مورد الإجارة و ان كان محرما، إلا أن طوافه لنفسه لا يكون منهيها عنه حتى يفسد، و وجه عدم النهى عنه عدم اقتضاء الأمر بالشىء النهى عن ضده الخاص، فلا بد فى الحكم من ملاحظة أن العقد على الاشتراط أو على التقييد.

ثم إنه ليس مما تقدم ما إذا حج الأجير لنفسه ندبا فى سنة الإجارة، و ذلك فإن تركه الحج عن المنوب عنه و إن كان من ترك الواجب، لوجوب تسليم العمل المملوك للغير اليه، إلا- أن الحج لنفسه فى تلك السنة ضد خاص لما وجب عليه بالإجارة، و الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص، بل يمكن شمول الاستحباب لذلك الضد بنحو الترتب.

ثم إنه لو قيل بأن مقتضى الإجارة على عمل تملكه بمقدماته، فلا بأس أيضا بقصد الطواف لنفسه فى الصورة الثلاث المتقدمة، باعتبار أن قصد الأجير الطواف لنفسه بحركته الاستقلالية فيها من قبيل الانتفاع بملك الغير، لا التصرف فيه، و الانتفاع بملك الغير ما لم يمكن تعديا و تصرفا فيه غير ممنوع، كالاستغلال بظل الغير أو الاستئارة بنوره و هكذا و هكذا.

(١) أى جواز احتساب حركته المخصوصة و قصده بها الطواف لنفسه يختص بالموارد التى لا يملك المحمول فيها تلك الحركة، كما إذا كان الحامل متبرعا أو حاملا بجعالة، حيث لا يملك فى الجعالة باذل العوض العمل على الآخر، أو كان أجيرا للحمل فى طوافه، بمعنى أنه آجر نفسه للغير لحمله حال الطواف لنفسه، فإنه يمكن فى جميع ذلك أن ينوى كل من الحامل و المحمول الطواف لنفسه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٠

.....

و أما إذا استؤجر للحمل مطلقا، أى أنه آجر نفسه لحمل الغير، و لم يقيد فى الإجارة بكون الحمل حال الطواف لنفسه، فلا يصح ان ينوى الحامل الطواف لنفسه، لان حركته المخصوصة مستحقة للغير فى صورة الإطلاق، باعتبار توقف طواف المحمول عليها، فلا يصح صرف تلك الحركة لنفسه.

و أورد الإيروانى (ره) على الفرق و ذكر أنه لا- يختلف الحكم بين كونه أجيرا لحمل الغير فى طواف نفسه، و بين كونه أجيرا لحمل الغير بلا- تقييد، بكون الحمل حال طواف نفسه، و وجه عدم الاختلاف أنه لو كان أجيرا لحمل الغير على نحو الاشتراط و التعليق، بمعنى انه على تقدير طوافه لنفسه كان عليه أن يحمل الغير، فهذا من التعليق فى الإجارة، و ان كان أجيرا لحمله لا على نحو الاشتراط

و التعليق استحق المستأجر عليه الحركة المخصوصة باعتبار توقف الحمل عليه، و لا- يجوز للأجير أن ينوي بتلك الحركة الطواف لنفسه.

و لكن الصحيح كما ذكرنا عدم دخول مقدمات الحمل في متعلق الإجارة، فإن إطفاء الصبي أو المغمى عليه هي جعل الصبي أو المغمى عليه طائفا فيعتبر فيهما شرائط الطواف من الطهارة و غيرها.

و بعبارة أخرى يكون طواف الصبي أو المغمى عليه هي الحركة التبعية، و حركة الأجير مقدمة لطوافهما، و كذا الحال في اشتراط حمله في طوافه أو مطلقا و إلزام الأجير- بالمقدمة على تقدير امتناعه- لا يقتضى دخول تلك المقدمة في ملك المستأجر، ليكون صرفها على نفسه من التصرف في ملك الغير، فيكون منهيها عنه.

و مما ذكرنا يظهر أنه ليس الجواز لبعض الروايات الواردة في إطفاء الصبي أو غيره في طواف نفسه، و وجه الظهور عدم فرض الاستيجار في موردها لتصلح جوابا عن المناقشة بأن صرف الأجير الحركة المخصوصة على نفسه من التصرف فيما يستحقه الغير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠١

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه (١)

(١) قد بنى (ره) على أن أخذ الأجرة على عمل لا يجتمع مع قصد التقرب بذلك العمل، سواء كانت عبادة واجبة أو مستحبة، و فرع على ذلك عدم جواز أخذ الأجرة على الأذان، فإنه لا ينتفع الغير به كإحراز دخول الوقت، أو الاكتفاء به في الصلاة، يقع مورد الإجارة، و لكن بما أنه من قبيل العبادة، فلا- يصح أخذ الأجرة عليه، حتى فيما إذا كان للإعلام فقط، بناء على أن أذان الإعلام أيضا كأذان الصلاة من العبادة، بمعنى أن الإعلام بدخول الوقت مستحب كفاي، و لا يحصل هذا الإعلام إلا بالأذان الواقع بنحو العبادة.

و بعبارة أخرى لا يصح الاعتماد عليه في دخول الوقت إلا فيما وقع على نحو العبادة، و لا يكون طريقا معتبرا إلى دخولها في غير هذه الصورة، و يذكر في المقام روايات يستظهر منها عدم جواز أخذ الأجرة عليه، كموثقة زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السلام «أنه أتاه رجل، فقال له: و الله إنني أحبك لله، فقال له: و لكني أبغضك لله، قال: و لم؟ قال: لأنك تبغى في الأذان و تأخذ على تعليم القرآن أجرا» (١) و في سندها عبد الله بن منبه و الظاهر أنه اشتباه من النسخ.

و الصحيح منبه بن عبد الله. و قد ذكر النجاشي أن حديثه صحيح، و وجه الصحة كون الراوى عنه محمد بن الحسن الصفار الذى يروى عن المنبه في سائر الروايات و لكن في دلالتها على عدم الجواز تأمل، فإن بغضه عليه السلام يمكن لاستمراره على الكراهة، و يشهد لها ما في ذيلها (و سمعت رسول الله (ص) يقول من أخذ على تعليم القرآن اجرا كان حظه يوم القيمة: فإن التعليل يناسب الكراهة كما لا يخفى.

و عن السيد الخوئي طال بقاه أن دلالتها على المنع بضميمة ما ورد من أنه عليه السلام لا يبغض الحلال، و فيه أنه لم أظفر على رواية معتبرة يكون ظاهرها ذلك. نعم ورد في روايات الربا أنه عليه السلام كان لا يكره الحلال، و ظاهرها خلاف

(١) و سائل الشيعة الباب: (٣٠) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٢

و من هنا يظهر وجه ما ذكره في هذا المقام (١)

المقطوع، فإنه عليه السلام كان يكره المكروهات الشرعية قطعا، مع كونها محللة. و حسنة حمران الواردة في فساد الدنيا و فيها قال (ع): «و رأيت الأذان بالأجر و الصلاة بالأجر» (١).

و فيه انه لا دلالة لها ايضا على المنع، بل و لا دلالة على الكراهة، فإنها في مقام بيان علامة فساد الأرض، لا بيان موجبات فسادها، و يمكن كون الحلال المخصوص علامة لفسادها، كقوله عليه السلام فيها «و رأيت المؤمن صامتا لا يقبل قوله» فان صمت المؤمن مع عدم قبول قوله لا يكون حراما، بل و لا مكروها. و روايتي محمد ابن مسلم و العلاء بن سيبان عن ابي جعفر عليه السلام، قال: «لا تصل خلف من يتغى على الأذان و الصلاة أجرا، و لا تقبل شهادته» (٢) و لا بأس بدلالتهما على المنع فان الحكم بفسق آخذ الأجر على الأذان أو الصلاة المراد بها الإمامة لا يكون الا مع حرمة الفعل أو بطلان المعاملة، إلا أنهما ضعيفتان سنداً. و إن وصف السيد اليزدي (ره) رواية محمد بن مسلم بالصحيحة، و الأظهر أنه لا بأس بأخذ الأجر على الأذان و تعليم القرآن، لعدم المنافاة بين أخذ الأجر على عمل، و كونها عبادة مع أن تعليم القرآن ليس من العبادة و الروايات، كما مرت ضعيفة سنداً أو دلالة، و لكن الأحوط الترك و الله سبحانه هو العالم.

(١) الوجه هو ذكر الصلاة في حسنة حمران و قد تقدم ظهورها في الأجر على الإمامة، و لكن ذكرنا عدم دلالتها على المنع. و أما ما ذكره (ره) - من أن الانتفاع بالإمامة موقوف على تحققها بقصد الإخلاص إذ المأموم لا يجوز له الاقتداء إلا بإمام تكون صلاته صحيحة، و قصد الإخلاص لا يجتمع مع أخذ الأجر - فلا يمكن المساعدة عليه، فان ما يفيد الغير في المقام هي صحة صلاة الإمام، حتى يقتدى بصلاته.

و أما كون إمامته بالقرب، فلا يعتبر في جواز الاقتداء و على ذلك فلو كان المكلف

(١) وسائل الشيعة: الباب (٤١) من أبواب الأمر بالمعروف بالحديث (٦)

(٢) وسائل الشيعة الجزء الباب (٣٢) من أبواب الشهادات - الحديث (٦٠٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٣

تحمل الشهادة (١)

بحيث يأتي بالصلاة بداعي الأمر بها و لو منفردا، و لا يأتي بها حتى مع إعطاء الأجر عليها لو لا أمر الشارع بها، فيكون أخذ أجرته على خصوصية صلاته لا على أصلها، و تلك الخصوصية لم تؤخذ في متعلق الأمر بالطبيعة، فلا بأس بذلك الأخذ غاية الأمر لا يثاب على إمامته فتدبر.

(١) تعرض (ره) لأخذ الأجر على تحمل الشهادة، و ذكر عدم جوازه بناء على وجوب التحمل عند الدعوة إليه، كما هو مقتضى الصحيح الوارد في تفسير قوله سبحانه و لا يَأْبُ الشُّهُدَاءُ إِذِ مَا دُعُوا (١) و كذا لا يجوز أخذ الأجر على أدائها و الوجه في عدم الجواز هو كون كل من الأداء و التحمل حقا للمشهود له، فيستحقهما على الشاهد، فيكون أخذ الشاهد الأجر على الأداء أو التحمل من مبادلة حق شخص بمال ذلك الشخص. و هذا أكل المال بالباطل، بل ينطبق عنوان الأكل بالباطل حتى فيما لو أخذ المال عن آخر يجب عليه أيضا الأداء أو التحمل كفاية، حيث أن طلب المال لأداء حق الغير اليه، سواء كان المطلوب منه المال، صاحب الحق أو غيره أكل لذلك المال بالباطل.

(أقول) في كون الاستجابة للتحمل أو الأداء مجانا حقا للمشهود له تأمل. و ذكر السيد الخوئي طال بقاء أن الوجه في عدم جواز أخذ الأجر استفادة المجانية من دليل وجوبهما، فان قوله سبحانه - و لا يَأْبُ الشُّهُدَاءُ إِذِ مَا دُعُوا مع الإغماض عن الرواية أيضا يعم الدعوة الى التحمل و الأداء. و مقتضى إطلاق النهي عدم جواز الإباء حتى مع عدم بذل الأجر.

و فيه أنه يمكن دعوى كون متعلق النهي الدعوة المتعارفة و إذا كانت الدعوة المتعارفة الى التحمل أو الشهادة بالأجر كانت الدعوة إليها كالدعوة إلى الخياطة أو البناء في أن وجوب استجابتهما لا يقتضى المجانية. و يشهد لذلك ملاحظة صدر الآية، فإن قوله

(١) سورة البقرة (٢) الآية (٢٨٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٤

بقي الكلام في شيء (١)

سبحانه وَلَا يَأْتِ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ - لا يقتضى وجوب الكتابة على الكاتب مجاناً.

(لا يقال) ان بينهما فرقا فإن الكتابة في الدين مستحبة، فلا بأس بأخذ الأجرة عليها، بخلاف الاستجابة لأداء الشهادة أو تحملها (فإنه يقال): الاستجابة إلى الكتابة مثل الاستجابة للتحمل أو الأداء واجبة، مع أن مقتضى الإطلاق عدم جواز المطالبة بالأجرة للتحمل و الأداء، لا عدم جواز أخذها مع إعطائها كما هو المطلوب في المقام و في مثل الأجرة على القضاء، كما لا يخفى.

هذا و يمكن أن يقال بعدم تعارف أخذ الأجرة على تحمل الشهادة أو أدائها، و ليس لهما مالمية، فيكون أخذها من أكل المال بالباطل نعم لو توقف التحمل أو الأداء على بذل المال لقطع المسافة و نحوه، لم يجب البذل من كيسه، و الوجه في ذلك: أن مقتضى قاعدة نفي الضرر عدم وجوب التحمل أو الأداء في الفرض، حتى فيما إذا قال المشهود له: اصرف المال و على تداركه، فان مجرد التزامه بالعوض لا يوجب انتفاء الضرر، حيث انه ربما لا يصل إليه العوض، لعدم وفاء المشهود له بالتزامه.

(١) ذكر جماعة من الأصحاب في الواجبات و المستحبات التي لا يجوز أخذ الأجرة عليها أنه يجوز ارتزاق مؤديهما من بيت المال، و ليس المراد أخذ الأجرة و العوض من بيت المال على عملهم، فإنه لا فرق في عدم الجواز بين الأخذ من بيت المال أو من غيره، بل يكون إعطاء العوض من بيت المال، باعتبار عدم كونه ملكاً شخصياً للمعطي، اولى بعدم الجواز، فليكن مرادهم أنه إذا قام المكلف بتلك الأعمال التي لا- يمكنه- مع القيام بها- الكسب المناسب، فيقرر له من بيت المال ما يكفيه من مؤنة نفسه و عياله مع فقره، زاد على اجرة عمله أم نقص بعنوان المساعدة، و أما مع غناه، فان كان ذلك العمل واجبا عليه، فلا يجوز لولى المسلمين الإعطاء
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٥

[خاتمة تشتمل على مسائل]

[الأولى: بيع المصحف]

صرح جماعة (١)

من بيت المال، فإن عدالة القاضى تمنعه عن ترك القضاء الواجب عليه، فيكون إعطاؤه مع غناه من إتلاف بيت المال. و هذا بخلاف البذل لمثل المؤذن و الامام الراتب ممن يقوم بالمستحبات، فإنه يجوز فيما إذا كان تركه موجبا لترك الأذان و الإمامة و نحوهما، و لا يكون من إتلاف بيت المال بلا جهة، بل القاضى فيما إذا أراد الارتحال من البلد الى الآخر للقضاء في ذلك البلد، و كانت الحاجة إليه في البلد أشد، فإنه لا بأس بالبذل له، فإنه من صرف بيت المال في سبيل صلاح المسلمين.

(١) ذكر جماعة من القدماء و المتأخرين عدم جواز بيع المصحف، و مرادهم- كما أوضح في الدروس- بيع خطه، و كانت حرمة بيعه مشهورة بين الصحابة على ما هو ظاهر نهاية الأحكام، حيث تمسك في إثباتها باشتهارها بين الصحابة، و يدل عليه ظاهر جملة من الروايات.

(منها) - رواية سماعه عن الشيخ (ره) بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي عبد الله الرازي عن الحسن بن علي بن أبي حمزة عن زرعة عن سماعه بن مهران قال: «سألت أبا عبد الله (ع) يقول: لا تبيعوا المصاحف، فإن بيعها حرام، قلت: فما تقول في شرائها؟ قال: اشتر منه الدفتين والحديد والغلاف، وإياك أن تشتري منه الورق، وفيه القرآن مكتوب» (١) و هي ضعيفة، وليست بالموثقة، فإن أبا عبد الله الزراري هو محمد بن أحمد الجاموراني الزراري، وقد استثناه ابن الوليد عن روايات محمد بن أحمد بن يحيى، وفي استثنائه دلالة على ضعفه، كما ان ضعف الحسن بن علي بن أبي حمزة أظهر من أن يذكر، فتوصيف المصنف (ره) الرواية بالموثقة غير تام.

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٣١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٦

.....

(منها) - رواية عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله (ع)، قال: «سمعتة يقول: أن المصاحف لن تشتري، فإذا اشتريت، فقل إنما اشتري منك الورق، وما فيه من الأديم، وحليته، وما فيه من عمل يدك بكذا وكذا» (١) وفي موثقة سماعه عن أبي عبد الله (ع)، قال: «سألته عن بيع المصاحف و شرائها؟ قال: لا تشتري كتاب الله، ولكن اشتر الحديد والورق والدفتين، و قل: أشترى منك هذا بكذا وكذا» (٢).

ولكن في مقابلها ما يظهر منه الجواز، كصحيحة أبي بصير، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها؟ فقال: إنما كان يوضع عند القامة والمنبر، وقال: كان بين الحائط والمنبر قدر ممر شاء أو رجل، وهو منحرف، فكان الرجل يأتي فيكتب البقرة، و يجيء آخر، فيكتب السورة كذلك كانوا، ثم إنهم اشتروا بعد ذلك، فقلت: فما ترى في ذلك؟ قال: أشتره أحب الي من أن أبيع» (٣) ونحوها موثقة روح بن عبد الرحيم، وزاد فيها «قلت: فما ترى أن اعطى على كتابته أجرا؟ قال: لا بأس، ولكن هكذا كانوا يصنعون» (٤).

ومقتضى الجمع بين الطائفتين هو حمل المانعة على الكراهة. ولكن ذكر المصنف (ره) أن صحيحة أبي بصير لا تصلح ان تكون قرينة على صرف النهي في سائر الروايات إلى الكراهة، فإن مدلولها أنه لم يكن في الصدر الأول تحصيل المصاحف بالشراء، وانما حدث ذلك أخيرا. و أما كيفية بيعها و شرائها و هل هو مثل سائر الكتب أم لا؟ فلا دلالة لها على المماثلة الا بالإطلاق أى السكوت في مقام البيان فيرفع اليد عن ذلك بمثل رواية عبد الرحمن المتقدمه الدالة على الكيفية المعبرة في بيع المصاحف و شرائها، بل هذا الإطلاق أيضا يمكن منعه بعدم كون الرواية

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٣١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١).

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٣١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٢).

(٣) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٣١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٨).

(٤) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٣١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٤).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٧

بقي الكلام في المراد من حرمة البيع (١).

في مقام البيان من جهة الكيفية ليتمكن دعوى إطلاقها.

و بهذا يظهر الحال في رواية عنبسة الوراق، قال: «سألت أبا عبد الله (ع)، فقلت: إنى رجل أبيع المصاحف، فإن نهيتنى لم أبعها، فقال أ لست تشتري ورقا و تكتب فيه؟ فقلت: بلى و أعالجها، فقال لا- بأس بها» (١) فان ظهور هذه في جواز بيع المصاحف كسائر الكتب بالإطلاق و بالسكوت في مقام البيان، فيرفع اليد عنه بالبيان الوارد في الروايات المتقدمة.

(أقول): لا بد من رفع اليد عن الاخبار المانعة بحملها على الكراهة، فإنه قد ورد في موثقة روح بن عبد الرحيم المتقدمة نفى البأس عن الكتابة بالأجر، و لو لم يكن لخط القرآن مالمية، باعتبار عظمتها لم تكن كتابته من الأعمال التي لها قيمة. و الحاصل أنه لا يحتمل الفرق بين الأجر على كتابة القرآن و بين بيعه، و جواز الأول كاشف عن جواز الثاني. هذا مع أن ظاهر السؤال في مثل صحيحة أبي بصير بقوله (فما ترى في شرائها) هو السؤال عن جواز شراء المصاحف بالنحو المتعارف في سائر الكتب، فيكون جوابه عليه السلام بالجواز راجعا الى ذلك النحو، و هذا من الظهور الوضعي لا الإطلاقي ليتوقف على تمامية مقدماته، و ذلك فإن دلالة اللفظ الموضوع للكتاب عليه بالوضع و اضافة البيع اليه ظاهرة بمقتضى وضع الإضافة، في تعلقه بعنوان ذلك الكتاب كما لا يخفى.

(١) لا- يخفى أن المصحف كسائر الكتب تكون خطوطه وصفا مقوما له، و لا- يمكن كون الوصف مطلقا مقوما كان أم غيره ملكا لشخص، و موصوفه ملكا للآخر. بل لو كان الوصف في الشيء حاصلًا بعمل الآخر، و كان بأمر من مالك

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) باب: (٣١) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٨

.....

ذلك الشيء أو باستجاره فيستحق العامل الأجرة عليه، و الا فلا احترام لفعله، و لا يكون له على مالكة أجرة أصلا، و على ذلك فلو كان النهي عن بيع المصاحف لزوميا كان المراد بمتعلق النهي، ملاحظة خطوطها في أخذ العوض عليها، على ما تقدم سابقا في النهي عن بيع الجارية المغنية، و في النهي عن بيع آلات اللهو.

و الحاصل ان المراد بالنهي عن بيع المصاحف هو المنع عن بيع الأوراق بملاحظة كونها موصوفة بالكتابة القرآنية. و بهذا يظهر أن ما ذكره المصنف (ره)- من أن النقوش ان لم تعد من الأعيان المملوكة عرفا، بل من صفات المنقوش الذي تتفاوت قيمته بوجودها و عدمها، فلا حاجة الى النهي عن بيع الخط، فإنه لا يقع بإزائه جزء من الثمن ليقع في حيز النهي- لا يمكن المساعدة عليه، لما ذكرنا من كون الخطوط وصفا مقوما، نظير بيع آلات اللهو، و ان النهي مقتضى عدم جواز لحاظ هذا الوصف في مقام المبادأة، على ما تقدم في بيع الآلات.

نعم ذكرنا أنه لا- بد من حمل النهي على الكراهة أى على كراهة إيقاع المعاملة على المصحف بما هو مصحف، و أن اللازم في التخلص من هذه الكراهة جعل الثمن بإزاء الأوراق بما هي أوراق، و الثمن المأخوذ و ان كان زائدا على ثمن الأوراق، و الزيادة بداعي اتصاف تلك الأوراق بالكتابة القرآنية، الا أنه لا يذكر هذه الجهة في العقد، بل يذكر فيه عنوان الأوراق و الحديد، و بعد انتقال الأوراق إلى المشتري يكون مالكا لها بما هي مصحف، حيث تقدم تبعية الخطوط، و انه لا يمكن كونها ملكا لشخص، و الأوراق ملكا لآخر.

(لا- يقال) لا فرق بين النهي في المقام و بين النهي عن بيع آلات اللهو، غاية الأمر عدم المالمية في تلك الآلات باعتبار خستها، و في المصحف باعتبار عظمتها، كما يرشد الى ذلك، قوله في مضمرة عثمان بن عيسى: «لا تشتري كلام الله» و على ذلك يكون النهي عن

بيع المصحف نظير النهى عن بيع تلك الآلات حقيقياً، لا راجعاً إلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٠٩

ثم إن المشهور بين العلامة (١)

صورة العقد كما تقدم، نعم يجوز بيع الأوراق والحديد من المصحف نظير بيع المواد من الآلات.

(فإنه يقال) إن تجويز بيع المصحف في صحيحه أبي بصير المتقدمه و تجويز أخذ الأجره على كتابته في موثقه روح بن عبد الرحيم قرينه على اختلاف الحكم في المقام، و أن إيقاع المعامله على المصحف كإيقاعها على سائر الكتب مكروه، و لا بد من التخلص عن الكراهه من إيقاعها على الأوراق والحديد، فيكون هذا حكماً راجعاً إلى صورة العقد، و لا يتعين بيع المصحف بقيمة الأوراق و الحديد، كما كان يتعين ذلك في بيع الآلات، على تأمل كما لا يخفى.

و أما ما ذكره المصنف (ره) - من فرض كون خطوط المصحف من الأعيان في مقابل أوراقه - فغير صحيح، و على تقديره فيرد عليه ما أورده (ره) من انه لو قيل ببقاء تلك الخطوط على ملك البائع بعد بيعه الأوراق، لزم شركة البائع و المشتري في المصحف بالقيمه، و لا يمكن الالتزام بها. و ان انتقلت إلى المشتري، فان كان انتقالها بجزء من الثمن فهو عين بيع المصحف، و لا يكون للنهي عنه معنى الا - الحمل على الكراهه، و ان كان انتقالها قهراً تبعاً للأوراق، فهو خلاف مقصود المتبايعين، فان قصدتهما إعطاء العوض و أخذه في مقابل المصحف المركب من الأوراق، و الخطوط، فلا بد من إرجاع النهى إلى التكليف الصوري أى التكليف الراجع إلى صورة المعامله، بأن يجعل الخطوط فيها بعنوان الشرط في البيع، لا الجزء من المبيع.

(١) المشهور بين العلامة و المتأخرين عنه - على ما قيل - عدم جواز بيع المصحف من الكافر، حتى بالوجه الذي يجوز بيعه من المسلم بذلك الوجه، و احتمال المصنف (ره) أن يكون مستندهم في عدم الجواز أمرين (الأول) فحوى ما دل على عدم جواز تملك الكافر المسلم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٠

.....

(أقول) الفحوى ممنوعه، فإنه لو كان أصل الحكم ثابتاً بان لا يصح تملك الكافر العبد المسلم، فهو باعتبار أن - ملك الكافر المسلم و عدم تمكن المسلم على تصرفاته و أفعاله إلا برخصه منه - ولاية للكافر على المسلم، و لا يجرى ذلك في ملك الكافر المصحف، و بعبارة أخرى لو لم يكن هذا هو الملاك جزماً فلا أقل من احتمال كونه الملاك، و معه لا يمكن دعوى الفحوى. و أما أصل الحكم فإنه روى الشيخ (ره) في نهايته عن حماد بن عيسى عن ابي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه، و لا تقروه عنده «١» فيقال ظاهر هذه الرواية عدم سلطان للكافر على إقرار المسلم في ملكه.

فيه أنه لا بد في المسأله من الاعتماد على وجه آخر، فان هذه الرواية لضعف سندها بالرفع لا يمكن الاعتماد عليها (لا يقال): سند الشيخ الى حماد مذکور في المشيخه، و ليس فيه ضعف (فإنه يقال) لم يحرز أن الشيخ رواها في النهايه عن كتاب حماد، و ملاحظه المشيخه تنفع فيما إذا أحرز أن روايته عن كتابه، و الإحراز بالإضافه إلى روايات التهذيب و الاستبصار فقط، لذكره في أول التهذيب ببدء الروايه باسم صاحب الكتاب الذي يروى عنه، و بدوّه - (ره) في التهذيب بمحمد بن يحيى مرفوعاً عن حماد - قرينه على عدم أخذه الروايه من كتاب حماد و الا لكان المناسب بدء السند به لا بمحمد بن يحيى و لعل قوله سبحانه لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً «٢» كاف في ذلك الحكم، فتأمل.

(الأمر الثاني) قوله (ع): (الإسلام يعلى ولا يعلو عليه) أقول هذا نبوي مرسل، ولا يمكن الاعتماد عليه، و مدلوله إن كان إثبات العلو للإسلام بحسب مقام الإثبات و البرهان، فهذا صحيح، و لكن لا يرتبط بالمقام، و إن كان علوه بحسب

(١) الوسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٢٨) من أبواب عقد البيع - الحديث (١)

(٢) سورة النساء (٤) الآية: (١٤١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١١

المحترم لاسمائه (١) الدراهم المضروبة (٢)

[الثانية جوائز السلطان و عماله]

إشارة

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ١، ص: ٣١١

جوائز السلطان و عماله (٣)

[الأولى ما لا يعلم بأن في جملة أموال هذا الظالم ما لا محرما يصلح لكون المأخوذ منه]

تشريع الأحكام، فهذا لا يقتضى عدم جواز بيع المصحف للكافر، فان مجرد تملكه لا يكون علوا للكفر على الإسلام، كما أن مجرد تملك مسلم الإنجيل لا- يكون علوا للإسلام على الكفر. نعم لا- يجوز إعطاء المصحف بيد الكافر، فيما إذا كان الإعطاء تعريضا للمصحف الشريف للنجاسة الموجبة لهتكه، و هذا غير بحث الملكية الحاصلة بالبيع و نحوه.

(١) بصيغة الفاعل أى الكافر الذى يرى الحرمة لاسمائه تعالى.

(٢) بناء على تسرية الحكم، فلا يجوز بيع الدراهم من الكافر، حتى فيما إذا لم تكن مالية للسكة الموجودة عليها، كالدراهم المأخوذة للتبرك و المكتوب عليها اسم النبي (ع) أو غيره من المعصومين عليهم السلام، فان بيعها باعتبار موادها أى الذهب و الفضة و إن كان نظير بعض الحلويات أو الصابون المصنوع بصورة الحيوان، فيباع فى السوق باعتبار موادها، إلا ان المفروض فى المصحف عدم جواز بيعه من الكافر، حتى باعتبار أوراقه و حديده، و لازم التعدى إلى الدراهم المفروض التبرك بسكتها عدم جواز بيعها حتى باعتبار مادتها.

(٣) للمال المأخوذ من الجائر أو عماله مجانا أو معاوضة صور أربع: (الأولى) عدم العلم تفصيلا و لا إجمالا بوجود الحرام فى أمواله (الثانية) عدم العلم لا تفصيلا و لا إجمالا بالحرام فى المأخوذ منه مع العلم الإجمالى بالحرام فى أمواله (الثالثة) العلم تفصيلا بحرمة المأخوذ منه، و أنه ليس للجائر (الرابعة) العلم إجمالا بوجود الحرام فى المأخوذ منه، و أنه مشتمل على مال الغير.

أما الصورة الأولى فقد ذكر المصنف (ره) فيها جواز الأخذ و التصرف، للأصل و الإجماع و الاخبار الآتية، و ينبغى أن يراد بالأصل قاعدة اليد، فان مقتضاها كون الجائر مالكا لما فى يده، فيكون تصرفاته فيه نافذة. و أما أصالة الصحة فلا يمكن إجراؤها مع الإغماض

عن قاعدة اليد، فإنها لا تجرى فيما إذا لم تحرز سلطنة الشخص

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٢

.....

شرعا على التصرف، كما في المقام، فإنه لا دليل على اعتبارها غير السيرة الجارية على حمل المعاملات الصادرة عن الغير على الصحة، و المقدر المحرز من السيرة موارد إحراز السلطنة، و على ذلك فمن المحتمل ان لا يكون الجائر سلطانا على تملك المال المفروض باعتبار عدم كونه مالكا له. و أما الاستصحاب، فمقتضاه عدم جواز الأخذ، و عدم كون المال ملك الجائر و الإجماع لا يصلح للاعتماد عليه، فإنه لا يكون إجماعا تعديا، بل من المحتمل - لو لم يكن من المقطوع به - أن المدرك لافتائهم بالجواز قاعدة اليد أو غيرها، كما لا حاجة في هذه الصورة الى الاخبار، فإن الجواز على القاعدة، إلا أن يراد أن في الأموال المأخوذة من السلطان الجائر أو عماله شبهة حرمة تكليفا، حتى فيما إذا أحرز باليقين بأن المأخوذ ملكه شخصا، و هذه شبهة مدفوعة بأصالة الحل و الاخبار الآتية.

ثم ذكر المصنف (ره) أنه ربما يوهم بعض الاخبار أن حل المال في هذه الصورة مشروط بثبوت مال حلال للجائر، كرواية الاحتجاج عن الحميري أنه «كتب الى صاحب الزمان عجل الله فرجه يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف، مستحل لما في يده، و لا يتورع عن أخذ ماله، ربما نزلت في قرية هو فيها أو أدخل منزله، و قد حضر طعامه، فيدعوني إليه، فان لم آكل عاداني عليه، فهل يجوز لي ان آكل طعامه و أتصدق بصدقة، و كم مقدار الصدقة؟ و إن أهدى هذا الوكيل هدية الى رجل آخر، فيدعوني إلى أن أنال منها، و أنا أعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ما في يده، فهل على فيه شيء إن أنا نلت منه؟ الجواب إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما في يده، فاقبل بره و الا فلا» (١) و لا يخفى أن ظاهر الخبر صورة العلم بحرمة مال الجائر، و فرض مال حلال

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٥١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (١٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٣

[اما الثانية ما يعلم ثبوت الحرام في أمواله و يحتمل كون الجائزة منه]

اما الثانية (١)

له فيها، باعتبار أن لا يكون حرمة المأخوذ محرزة تفصيلا، لا أن وجود مال حلال له شرط تعدي في جواز المأخوذ منه. (١) (الصورة الثانية) و هي ما يعلم ثبوت الحرام في الأموال التي بيد الجائر و يحتمل كون الجائزة من ذلك الحرام، فيجوز في هذه أيضا أخذ الجائزة تكليفا و وضعاً، لجريان قاعدة اليد في الجائزة، و لا تكون معارضة باليد على سائر أمواله، سواء احتمل الأخذ الابتلاء بها بعد ذلك، أم لا، و ذلك فان عدم جواز التصرف بالإضافة إلى سائر الأموال محرز تفصيلا، فإنها إما ملك الجائر واقعا، و باعتبار عدم إذنه في التصرف فيها تكون حراما. و أما ملك لغيره، فلا يجوز التصرف فيها بدون اذن ذلك الغير، و أما بالإضافة إلى الجائزة، فلا - علم بحرمتها، فتكون موردا لقاعدة اليد بلا معارض. نعم في مثل ما إذا خيره الجائر في أخذ أحد أثوابه المعلومه حرمة بعضها إجمالا، يدخل الفرض في الصورة الرابعة.

(لا- يقال): ان العلم الإجمالي في هذه الصورة منجز، و ذلك فان العلم التفصيلي بحرمة سائر أموال الجائر، لكونها ملك الغير أو انها ملكه، و باعتبار عدم إذنه يحرم التصرف فيها، لا يوجب جريان قاعدة اليد في المأخوذ، لسقوطها بالعلم الإجمالي بحرمة المأخوذ أو عدم جواز الاخبار و الشهادة على كون سائر أمواله ملكا له.

والحاصل أن ليدته على سائر أمواله أثرا فعليا، و هو جواز الاخبار و الشهادة على كونه مالكا له (فإنه يقال) إذا علم وجود الحرام فى سائر أمواله، و احتمال كون المأخوذ أيضا حراما، فلا بأس بإجراء قاعدة اليد فى المأخوذ. نعم إذا علم حرمة بعض أمواله و تردد ذلك البعض بين كونه جائزة أو ما هو عند الجائر، فلما ذكر من دعوى العلم الإجمالى بحرمة المأخوذ أو عدم جواز الاخبار بملكية سائر ما فى يده وجهه، فإنه يكون أيضا ليدته على سائر أمواله أثر، و هو جواز الاخبار بكونها ملكا له.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٤

.....

ثم إن هذا الوجه كما ترى يجرى حتى فى الشبهة غير المحصورة، و التى لا يمكن عقلا- فيها ابتلاء المكلف بتمام أطرافها، فلا يحل المأخوذ فيها، لسقوط قاعدة اليد، و يكون عدم الجواز مقتضى استصحاب الفساد.

ثم انه قد صرح جماعة بكراهة أخذ الجائزة من الجائر، و عن العلامة الاستدلال عليها باحتمال كونها حراما فى الواقع، و للنهى عن ارتكاب المشتبه فى مثل قولهم:

(دع ما يريبك) و للترغيب فى تركها فى مثل قولهم: (من ترك الشبهات نجى من المحرمات) و بعضهم زاد على هذا الاستدلال وجوها.

(منها) أن أخذ المال من الجائر و عماله سبب لمحبتهم، فان القلوب مجبولة على حب من أحسن إليها.

و (منها) أنه تترتب على أخذ المال من الجائر أو عماله مفسد لا تخفى، كما يفصح عن ذلك ما فى صحيحة أبى بصير من قوله عليه السلام: «إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا إلا أصابوا من دينه مثله» (١).

و (منها) رواية عبد الله بن الفضل عن أبيه عن الكاظم موسى بن جعفر سلام الله عليه: «و الله لو لا انى أرى من أزواجه بها من عزاب بنى أبى طالب لثلا ينقطع نسله ما قبلتها أبدا» (٢) فإنها ظاهرة فى مرجوحية أخذ المال لو لا الجهة المذكورة.

و لكن لا- يصلح شىء من ذلك لإثبات الكراهة، و ذلك فان ظاهر اخبار الاحتياط و التوقف فى الشبهات هو الإرشاد إلى موافقة التكاليف الواقعية، و الترغيب فى إدراك ثواب طاعتها، و التحرز عن محذور مخالفتها. و هذا لا يختص بخصوص الجائزة، بل يعم كل الشبهات حتى المال المأخوذ من العدول. و أما أن أخذ المال من الجائر يوجب حبه فليس كذلك، فان بين المحبة لهم و أخذ المال منهم العموم من وجه،

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٤٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٥

ثم انهم ذكروا ارتفاع الكراهة بأمر (١) و منها إخراج الخمس (٢)

فقد يأخذه عوضا عن متاعه فى معاملة اضطر إليها. و أما ترتب المفسدة فلا شهادة له فى صحيحة أبى بصير، فإنها ناضرة إلى إعانة الظالم، و كون الشخص من أعوان الظلمة على ما تقدم سابقا.

و رواية قبول الامام عليه السلام هدية هارون، لا يمكن الاعتماد عليها، لضعفها سندا و دلالة، فإنها واردة فى مورد خاص، فلعل المال المفروض كان من المجهول مالكة، و مورده التصديق به عن مالكة، و لو لم يكن صرف ذلك المال فى تزويج عزاب بنى أبى طالب بعنوان الصدقة عن مالكة، لم يكن يأخذه الإمام عليه السلام، و مثل هذا لا يرتبط بالمقام.

و الوجوه التي زادوها على استدلال العلامة مقتضاها- على تقدير تماميتها- كراهة الأخذ حتى مع إحراز كون المال ملك الجائر واقعا، كما أن ما ذكره العلامة مقتضاها كراهة الأخذ حتى مع إحراز كون المال ملك الجائر واقعا، و كراهة الأخذ و التصرف في مطلق المال المشتبه من دون خصوصية للمأخوذ من الجائر.

(١) (الأول) أخبار الجائر بأن المال ملكه واقعا، و لكن قد ظهر مما تقدم أن الكراهة- على تقديرها- لا ترتفع بذلك، فان الموجب لها إما اشتباه المال، و لا يرتفع الاشتباه بأخبار العدل، فضلا عن الجائر، و ما ذكره المصنف (ره)- من أن الموجب للكراهة هو كون المال مظنة الحرمة، و مع أخبار الجائر الثقة بكونه ملكا له يخرج المال عن كونه مظنة الحرمة- لا يمكن المساعدة عليه، فان أخبار الاحتياط و التوقف عند الشبهات لا- تختص بصورة كون المال مظنة الحرام، بل تعم مطلق ما يحتمل حرمة واقعا. و اما الوجوه المذكورة فقد ذكرنا أن مقتضاها ثبوت الكراهة حتى مع العلم بحليّة الجائزة.

(٢) (الثاني) إخراج الخمس عن المال المأخوذ من الجائر و لا يخفى أن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٦

.....

إخراج الخمس في المال المختلط حكم إلزامي لا حكم استحبابي حتى يتعدى الى المقام.

و ثانيا أن الخمس في المال المختلط ثابت بعنوان التصديق بالمال المجهول مالكة، فيما إذا لم يعلم قدر المال و صاحبه، و ليس من الخمس المعروف كما عليه المشهور. و على كل تقدير، فالحكم، باستحباب إخراج الخمس- في المقام المفروض فيه احتمال كون جميع المال حراما واقعا، نظرا الى ثبوته في المال المختلط- قياس مع الفارق، فان التصديق بمقدار الخمس في المال المختلط باعتبار أن عين ذلك إن كان مال الغير فيكون الواجب إيصاله الى صاحبه بالتصدق عنه، و إن كان مال الغير غيره، فيجوز لمن في يده، المال المجهول مالكة، تبديل ذلك المال، و التصديق بالبدل، فالتصدق بالخمس إيصال لمال الغير اليه على كل تقدير، بخلاف المقام المحتمل فيه كون المأخوذ بتمامه مال الغير كما لا يخفى.

و اما الموثقة المسئول فيها عن عمل السلطان- «يخرج فيه الرجل، قال عليه السلام: لا إلا أن لا يقدر على شيء يأكل و يشرب، و لا يقدر على حيلة فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت عليهم السلام» (١)- فلا يمكن الاستدلال بها على استحباب الخمس. و الوجه في ذلك أنه يدور الأمر فيها بين رفع اليد عن إطلاقها و حملها على لزوم بعث الخمس في المقدار الزائد على المئونة، بقريته مثل صحيحة على بن مهزيار الدالة على كون الخمس بعد مؤنة الرجل و عياله، و بين إبقاء الإطلاق على حاله، و حمل الأمر بالبعث على الاستحباب و المتعين هو التقييد كما هو المقرر في بحث الإطلاق و التقييد.

و بهذا يظهر الحال فيما دل على وجوب الخمس في الجائزة، و أنه بقريته أن المال الواحد لا يخمس مرتين، يحمل على كونه بالإضافة إلى الزائد على المئونة.

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) باب (٤٨) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٧

و ان كانت الشبهة محصورة (١)

(١) قد ذكرنا أن العلم الإجمالي يكون في الصورة الثانية منجزا للحرام الواقعي (تارة) و غير منجز له (أخرى) و الجائزة فيها مع عدم منجزيته محكومة لقاعدة اليد، بأنها كانت ملك الجائر، و قد انتقلت الى الآخذ، بخلاف ما إذا كان العلم الإجمالي منجزا، كما إذا أراد

أخذ شيء من تلك الأموال مقاصه، أو أذن الجائر في أخذ شيء منها بنحو التخيير، فإنه لا يجوز مع ذلك العلم الإجمالي. قال في الشرائع: (جوائز السلطان الجائر إن علمت حراما بعينها فهي حرام و ذكر في المسالك في شرح العبارة: (ان التقيد بالعين إشارة إلى جواز أخذها، وإن علم أن في أمواله مظالم، كما هو مقتضى حال الظالم، ولا يكون حكمه حكم المال المختلط بالحرام في وجوب اجتناب الجميع، للنص على ذلك) فيقع الكلام في مراده من النص، فإن أراد الروايات الدالة على الترخيص والبراءة في الشبهات نظير قوله (ع): (كل شيء حلال حتى تعرف الحرام منه بعينه) فقد ذكر المصنف (ره) أن المقرر في محله حكومة قاعدة الاحتياط عليها.

وفيه ما لا يخفى، فإن دليل البراءة بشموله لمورد يكون واردا على قاعدة الاحتياط دون العكس، فإن الموضوع في قاعدة الاحتياط احتمال العقاب، ومع ثبوت الترخيص في ارتكاب مشتبه لا يكون احتمال عقاب أصلا. والصحيح عدم جريان الروايات الدالة على الترخيص في موارد العلم الإجمالي بالتكليف، لاستقلال العقل بكفاية العلم الإجمالي في وصول ذلك التكليف، ولا يمكن الترخيص القطعي في مخالفة التكليف الواصل، فتكون تلك الروايات مقيدة عقلا، وعلى من جوز أخذ الجائزة في صورة العلم الإجمالي المنجز الالتزام بأن الشبهة المحصورة كالشبهة البدوية في عدم تنجز التكليف أصلا، كما عليه شذمه من متأخري المتأخرين، إلا أن لا يكون كلامه ناظرا إلى صورة العلم الإجمالي المنجز، وشيء من هذين لا يناسب تفسير المسالك، فإن ظاهره أن لجائزة السلطان خصوصية مستفادة من النص، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٨

.....

باعتبارها تفتقر عن سائر موارد العلم الإجمالي بالحرام. ولا يجري فيها وجوب الاحتياط الثابت في المال المختلط. وإن أراد من النص صحيحة أبي ولاد، فقد ذكر المصنف (ره) فيها ثلاثة احتمالات، وليس عليها خصوصية لجوائز السلطان، قال أبو ولاد: «قلت لأبي عبد الله (ع)، ما ترى في رجل يلبى أعمال السلطان، وليس له مكسب إلا من أعمالهم وأنا أمر به وانزل عليه، فيضيفني ويحسن الي و ربما أمر لي بالدراهم والكسوة، وقد ضاق صدرى من ذلك؟ فقال: خذ منها فلئك المهنة و عليه الوزر» (١) و الاحتمالات (أولها) كون الواصل إلى الشخص من العامل مالا مشتبه بالشبهة البدوية، فإن العامل المفروض باعتبار حرمة عمله، يكون كسبه محرما، و حلية طعامه أو هديته للغير، باعتبار احتمال كونهما من أمواله الشخصية. بالاقتران أو الشراء في الذمة، لا من أجره عمله.

و (ثانيها) - ان يعلم الآخذ بكون المأخوذ من أجره عمل العامل. و بما أن الأجرة تكون من الخراج أو المقاسمة المباحة للشيعة، فيجوز للأخذ تملكها و التصرف فيها، فله المهنة، بخلاف العامل، فإنه لا يحل له، فيكون عليه وزرها، إذ لو فرض أن المال من غير الخراج و المقاسمة، يكون محرما على الآخذ أيضا، باعتبار كونه إما ملكا شخصيا للسلطان و قد أعطاه للعامل أجره على عمله الحرام، أو ملكا لسائر الناس وقع بيد العامل جورا، فلا يكون الإطعام به أو هديته من المالك الشرعي، حتى يحل للأخذ.

و (ثالثها) كون الواصل من الأموال الموجودة عند العامل المعلوم إجمالا حرمة بعضها، و حلية المأخوذ باعتبار أصالة الصحة الجارية في إطعام العامل

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٥١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣١٩

.....

و إحصانه، و لا تعارض بأصالة الصحة في سائر الأموال التي عنده، لأن أصالة الصحة فيها لا تكون ذات أثر بالإضافة إلى السائل. (أقول) قد مر أنه لا مجرى لأصالة الصحة في أمثال المقام من موارد الشك في السلطنة على التصرف، فإن العمدة في وجه اعتبارها هي السيرة التي لم يحرز جريانها في موارد الشك في سلطنة الفاعل. نعم لا بأس بالأخذ بقاعدة اليد بالإضافة إلى المأخوذ من مثل العامل المفروض، و لا تعارض باليد على سائر الأموال التي عنده على ما مر، كما يمكن أن يكون وجه حل المأخوذ للسائل كونه من المال المجهول مالكة، و قد أجاز عليه السلام تصرف السائل فيه بالتملك أو غيره صدقة عن مالكة، فيكون المال وزرا على العامل لجوره في أخذه، و مهنا للأخذ كما لا يخفى.

و مما ذكرناه يظهر الحال في رواية أبي المغراء أو غيرها قال: «أمر بالعامل فيجيزني بالدراهم آخذها؟ قال: نعم، و قلت أحج بها؟ قال: و حج بها» (١) فان المفروض كون المأخوذ مجرى لقاعدة اليد، و مقتضاها جواز تملك ذلك المال و صحة التصرفات الجارية عليه. (لا يقال): لا بد من حمل الجواز في هذه الاخبار على الحلية الواقعية. و (بعبارة أخرى) تكون مثل صحيحة زرارة و محمد بن مسلم جميعا عن ابي جعفر عليه السلام، قال: «جوائز السلطان لا بأس بها» (٢) خاصة يرفع بها اليد عن عموم ما دل على حرمة أكل مال الغير بلا رضا، و يكون المورد نظير ما ورد في لقطه الحيوان: من جواز تملكها مطلقا، و في لقطه غيره، من جواز تملكها بعد تعريف سنه، و ما ورد في جواز أكل المار من الثمار من طريقه، حتى مع إحراز عدم رضا صاحبه.

(١) الوسائل باب: (٥١) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٢).

(٢) الوسائل باب: (٥٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٠

.....

(فإنه يقال) المراد بالحلية في الروايات المشار إليها هي الظاهرية، بشهادة مثل صحيحة ابي عبيدة الحذاء، قال عليه السلام فيها في جواب السؤال عن الشراء من السلطان: «و ما الإبل إلا مثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه» (١) فإنها شاملة للجائزة. و عدم البأس فيها مقيد بعدم عرفان الحرام، نظير سائر الخطابات المتضمنة للاحكام الظاهرية. و يلزم على القائل بالحلية الواقعية الالتزام بها حتى في صورة العلم تفصيلا بحرمة الجائزة، أخذا بإطلاق نفى البأس عن الجائزة.

و ربما يظهر الالتزام بذلك من المحقق الإيرواني، و لكن مع عدم عرفان مالكة، نعم يمكن دعوى الحلية الواقعية في موردين: (أحدهما) ما إذا أخذ الربا مع جهله بحرمة، بلا- فرق بين كون ذلك الربا مخلوطا بغيره أو متميزا و (ثانيهما) إذا وصل مال الى يد الوارث، مع علمه بأن فيه ربا، فان جميع المال يكون حلالا- للوارث، مع اختلاطه، و في صحيحة أبي المغراء عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

«كل ربا أكله الناس بجهاله، ثم تابوا، فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة، و قال: لو أن رجلا ورث من أبيه مالا، و قد عرف أن في ذلك المال ربا، و لكن اختلط في التجارة بغير حلال كان حلالا طيبا، فليأكله، و إن عرف منه شيئا أنه ربا فليأخذ رأس ماله، و ليرد الربا و أيما رجل أفاد مالا كثيرا قد أكثر فيه الربا، فجهل ذلك ثم عرفه، فأراد أن ينزعه فما مضى له، و يدعه فيما يستأنف» (٢).

و مثلها صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: «أتى رجل أبا عبد الله عليه السلام، فقال اني ورثت مالا، و قد علمت أن صاحبه الذي ورثته منه قد كان

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) باب: (٥٢) من أبواب ما يكتسب به - الحديث: (٥)

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٥) من أبواب الربا - الحديث: (٢-٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢١

و أوضح ما في الباب (١)

[الثالثة أن يعلم تفصيلاً حرمة ما يأخذه]

فلا إشكال في حرمة حينئذ على الآخذ (٢)

يربى، وقد عرف ان فيه ربا، واستيقن ذلك، وليس يطيب لى حاله لحال علمى فيه، وقد سألت فقهاء العراق و أهل الحجاز، فقالوا لا يحل اكله؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كنت تعلم بان فيه مالا معروفا ربا، و تعرف اهله فخذ رأس مالك ورد ما سوى ذلك، و إن كان مختلطا فكله هنيئا، فإن المال مالك و اجتنب ما كان يصنع صاحبه. «١»

و قريب منها غيرها، و لكن الحكم فى الوارث خلاف المشهور، بل لم يحضرنى الآن قول به من الأصحاب، غير ما ربما يستظهر من كلام ابن الجنيد، حيث قال فى جملة كلام له: (أو ورث مالا يعلم ان صاحبه يربى، و لا يعلم الربا بعينه فيعزله، جاز له اكله و التصرف فيه إذا لم يعلم فيه الربا) فتأمل و كيف كان فلا يجرى ذلك فى سائر المال المختلط بالحرام. و بهذا يظهر أن ما عن السيد اليزدى (ره) - من استشهاده على عدم وجوب الاجتناب عن المال المختلط بالحرام بهذه الروايات - لا يمكن المساعدة عليه.

(١) أى أن الأوضح - من جهة الدلالة على أن جوائز السلطان ليست بخارجة عن قاعدة الشبهة المحصورة لأجل النص - عبارة السرائر، حيث قال: (إذا كان يعلم أن فيه شيئا مغصوبا، إلا أنه غير متميز العين، بل هو مخلوط فى غيره من أمواله أو غلاته التى يأخذها على جهة الخراج، فلا بأس بشرائه منه، و قبول صلته، لأنها صارت بمنزلة المستهلك، لانه غير قادر على ردها بعينها) انتهى. و وجه كونها أوضح عدم استناد ابن إدريس فى تجويز الجائزة إلى النص، بل اعتمد فيه على قاعدة الاستهلاك و عدم إمكان رد المال بعينه.

(٢) أى أنه لا إشكال فى أن وقوع المال بيد الجائر لا يكون موجبا لحله على الآخذ و يقع الكلام فى فروض.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥) من أبواب الربا - الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٢

.....

(الأول) - ما إذا علم بحرمة المال قبل أخذه و ذكر المصنف (ره) عدم جواز الأخذ فى ذلك بغير نية الرد الى المالك، بلا فرق بين أخذه اختيارا أو تقيئة. و الوجه فى عدم الجواز أن الأخذ بغير تلك النية تصرف لم يعلم رضا صاحبه به، كما أن الشارع لم يأذن فيه، بل قد منع عن التصرف فى مال الغير، و رفع الاضطرار أو مشروعية التقيئة لا - يوجب جواز ارتكاب محرم لم يطرأ الاضطرار على خصوصه، بل على الجامع بينه و بين ما هو محلل، كما إذا اضطر الى شرب أحد ماءين لرفع عطشه المهلك أحدهما طاهر و الآخر متنجس، فإنه لا يجوز له شرب المتنجس بعنوان الاضطرار اليه، حيث إنه لم يطرأ على شربه، و لذا يجب على المصلى مع المخالفين تقيئة السجود على الأرض مع تمكنه عليه، بلا محذور، كما إذا كان المكان مفروشا بما يصح السجود عليه.

و ذكر المحقق الإيرواني (ره) عدم جواز الأخذ حتى بنية الرد الى المالك، فيما إذا أحرز عدم رضاه بأخذه مطلقا، بل لا يجوز مع الشك في رضا المالك بأخذه بنية الرد اليه، حيث أنه يحرز بالاستصحاب عدم رضاه بالأخذ، و لا يكون وضع اليد على المال بنية الرد الى المالك مع عدم رضاه، إحسانا إليه ليقال بحكومة قوله سبحانه **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** (١) على أدلة عدم حل التصرف في مال الغير بلا رضاه، و لذا لو باع الأجنبي مال أحد بثمان أعلى مما يريد المالك بيعه به، لا يحكم بصحته أخذا بقوله **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** و كذا لو أراد تزويج بنته من أحد، و زوجها الأجنبي من آخر، مع كون تزويجها منه أصلح بمراتب، فإنه نكاح فضولي. (أقول) لو أحرز رضا المالك بالبيع المزبور أو رضا الأب بذلك النكاح حكم أيضا بكونهما من العقد فضولا، فيحتاج في نفوذه إلى الإجازة، و ذلك فان قوله سبحانه - **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** - لا يصح استناد البيع الى المالك أو استناد

(١) سورة التوبة (١٠) الآية: (٩١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٣

.....

النكاح إلى الزوجة أو وليها لتعمها أدلة الإمضاء.

و عن السيد الخوئي طال بقاء التفرقة بين صورة إحراز عدم رضا المالك بالأخذ و لو مع نية الرد اليه، و بين الشك في رضاه، و أنه لا يجوز الأخذ في الأول و يجوز في الثاني، بدعوى أنه مع إحراز عدم الرضا يكون مقتضى (الناس مسلطون على أموالهم) عدم الجواز، حيث ان الأخذ معه معارضة لسلطنة المالك و عدوان على ملكه، و لذا لا يجوز دق باب الغير مع منعه عن دقه. و هذا بخلاف صورة عدم منعه، فإنه لا بأس به، و لا يكون فيه أي معارضة لسلطنة المالك و عدوان على ماله.

(أقول): الصحيح ما يظهر من المصنف (ره) من جواز الأخذ بنية الرد الى المالك حتى في صورة إحراز عدم رضا المالك بالأخذ، فإن الأخذ مع تلك النية إحسان إلى المالك، و إنقاذ لماله، فلا ينافي احترام المال، الا ترى أنه لا يكون إنقاذ المال الغريق عدوانا على ملكه، حتى فيما إذا لم يرض بإنقاذه من التلف، و لا يكون عدم رضاه به بداع غير عقلاني مانعا عن صدق الإحسان على أخذه، و التحفظ عليه من التلف، كذا الحال في فرض دق باب الغير فيما إذا كان ذلك لإنقاذ مالهم من الهلاك، و إخماد النار الواقعة على بيتهم، و هكذا و هكذا.

و الحاصل أن ما دل على حرمة مال الغير و عدم جواز التصرف فيه بلا رضا مالكة منصرف عن مثل هذه التصرفات التي تكون انقازا لمال الغير، فيكون مثل قوله سبحانه **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** حاكما بلا معارض. و بهذا يظهر أن الجواز في الفرض باعتبار إذن الشارع في ذلك التصرف، و بما أن أخذ المال إحسان إلى المالك، فيكون في يد الأخذ أمانة شرعية يترتب عليه أحكامها الآتية. هذا كله فيما إذا علم بكون المال ملك الغير قبل أخذه و أما إذا علم ذلك بعد أخذه بنية التملك، فان كان هذا العلم بعد تلفه، فلا إشكال أيضا في ضمانه، كالصورة التي أخذه بنية التملك مع علمه بالحال، و إنما الفرق بينهما في استحقاق العقاب على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٤

.....

الأخذ فيها، بخلاف صورة علمه بالحال بعد تلفه، فإنه لا استحقاق مع الحلية الظاهرية.

و أما إذا علم بالحال و قصد الرد الى المالك ثم تلف المال في يده، فقد ذكر المصنف (ره) أن مقتضى حدوث الضمان عند الأخذ أن يكون المورد من موارد استصحاب الضمان، عكس ما ذكره في المسالك من أن المستصحب هو عدم الضمان، بل الحكم بعدم

الضمان مناف لما ذكره- في مسألة تعاقب الأيدي على مال الغير- من عدم الفرق في إيجاب اليد الضمان بين وضعها على مال الغير، مع العلم بالحال أو مع الجهل، فإن هذا الكلام كما ترى يقتضى كون اليد في المقام، حين حدوثها موجه للضمان، فيستصحب. و ذكر السيد اليزدى (ره) في تعليقه على المقام: (أنه بعد علمه بالحال و قصده رد المال الى مالكه، يرتفع عنوان العدوان عن اليد، و ينطبق عليها عنوان الإحسان المنافى للضمان) ورد عليه الإيروانى و السيد الخوئى بان طرو الأمانة الشرعية على اليد فيما بعد لا يوجب ارتفاع الضمان كما إذا تاب الغاصب و ندم عن عدوانه، و أراد رد المال الى مالكه، فتلف في طريق رده، فإن المشهور أن عليه ضمان المال. و كذا فيما إذا وضع اليد على مال بقصد تملكه، جهلا- بالحال. و أخذنا بالحكم الظاهري، كما إذا اشترى متاعا، ثم انكشف كونه غصبا و أراد إرجاعه إلى مالكه فتلف، فإن وضع يده على المال لكونه تصرفا في مال الغير بلا رضاه حرام واقعا، و ارادة رده بعد كشف الحال لا- تزيد على ارادة الرد في الغاصب النادم، كما هو المقرر في بحث تعاقب الأيدي على مال الغير. و السر في ذلك أن الأمانة الشرعية لا تثبت على المكلف الضمان، و (بعبارة أخرى) تلك الامانة لا تقتضى الضمان، فلا ينافى ثبوته بوجه آخر، و الوجه الآخر كون اليد حين حدوثها على المال موجبة للضمان. و هذا الضمان يبقى الى رد المال الى مالكه، كما هو ظاهر حديث (على اليد) نعم لو أخبر المالك بان عنده ماله، فاذن المالك في الإمساك به يكون هذا ردا للمال الى مالكه أى تخلياً بينه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٥

.....

و بين المال، فيرتفع الضمان.

(أقول) الظاهر الفرق بين المثالين و بين المقام، و أنه لا بد من الالتزام بارتفاع الضمان في المقام دونهما، فإن وضع اليد فيهما على مال الغير حرام بحسب الواقع فعلا- أو ملاكا، كما هو المقرر في مسألة التوسط في الأرض المغصوبة و الندم بعده، فإنه بالندم و ارادة الخروج، لا يكون التوسط فيها بالخروج حلالا، بل هو حرام ملاكا و لو بحسب الواقع، بخلاف المقام فإن أخذ المال من الجائر بقصد الرد الى مالكه باعتبار كونه انقاذاً لذلك المال حلال واقعا، فإن كان قصد الرد من الأول يكون المال في يد الآخذ أمانة شرعية من الأول، و لا ضمان فيها لقوله سبحانه ^{مَا} عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ و إن كان قصد الرد بعد العلم بالحال كان الإمساك بذلك المال الى رده الى مالكه حلالا- واقعا، من حين القصد كما تكون يده عليه أمانة شرعية و بما أن عموم على اليد مخصص في موارد الأمانة المالكية أو الشرعية، سواء كان المال امانة من الأول أو في الأثناء، فلا مجال للأخذ به، و لذا لا أظن أن يلتزم أحد بالضمان، فيما إذا أعلن المالك بأن من كان ماله بيده فليمسك به الى رده اليه، و إذا كان هذا حال إذن المالك كان إذن الشارع واقعا كذلك. و قوله سبحانه ^{مَا} عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ينفي الضمان لا أنه لا يثبت حتى لا يكون منافيا لإثبات الضمان باليد حين حدوثها.

و مما ذكرنا ظهر الفرق بين المقام و بين ما وضع يده على مال الغير عدوانا، ثم خرج من يده بعدوان شخص آخر، و تلف في يد ذلك الآخر، فإن للمالك الرجوع الى كل منهما، و وجه الظهور أن اليد الحادثة توجب الضمان، و خروج المال عن يده بعد ذلك لا يمنع الضمان، بخلاف المقام، حيث ان طرو الامانة على اليد يقتضى عدم ضمانه، كما لا يخفى ايضا الفرق بين المقام و بين فرض اشتراء المتاع، ثم ظهور كونه غصبا في مسألة تعاقب الأيدي، حيث أنه لم يفرض فيها كون أخذ ذلك المال من البائع الفضولى انقاذاً لذلك المال عن التلف، و لذا يكون أخذه أو إمساكه محرما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٦

و على أى حال فيجب على المجاز رد الجائزة (١)

واقعا، و كانت الحلية ظاهريه، بخلاف المقام، فإن إمساكه مع قصد الرد حلال واقعا، كما مر.

ثم إنه على تقدير تسليم عموم على اليد للمقام و معارضته بقوله سبحانه **مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** تصل النوبة بعد سقوط الإطلاق من الجانبين إلى أصالة البراءة عن الضمان، لعدم المجال للاستصحاب في الشبهات الحكمية. هذا مع الإغماض عن أن حديث على اليد ضعيف سنداً، فلا يصلح للاعتماد عليه، و العمدة في ضمان التلف في اليد، هي السيرة العقلانية التي لم تحرز ثبوتها في مثل المقام.

(١) ذكر (ره) الأحكام المترتبة على المأخوذ في الصورة الثالثة، منها وجوب رده إلى مالكة فوراً، و ذلك فإن المقدار الزائد على المتعارف في الإمساك تصرف لم يعلم رضا مالكة به، و الشارع قد أذن في إمساكه بعنوان الإحسان إلى مالكة بإنقاذه كما تقدم. و الزائد على المتعارف لا يكون إحساناً إليه و لا دخيلاً في إنقاذ ماله.

و (منها) - أن الواجب في الرد وجوب الإقباض، و يحتمل كفاية التخليء بين المال و مالكة.

(أقول) اللزوم في موارد الأمانة هي التخليء بين المال و مالكة، و لو بإعلامه بكون المال عنده، و انه لا مانع من قبله في أخذه. و أما إيصال المال إلى مالكة بحمله إليه، فلا دليل عليه. و المحرم حبس المال عن مالكة و الحيلولة بينهما، و لا يكون قوله سبحانه **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ**، الآية «١» و كذا الروايات الظاهرة في هذه التخليء. نعم في مورد الاستيلاء على الأموال المنقولة عدواناً يجب إيصالها إلى مالكة، فإن إمساكها و لو مع التخليء تصرف لا يرضى به صاحبها و لا الشارع، و كذا الحال في موارد أخذ المال من مالكة لا للإحسان إليه، بل لمصلحة نفسه، كما في موارد العارية أو العين المستأجرة، فإن إبقاء العين فيهما تصرف لا يرضى به صاحبه.

(١) سورة النساء (٤) الآية. (٥٨٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٧

.....

و المتحصل أن وجوب إيصال المال إلى مالكة بالإقباض في هذه الموارد باعتبار أن الإمساك بالمال يعد تصرفاً في مال الغير و منافياً لاحترامه. و هذا بخلاف الإمساك في مثل الوديعة أو المجهول مالكة، فإن الإمساك بالمال فيهما مع التخليء لا يعد تصرفاً منافياً لاحترام المال. و لا يبعد أن تكون السيرة العقلانية أيضاً على هذا القرار فلاحظ.

و (منها) - لزوم الفحص عن مالك المال في صورة احتمال الظفر به، فإن لزومه باعتبار كون الفحص مقدماً للرد الواجب في مثل قوله سبحانه **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** مع ورود الأمر بالفحص في بعض روايات الدين، و العين المجهول مالكة، بحيث يظهر منها أن لزومه حكم المال المجهول مالكة، كمعتبرة يونس ابن عبد الرحمن، قال: «سأل أبو الحسن الرضا (ع) و أنا حاضر - إلى ان قال - رفيق كان بمكة فرحل منها إلى منزله، و رحلنا إلى منزلنا، فلما أن سرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا، فأى شيء نصنع به؟ قال: تحملونه إلى الكوفة، قال لسنا نعرفه و لا نعرف بلده و لا نعرف كيف نصنع؟ قال: إذا كان كذا فبعه و تصدق بثمنه، قال:

على من جعلت فداك؟ قال: على أهل الولاية» «١» فإن مقتضى مفهوم الشرطية في قوله: (إذا كان كذا) عدم جواز التصديق بالمال مع احتمال الظفر بمالكة و لو بالفحص.

و قريب منها صحيحة معاوية بن وهب عن أبي عبد الله (ع) «في رجل كان له على رجل حق، فقده و لا يدري أين يطلبه، و لا يدري أحيى أو ميت، و لا يعرف له وارثاً و لا نسبا و لا ولداً، قال: اطلب، قال: إن ذلك قد طال فأصدق به؟ قال: اطلبه» «٢» فان دعوى أن المستفاد منهما و من غيرهما حكم المال المجهول مالكة بحيث يعم الجائزة المأخوذة من الجائر قريبة جداً. و على ذلك فلا مجال لما ذكره المصنف (ره) من

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب (٧) من أبواب اللقطة- الحديث (٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب (٦) من أبواب ميراث الخنثى- الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٨

.....

أنه يحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص عن مالك المال المأخوذ من الجائر، بأن يجوز التصديق به، أخذا بإطلاق بعض الاخبار الواردة في التصديق مع عدم معرفة صاحبه، كرواية أبي حمزة عن أبي عبد الله (ع)، وفيها: «فاخرج من جميع ما كسبت في ديوانهم، فمن عرفت رددت عليه ماله، و من لم تعرف تصدقت به» (١).

(أقول): قد ذكرنا ظهور الروايات في لزوم الفحص، و عليه فلا بد من رفع اليد عن إطلاق مثل هذه بحملها على صورة عدم الظفر على مالك المال بعد الفحص مع أن هذه لضعف سندها غير صالحة للاعتماد عليها.

و ذكر السيد الخوئي طال بقاه أن رواية علي بن أبي حمزة يعارضها قوله سبحانه:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا و المعارضة بالعموم من وجه، لشمول الآية للأمانات المالكية و الشرعية، و لكنها مختصة بصورة التمكن على الرد الى المالك، كما هو مقتضى الأمر بالرد اليه، و رواية أبي حمزة مختصة بالأمانات الشرعية، و لكنها مطلقة من جهة التمكن من الرد الى المالك و عدمه، فان مدلولها وجوب التصديق بالمال، سواء كان متمكنا من رده الى صاحبه بالفحص أم لا، ففي صورة التمكن من الرد بالفحص عنه تقع المعارضة بينهما، و بعد تساقطهما يرجع الى ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير بلا رضاه، و أن حرمة ماله كحرمة دمه.

و فيه أنه لا- تجتمع الآية و رواية أبي حمزة بحسب المورد أصلا، حتى يقال بتساقط إطلاقي وجوب أداء المال الى مالكة، و وجوب التصديق به و لو مع احتمال التمكن من الرد اليه بالفحص، حيث أن المال- المحكوم عليه في الرواية بوجوب التصديق به مع عدم عرفان مالكة- لا يكون من قسم الأمانات لا المالكية و لا الشرعية لتعمه الآية، فالصحيح في الجواب ما تقدم. و (منها)- أنه لو ادعى المال شخص، ففي سماع دعواه سواء كانت مع توصيفه

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٤٧) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٢٩

.....

المال أولا، حيث أنه تقبل دعوى المالكية فيما إذا كانت بلا- معارض، أو مع توصيفه المال، تنزيلا للمقام باللقطة، أو يعتبر إحراز المالكية بطريق معتبر كالبينة أو الاطمئنان؟

وجوه الأظهر هو الأخير، كما هو مقتضى قوله سبحانه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا و قوله (ع) في موثقه أبي بصير: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه» (١) فان مقتضاها ايضا لزوم رد المال الى مالكة، و لا دليل على أن مجرد دعوى المالكية طريق شرعي إلى إحراز المالك، حتى مع توصيف المال، و حتى في باب اللقطة. و أصالة الصحة في دعواه لا تثبت أن المال ملكه، بل مدلولها عدم نسبة الكذب اليه بتلك الدعوى، كما هو مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح، بمعنى عدم صدور الحرام منه. نعم إذا لم يكن الشخص واضعا يده على المال حتى يجب عليه رده الى مالكة، فلا يبعد أن يجوز له المعاملة مع مدعيه معاملة المالك، و في رواية

منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع)، قال: «قلت عشرة كانوا جلوسا في وسطهم كيس فيه الف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقال كلهم: لا، وقال واحد منهم هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادعاه» «٢» و ظاهرها سماع دعوى الملكية، ولكنها ضعيفة سندا، فان محمد بن الوليد الواقع فى سندها هو الخراز المعتبر أو الصيرفى الضعيف، كل محتمل، إلا أنها تصلح لتأييد ما ذكرنا، لان سماع الدعوى فى الفرض مقتضى السيرة العقلانية كما لا يخفى.

ثم إنه إذا لم يكن الشخص مستوليا على مال الغير كما فى الحيوان إذا دخل داره أو الثوب جاءت به العاصفة، فلا يبعد القول بعدم لزوم الفحص عن مالكة، بل يجب الرد إليه إذا عرفه و لو بعد حين، كما يشهد لذلك ذيل صحيحة أبي نصر، قال: «سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى دراهم كثيرة، و

(١) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب: (١٥٢) من أبواب أحكام لعشرة- الحديث: (١٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٨) الباب (١٧) من أبواب كيفية الحكم- الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٠

.....

هو مستوى الجناحين، و هو يعرف صاحبه ا يحل له إمساكه؟ فقال: إذا عرف صاحبه رده عليه، و إن لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له، و إن جائك طالب لا تتهمه رده عليه» «١» و ظاهر عدم اتهامه الوثوق بقوله، و لكن فى دلالتها على ما ذكرنا تأمل كما لا يخفى. و (منها) أنه لو احتاج الفحص عن المالك الى بذل المال، فهل يجب الفحص و البذل على الآخذ أم لا؟ لا ينبغي التأمل فى وجوب الفحص على الآخذ، سواء كان الفحص موقوفا على صرف المال أو عدمه، و يقتضيه إطلاق الأمر بالطلب فى مثل صحيحة معاوية بن وهب المتقدمه، و إطلاق وجوب الرد فى الآيه المباركه، و صرف المال من كيس المالك المجهول بالاستدانه عليه أو بيع بعض المال، و يكون المتصدى للبيع و الاستدانه الحاكم الشرعى أو وكيله و لكن لا دليل على شىء من ذلك فى موارد كون الآخذ بعنوان العدوان أو للجهل، بحيث لا يكون الآخذ معه محسنا إلى المالك. و حديث نفى الضرر لا ينفى وجوب الرد فى تلك الموارد، لان صرف المال من كيس المالك أو عدم وجوب الرد الى المالك ضرر على المالك. و يختص جريان نفى الضرر بموارد كون النفى للامتنان.

نعم لو كان الآخذ إحسانا إلى المالك كما فى موارد إنقاذ المال من التلف، يكون مقتضى آيه نفى السبيل عدم وجوب صرف المال من كيس الآخذ، فتعين الاستدانه أو بيع بعض المال، و يباشر بذلك الحاكم أو وكيله من باب الحسبه، و بهذا يظهر الحال فى اللقطه أيضا، فإن أخذها فى موضع التلف يوجب كونه محسنا، فلا يجب عليه تحمل مؤنه إيصالها إلى مالكةا أو أجره تعريفها، بخلاف ما التقطها فى موضع يؤمن عليها من التلف كما لا يخفى.

و (منها) أن الفحص عن المالك فى المقام لا يقيده بالسنة، بل الجارى عليه حكم مطلق المال المجهول مالكة و هو وجوب الفحص، حتى يحصل الاطمئنان بعدم

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (١٥) من أبواب اللقطه- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣١

.....

إمكان الظفر بالمالك المعبر عنه في بعض الكلمات باليأس. و ما دام لم يحصل هذا اليأس، لا يجوز التصرف في المال بالتصدق، سواء كان ذلك قبل تمام السنة أو بعدها بخلاف اللقطة، فإنه يجوز التصرف فيها بالتصدق أو بالتملك بعد تمام سنة الفحص، ولو مع عدم اليأس عن الظفر بمالكها.

و بعبارة أخرى الاطمئنان بعدم الظفر بالمالك طريق معتبر إلى عدم التمكن من رد المال إلى صاحبه، فيسقط معه وجوب رده إليه بطلبه. و لا- دليل على تنزيل المقام باللقطة. نعم ربما يذكر على ذلك رواية حفص بن غياث عن أبي عبد الله (ع) «عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم و متاعا، و اللص مسلم هل يرد عليه؟ فقال: لا يرده، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، و إلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها عليه، و الا تصدق بها، فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر و العزم.» (١)

و لكنها باعتبار الخدشة في سندها غير صالحة للاعتماد عليها، و لعله لذلك ألحقا في النهاية و التحرير الوديعه بمطلق المجهول مالكة، خلافا لما عن المصنف و غيره من التعدي من اللص إلى مطلق الغاصب و الظالم، و عدم التعدي من الوديعه إلى غيرها. نعم في السرائر فيما نحن فيه يعنى في جوائز السلطان روى أنها بمنزلة اللقطة و لعل هذا مبنى على التعدي من مورد الرواية، لا أن في البين رواية أخرى واردة في جوائز السلطان، و دالة على أنها مع العلم بحرمته بمنزلة اللقطة كما لا يخفى. و (منها)- أن حكم المال فيما نحن فيه بعد اليأس عن الظفر بمالكه قبل الفحص أو بعده هو التصديق به عن مالكة، كما في سائر المال المجهول مالكة، و الحكم بالتصدق هو المشهور، و في السرائر (أن الجائزة مع العلم بحرمته ترد إلى أربابها

(١) و مسائل الشيعة: الجزء (١٧) الباب: (١٨) من أبواب اللقطة- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٢

.....

فان لم يعرفهم و اجتهد في طلبهم فقد روى أصحابنا أنه يتصدق بها) و ذكر المصنف (ره) أن هذه المرسله يجبر ضعف سندها بالشهرة المحققة، و يؤيد مضمونها أن التصديق أقرب طريق للإيصال إلى المالك. و لا يبعد دعوى كون التصديق بالمال عن مالكة مما يعلم رضا المالك به بشهادة الحال. و ما في السرائر- بعد نقل المرسله من أن الأحوط حفظ المال و الوصيه به- فهو إيقاع للمال في معرض التلف.

(أقول): من المحتمل قريبا أن يكون قول ابن إدريس انه قد روى أصحابنا (إلخ) من جهة استفادته من رواية علي بن أبي حمزة المتقدمة، فلا مجال للقول بأنها رواية مرسله مؤيدة باخبار اللقطة و بالخبر الوارد في كسب المال في ديوان بنى أمية و غيره، بل لا بد من ملاحظة تلك الاخبار و الإغماض عن دعوى وجود المرسله كما لا يخفى.

و من العمدة في الباب معتبره يونس المتقدمة المؤيدة ببعض الاخبار الوارد فيها الأمر بالتصدق كرواية علي بن أبي حمزة المتقدمة، و بها يرفع اليد عن إطلاق الأمر بالطلب في صحيحه معاوية بن وهب الأمر بطلب المالك، بأن يحمل وجوب الطلب على صورة عدم اليأس عن المالك، فلا تنافي و وجوب التصديق بعد ذلك.

و ذكر المصنف (ره) تأييد الحكم بالأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين و قد ورد ذلك الأمر في روايتين لعلي بن ميمون الصائغ، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عما يكنس من التراب فأبيعه فما اصنع به؟ قال: تصدق به، فاما لك و اما لأهله، قلت: فان فيه ذهابا و فضة و حديدا، فبأى شيء أبيعه؟ قال بعه بطعام، قلت: فان كان لى قرابة محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم» (١) و في الأخرى، قال: «سألته عن تراب الصواغين و أنا نبيعه قال: أما تستطيع ان تستحله من صاحبه؟ قال: قلت لا، إذا أخبرته اتهمنى، قال: بعه، قلت بأى شيء نبيعه، قال

بطعام، قلت: فأى شيء أصنع به؟

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (١٦) من أبواب الصرف- الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٣

.....

قال تصدق به، أما لك وإما لأهلك، قلت: ان كان ذا قرابة محتاجا أصله، قال:

نعم» (١).

ولكنهما ضعيفتان سندا: ودلالة أما سندا، لعدم ثبوت وثاقه على بن ميمون الصائغ، نعم ذكر الكشي رواية في مدحه، الا أن راويها نفس على بن ميمون، ولا يصح إثبات وثاقه شخص أو مدحه برواية نفسه، و أما دلالة، فلان التصدق في الرويتين استحبابي فكيف تصلحان للتأييد، والوجه في كونه استحبابيا ان المفروض فيها ملك للصائغ كلاً أو بعضاً، فلا يجب عليه التصدق بماله. واحتمال كون التصدق واجبا بالإضافة إلى حصه الآخرين فقط خروج عن ظاهرهما، فان ظاهرهما كون جميع المال محكوما بالتصدق به.

ثم إن في الرواية الثانية شبهة أخرى، وهي سقوط احترام مال الغير و جواز التصدق به بمجرد كون إيصاله إليه أو الاستحلال منه مورد التهمة. وهذا لا يمكن الالتزام به. و برواية ابي علي ابن راشد، قال: «سألت أبا الحسن (ع)، قلت:

جعلت فداك اشترت أرضا إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك، ادفعها الى من أوقفت عليه، قلت: لا اعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتها» (٢) والمراد بالغلة أما ثمره البستان أو أجره الأرض. و أما الزرع فإنه لملك البذر لا لملك الأرض حتى يتصدق به عنه. و الرواية لا بأس بها من حيث السند، لأن أبا علي من الممدوحين على ما ذكر الشيخ ره و محمد بن جعفر روى عنه على بن إبراهيم في تفسيره، و لا- تقصر في الدلالة على لزوم التصدق بمجهول المالك عن معتبرة

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (١٦) من أبواب الصرف- الحديث (٢)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (٦) من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٤

.....

يونس المتقدمة. و في مقابل ذلك كله ما يستظهر منه عدم وجوب التصدق بالمال المجهول مالكة، كصحيحة على بن مهزيار، حيث ذكر فيها من الغنيمه التي يجب فيها الخمس مال يؤخذ و لا يعرف له صاحب «١» و استظهر منه المحقق الهمداني جواز تملك مجهول المالك و كونه ملكا لمن يقع بيده، و أصر عليه الإيرواني (ره).

ولكن الصحيح أن الرواية في مقام بيان ما يجب فيه الخمس بعد فرض تملكه أو صيرورته ملكا، و انه مما يجب فيه الخمس هو المال المجهول مالكة، لا- في مقام بيان صيرورة المال ملكا لمن يقع بيده، و على ذلك فيمكن أن يختص جواز تملك المال المجهول مالكة بمورد خاص، كاللقطة بعد تعريفها سنه، أو كون الآخذ فقيرا و نحو ذلك. و لذا لا يمكن الآخذ بالإطلاق في سائر ما ذكر فيها، كقوله (ع): «و مثل عدو يظلم، فيؤخذ ماله» حيث لا يجوز الحكم بجواز تملك مال العدو مطلقا، حتى فيما إذا كان مسلما، و موثقة هشام بن سالم، قال: «سأل حفص الأور أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده جالس، قال: إنه كان لأبي أجير كان يقوم في رحاه. و له

عندنا دراهم، و ليس له وارث؟ قال، أبو عبد الله (ع): تدفع إلى المساكين، ثم قال رأيك فيها ثم أعاد عليه المسألة، فقال له مثل ذلك، فأعاد عليه المسألة الثالثة، فقال أبو عبد الله (ع) تطلب وارثا، فان وجدت وارثا و الا فهو كسبيل مالك» (٢) و ظاهر هذه عدم وجوب التصدق بالمال المتعذر الوصول إلى مالكة أو المجهول مالكة، بل يجوز إبقاؤه إلى ان يجيء له طالب. و لذا جمع السيد اليزدى (ره) بينهما و بين ما تقدم بحمل الأمر بالتصدق على الواجب التخييري. و الحاصل أن المكلف بعد الفحص عن المالك و عدم الظفر به يكون مخيرا

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٦) الباب: (٨) من أبواب ما يجب فيه الخمس - الحديث (٥)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (٢٢) من أبواب الدين و القرض - الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٥

.....

بين التصدق بالمال و بين إبقائه و الوصية بأن المال المزبور من المجهول مالكة. و هذا مع احتمال الظفر به بعد ذلك - و لو باحتمال ضعيف - كما هو مقتضى الأمر بإبقاء المال لطالبه. أقول لا يبعد أن يكون المال المسئول عن حكمه فيها من الكلى على الذمة، و الحكم فيه بالتصدق لا يكون لزوميا، بل يجوز تركه و الوصية به، و لا يكون على المكلف شيء مع عدم مجيء طالبه، غاية الأمر يتقيد ذلك بما بعد الفحص و الطلب و اليأس، جمعا بينهما و بين مثل صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة.

(لا- يقال) قول السائل و له عندنا دراهم يحتمل الدين و العين، فإنه فرق بين قول القائل له علينا دراهم و قوله له عندنا دراهم، فالأول يختص بالدين و الثاني يعم العين و الدين و المذكور في الرواية هو الثاني (فإنه يقال): نعم و لكن هذه الرواية رواها الكليني بطريق آخر، و ظاهرها اختصاص الواقعة بالدين.

و الحاصل أن ظاهر ما تقدم وجوب التصدق بالعين المجهول مالكةا بعد الفحص و اليأس عن الظفر به، و لا تصلح هذه الصحيحة لرفع اليد عنه، لعدم إحراز ظهورها في غير موارد الدين كما لا يخفى. و رواية نصر بن حبيب صاحب الخان، قال:

« كتبت إلى عبد صالح (ع) لقد وقعت عندي مأتا درهم و أربعة دراهم، و انا صاحب فندق، و قد مات صاحبها و لم اعرف له ورثة، فرأيك في إعلامي حالها، و ما اصنع بها فقد ضقت بها ذرعا، فكتب اعمل فيها و أخرجها صدقة قليلا قليلا، حتى يخرج» (١) و ظاهرها تجوز للتصرف في المال المفروض فيها، و التصدق بمقداره قليلا قليلا من منفعه، و لكن الرواية ضعيفة سنداً، و لا أعلم الإفتاء بمضمونها من أحد، و لعل المال كان لمن لا وارث له و انتقل إلى الامام (ع) بالإرث، فاذن لمن بيده في التصرف فيه

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٧) الباب: (٦) من أبواب ميراث الخثى - الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٦

.....

بالنحو المزبور، و رواية الهيثم بن ابي روح صاحب الخان، قال: « كتبت إلى عبد صالح إنني أتقبل الفندق، فينزل عندي الرجل فيموت فجأة و لا أعرفه و لا اعرف بلاده و لا ورثته، فيبقى المال عندي كيف اصنع به؟ و لمن ذلك المال؟ قال: اتركه على حاله» (١) و هذه أيضا ضعيفة سنداً، و مع الإغماض عن سندها فيقيد إطلاق وجوب إبقاء المال بما لم يحصل اليأس عن صاحبه، و الا يتصدق به كما

هو مقتضى الجمع بين هذه و ما تقدم. و يظهر من بعض الاخبار أن المال المجهول مالكة ملك للإمام (ع) فيجرب عليه ما يجرب على سائر ماله (ع). و فى رواية داود بن ابى يزيد عن ابى - عبد الله (ع) قال: «قال رجل: إني قد أصبت مالا و انى قد خفت فيه على نفسى، و لو أصبت صاحبه دفعته اليه و تخلصت منه؟ قال: فقال أبو عبد الله (ع): و الله لو أن أصبته كنت تدفعه اليه؟ قال: اى و الله، قال: فانا و الله ما له صاحب غيرى، قال: فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره، قال: فحلف، فقال: اذهب فاقسمه بين إخوانك و لك الأمن مما خفت منه، فقال فقسمته بين إخوانى» (٢).

و ذكر المصنف (ره) أنه مع الإغماض عن الاخبار الواردة فى حكم المال المجهول مالكة أو المتعذر الوصول اليه، يتعين على من يقع المال بيده دفعه الى الحاكم، لان له على المالك الغائب أو المجهول ولاية، و إذا دفعه اليه ينظر الحاكم إلى شهادة الحال، فلو أحرز رضاه بالتصدق أو الإمساك له فعل ذلك، و إذا لم يحرز رضاه بأحدهما جاز له كل منهما، كما هو الحال فى جميع موارد دوران الفعل بين الوجوب و الحرمة، و لا- يكون عليه ضمان، سواء أمسك المال أو تصدق به كما هو مقتضى تصرف الولي فى المال لمصلحة المولى عليه، و لكن يختص التخبير فى

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٦) من أبواب ميراث الخنى - الحديث: (٤)

(٢) الوسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٧) من أبواب اللقطة - الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٧

.....

موارد دوران أمر الفعل بين الوجوب و الحرمة بما إذا لم يكن فى البين أصل معين لأحد التكليفين. و فى المقام أصالة الفساد فى التصدق أو أصالة عدم رضا المالك بغير الإيصال إليه، تعين وجوب الإمساك. و أما بملاحظة تلك الاخبار فظاهرها عدم جواز الإمساك و وجوب التصدق، فيكون الإمساك تصرفا لا يعلم رضا صاحبه به و لا رضا الشارع.

ثم إنه بملاحظة الأخبار يجب التصدق على من يكون المال بيده، غاية الأمر لا تعتبر المباشرة فى التصدق، بل يجوز له إيكاله إلى الحاكم، لأنه أعرف بموارد التصدق، و له على الفقراء ولاية، بأن يأخذ ما يجب دفعه إليهم من الصدقات الواجبة و غيرها. و يحتمل أن لا- يجوز له التصدق، بل يجب دفع المال الى الحاكم أو الاستئذان منه، لان التصدق وظيفه الحاكم، و منشأ ذلك أن المذكور فى الاخبار- و هو وجوب التصدق بالمال- هل هو من قبيل بيان وظيفه من يكون المال بيده، أو أن الأمر بالتصدق فيها باعتبار كون أمره (ع) توكيلا- فى التصدق، أو تكون الأخبار ناظرة إلى مصرف ذلك المال. و يؤيد كونها لبيان المصرف، أن جملة من الأفعال التى يكون القيام بها موقوفا على اذن الحاكم، مذكورة فى الاخبار بطريق الحكم العام، أى لم يذكر أنها مختصة بما إذا كان باذن الحاكم، ككون إقامة البينة وظيفه المدعى، و الحلف وظيفه المنكر، و المقاصة من الممتنع للحق جائز و غير ذلك.

و الحاصل انه لم يتم ظهور الاخبار فى بيان وظيفه من يكون المال، بيده، بل يحتمل كون الوارد فيها توكيلا من الامام (ع) أو بيانا لمصرف المال. و عليه فالأحوط الاقتصار على المتيقن بالرجوع الى الحاكم الشرعى بالدفع اليه، أو الاستئذان منه، خصوصا بملاحظة رواية داود بن ابى يزيد الدالة على ان المجهول مالكة ملك الإمام المحمولة على ولايته (ع). و يتأكد هذا الاحتياط فيما كان المجهول مالكة من قبيل الكلى فى الذمة، فإنه لا يتعين فى العين الخارجية، إلا قبض المستحق أو وكيله أو وليه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٨

ثم إن مستحق هذه الصدقة (١)

(أقول) نظير المقام ما ورد في التصديق باللقطة، و لو صح حمل الاخبار في المقام على التوكيل أو بيان المصرف لجرى ذلك في اخبار اللقطة أيضا، مع أنه لا- أظن أن يلتزم بذلك المصنف (ره) أو غيره. و أما رواية داود بن ابي يزيد الظاهرة في كون مجهول المالك ملك الامام (ع)، فلضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها أو حملها على الولاية.

و الحاصل أنه مع ظهور الاخبار في أن وظيفة من بيده المال، التصديق به ليست للحاكم ولاية بالإضافة الى ذلك المال، فإن ولاية الحاكم على الغائب مستفاد من الحسبة، و مع ولاية غيره- على الإمساك بذلك المال و التحفظ به ما دام يحتمل الظفر بمالكة و بالتصدق بعده- لا مجال لإثبات الولاية له و مجرد كونه اعرف لا يصلح لإثبات الولاية، و الا لزم ولاية الأعراف على الفقراء و ان لم يكن حاكما.

(١) و حاصله أنه يعتبر في مستحق هذه الصدقة أيضا الفقير، لأن الأمر بالتصدق بمال ظاهره الأمر بإعطائه للفقير (أقول): يمكن أيضا استظهار اعتباره من قوله سبحانه إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ بدعوى عدم انصرافها إلى الزكاة الواجبة فتأمل.

و ذكر (ره) في وجه جواز إعطائه للهاشمي أن التصديق بالمال المجهول مالكة صدقة مندوبة من مالكة، و من يكون المال بيده، نظير الوكيل و الوصي مباشر لتلك الصدقة المندوبة، فلا بأس بتمليكه للهاشمي.

و في وجه عدم جواز إعطائه له أنه فرق بين المباشر في المقام و الوكيل و الوصي، حيث أن الوكيل و الوصي يقومان بالعمل بأمر الموكل و الموصى، فيستند عملها إليهما، بخلاف المقام فان قيام من بيده المال بالتصدق بحكم الشارع، فلا ينتسب هذا التصديق الى مالك المال، بل لا يحرز وقوعه عنه، فإنه ربما لا يرضى به بعد ظهوره، فيقع التصديق عن المباشر.

و فيه أن الممنوع إعطائه للهاشمي هي الزكاة المفروضة على الناس فقط،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٣٩

ثم إن في الضمان لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق (١)

و لا يكون منها الصدقة الواجبة في المقام، سواء قلنا بانتسابها الى مالك المال أو الى من بيده المال. و في معتبرة إسماعيل بن الفضل الهاشمي، قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن الصدقة التي حرمت على بني هاشم ما هي؟ فقال: هي الزكاة، قلت فتحل صدقة بعضهم على بعض؟ قال: نعم» (١) و في صحيحة جعفر بن إبراهيم الهاشمي عن ابي عبد الله (ع)، قال: «قلت له: أ تحل الصدقة لبني هاشم؟ فقال: إنما الصدقة الواجبة على الناس لا تحل لنا، و أما غير ذلك فليس به بأس» (٢) فإن تقييد الواجبة بالظرف أي على الناس، ظاهره الإشارة إلى الواجبة في مثل قوله عز من قائل أقيموا الصلاة و آتوا الزكاة.*

ثم إنه يعتبر في استحقاق هذه الصدقة أيضا الايمان، كما هو ظاهر صحيحة يونس المتقدمة.

(١) لو ظهر المالك و أظهر عدم رضاه بالتصدق، ففي ضمان المال وجوه:

(الأول) الضمان مطلقا (الثاني) عدمه مطلقا (الثالث) عدم الضمان فيما لم يترتب على المال يد ضمان من الأول، كما إذا أخذ المتصدق المال من الجائر بعنوان إنقاذه و إيصاله إلى مالكة المعبر عن ذلك بالأخذ حسبته، و الضمان في غيره، و وجه عدم الضمان مطلقا استصحاب براءة عهدة المتصدق، حيث لم يكن له ضمان قبل ظهور المالك و عدم رضاه بالتصدق.

و ذكر (ره) في الإيراد على ذلك (أولا) أن استصحاب البراءة يختص بما إذا لم يسبق يد ضمان الى المال، و الا فيستصحب الضمان لا عدمه و (ثانيا) ان الأوجه الضمان مطلقا، لاستصحاب الضمان فيما إذا كان حاصل قبل التصديق، و يقدم هذا الاستصحاب على أصالة البراءة عن الضمان في سائر الموارد، باعتبار عدم القول

– الحديث (٥)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب: (٣١) من أبواب المستحقين للزكاة:

– الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٠

.....

بالفصل بين الموارد في الضمان، و كان جميع موارد التصديق بالمال المجهول مالكة كالمورد الواحد الذي يجري فيه استصحاب الضمان.

(أقول): غاية الأمر أن يكون في البين إجماع على عدم الفصل بين موارد التصديق بالمال المجهول مالكة بحسب حكمها الواقعي من الضمان و عدمه. و أما الحكم الظاهري، فيلاحظ تحقق الموضوع لأي أصل في كل مورد من موارد الشك، من استصحاب البراءة أو استصحاب الضمان أو غيرهما من الأصول هذا (أولاً).

و (ثانياً) يمكن العكس بان يحكم بعدم الضمان في جميع الموارد إلحاقاً لموارد استصحاب الضمان بموارد استصحاب عدم ثبوت المال على العهدة بعدم القول بالفصل.

و (ثالثاً) ان المراد بالضمان في المقام- ثبوت المال في العهدة بإظهار المالك عدم رضاه بالتصدق على قرار الضمان في اللقطة، و ليس لهذا الضمان حالة سابقة، فالضمان السابق قد انقطع بالتصدق، و حدوث غيره بعد ذلك مشكوك فيه.

و المتحصل أنه لو وصلت النوبة إلى الأصل العملي في المقام فمقتضاه عدم الضمان مطلقاً. نعم قد يقال بالضمان مطلقاً أخذاً بقاعدة إتلاف مال الغير.

(لا يقال): الإتلاف في المقام يكون باذن الشارع و أمره، و الإتلاف باذنه كالإتلاف بإذن المالك لا يوجب الضمان، كالإذن في أكل المار من الثمرة في طريقه: (فإنه يقال) يحتمل أن يكون اذنه في المقام في الإتلاف نظير اذنه في التصرف في اللقطة، و في إيداع الغاصب مال الغير عنده، فإنه لا يجوز له رده إلى الغاصب، بل يجب عليه- بعد تعريف المال سنة كاملة- التصديق به مع الضمان، كما دلت عليه الرواية، بل ليس في المقام رواية دالة على التصديق بالمال ساكنة عن ذكر الضمان، مع ظهور المالك حتى يستظهر عدم الضمان من السكوت في مقام البيان.

(أقول): قد ذكرنا أن الضمان المطلوب في المقام- نظير الضمان المطلوب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤١

.....

في مورد التصديق باللقطة- لا يثبت بقاعدة الإتلاف، فإن مقتضى تلك القاعدة ثبوت المال بالتصدق، على عهدة المتلف و قد عبر المصنف (ره) عن ذلك بكون الإتلاف علة تامة للضمان. و المطلوب في المقام ثبوت المال على العهدة بإظهار المالك عدم رضاه بالتصدق، و قد عبر (ره) عن ذلك بالضمان المراعى بعدم اجازة المالك، و هذا الضمان يحتاج إلى دليل آخر غير قاعدة الإتلاف، نظير ما قام عليه في اللقطة. و الالتزام- في المقام ايضاً بالضمان بمجرد التصديق و ارتفاعه بإجازة المالك لقاعدة الإتلاف- غير ممكن، لاستلزامه ثبوت المال على العهدة و عدم انتقال جميع التركة إلى الورثة، حتى فيما إذا لم يظهر المالك بعد التصديق ليظهر رضاه أو عدمه. و ما تقدم من عدم ثبوت رواية في المقام ساكنة عن الضمان عجيب، فإنه لم يكن من الضمان في الروايات المتقدمة، ذكر و لو كان في البين ضمان لورد ذكره في تلك الروايات، نظير وروده في اخبار باب اللقطة.

و الحاصل أنه لو لم يكن عدم الضمان مقتضى الإطلاق في الروايات المتقدمة فلا ينبغي الريب في أنه مقتضى الأصل. بل ذكر السيد الخوئي طال بقاه أن ثبوت الضمان في المقام بقاعدة الإلتلاف غير ممكن، فإن القول به يستلزم التسلسل، فإنه إذا تصدق بالمال المجهول مالكة يثبت بدله في ذمته. و بما أن البدل أيضا مالكة مجهول، يجب التصديق به أيضا. و يجرى الكلام في بدل هذا البدل، و هكذا.

و لا يقاس المقام باللقطة، فإن الثابت على الذمة لا تكون لقطة حتى يجب التصديق به أيضا. و لا يخفى ما فيه، فإن وجوب التصديق لا يكون حكما لأى مال مجهول مالكة نظير الأحكام العقلية حتى يوجب الالتزام به ذلك المحذور أو غيره بل حكم ورد في بعض الموارد، و تعدينا منها إلى موارد أخرى من الأموال الخارجية، و إلى الديون إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٢

[و اما الصورة الرابعة ما علم إجمالا اشتمال الجائزة على الحرام]

و اما الصورة الرابعة (١)

التي تثبت على الذمة من غير ناحية التصديق. و الصحيح أن الضمان بقاعدة الإلتلاف مختص بموارد الإلتلاف على المالك، كمن يأكل طعام الغير للاضطرار و إنقاذ حياته، و لا تعم القاعدة موارد الإلتلاف إحسانا إلى المالك، كما في المقام، و الضمان بنحو آخر نظير الثابت في موارد اللقطة لم يعم عليه دليل. و الأصل عدمه و الله العالم.

(١) و هي ما إذا علم إجمالا- باشتمال المأخوذ من الجائر على الحرام، و ذكر المصنف (ره) فيها فروضا: (الأول)- حصول الشركة بنحو الإشاعة بامتزاج الحلال و الحرام بنحو لا يمكن التمييز بينهما، كما في مزج أحد المائعين بالآخر مع العلم بقدر الحرام و مالكة (الثاني)- حصول الشركة كما ذكر و لكن مع الجهل بقدر الحرام و مالكة (الثالث) حصول الشركة مع العلم بقدر الحرام و جهل مالكة (الرابع) حصولها مع عرفان المالك، و جهالة مقدار الحرام (الخامس)- عدم إيجاب الاشتباه في الفرض الشركة، كما إذا كان المالكان قيمين، و الحكم في الفرض الأول هو كون المأخوذ فيه ملكا للأخذ، و ذلك الغير، بنحو الإشاعة بالنسبة المعلومه، فلا يجوز لأحدهما التصرف فيه بدون رضا الآخر، و لكل منهما مطالبة الآخر بالقسمة.

و الحكم في الفرض الثاني، إخراج خمس المال على ما ذكر في كتاب الخمس، و في الفرض الثالث ما مر في الصورة الثالثة من صور الجائزة، فإن الفرض داخل فيها حقيقة، و في الفرض الرابع يجب التخلص من الحرام بالمصالحة مع مالكة، و في الفرض الخامس يكون تعيين المال الحرام بالقرعة، أو بيع جميع المال، فتحصل الشركة في ثمنه.

(أقول): ما ذكره- في الفرض الرابع من لزوم المصالحة مع مالك المال الحرام- غير صحيح، بل يحكم بان السهم المشاع في ذلك المال هو الأقل، أخذا بمقتضى يد الجائر الجارية على جميع المال، فإنه لم يعلم عدم مالكيته للمال إلا بالإضافة إلى السهم الأقل، و كذا لا يمكن المساعدة على ما ذكره في الفرض الخامس، لأنه إذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٣

اعلم أن أخذ المال (١)

كان الحرام و مالكة مجهولين يجرى فيه ما ذكره في إخراج الخمس من المال المختلط، حيث أن المذكور يعم ما إذا لم يكن الاختلاط موجبا للشركة بنحو الإشاعة، و إذا كان مالكة معلوما و قدر الحرام مجهولا، كما إذا أخذ من الجائر ثلاث شياه، و علم بأن بعضها مال زيد، و ذلك البعض مردد بين كونه شاء أو شاتين، ففي مثل ذلك لا علم بمخالفة مقتضى يد الجائر الجارية عليها، إلا

بالإضافة إلى الواحدة، فيكون تعيين تلك بالقرعة. و بهذا يظهر الحال فيما إذا كان القدر و المالك معلومين، فإنه باعتبار الاشتباه و عدم حصول الإشاعة يكون التعيين بالقرعة.

(١) إن أخذ ما بيد الظالم من المال يجرى عليه الأحكام الخمسة، و باعتبار نفس المال يكون فيه الكراهة و الوجوب و الحرمة. و الظاهر أن مراده تعلق الأحكام الخمسة بأخذ المال من الجائر باعتبار انطباق العناوين المختلفة على نفس ذلك الأخذ، ككونه مقدمة للإنفاق الواجب أو التوسعة لعياله، أو كونه ترويجا للباطل و الجور. و هكذا فيكون الأخذ متعلقا للأحكام الخمسة، حتى في فرض إحراز كون المال ملك الجائر واقعا. و مراده من نفس المال تعلق الحرمة أو الوجوب أو الكراهة بالأخذ من جهة المال، ككونه من المال المشتبه أو مال الغير مع عدم رضاه بالأخذ، أو كون أخذه انقاذا للمال المحترم من التلف، حيث يجب الأخذ معه حسبة، و الا فلا يتعلق حقيقة، الأحكام التكليفية التي منها الحرمة و الوجوب و الكراهة بغير الفعل.

و أما ما ذكره (ره) من أن استنقاذ حقوق السادة و الفقراء و لو بعنوان المقاصد من موارد وجوب الأخذ من جهة المال، و يجوز هذا التقاص لأحد الناس عند تعذر الاستيذان من الحاكم، (ففيه) بأن جواز التقاص لأحدهم يتوقف على ولايتهم على تلك الأموال، و لو عند تعذر الحاكم، و في ثبوت الولاية لهم تأمل، و لا يكفي في جوازه مجرد وجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و الا لجاز التقاص و لو عند التمكّن من الاستيذان، لعدم اشتراط وجوب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٤

من جملة ديونه (١)

بالاستيذان، و لجاز لزيد أيضا التقاص من مال عمرو لشخص آخر من باب النهي عن المنكر. و لا أظن أن المصنف (ره) أو غيره يلتزم بذلك.

(١) حاصله أنه لا فرق في الدين الثابت في ذمة الجائر، بين ثبوته بالاقتراض أو شراء شيء بدمته، أو تلف ما وضع عليه يده من أموال الناس عدوانا، أو إتلافها، فإن جميع ذلك دين يترتب عليه أحكامه.

و ذكر بعض الأساطين- و هو كاشف الغطاء على ما قيل- أن بدل متلفاته غصبا من المثل و القيمة و ان كان دينا حقيقة، نظير سائر ما عليه من الديون، إلا أنه لا يجرى بعد موت الجائر على ذلك البدل حكم الدين، بأن يكون خارجا عن التركة قبل الوصايا و الميراث، و ذلك لأمرين: (أحدهما) انصراف الدين عنه في مثل قوله عز من قائل *مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ* * «١» و (ثانيهما)- السيرة الجارية إلى يومنا هذا من عدم المعاملة مع ذلك البدل معاملة الدين، و على ذلك فلو أوصى الجائر بإخراجه كان كسائر وصاياه محسوبا من الثلث.

و فيه أنه لا وجه لدعوى الانصراف، فانا لم نجد فرقا بين الثابت على ذمته بدلا عما أتلّفه نسيانا أو غفلة من مال الغير، و بين ما أتلّفه عدوانا، بأن يعم الأول، الدين في مثل قوله سبحانه، و لا يعم الثاني، و كذا لا نجد فرقا بين ما يتلفه الجائر عدوانا و ما يتلفه شخص آخر، و لو كان الدين منصرفا عنه لما جرى على البدل حكم الدين، حتى حال حياة الجائر، فإن انصراف الدين، لا يختص بآية الإرث، مع أنه لا ينبغي الربيب في جريان أحكام الدين عليه حال حياته، كجواز التقاص عن البدل، كما يدل على ذلك موثقة داود بن زربي (رزين)، قال: «قلت لأبي الحسن موسى (ع) انى أخالط السلطان، فتكون عندى الجارية و الدابة الفارغة، فيبعثون فيأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال، فلي أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا ترد عليه» «٢» فان

(١) سورة النساء (٤)- الآية (١١)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٧) الباب (٦١) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٥

[الثالثة ما يأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضى باسمها]

إشارة

الثالثة ما يأخذه السلطان (١)

الحكم فيها بالأخذ من غير استئصال عن بقاء العين التي أخذها الجائر أو أتلّفها مقتضاه شمول الحكم لكلتا الحالتين، و كعدم تعلق الخمس بما زاد عن مؤنة سنته، فيما إذا كان البدل بمقدار الزائد عليها، و عدم حصول الاستطاعة للحج، فيما إذا كان البدل مساويا لما عنده من المال الكافى لمصارف حجه، الى غير ذلك.

و أما ما ذكره من السيرة، فلم يحرز أنها من المتشعبة المبالين للشرع الملتزمين به، و السيرة من غير المبالين لا قيمة لها. و يشهد لكونها من غير المبالين أنها لم نجد فرقا عندهم بين البدل المزبور و بين الثابت على ذمته بسائر موجبات الضمان، كما أنهم لا يفرقون فى المظالم الثابتة عليه بين عرفان المظلومين تفصيلا أو إجمالا. و من تتبع أحوال الظلمة و توريث أموالهم التي قد لا تكفى لأداء تلك المظالم المجتمعة عليهم طيلة حياتهم يعرف ذلك.

(١) تعرض (ره) فى المسألة الثالثة من مسائل الخاتمة لما يؤخذ من السلطان المستحل للخراج و المقاسمة و الزكاة، و أنه يجوز أخذ هذه الأموال منه مجانا أو معاوضة. و ذكر أن مقتضى القاعدة عدم جواز الأخذ، لأن الجائر لا ولاية له على تلك الأموال، فتراضيه - مع من عليه الخراج أو الزكاة نظير تراضى الظالم مع مستأجر دار الغير فى دفع مال اليه بعنوان الأجرة - فاسد، إلا أنه لا بد من رفع اليد عن هذه القاعدة و الالتزام بجواز الأخذ لما يأتى.

و المراد من الخراج ما عين للأرض أجرة من النقود أو غيرها، و من المقاسمة المعاملة مع الزارع بحاصل الأرض و البستان بالثلث أو بالربع أو نحوهما، و لا يخفى أنه لا وجه لتخصيص جواز أخذ الزكاة من الجائر بالإنعام، كما هو ظاهر عبارة المصنف (ره) بل يعم جميع أقسامها، كما أن ما ذكر (ره) - من أن ما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه، و مع ذلك يجوز أخذه من الجائر - لا يمكن المساعدة عليه، و ذلك فان المال بأخذ الجائر يتعين فى عنوان الخراج أو المقاسمة أو الزكاة،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٦

.....

و لا يتوقف تعيينه فيها بأخذ الآخر من الجائر، و إلا لوجب على الزارع، الخراج أو المقاسمة أو الزكاة ثانيا مع تلف المال فى يد الجائر، بل مع تلفه قبل وصوله الى يد المشتري أو المستحق. و هذا لا يناسب الروايات الآتية فى براءة ذمة الزارع و تعيين الزكاة فى المأخوذ بمجرد أخذ عامل السلطان.

ثم إن فى المقام جهات: (الاولى) تقبل الزارع أو الفلاح الأرض من السلطان الجائر (الثانية) - فى المال الذى يأخذه الجائر من الزارع أو الفلاح أو غيرهما بعنوان الخراج أو المقاسمة أو الزكاة (الثالثة) أخذ الآخرين تلك الأموال من الجائر مجانا أو بعنوان الشراء أو غيره من المعاملات. و الأظهر بحسب الروايات الحكم بالجواز فى الجهات الثلاث، بمعنى أنه يجوز للزارع و الفلاح التصرف فى تلك الأراضى و لو مع المعاملة مع السلطان الجائر أو عماله، على ما يأتى، و يكون ما يأخذه الجائر معنونا بعنوان الخراج أو المقاسمة أو الزكاة، و يدخل ما يأخذه الغير من الجائر من الخراج أو المقاسمة أو الزكاة، مجانا أو بعنوان الشراء و نحوه فى ملكه، و كأن الوجه فى

جميع ذلك إمضاء الشارع تلك التصرفات، و ليس المراد جعل الولاية للجائر بالإضافة إليها، فإن الروايات غير ظاهرة في ولايته عليها، بل في مجرد إمضاءها تسهيلات للأمر على الآخرين.

و الحاصل أنه لو كانت للجائر ولاية على تلك التصرفات، لما كان عليه وزر بالإضافة إليها، وإنما الوزر في إشغاله ذلك المنصب الذي لا يستحقه، بخلاف الالتزام بمجرد إمضاء الشارع تلك التصرفات تسهيلات للأمر على الآخرين، فإنه لا يكون في ذلك الإمضاء نفى وزر عن الجائر، نظير ما نذكر في تحليل الشارع الخمس للشيعة فيما إذا وقع بيد أحدهم المال الذي تعلق به الخمس عند غيره، كما إذا اشترى متاعا غير مخمس، فإنه يدخل ذلك المتاع بتمامه في ملك المشتري، كما هو مقتضى اخبار التحليل، و مع ذلك لا يجوز للبائع ذلك البيع تكليفا، و ينتقل الخمس إلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٧

و ان لم يعلم مستنده (١) و الاولى ان يقال (٢)

التمن، و لو كان تملك ذلك المتاع مجانا كان على الجائر ضمان إتلافه فلاحظ.

(١) المراد بالمستند حكمه الحكم و سره.

(٢) الوجه في كونه أولى عدم كون الخراج و المقاسمة أو الزكاة ملكا للإمام (ع)، بل له ولاية بالإضافة إليها. ثم إن الأمور التي استند (ره) إليها في حكمه بالحل أربعة: (الأول) - الإجماع المنقول المؤيد بالشهرة المحققة (الثاني) لزوم الحرج بل اختلال النظام في الاجتناب عن الأموال المزبورة (الثالث) الروايات الواردة في جواز جائزة السلطان لآخذها، فإنه لا يحتمل عادة كونها من غير تلك الأموال (الرابع) الروايات الواردة في المعاملة مع السلطان أو عماله على تلك الأموال.

(أقول): أما الأمر الأول فقد تكرر في كلماتنا حال الاستناد إلى الإجماع في أمثال المقام مما يعلم أو يحتمل استناد المجمعين إلى ما في أيدينا من الأدلة. و أما دعوى اختلال النظام، فلم يظهر وجه لزوم الحرج الشديد، فضلا عن لزوم الاختلال، و ذلك فان لزوم الاجتناب عن هذه الأموال على تقديره يوجب كونها كسائر الأموال المأخوذة من الرعية ظلما، و حيث أن الآخذ لا طريق له غالبا إلى إحراز الحرام أو تعيين مالكة، يكون من المال المشتبه أو المجهول مالكة، فيمكن للمالك التصرف فيها فيما إذا كان موردا لصرفه، و لو بالمعاملة مع مستحقه. نعم عدم فراغ ذمة المكلف - من الحق الواجب عليه زكاة أو أجره للأرض التي يعمل عليها و هي ملك المسلمين - يوجب الحرج عليه، و لكن مجرد لزومه لا يوجب الحكم بالبراءة و فراغ ذمته، لأن رفع الحرج حكم امتناني، و لا امتنان في التوسعة لمكلف بتفويت حق أو مال على الآخرين. و تعين ما يأخذه الجائر زكاة أو خراجا، يوجب غالبا صرف الزكاة أو الخراج في غير موردتهما، من فقراء الشيعة و مصالح المسلمين. و على تقدير تسليم شمول رفع الحرج فمقتضاه عدم وجوب الزكاة أو الخراج عليه ثانيا، لا ان المأخوذ أولا زكاة أو خراج.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٨

.....

و الحاصل أن ما يأخذه الجائر زكاة أو خراجا ليس إلا كأخذ العشر في مثل زماننا من التجار و الكسبة و غيرهما، و كما أن لزوم الاجتناب عن العشور و بقاءها في ملك المأخوذ منهم لا يوجب حرجا على سائر الناس، لما أشرنا إليه من عدم عرفان مالكة غالبا، فتدخل في عنوان المجهول مالكة، فكذلك المأخوذ من الرعية زكاة أو خراجا كما لا يخفى.

(الأمر الرابع) و هي العمدة الروايات الواردة في شراء الخراج و المقاسمة و الزكاة من السلطان و عماله.

(منها) - صحيحة أبي عبيدة، قال: «سألته عن الرجل منا يشتري من السلطان من إبل الصدقة و غنم الصدقة، و هو يعلم أنهم يأخذون

منهم أكثر من الحق الذي يجب عليهم؟ قال فقال. و ما الإبل إلا مثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به، حتى تعرف الحرام بعينه، قيل له فما ترى في مصدق يجيئنا يأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول بعناها فيبيعناها، فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس، قيل له فما ترى في الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه، فيعزله بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قبضه بكيل و أنتم حضور ذلك، فلا بأس بشرائه منه من غير كيل» (١)».

و ذكر المصنف (ره) (أولاً-) أنها دالة على ان جواز أخذ الصدقات من السلطان و عماله، كان مفروغا عنه عند السائل، و لذا وجه سؤاله الى خصوصيات الشراء من علم المشتري بأخذ العامل زائدا على الزكاة الواجبة على الرعية، و شراء الشخص الصدقة التي أخرجها أو شراء الحنطة و الشعير من القاسم بلا كيل، و ذكر (ثانياً-) أن في الرواية سؤالاً و جواباً إشعاراً إلى انه كان جواز أصل الشراء مفروغا عنه عند السائل و إلا لكان السؤال عن جواز أصل الشراء أولى، حيث ان الشراء بحسب القاعدة الأولى

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٥٢) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٤٩

و في وصفه (ع) للمأخوذ بالحلية (١) هو مزارع الأرض (٢) و زاد عليه ما سكت (٣)

كان محكوماً بالفساد، كما أن التصرف في الأموال المزبورة باعتبار بقائها في ملك المأخوذ منهم يكون محرماً تفصيلاً. و قوله (ع)- في الجواب عن السؤال الأول لا- بأس بالشراء حتى تعرف الحرام- كاف في الدلالة على جواز أصل الشراء، فإنه لو لم يكن الشراء جائزاً لما صح الجواب المزبور.

(أقول) لم يعلم وجه العدول عن الدلالة التي ذكرها أولاً إلى التعبير بالاشعار ثانياً.

(١) أي أن تعلق نفى البأس- بالإبل و الغنم و غيرها من الأعيان- ظاهره عدم البأس بأخذها عن الجائر مجاناً أو شراء أو بمعاملة أخرى، كما في سائر الأموال التي تضاف إليها الحلية، حيث أن الحلية لكونها حكماً تكليفياً أو وضعياً يكون متعلقها الفعل أو المعاملة، و إضافتها في الخطاب الى العين باعتبار أن تعم جميع الأفعال أو المعاملات المناسبة لتلك العين، فلا وجه لما قيل من اختصاص الحلية في الصحيحة بالشراء.

(٢) أي ان المراد بالقاسم مالك الأرض أو وكيله الذي زارعها من العامل عليها.

(٣) و حاصل ما ذكره الأردبيلي (ره) أن الفقرة الأولى من الرواية ظاهرة في جواز شراء الزكاة من عامل السلطان، و لكن لا بد من طرح هذا الظهور بقرينه حكم العقل و النقل بل الإجماع أيضاً. و أما الفقرة الثانية و الثالثة، فلا ظهور لها في جواز شراء الزكاة أصلاً، و ذلك فان المراد من قوله (ع): (و ما الإبل و الغنم الا مثل الحنطة و الشعير) كون جنس الإبل و الغنم كجنس الحنطة و الشعير و غير ذلك في جواز شرائها من بائعها، مع عدم إحراز أنها لغيره. و هذا مفاد قضية حقيقة لا تتكفل لإثبات موضوعها أو نفيه، و الصدقة المفروضة في السؤال يعلم حكم شرائها جوازاً أو منعا من الكبرى، بعد إحراز حالها، و أنها مال مأخوذ من الزارع و الرعية بلا ولاية للعامل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٠

.....

على أخذها فتكون باعتبار العلم بأنها مال الغير حراماً، و الحاصل أن المراد بالإبل في السؤال و إن كان خصوص إبل الصدقة الا أن المراد منه في الجواب جنسه، و التفكير و إن كان خلاف الظاهر، حيث أن ظاهر الرواية تعلق نفى البأس في الجواب بالمفروض في

السؤال، و أن المراد من الحرام هو المقدر الزائد على الحق، إلا- أن هذا الظهور يرفع اليد عنه بالحمل على بيان الكبرى و القضية الحقيقية بقرينة العقل و النقل و الإجماع. و بيان الجواب بهذا النحو لرعاية التقيّة، حيث لا يمكن (ع) المنع عن المعاملة مع سلاطين ذلك الزمان و عمالهم بالتنصيص به.

و أما السؤال الثاني فلا- ظهور له في رجوعه إلى شراء الزكاة من عامل السلطان بل راجع إلى حكم شراء المكلف مطلق الزكاة التي أخرجها إلى مستحقها، و كذا السؤال الثالث، فإنه لا قرينة فيها على قسمة عامل السلطان مع زارع الأرض الخراجية بل من المحتمل كون المراد بالقاسم مالك الأرض أو وكيله الذي زارعها، و قوله (ره) في آخر كلامه فتأمل، لعله إشارة إلى عدم مخالفة ظهور الفقرة الأولى للإجماع فإن المسلم عند الكل، حرمة المال المأخوذ بعنوان الزكاة على السلطان و عماله، لا على المشتري منهما و الجواز المستفاد من قوله عليه السلام، لا بأس به، راجع إلى المشتري فقط.

(أقول): ما ذكره من قرينة العقل و النقل لا يمكن المساعدة عليه، فإنه ليس في العقل ما يمنع أن تكون الصحيحة أو غيرها نازرة إلى إضاء الشارع تصرفات الجائر للتوسعة على الآخرين، نظير تحليل الخمس للشيعة، كما أنه ليس في النقل ما يمنع عن ذلك، غير العمومات التي يرفع اليد عنها بالخصوصات.

و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره السيد الخوئي طال بقاءه- من صراحة الفقرة الأولى في جواز شراء الصدقة من السلطان و عماله- غير تام، و أن دلالتها على الجواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥١

و منها رواية إسحاق بن عمار (١) رواية أبي بكر الحضرمي (٢).

لا يتجاوز حدود الظهور و معه لا حاجة أي إتعاب النفس في الفقرتين الأخيرتين و لو ان ظهور القاسم في من يكون شغله القسمة تام. و هذا لا ينطبق إلا على عامل السلطان كما لا يخفى.

(١) و هي مضمرة قال: «سألته عن الرجل يشتري من العامل، و هو يظلم؟

قال: يشتري منه ما لم يعلم أنه ظلم فيه أحدا «١» و ظهورها في الشراء من عامل السلطان ما هو عامل فيه غير قابل للخدشة و حملها على السؤال عن معاملة الظلمة و الفسقة بعيد غايته.

(٢) و سندها معتبر، فإن أبا بكر الحضرمي موثق بتوثيق عام باعتبار كونه من مشايخ ابن أبي عمير، و واقع في اسناد تفسير علي بن إبراهيم و كامل الزيارة، قال (دخلت على أبي عبد الله (ع) و عنده إسماعيل ابنه، فقال: ما يمنع ابن أبي السماك أن يخرج شباب الشيعة.» «٢» و المراد إخراجهم للعمل حتى يعملون له ما يعمل له سائر الناس.

و ذكر الأردبيلي (ره) عدم دلالة هذه أيضا على جواز أخذ الخراج و نحوه من السلطان و عامله، فإنه يمكن أن المراد من بيت المال في الرواية ما يجوز أخذه بأن يكون مندورا أو وصية لجماعة، منهم شباب الشيعة و أبو بكر الحضرمي. و كان إنفاذ الوصية أو النذر على ابن أبي السماك بحسب الوصية إليه أو النذر.

ولا- يخفى ما فيه لظهور بيت المال فيما كان متعارفا في ذلك الزمان من الأموال المأخوذة خراجا أو مقاسمة أو زكاة أو جزيه، و حملها على غير ذلك بلا قرينة بلا وجه، و ذكر السيد الخوئي طال بقاءه أن الرواية دالة على جواز أخذ المستحق بمقدار نصيبه، بل مقتضاها عدم جواز الأخذ لغير المستحق. و المدعى جواز الأخذ مطلقا.

و فيه أن الاستدلال بالرواية في مقابل صاحب الرسالة و الأردبيلي، حيث منعا عن الأخذ

(٢) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب (٥١) من أبواب ما يكتسب به - الحديث (٦)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٢

منها الأخبار الواردة في أحكام تقبل الرجل الأرض (١)

حتى فيما إذا كان الآخذ مستحقاً للخراج أو الزكاة اللهم إلا أن يقال جواز الآخذ المستحق لا يحتاج إلى الرواية، لأن المال بوصوله إلى يده يصير خراجاً أو زكاة، وإنما المحتاج إليها جواز الآخذ لغير المستحق، ولا دلالة في الرواية لا على جوازه ولا على منعه. (لا يقال): هذه الرواية بفقرتها الأولى ظاهرة في جواز كون الشخص من أعوان الظلمة مع فقره، (فإنه يقال) لم يتوجه في الرواية طلب الدخول في ولايتهم إلى شباب الشيعة حتى يتمسك بإطلاقه، بل الوارد فيها اللوم لابن أبي السماك بعدم استعماله شباب الشيعة، و لازم ذلك جواز عملهم له ولو في الجملة، فلا إطلاق لها من هذه الجهة، ولعل الجائر هو الدخول للعمل المباح مع نفع المؤمنين أو مع الاضطرار إليه لتأمين معاشه على ما تقدم.

(١) ذكر السيد الخوئي طال بقاءه أن ما دل - على جواز تقبل الأراضي الخارجية من السلطان - لا يكون دليلاً على جواز أخذ الخراج أو الزكاة منه مجاناً أو معاملته، فإن الأراضي الخارجية الموجودة في أيدي الشيعة يدور أمرها بين أن تترك بحالها بلا انتفاع منها، حتى يكثر الغلاء والفقر والجوع فيهم، أو أن يعطى الشيعة خراجاً للسلطان وخراجاً للمستحق، وهذا إجحاف، أو يكتفى بالخراج الواحد للسلطان بإجازة معاملته، وهذا الأخير هو المتعين.

و فيه أنه يمكن أمر رابع وهو تحليل تلك الأراضي بمعنى إسقاط خراجها عن الشيعة، لئلا يكون إجحاف بهم. وإذا فرض إجازة معاملته السلطان على تلك الأراضي فيتعدى إلى معاملته على خراجها، باعتبار عدم احتمال الفرق، مع أن الأراضي قد عطف عليها أهلها، كما في صحيحة الحلبي، حيث قال (ع) فيها: «لا بأس أن يتقبل الرجل الأرض وأهلها من السلطان» (١) و تقبل أهل أراضي الخراج، هي المعاملة على جزيه

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٣) الباب: (١٨) من أبواب المزارعة، الحديث. (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٣

و منها الصحيح عن إسماعيل بن الفضل (١) لا يخلو عن قصور في الدلالة (٢)

[ينبغي التنبيه على أمور]

[الأول ان ظاهر عبارات الأكثر مختص بما يأخذه السلطان]

ان ظاهر عبارات الأكثر (٣)

رؤوسهم أو ما يكون عليهم من الخراج.

(١) ودلالاتها - على جواز شراء جزيه الرؤوس و الخراج من السلطان - واضحة ولا يضر بها اشتغالها على خراج الطير و السمك و نحوهما مما لا خراج عليه، بل لعل المراد به أجره الأرض التي قد تزيد، بلحاظ كون الأرض صالحة لصيد الطير و السمك و غيرهما. (٢) حيث أنه لم يعلم أن المراد بتمر عين ابن أبي زياد في رواية جميل بن صالح التمر المأخوذ من تلك العين بعنوان الخراج أو الزكاة، مع أن الرواية في سندها ضعيف، حيث أن الراوي عن الامام (ع) و هو مصادف ضعيف فتدبر. و لم يعلم أن المراد بالطعام في صحيحة عبد الرحمن بن الحججاج الطعام المأخوذ بعنوان الخراج أو الزكاة، و لعله من عائد الوقف المجهول أربابه أو نحوه كما لا

يخفى.

(٣) هل يختص جواز أخذ الخراج من السلطان الجائر بما يكون في يده أو يد عماله، بان تجرى المعاملة عليه بعد وقوع الخراج بيدهما، أو أن الجواز يعم المعاملة، وهو على عهدة مستعمل الأرض؟

ذكر المصنف (ره) أن ظاهر أخبار جواز قبالة الأرض وجزية الرؤوس هو الثاني، ولكن لا يخفى أن ما دل على جواز تقبل الأرض من السلطان لا يرتبط بجواز تملك ما على ذمة مستعملي الأرض بالشراء أو الحوالة، بمعنى جواز شراء ما عليهم من السلطان أو حوالة السلطان متقبل الأرض إلى مستعمليها، بأن يستوفى من هؤلاء المستعملين ما أعطاه للسلطان قرضاً، بل يكون مدلولها جواز تملك منفعة الأرض بعنوان الإجارة أو غيرها. وإذا كانت منفعتها للمتقبل يكون ما يأخذه من مستعمل الأرض عوضاً لتلك المنفعة المملوكة له، نظير الأرض التي يستأجر من مالكيها الخاص، ثم يوجرها لثالث.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٤

.....

والحاصل أن جواز ما على ذمة مستعمل الأرض من الخراج لمتقبل الأرض بذلك لا يكون ملازماً لجواز معاملة السلطان على الخراج قبل أخذه. نعم ما ورد في جواز تقبل جزية الرؤوس و تقبل خراج الأرض كاف في الدلالة على العموم.

(لا يقال): يعارضه ما في صحيحة أبي عبيدة المتقدمة، فإن فيها ما ظاهره اعتبار القبض والعزل، قال «فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا فنقول بعناها فبيعناها؛ فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان قد أخذها وعزلها فلا بأس، قيل له فما ترى في الحنطة والشعير يجيئنا القاسم، فيقسم لنا حظنا ويأخذ حظه بكيل، فما ترى في شراء ذلك الطعام منه؟ فقال: إن كان قد قبضه بكيل، وأنتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه بغير كيل» والفرق - بين الزكاة والخراج بأن الزكاة مجعول الهى ولا تتعين في شىء إلا بالأخذ والعزل، بخلاف الخراج، فإنه يكون على الذمة ويتعين بالجعل والقرار مع السلطان أو ولايته، فيمكن أن يعتبر الأخذ في المعاملة على الزكاة، ولا يعتبر في المعاملة على الخراج - لا يخفى ما فيه، فإن الزكاة تثبت في النصاب بنحو الإشاعة في المالية أو بنحو الكلى في المعين، ويجوز لولى الزكاة بيعها قبل أخذها أو عزلها من مالك النصاب أو غيره، ولو كانت معاملة الجائر عليها كمعاملة السلطان العادل نافذة، فلا يحتاج إلى القبض أو العزل و اعتبار الأخذ والقبض في إمضاء معاملة الجائر عليها، وعدم اعتباره في معاملته على الخراج بعيد غايته.

و ذكر السيد الخوئي طال بقاه في الجواب عن المعارضة: أن المفروض في الصحيحة كون البائع عاملاً للسلطان، والعامل بمنزلة الوكيل، ولم تحرز وكالته إلا في جمع الزكاة، لا في بيعها أيضاً، ومع عدم الإحراز لا يحكم بصحة بيعه لعدم جريان أصالة الصحة في موارد عدم إحراز سلطنة الشخص على المعاملة. وإذا وصل المال إلى يده بقاعدة اليد يحكم بسلطانه على البيع أيضاً، بناء على ما هو الصحيح من عدم اختصاص القاعدة بمورد احتمال ملك العين، بل يعم احتمال ملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٥

الظاهر من الأصحاب في باب المساقاة (١)

التصرف أيضاً.

والحاصل أن التفصيل في الرواية بين أخذ الزكاة أو عزلها وبين عدمهما على القاعدة.

(أقول) هذا أيضاً غير تام، لأن السلطان الجائر ليس له ولاية المعاملة على الزكاة أو الخراج، حتى يعتبر في نفوذ معاملة عماله إحراز وكالتهم عنه بقاعدة اليد أو غيرها، ولا يختص إمضاء المعاملة تسهيلاً للأمر على الآخرين بمعاملة السلطان ليلزم إحراز انتساب معاملة

عماله إليه، بل الموضوع للجواز في الروايات معاملة السلطان وعماله، أحرزت وكالتهم عنه في معاملتهم أم لا. وإن شئت قلت صحيحة الحداء تشمل في اعتبار القبض، صورة العلم من الخارج بأن العامل مفوض إليه أمر الزكاة في بيعها ونقل عينها. ولا يبعد أن يقال فرض الأخذ في الصحيحة باعتبار تعيين مقدار الزكاة ورفع الغرر عن بيعها، وكذا في دلالتها على أخذ الحنطة بالكيل، و حضور المشتري عنده، ولو لم تكن الرواية ظاهرة في ذلك فتحمل عليه جمعا، باعتبار عدم احتمال الفرق بين المعاملة على الخراج والمعاملة على الزكاة كما مر.

(١) إذا كان خراج الأرض على الساقى دون مالك الأشجار، كان دفع مالكها- الخراج إلى الجائر و سقوطه بذلك عن الساقى- من قبيل المعاملة مع السلطان على الخراج قبل وصوله إلى يده، ولكن الأظهر كون الخراج على مالك الأشجار ابتداء، فإنه يستعمل الأرض و يستوفى منفعتها بأشجاره، فدفعه الخراج إلى السلطان دفع لما عليه، لا عوض عما على الغير، حتى يقال: هذا الدفع شاهد لجواز المعاملة مع السلطان على ما بعهدة الغير من الخراج قبل أخذه. و من هذا القبيل المزارعة، و أنه يكون الخراج يعني أجره الأرض على من تملك منفعتها بتقبلها من السلطان، و قوله (ره) و ظاهر الأصحاب مبتدأ و خبره إجراء ما يأخذه الجائر أى ان إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٦
و اما المأخوذ فعلا (١)

الثانى يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا مغصوبا محرما بمن ينتقل إليه

الثانى يختص حكم الخراج (٢) مع أن فى بعض الاخبار ظهورا فى جواز الامتناع (٣)

ظاهر الأصحاب تنزيل ما يأخذه الجائر من مالك الأشجار منزلة ما يأخذه السلطان العادل فى كونه عوضا عما على مستعمل الأرض أى الساقى. و هذا فى معنى جواز معاملة السلطان على ما بذمه مستعمل الأرض قبل أخذه.
(١) أى ان الوجه فى ذكر العلماء المأخوذ فعلا باعتبار أن هذه المسألة فى كلماتهم ذكرت بعنوان الاستثناء عن مسألة حرمة الجائزة، مع العلم بأربابها، و بما أن الجائزة لا تتحقق الا بالقبض فرضوا الأخذ فى هذه المسألة أيضا.
(٢) ذكر (ره) فى هذا الأمر أنه ليس للجائر ولاية أخذ الخراج أو المقاسمة أو الزكاة، بحيث يجب على من عليه الحقوق دفعها إليه تعيينا أو تخيرا بينه و بين الدفع إلى الحاكم الشرعى، بل الثابت من الروايات أن أخذ الجائر تلك الحقوق ممن عليه يوجب فراغ ذمته منها و أن المعاملة عليها مع الجائر محكومة بالصحة، و لا يستفاد منها مزيد من ذلك. نعم يظهر من جماعه منهم بعض الأساطين (كاشف الغطاء) خلاف ذلك، حيث قال: (و يقوى حرمة سرقة الحصه و خيانتها و الامتناع عن تسليمها، أو تسليم ثمنها بعد شرائها إلى الجائر، و إن حرمت عليه، و دخل تسليمها فى الإعانة على الإثم بالبداية أو الغاية لنص الأصحاب على ذلك.
و لعل مراده بقوله و دخل تسليمها إلخ أن الأصل حرمة تسليم الحصه إلى الجائر، فإن تسليمها إليه ان كان دخيلا فى تسلطه على رقاب المسلمين، فالدفع إليه إعانة على الإثم بحسب الحدوث، و ان لم يكن دخيلا فيه، كما إذا كان تسلطه عليهم من قبل بفعل الآخرين يكون الدفع إليه إعانة على الإثم بحسب الغاية، لأن الجائر يصرفها فى غير مواردها، و قوله لنص الأصحاب تعليل للحكم فى قوله: و يقوى حرمة سرقة الحصه.

(٣) الرواية بحسب السند معتبرة، و دلالتها، باعتبار أن الثمن بعد فرض صحة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٧

مخالف لظاهر العام (١)

المعاملة المفروضة فيها يكون معنونا بعنوان المقاسمة، و تجوز الامام (ع) الامتناع عن تسليمها إلى الجائر يكون قرينة على عدم ولايته على الخراج، فلا يكون حاله كحال السلطان العادل، و لكن لم يعلم أن الأرز المفروض كان من المقاسمة، فإنها في واقعة خارجية لم تعلم خصوصياتها، فلعله كان من مال الناصب، كما ذكره في الحدائق، و لم يظهر من أصحابنا التسالم على عدم اجراء حكم مال الكافر على أموال الناصب، بل الناصب على ظاهرهم محكوم بالكفر، فلا حرمة لنفسه و لا لماله. و إخراج الخمس من المال المأخوذ منه يكون بالإضافة إلى الزائد على مؤنة السنة، كما مر سابقا.

(١) و لعل مراده بالعام مدلول لفظ الشيعة، و المال المضاف إليهم هو المأخوذ من كل واحد منهم. و هذا المال هو الخراج و المقاسمة، فإن ما يؤخذ من جميع الشيعة فقيرهم و غنيهم و كبيرهم و صغيرهم هي أجرة الأرض التي كانوا يسكنون بها من الأراضي الخراجية، بخلاف المجعول عليهم ظلما، فإنه لا يعم جميع الشيعة حتى الزكوات، فإنها لا تؤخذ إلا ممن له نصاب المال الزكوي. و على ذلك فمقتضى العام حمل الأموال الواردة في الرواية على الخراج و المقاسمة. و هذا الحمل هو الاحتمال الثاني في كلام المحقق الكركي (ره).

نعم الزكوات و إن أدرجها المحقق المزبور في الاحتمال الثاني، إلا- أنها داخله في الاحتمال الأول، فإنها مأخوذة من بعض الشيعة ظلما، و ذلك فإنه لو قيل باجزاء المدفوع إلى الجائر عن الزكاة الواجبة كان الظلم على مستحقيها من فقراء أهل الولاية، حيث أن الجائر لا يخصهم بالزكاة، و إن لم نقل باجزائه عنها كانت الظلامه على مالك النصاب، لانه يجب عليه دفعها ثانيا. و هذا الظلم أظهر من الأول، لاحتمال أن يقال في فرض الاجزاء بأن الزكاة لا تكون ملكا للفقراء من أهل الولاية، حتى تكون الظلامه عليهم، بل هم أحد الموارد الثمانية التي يصرف عليها الزكاة، و لذا ذكر (ره) خصوصا بناء على عدم الاجتزاء بها عن الزكاة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٨

و فيما ذكر المحقق من الوجه الثاني (١)

و كيف كان فليست الزكاة مالا مأخوذا من جميع الشيعة، بل أخذها ظلما من الجائر على بعضهم (أقول): ينبغي أن يقال بالاجتزاء بالإضافة إلى الزكاة أيضا، كما يظهر ذلك مما دل على تجوز شراء الصدقة من السلطان و عماله و في صحيحة عيص بن قاسم عن ابي عبد الله (ع) في الزكاة، قال: «ما أخذ منكم بنو أمية، فاحتبسوا به و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم، فان المال لا يبقى على هذا ان يزيه مرتين (١)» فان قوله- فان المال لا يبقى لتعليل للاجزاء و جواز الاحتساب، لا لعدمه، كما يظهر من المصنف (ره)، و بها و بمثلها يرفع اليد عن الدلالة على عدم الاجزاء بحملها على استحباب الإعادة.

(١) أى ان ما ذكره المحقق- في بيان المراد من أموال الشيعة الواردة في رواية علي بن يقطين من احتمال كونه الخراج و المقاسمة و الزكوات- فيه دلالة على أنه (ره) لا يرى وجوب دفع الخراج أو المقاسمة إلى السلطان، و لا يكون له ولاية كولاية السلطان العادل. و وجه الدلالة أنه لو كانت له هذه الولاية بحيث وجب دفع تلك الأموال إليه، لما أمكن أمر الإمام (ع) علي بن يقطين بالاجتناب عن أخذها و لا أخذها علانية و استردادها سرا. و ربما يستظهر هذه الولاية من كلام مشايخه، و لكن لا يبعد كون مرادهم الامتناع عن أداء الخراج و وجوده رأسا حتى عن الحاكم العادل.

و وجه عدم البعد لتعليلهم حرمة الامتناع، بأن ذلك حق واجب عليه، فإنه ليس مقتضى هذا التعليل وجوب الدفع إلى الجائر، و لعل هذا الاحتمال بعينه ما فهمه المحقق من الكلام المنقول عن مشايخه. و يؤيد ذلك أنه بعد ما ذكر الاحتمالين في المراد من أموال الشيعة الواردة في الرواية نقل كلام مشايخه، و لم يشر إلى أن ما ذكره- من الاحتمال الثاني في الرواية- مخالف لظاهر كلامهم و يؤيد أيضا ان هذا المحقق

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٦) الباب: (٢٠) من أبواب المستحقين للزكاة:

- الحديث: (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٥٩

و من تأمل إلخ فهو استشهاد (١) فلو احواله بها و قبل الثلاثة (٢) يحرم على المالك المنع (٣) و قد عرفت أن هذا مسلم نصا و فتوى (٤).

تعرض بعد نقل كلامهم لتولى الفقيه أمر الخراج في زمان الغيبة و ذكر أنه ليس عنده من الأصحاب تصريح في ذلك، و وجه التأييد أنه لو كان قد علم من كلامهم عدم جواز منع الخراج عن الجائر و ثبوت الولاية له، لذكر أنه لا يجوز عند مشايخه للفقيه المتصدي لأمر الخراج، و أن أمره عندهم راجع الى الجائر. و حمل كلامه (ره)- على صورة فقد السلطان الجائر، حتى لا ينافي ذلك ثبوت الولاية للجائر- حمل على فرض بعيد.

(١) هذا رفع لما يتوهم من التنافي في كلام المحقق، و ذلك فإنه (ره) أجاب عن السؤال (أولا) بقوله لا أعرف للأصحاب في ذلك تصريحا، ثم ذكر (و من تأمل في أحوال كبرائنا و هذا الأخير نوع تصريح من الأصحاب. و وجه الدفع أن قوله- و من تأمل في أحوال كبرائنا- استشهاد على أصل الحكم في المسألة، و هو جواز المعاملة مع السلطان على الأراضى و خراجها، و غير مرتبط بالسؤال و الجواب أصلا.

(٢) المراد بالثلاثة المحال و المحيل و المحال عليه، و هذا مبنى على اعتبار رضا المحال عليه في صحة الحوالة، و الا لكفى رضا المحيل و المحال.

(٣) أى انه يحرم على من عليه الحقوق المزبورة الامتناع عن دفعها الى من تملكها بالمعاملة مع السلطان.

(٤) (أقول): لم يعلم التسالم على ما ذكر، و مقتضى بعض الروايات المعتبرة تجوز للتصرف في الأراضى الخراجية للشيعة مجانا، و فى صحيحة مسمع بن عبد الملك عن ابى عبد الله (ع): «يا أبا سيار الأرض كلها لنا، مما اخرج الله منها من شىء فهو لنا- الى ان قال- كل ما فى أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و محلل لهم، ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيهم طسق ما كان فى أيديهم، و ترك الأرض فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٠

ما ذكره من الوقف لا يناسب (١) و أما مع عدم استيلائه (٢)

الثالث: أن ظاهر الأخبار و إطلاق الأصحاب حل الخراج و المقاسمة المأخوذ من الأراضى]

و هو الذى يقتضيه نفى الحرج (٣)

أيديهم. و أما ما كان فى أيدي غيرهم، فان كسبهم من الأرض حرام. «١» فان هذه لو لم تكن ظاهرة فى خصوص أرض الخراج، بقربنة فرض الخراج المعبر عنه بالطسق فلا ينبغى الريب فى شمولها لها، حتى لو فرض وقوع المعارضة بينها و بين ما دل على ثبوت الخراج على مستعمل أرض الخراج بالعموم من وجه، لكان المرجع بعد تساقطهما فى مورد اجتماعها و هو استعمال الشيعى أرض الخراج أصالة عدم اشتغال الذمة بالبدل. و قد نقل ذلك القول فى المستند، و اختاره فراجع.

ثم إن الظاهر من قوله (ع): (الأرض كلها و ما اخرج الله منها لنا) هو ثبوت الولاية لهم لا الملك، بقربنة مالكية غيرهم بعض الأرض، و ما يخرج منها كما لا يخفى.

(١) لا يخفى أنه يجوز وقف بعض المأخوذ من الجائر، كابل الصدقة، وليس في كلام الشهيد (ره) عموم بالإضافة إلى وقف الأرض التي يتقبلها من السلطان، حتى يستشكل بأنه لا يصح وقفها باعتبار أنها لا تدخل في ملك الآخذ، بل لا يصح هذا الوقف من الجائر أيضاً، فإنه لم يظهر من الاخبار المتقدمة إمضاء الشارع تصرفه في الأرض بوقفها أو تملك قطعاً منها لشخص معين فلا حظ.

(٢) قد ورد النهي في صحيحة عيص بن القاسم المتقدمة عن إعطاء الزكاة للجائر و ظاهره عدم الاجتزاء به عن الزكاة الواجبة فيما إذا كان الإعطاء اختيارياً، لقصور يد الجائر أو غيره. وبما أنه لا- يحتمل الفرق بينها وبين الخراج، فلا- يجوز إعطاء الخراج له أيضاً اختيارياً، بل يدخل الخراج بناء على عدم سقوطه عن الشيعي في الأموال التي يتصرف فيها حسباً. و القدر المتيقن من الجواز تصرف الحاكم مباشرة، أو الصرف في موارده بالاستيذان منه فتدبر.

(٣) قد تقدم سابقاً أن دليل نفي الحرج لا يصحح المعاملة، و لذا لو لم تكن في البين الأخبار الظاهرة في إمضاء معاملات الجائر على الأراضي و خراجها، لم يمكن

(١) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب (٤) من أبواب الأنفال- الحديث (١٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦١

و هذا الدليل و ان كان فيه ما لا يخفى (١) نعم بعض الاخبار (٢)

[الرابع: ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله]

مسوقة لبيان حكم آخر (٣)

تصحيحها بدليل نفيه، كما لا يمكن تصحيح معاملات سائر الغاصبين به.

(١) (أولاً) بأن الخراج أجره الأرض، فيثبت على الذمة، و ما يحصل بالزرع ملك في المزارعة لملك الأرض و الزارع معاً، و في مورد الإجارة ملك للزارع.

و (ثانياً) أن الخراج حق للمسلمين، فإنه بدل منفعة الأرض التي يملكونها. و (ثالثاً) أن دفع حق الله الى غير مستحقه لا يوجب فراغ الذمة، فيكون الدفع إلى الجائر كدفع الزكاة الى غير مستحقها. و الكلام المزبور من العلامة- و ان كان فيه الخلل- إلا أن ظاهره اختصاص الحكم بصحة المعاملة بالأراضي الخراجية عندنا. و أما الأنفال فالثمره و الزرع فيها للزارع و مالك الأشجار، و تملك الأرض بالإحياء على ما يأتي.

(٢) فإنه لا- يبعد شمول مثل قوله (ع): «لا بأس بأن يتقبل الأرض و أهلها من السلطان.» للأراضي التي تكون من الأنفال و المجهول مالكة مما يتصرف فيها السلطان، بخلاف الأراضي المملوكة للأشخاص، كما في الأراضي التي أسلم أهلها طوعاً، فإنها ملك لأربابها الذين أسلموا طوعاً حتى عند المخالفين.

و الحاصل ان تصرفه فيها- كتصرفه في ملك شخصي لمسلم في كونه جوراً و عدواناً- خارج عن موضوع الأخبار الواردة في قبالة الأرض و المعاملة على خراجها.

(٣) أي ان الروايات المشار إليها ليست في مقام بيان إمضاء الشارع معاملة السلطان على الأرض أو خراجها، حتى يتمسك بإطلاق السلطان فيها في الحكم بعموم الجواز، و انه لا فرق في الإمضاء بين السلطان المخالف الذي يدعى لنفسه الزعامة الشرعية على عامة المسلمين، و بين المخالف أو الموافق الذين لا يدعون تلك الزعامة و الخلافة، فإن صحيحة الحلبي ناظرة- بعد الفراغ عن جواز قبالة الأرض من السلطان- الى جواز إدخال تقبل جزية الرؤوس في تقبل الأراضي التي يسكنها أهل الذمة، و أنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٢

لأن المراد بشبهتهما (١)

لا بأس بهذا الإدخال، فيرفع اليد بها عن ظاهر ما دل على عدم جواز ذلك.

و أما رواية الفيض بن مختار فهي ناظرة إلى بيان انه بعد تقبل الأرض من السلطان لا بأس بإعطائها لساكنيها بأكثر مما تقبل به. و بعبارة أخرى ليس فيها بيان جواز تقبل الأرض من السلطان، بل بيان حكم آخر بعد الفراغ عن الأول.

و أما صحيحة محمد بن مسلم و ابى بصير معا عن ابى جعفر (ع)، فهي ناظرة الى عدم ثبوت الزكاة على الزارع فيما يأخذه السلطان منه بعنوان الخراج. و أما أن أخذه بذلك العنوان أو معاملته عليه بعد أخذه ممضأة أم لا، فلا دلالة لها على ذلك أصلاً، قال (ع) فيها: «كل أرض دفعها إليك السلطان، فما حرثته فيها فعليك مما أخرج الله منها الذي قاطعك عليه، و ليس على جميع ما أخرج الله منها العشر، إنما عليك العشر فيما يحصل في يدك بعد مقاسمته لك» (١).

(١) أى أن مرادهم بالشبهة في قولهم: (ما يأخذه الجائر لشبهة المقاسمة و الزكاة) هي شبهة استحقاق أخذهما الحاصلة من رعاية مذهب العامة، نظير شبهة استحقاقه سائر الأموال التي يأخذها من الرعية بعنوان كونه ولي الأمر، و هذه الشبهة لا تتصور في حق الموافق، لأن مذهب أن ما يأخذها من الرعية باسم الخراج أو الزكاة كسائر الأموال التي يؤخذ منهم ظلماً، و لو كانت له شبهة فهي اعتقاده الشخصي: بأن له الأخذ من أموال الناس للحفاظ على نظام الحكومة و أمن البلاد، و لو كان هذا الاعتقاد بسبب صحيح كالاتجاه و التقليد، فيجوز له الأخذ و التحفظ على ذلك النظام.

و الأمن، و الا لكان باطلا لا يصح لأحد ترتيب الأثر على تصرفاته.

(أقول) لا يعتبر في السلطان أو عماله شبهة الاستحقاق بحسب المذهب، بل الروايات ظاهرة في إمضاء تصرفات السلطان و عماله في الأراضي الخراجية، و خراجها و مقاسمتها و الزكوات و جزيه الرؤس، و ليس لنا سبيل إلى إحراز أن الزعماء في ذلك

(١) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب: (٧) من أبواب زكاة الغلات- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٣

فسر صاحب إيضاح النافع (١)

[الخامس لا يعتبر في حل الخراج المأخوذ ان يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الأخذ للأخذ]

لا يعتبر في حل الخراج المأخوذ ان يكون (٢)

الزمان كانوا معتقدين باستحقاقهم شرعا لتلك التصرفات. و لعل كان بعضهم- كما قيل- في هارون و مأمون على اعتقاد بأنهم ليسوا أهلاً لها، و انما لم يتركوها لأهلها، لان حلاوة الزعامة كانت تمنعهم عن ذلك.

و الحاصل أن المتيقن من تلك الاخبار أن من كان له دعوى الزعامة الشرعية على عامة المسلمين، فتصرفاته و تصرفات عماله في الأموال المزبورة ممضأة، سواء كانت التصرفات لشبهة الاستحقاق أم لمجرد دعوى الولاية عليها. نعم قد تقدم عدم ورود الروايات لبيان هذا الإمضاء حتى يتمسك بإطلاقها بالإضافة الى غير هذا السلطان و عماله، كما لا يخفى.

(١) يعنى أنه فسر الجائر في كلام النافع بمن تقدم على أمير المؤمنين (ع)، و من تبع اثر أولئك الثلاثة. و من الظاهر أنهم كانوا يدعون الولاية الشرعية على المسلمين.

(٢) هذا الأمر لبيان عدم الفرق- في الزارع المأخوذ منه الخراج أو نحوه- بين كونه مخالفاً يعتقد ولاية السلطان على الرعية، أو كونه موافقاً لا يرى للجور ولاية عليه أو على سائر المسلمين، فإنه يجوز في صورتين أخذ الخراج منه أو عماله معاوضةً أو مجاناً، كما تبرأ ذمة الزارع من الحقوق الواجبة بأخذه أو أخذ عماله.

و يشهد لعدم الفرق إطلاق بعض الاخبار الواردة في شراء الخراج أو الزكاة من السلطان أو عامله، فإنه لم يرد فيها اعتبار كون الزارع أو مالك النصاب مخالفاً، بان يقال:

لا بأس بشراء الخراج فيما إذا لم يؤخذ من أصحابكم، بل المفروض في صحیحه الحذاء المتقدمة كون الزكاة مأخوذة من الشيعة، حيث أنه مما ورد فيها «قليل له فما ترى في مصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا، فنقول بعناها فيبيعناها، فما تقول في شرائها منه؟ فقال: إن كان أخذها و عزلها فلا بأس» و مثلها ما ورد في جواز احتساب الزكاة بما يأخذه السلطان و عماله، كما في صحیحه عيص بن القاسم المتقدمة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٤

.....

و اما ما ذكره المصنف (ره) من اختصاص رواية إسحاق بن عمار المتقدمة أيضاً بالأخذ من الموافق، فلم يعلم وجهه، كذا بعض أخبار قبالة الأرض فراجع.

و أدرج البعض، المقام في قاعدة الإلزام، و ذكر أن حل الخراج- أو غيره بالأخذ من السلطان أو عماله مجاناً أو معاوضة- مختص بما إذا كان المأخوذ منه مخالفاً، و أن مقتضى إلزام المخالف بمقتضى مذهبه من ولاية السلطان عليه هو جواز المأخوذ منه لمن تلقاه من السلطان أو عماله معاملةً أو مجاناً.

و لا- يخفى أنه على ذلك و إن اختص الحكم بما إذا كان المأخوذ منه مخالفاً، إلا أن المال المأخوذ يعم غير الخراج و المقاسمة و الزكاة، كالمأخوذ من الرعية بعنوان الضريبة و العشور أو غيرهما، فان اعتقاد المخالف بولايتهم على رعاياهم في هذا الأخذ أيضاً للحفاظ على النظام و الأمن يكون مجوزاً لإلزامه بمعتقده، و كذا يعم الحكم ما إذا لم يكن السلطان مدعياً للخلافة و الزعامة على عامة المسلمين.

و لكن الكلام في اعتبار القاعدة المزبورة بإطلاقها، فنقول: إذا رأى المخالف على مذهبه كونه ملزماً بحكم ينتفع من ذلك الحكم، الموافق، كما إذا انحصر الوارث من الطبقة الأولى بالبت الواحدة التي ترى بمقتضى مذهبها أن النصف الباقي من تركة أبيها للعصبة، فيجوز لأخيها المؤمن أخذ ذلك النصف و إلزامها بمذهبها. و هذا في الإرث منصوص، و التعدى- إلى سائر الموارد التي يحتمل الفرق في الحكم بينها و بين الإرث- لا يخلو عن مناقشة، لضعف سند بعض ما ورد في ذلك الباب، مما يظهر منه الإطلاق، و كذا يلزم المخالف بالنكاح أو الطلاق الواقع على مذهبه، و إن كانا باطلين عندنا. و هذا أيضاً مستفاد من النصوص. بل يلزم الكفار أيضاً بالنكاح و الطلاق الواقعيين على رسومهم، و أيضاً ورد النص في جواز أخذ ثمن الخمر أو الخنزير من الكافر، فيما إذا باع الخمر أو الخنزير لمثله، و يتعدى إلى سائر المعاملات الفاسدة من البيع و الإجارة و نحوهما. و أما القاعدة الكلية- التي يؤخذ بها في كل مورد و لو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٥

[السادس ليس للخراج قدر معين]

السادس ليس للخراج قدر معين (١)

مع احتمال الفرق في الحكم الواقعي فأقامه الدليل عليها مشكلة، فتدبر.

(١) هذا الأمر لبيان عدم التحديد لمقدار الخراج، بل بما أنه في الحقيقة أجره الأرض التي تملكها المسلمون، فيكون كسائر الموارد تابعا لتراضى المتعاملين قل أو كثر. نعم إذا استعمل الأرض قبل المعاملة عليها كان على مستعملها أجره المثل و أما تعيين الأجره قبل استعمالها فيكون بالمعاملة فقط.

و ذكر (ره) أن هذا منسوب الى ظاهر الأصحاب. و يدل عليه قول ابى الحسن (ع) فى مرسله حماد بن عيسى: «و الأرض التى أخذت عنوة بخيل و ركاب فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها و يحييها على صلح ما يصلحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف و الثلث و الثلثان، و على قدر ما يكون لهم صلاحا و لا يضر بهم.» (١)

و أنه يستفاد من هذه المرسله تحديد الخراج أو المقاسمه فى ناحيه الكثره بعدم إضرارهما بالزراع، بحيث يترك الفلاح الزراعه و لا يختارها إلا- إجبارا. و على ذلك، فلو قبل الأرض بما يضره فيحتمل حرمة جميع ما يؤخذ من مستعمل الأرض، بأن يكون أصل المعاملة باطله، و يحتمل حرمة المقدار الزائد أى فساد المعاملة بالإضافة الى ذلك المقدار.

و لكن الصحيح هو التفصيل، بأن مستعمل الأرض لو كان مختارا فى استعمالها بلا حرج عليه فى تركها كان مقدار الخراج ما تراضيا عليه، حتى فيما إذا كان زائدا على المتعارف و غير صلاح للزراع. و أما إذا كان مضطرا الى استعمالها، بأن كان تركها حرجا عليه، كما إذا كانت تلك الأرض مزرعه له مدة، بحيث يكون ارتحاله عنها شاقا عليه ففى مثل ذلك يحكم بفساد المعاملة أو فساد الزائد. (أقول): الأظهر بطلان المعاملة فى الصورتين، فان السلطان و عماله ليست لهم ولاية التصرف فى تلك الأراضى بما يكون فيه إضرار بالمسلمين، و لم يمض من

(١) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب (٢) من أبواب الخمس الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٦

.....

تصرفاتهم فيها ما يكون موجبا لترك الناس الأراضى التى كانوا يستعملونها و الالتجاء الى مكاسب اخرى بدلا عن الزراعة و توفير الغذاء للناس، و فى ذلك فساد للبلاد و فقر لأهلها. و هذا نظير ما وكله الغير فى بيع ماله أو إجارته بعوض محدود فى ناحيه كثرته، و كان التحديد لغرض عقلايى، فباعه الوكيل أو أجره بأزيد من ذلك العوض، فإنه يكون البيع أو الإجاره باعتبار عدم و كالتة فيهما باطله. و أما احتمال بطلانها بالإضافة إلى المقدار الزائد فضعيف، فان التبعض فى المعاملة بحسب صحتها يختص بموارد انحلالها، كما إذا باع شيئين بصفقه واحده، أو أجر العين مدة، فإن انحلال البيع بالإضافة الى كل منهما، و انحلال الإجاره بحسب أبعاض المدة صحيح.

و أما انحلالها بالإضافة الى بعض الثمن أو بعض الأجره، بأن تتم المعاملة و يقع تمام المبيع بإزاء بعض الثمن أو تمام المدة بإزاء بعض الأجره، فهذا ليس من انحلال المعاملة. و على ذلك يبتنى الحكم ببطلان البيع الربوى و عدم اختصاص البطلان بالمقدار الزائد، كما إذا باع خمسة كيلوات من الحنطه بعشره كيلوات من حنطه أخرى، فإنه لا- يمكن الحكم بصحة البيع بالإضافة إلى مبادله خمسة كيلوات بخمسة، و بالبطلان بالإضافة إلى الخمسة الزائده، فإن مبادله الخمسة بالخمسة لم تنشأ حتى يعمها مثل قوله سبحانه أَلْحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بِلِ الْمُنَشَأِ مِبَادَلَةَ الْخَمْسَةِ بِالْعَشْرَةِ، و هذه المبادله إنما تنحل بالإضافة إلى مبادله نصف الخمسة بنصف العشرة، و ربع الخمسة بربع العشرة و هكذا، بخلاف الربا فى باب القرض، فإنه لا يوجب بطلان عقد القرض، فان القرض و الاقتراض فى حقيقتهم تملك المال

و تملكه بالضمان، و معنى الضمان اشتغال الذمة بمثل ذلك المال في المثليات، و بقيمته في القيميات، فالزيادة تكون شرطا فيهما. و بما أن بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل العقد يصح القرض و الاقتراض و يبطل الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٧

[السابع ظاهر إطلاق الأصحاب أنه لا يشترط فيمن يصل إليه الخراج أو الزكاة من السلطان على وجه الهدية]

السابع ظاهر إطلاق الأصحاب (١)

و يترتب على ما ذكرنا أنه لو ترك المستعمل، الأرض التي تقبلها من السلطان بما يضره، لم يكن عليه شيء لا الأجرة المسماة لفساد القبالة، و لا اجرة المثل، فان تلك الأجرة لا تثبت في صورة ترك استعمال الأرض و رفع اليد عنها.

(١) نسب (ره) في هذا الأمر إلى ظاهر كلمات الأصحاب عدم اعتبار الاستحقاق في من يأخذ الزكاة أو الخراج من السلطان أو عماله مجاناً، و نقل عن المحقق الكركي نسبة ذلك إلى إطلاق الاخبار، و ناقش فيه بأن الأخبار واردة في شراء الخراج أو الزكاة أو تقبل الأرض من السلطان، و لا يعتبر في المشتري أو المتقبل أمر زائد على ما في اشتراء سائر الأموال من سائر الأشخاص. و لعله أراد إطلاق ما دل على حل جوائز السلطان، و لكن الأخبار الواردة في حلها واردة في اشخاص خاصة، فيحتمل كونهم مستحقين لبيت المال.

و الحاصل أن الحكم بنفوذ تصرف الجائر في الخراج على الإطلاق بمعنى إمضاء تملكه لغير مستحقه أو إمضاء تفرقة على غير صلاح المسلمين مشكل، كما أن الحكم بنفوذ أخذه بأن يكون المأخوذ خراجاً مطلقاً و لو فيما إذا دفعه إليه مستعمل الأرض اختياراً أو تقبل الأرض منه كذلك، مع إمكان المراجعة إلى حاكم الشرع كان مشكلاً (أقول): وورد أخبار حل الجوائز في أشخاص خاصة ممنوع، فان فيها ما يكون من قبيل سائر الإطلاقات، كما في صحيحة محمد بن مسلم و زرارة جميعاً، قالوا: «سمعناه يقول جوائز العمال ليس بها بأس» (١) نعم لا- شهادة لها على ما ذكره المحقق الكركي (ره) و ذلك لما ذكرنا سابقاً من أن الجائزة بمقتضى قاعدة اليد محكومة بكونها ملك الجائر، و أن الجواز في مثل الصحيحة حكم ظاهري تكون غايته العلم بحرمتها، فلا يعم ما إذا أحرز كونها مغصوبة من شخص يعرفه الآخذ، أو أنها زكاة لا تحل لغير الفقير و هكذا.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب: (٥١) من أبواب ما يكتسب به- الحديث: (٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٨

[الثامن: أن كون الأرض خراجية يتوقف على أمور ثلاثة]

[الأول كونها مفتوحة عنوة]

الأول كونها مفتوحة عنوة (١)

و كأن المحقق الكركي مع ذكره إطلاق بعض الاخبار و ظاهر الأصحاب في عدم اعتبار الاستحقاق في الآخذ اعتبر الاستحقاق فيه و رفع اليد عن إطلاق ذلك البعض، و استظهره من كلام العلامة، و ذكر في وجه اعتباره قوله (ع) في رواية الحضرمي:

«ما يمنع ابن ابي السماك أن يبعث إليك بعطائك، أما علم أن لك في بيت المال نصيباً» فان مقتضى ذلك ان حل بيت المال لأبي بكر باعتبار كونه ذا نصيب فيها.

و فيه أن قوله (ع) (أما علم) علة لتوبيخ ابن ابي السماك على تركه إرسال المال إلى السائل، فيستفاد منه حل بيت المال لمن يكون له

فيها نصيبا و أما عدم الحل لمن لا نصيب له بإعطاء الجائر و تمليكه، فهذا خارج عن مدلوله.

و أما استظهاره الاعتبار من كلام العلامة، فلأن المأخوذ من الزارع و مستعمل الأرض بعنوان الخراج أو الزكاة خراج أو زكاة حقيقة، كما هو مقتضى كونها حق الله و براءة ذمة المأخوذ منه من ذلك الحق، و إذا كان المأخوذ خراجا أو زكاة فيترتب عليه حكمهما من عدم جوازهما لغير مستحقهما.

و فيه أنه لا- منافاة بين كون المأخوذ خراجا أو زكاة و جوازهما لغير مستحقهما بهبه السلطان أو عماله باعتبار إمضاء هذه التصرفات كما مر.

(١) أراضي الكفار- التي استولى عليها المسلمون بالقهر و القتال المعبر عنها بالمفتوحة عنوة- ملك للمسلمين على المشهور، لا لاشخاصهم على نحو التوزيع، و لا لعنوانهم على نحو ملك الزكاة لعنوان الفقراء، بحيث يكون المأخوذ منها ملكا شخصيا للأخذ، بل تلك الأراضي تكون باقية على حالها حتى بعد أخذها و استعمالها.

و مقتضى تبعية المنفعة للعين دخول منافعتها من الخراج و المقاسمة أو اجرة المثل في بيت مال المسلمين المحكوم عليها بلزوم صرفها في مصالحهم، و المتصدى لذلك من له الولاية عليهم على ما مر في ضمن الأمور المتقدمة.

و في صحيحة الحلبي قال: «سئل أبو عبد الله (ع) عن السواد ما منزلته؟ فقال:

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٦٩

.....

هو لجميع المسلمين، لمن هو اليوم، و لمن لم يخلق بعد فقلت الشراء من الدهاقين؟

قال: لا يصلح إلا أن تشتري منهم على ان يصيرها للمسلمين، فإذا شاء ولى الأمر أن يأخذها أخذها، قلت فإن أخذها منه قال يرد عليه رأس ماله، و له ما أكل من غلتها بما عمل» (١).

و دلالة هذه على ما ذكر لا تحتاج إلى مؤنة، فان أرض السواد إما مفتوحة عنوة كما عليه المشهور، أو من أرض الصلح بشرط كونها للمسلمين، كما احتمله المصنف (ره) نعم البناء و الآثار لمستعمل تلك الأراضي، و لا تتبع رقبه الأرض، و لذلك يثبت للمستعمل حق بها، كما ربما يظهر ذلك من ذيل الصحيحة أيضا، و نحوها رواية أبي الربيع الشامي عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: «لا تشتري من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة، فإنما هو في للمسلمين» (٢) و المراد بمن له ذمة هو مستعمل الأرض أو الذي تقبلها بالمعاملة مع الوالى.

و بمثل هاتين الروايتين يرفع اليد عن الإطلاق و العموم في بعض الروايات الدالة على كون الأراضي ملكا للإمام عليه السلام، كما في صحيحة عبد الملك من قوله عليه السلام «يا أبا سيار الأرض كلها لنا» (٣) و ما في رواية أبي خالد الكابلي عن ابي جعفر عليه السلام، قال «وجدنا في كتاب على عليه السلام أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده و العاقبة للمتقين، أنا و أهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض و نحن المتقون، و الأرض كلها لنا، فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها، و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي، و له ما أكل منها» (٤).

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) باب (٢١) من أبواب عقد البيع و شروطه- الحديث (٤)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (١٢) باب (٢١) من أبواب عقد البيع و شروطه- الحديث (٥)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب: (٤) من أبواب الأنفال- الحديث: (١٢)

(٤) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (٣) من أبواب إحياء الموات- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٠

.....

هذا مع أن المراد من اللام في (الأرض كلها لنا) الأعم من ملك العين و ملك التصرف، بشهادة قوله عليه السلام: (فما اخرج الله منها في شيء فهو لنا) فإنه من الضروري أن ما يخرج من الأرض من الثمار و الزرع يكون ملكا لزراعها و غراسها، و رواية أبي خالد لا تخلو عن المناقشة في سندها.

(لا يقال) انها معارضة بما دل على ملك الأرض بالإحياء كصحيحة محمد بن حمران، قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض و عمروها فهم أحق بها و هي لهم «١»» (فإنه يقال) معارضة ذيل رواية الكابلي مع مثل الصحيحة لا تضر باعتبار صدرها الظاهر في كون كل الأراضي ملك الامام عليه السلام.

و الحاصل انه لو فرض تمامية الروايتين بحسب السند و الدلالة، فلا بد من رفع اليد عن عمومهما بالتقييد الوارد في روايات الأنفال، و أن ملك الإمام هي الأراضي التي لم يجر عليها القتال كموثقة إسحاق ابن عمار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال؟ فقال: هي القرى التي قد خرجت و انجلى أهلها فهي لله و للرسول، و ما كان للملوك فهو للإمام، و ما كان من الأرض بخربة لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب، و كل ارض لا رب لها، و المعادن منها، و من مات و ليس له مولى، فما له من الأنفال «٢»».

في صحيحة حفص بن البختري، قال: «الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، و كل أرض خربة و بطون الأودية، فهو لرسول الله، و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء» «٣» و قريب منها، غيرهما.

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٧) الباب: (١) من أبواب إحياء الموات- الحديث: (٤)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب: (١) من أبواب الأنفال- الحديث: (٢٠)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب: (١) من أبواب الأنفال- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧١

.....

فقد تحصل مما ذكرناه ان ما عن المحقق الإيرواني (ره) من أن الأراضي المفتوحة عنوة كسائر الأراضي ملك للإمام عليه السلام، و انما يكون للمسلمين الانتفاع بها- لا يمكن المساعدة عليه. نعم الأراضي- التي استولى عليها المسلمون بغير قتال، أو صالح أهل تلك الأراضي على كونها للإمام- تختص به (ع)، كما تدل عليه صحيحة حفص، و قريب منها غيرها، كرواية محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال: «سمعت يقول: الفء و الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيه إراقه الدماء، و قوم صالحوا و أعطوا بأيديهم، و ما كان من أرض خربة أو بطون أودية، فهو كله من ألفى، فهذا لله و لرسوله، فما كان لله فهو لرسوله يضعه حيث يشاء و هو للإمام بعده» «١» رواها الشيخ بسنده الى علي ابن الحسين بن فضال، و في سنده اليه ضعف، لوقوع علي بن محمد بن الزبير فيه. و قد ذكرنا سابقاً أن تجويز الامام (ع) العمل بكتب بني فضال- على تقديره- لا- يقتضى اعتبار كل خبر ثبت نقله عنها، و لو لم يثبت أو لم يكن رواها بثقات، و إنما يقتضى أن فساد اعتقادهم لا يضر بجواز العمل برواياتهم فيما إذا حصل سائر شروط العمل بالخبر الواحد.

و الحاصل أن الرواية صالحة للتأييد فقط، و يلحق بالأراضي المفتوحة عنوة الأراضي التي صولح عليها، على أن تكون للمسلمين، كما هو مقتضى صحة الصلح و نفوذه، و لو صالحوا الكفار على بقاء أراضيهم في ملكهم جاز، و تكون- كالأراضي التي أسلم أهلها طوعاً و رغبة- باقية في ملكك أربابها، كما يدل على ذلك- مضافاً الى كونه مقتضى نفوذ الصلح- صحيحة البزنطي، قال: «ذكرت لأبي

الحسن (ع) الخراج و ما سار به أهل بيته، فقال العشر و نصف العشر على من أسلم طوعا، تركت أرضه في يده و أخذ منه العشر و نصف العشر فيما عمر منها. و ما لم يعمر منها، أخذه الوالى فقبله ممن يعمره، و كان للمسلمين، و ليس فيما كان أقل من خمسة أو ساق شىء.

(١) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب: (٢) من أبواب الأنفال- الحديث: (١٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٢

يثبت الفتح عنوة بالشياع (١)

و أما ما أخذ بالسيف فذلك الى الامام يقبله بالذى يرى، كما صنع رسول الله (ص) بخيبر، قبل أرضها و نخلها. «١». و ظاهر قوله (ع) فذلك الى الامام أن له الولاية فى التصرف فيها، لا أنه ملكه، فإنه فرق بين التعبير بأنه الى الامام أو أنه للإمام (ع)، و الأول لا- ينافى ما تقدم من أن المأخوذ عنوة ملك المسلمين، فإنه يكون ملكهم مع ثبوت الولاية للإمام (ع). نعم ما ذكر فى الصحيحة- من أن الميته من الأراضى التى أسلم أهلها طوعا ملك المسلمين- ينافى ما تقدم من كون الأراضى الميته من الأنفال، فلا بد من حمل المذكور فيها على التقيّة كما قيل، أو حمل اللام على غير افادة الملك من سائر الانتفاعات. هذه أقسام الأرضين فى كونها ملكا لأربابها أو للإمام (ع) أو للمسلمين.

(١) يثبت الفتح عنوة و كذا الصلح على كون الأرض للمسلمين بالشياع المفيد للعلم، و بشهادة العدلين، و لو كانت من قبيل الشهادة على الشهادة، و بالشياع المفيد للظن المتأخم للعلم المعبر عنه بالاطمئنان. و ذكر المصنف (ره) أن الاكتفاء بالشياع كذلك مبنى على اعتباره فى كل مورد تكون إقامة البينة فيه عسرة، كنسب شخص أو كون مال وقفا أو ملكا مطلقا لا يتعلق به حق للآخرين، ككونه رهنا أو وقفا.

الصحيح أنه لو كان المراد بالظن المتأخم للعلم هو الاطمئنان فلا يختص اعتباره بصورة خاصة (ثم) إن العسر فى إقامة البينة على إطلاق الملك مبنى على عدم كفاية اليد فى الشهادة بالملكية المطلقة و إلا فلا عسر فى إقامتها كما لا يخفى. و لا اعتبار لغير ما ذكر من الأمارات الظنية حتى قول أهل التاريخ إلا إذا كان من قبيل خبر العدل أو الثقة، حيث أنه لا يمكن الاعتماد على تلك الظنون فى مقابل أصالة عدم الفتح عنوة أو عدم الصلح على كون الأرض للمسلمين.
(لا يقال): الرجوع إلى أهل التاريخ فى إحراز كون الأرض مفتوحة عنوة أو

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١١) الباب: (٧٢) من أبواب جهاد العدو- الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٣

.....

ارض صلح من قبيل الرجوع الى أهل الخبرة و لا يعتبر فى الرجوع إليهم التعدد و العدالة بل يكفى كون أهل الخبرة ثقة (فإنه يقال): لم يحرز كون الحوادث فى أطراف الأرض و أكنافها من الأمور التى يحتاج إدراكها إلى نظر و اجتهاد ليندرج المخبر بها فى عنوان أهل الخبرة، بل الظاهر أن نقل تلك الحوادث لا يزيد على نقل سائر الأمور مما يكون نقلتها مجرد رواة لها.

(لا يقال): لا يمكن الرجوع الى أصالة عدم كون الأرض مفتوحة أو أرض صلح على أنها للمسلمين، فإنه يعارضها أصالة عدم كونها ملكا لسائر الناس (فإنه يقال) إذا دار أمر الأرض بين كونها ملكا لسائر الناس فعلا أو من المفتوحة عنوة أو صلحا، فالمعارضه صحيحة

و يتساقط الأصولان، و تكون الأرض من المجهول مالكةا. و أما فيما إذا احتمل أن لا يكون لها مالك فعلا، كما في أرض خربة لا يحتمل بقاء مالكةا الأول عادة، و لا- يعلم له وارث، فيجرى أصلا و يحكم عليها بالأنفال. حيث أن مع أصالة عدم كونها من المفتوحة عنوة أو ملكا لسائر الناس تدخل الأرض في عنوان ما لا- رب له، المحكوم عليه بكونه ملكا للإمام (ع)، كما في موثقة إسحاق بن عمار، قال:

«سألت أبا عبد الله (ع) عن الأنفال؟ فقال: هي القرى التي خربت و انجلى أهلها- الى ان قال:- و كل أرض لا رب لها» (١).
ثم إن الرجوع الى الأصل أو الحكم بكونها لمالكها المجهول إنما هو على تقدير عدم اليد على تلك الأرض أو اعتراف ذى اليد بعدم كونها ملكا له، و إلا حكم بكونها ملكا لذى اليد، فإنها أمانة على الملك.
و الحاصل أنه لو أراد شراء الأرض، فمع يد البائع عليها يحكم بكونها ملكا له، و مع عدم اليد فلا بد من المعاملة معها معاملة المجهول مالكةا أو الأنفال، و كذا ما إذا أراد استيجارها كما لا يخفى.
ثم إنه لا يبعد اعتبار شهادة العدل الواحد في الموضوعات أيضا، فإن الاعتناء

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٦) الباب: (١) من أبواب الأنفال- الحديث: (٢٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٤

.....

بخبر العدل و الثقة عليه سيرة العقلاء في الأمور الراجعة إلى معاشهم و معادهم، بلا فرق في ذلك بين كون الخبر المزبور حاكيا عن الحكم أو الموضوع، و لم يردع عنها الشرع إلا في بعض الموارد، كالأخبار عن رؤية الهلال، كما يستفاد ذلك مما ورد من أنه لا عبرة فيها بغير شهادة رجلين عدلين، و مثلها ما إذا كان خبر العدل متضمنا للدعوى على الغير مالا- أو حقا، فإنه لا يرفع اليد في تلك المقامات عن مقتضى قاعدة اليد أو أصالة الصحة و نحوهما بمجرد قيام خبر العدل، كما يستفاد ذلك من الأخبار الواردة في القضاء، بل لا اعتبار به في موارد قاعدة اليد مطلقا و لو لم تكن أخباره في موردها من قبيل الدعوى على الغير. و يؤيد- اعتبار خبر العدل بل الثقة فيما ذكرنا- في جواز الاعتماد على أذان الثقة و أخبار الثقة عن زوجة امرأة يريد تزويجها، و التعبير بالتأييد باعتبار أنه لا يمكن التعدي منهما إلى سائر الموارد مع الإغماض عن السيرة المشار إليها، حيث أنهما من قبيل النص في مورد خاص.

(لا- يقال) الأخبار بكونه زوجا لامرأة يريد تزويجها من قبيل الدعوى على الغير (فإنه يقال): الأخبار كذلك لا يكون من قبيل الدعوى بالإضافة الى من يريد تزويجها، و إنما تكون دعوى على المرأة، و ظاهر الرواية اعتبار خبر الثقة بالإضافة الى من يريد تزويجها، و هي ما رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعة عن سماعة، قال: «سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة أن هذه امرأتى، و ليست لى بينه، فقال: إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه».

لا يقال ظاهر رواية مسعدة بن صدقة عدم العبرة في الموضوعات إلا بشهادة رجلين، قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: كل شيء لك حلال حتى تعرف انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب عليك قد اشتريته و هو سرقة، و المملوك عندك لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع قهرا، أو امرأة تحتك و هي أختك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٥

و أشكل منه إثبات ذلك باستمرار السيرة (١)

أو رضيعتك، و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيئة» (١) فإن مقتضى الحصر المستفاد منها عدم الاعتبار بغير شهادة العدلين، ولا- يبعد كون الرواية موثقة لثبوت التوثيق العام لمساعدة، لوقوعه في أسناد تفسير علي بن إبراهيم و كامل الزيارات، ولكنها لا تصلح للردع عن اعتبار خبر الثقة في الموضوعات. و ذلك فان المراد بالبيئة ليس خبر العدلين، بل من المحتمل لو لم يكن ظاهرا- انها ما يوضح الواقع كما تستعمل فيه لغة فلاحظ موارد استعمالها في القرآن. و المفروض أن خبر الثقة يوضح الواقع كما هو مقتضى السيرة المشار إليها.

و (ثانيا) دلالتها على عدم اعتبار خبر الثقة في الموضوعات حتى في غير موارد الدعوى على الغير و نحوها بالإطلاق أو العموم، فيرفع اليد عنه في غير تلك الموارد بالسيرة الجارية على الاعتناء بخبر الثقات على ما تقدم.

و الحاصل أنه لا بأس بالالتزام باعتبار خبر العدل أو الثقة في الموارد التي أشرنا إليها، و منها الاخبار عن كون الأرض مفتوحة عنوة أو أنها للمسلمين فيما إذا لم تكن على الأرض يد تقتضى كونها ملكا لديها، كما إذا تقبلها الزارع من السلطان مع عدم يد لآخر يحتمل كونها له.

(١) الشاك في حال الأرض (تارة) مستعملها الذي يتقبلها من السلطان أو من يأخذ من السلطان خراجها مجانا أو معاملة (و اخرى) من يأخذ الخراج ممن تلقاه من السلطان و الشاك في الصورة الاولى لا يجوز له تقبل الأرض أو أخذ خراجها. و ما قيل- من أن استمرار يد السلاطين على أرض في العصور المتتالية كاشف عن كونها للمسلمين و إلا فلو كان وضع اليد عليها شيئا حادثا تعرض له أهل التواريخ- لا- يمكن المساعدة عليه، و ذلك فإنه يمكن حدوث الوضع و عدم تعرضهم لنقله، كما أهملوا الحوادث الكثيرة. و مع الإغماض عن ذلك، فان عدم تعرضهم لحدوث يد السلطان

(١) وسائل الشيعة الجزء (١٢) الباب (٤) من أبواب ما يكتسب به- الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٦

.....

عليها في زمان كذا لا يزيد على عدم تعرضهم لكون الأرض خراجية. و قد تقدم عدم الاعتبار بنص أهل اللغة بكون الأرض خراجية، و كذا لا يمكن الحكم بالجواز باعتبار حمل تصرف السلطان فيها على الصحيح، لأن الصحة تكليفا في فعله مقطوع بعدم، حيث أنه لا يجوز له التصرف فيها و لا في خراجها، كانت للمسلمين أم لغيرهم. و الحمل على الصحة وضعا أيضا غير ممكن، لعدم إحراز ولايته على المعاملة عليها أو على أجرتها، و إحراز ولايته بقاعدة اليد- كما عن بعض- غير صحيح، للعلم بأن يده عليها أو على خراجها عدوانية، غاية الأمر المعتدى عليه مردد بين كونه من سائر الناس أو كونهم المسلمين، كما لا مجال لدعوى أن أخذه الخراج من الأراضي الخراجية أقل فسادا من أخذه من غيرها، فيحمل أخذه على كونه من الأراضي الخراجية.

و الوجه في عدم المجال أنه ليس في المقام الا محرم واحد، و هو تصرفه في الأرض أو خراجها سواء كانت الأرض للمسلمين أم ملكا لسائر الناس. و ليس في البين عنوانان محكومان بالحرمة، و أحرز صدور أحدهما عن مكلف، و شك في صدور الآخر، كما إذا لم يعلم أنه زنى فقط أو زنى و ظلم بإكراهه المرأة على الزنا، فان مقتضى أصالة الصحة عدم صدور الظلم بالإكراه، نعم لا يثبت بذلك رضا المرأة بالزنا، كما هو المقرر في محله، مع أن المهم في المقام هو الحمل على الصحة وضعا. و ذكرنا أنه- للشك في ولاية السلطان على المعاملة على الأرض أو خراجها- لا مجرى لأصالتها.

و اما الصورة الثانية أى الأخذ ممن تقبل الأرض أو خراجها من السلطان، فان احتمال في حق الأخذ من السلطان الفحص و اطلاعه على حال الأرض و تقبلها أو أخذ خراجها من السلطان بعد إحراز حالها، فلا بأس بحمل فعله على الصحة بأخذ الأرض أو خراجها منه. و

أما مع العلم بعدم التفات الآخذ إلى ذلك أو اعتماده على قول بعض أهل التواريخ الذي لا يصح الاعتماد عليه، فلا يجوز للغير المعاملة مع الآخذ، لعدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٧

[الثاني ان يكون الفتح بإذن الإمام (ع)]

الثاني ان يكون الفتح بإذن الإمام (ع) (١)

إحراز اعتبار أصالة الصحة في مثل هذه الموارد كما لا يخفى.

ثم إنه لا ثمره للبحث في فتح أرض العراق عنوة أو كونها للمسلمين شرطا في الصلح، وذلك لعدم ترتب اثر خاص على فتح الأرض بالعنوة، فان ما تقدم، من آثار كون الأرض للمسلمين ولو كان بالصلح. و دلالة الروايات على كون أرض العراق ملكهم واضحة. و في صحيحه الحلبي أنه «سئل أبو عبد الله (ع) عن أرض السواد ما منزلته؟ فقال: لجميع المسلمين لمن هو اليوم مسلم، و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد» (١) و لذا ذكر المصنف (ره) أن مثلها يحتمل فتحها عنوة أو الدخول في ملكهم صلحا. و أما غير أرض العراق فلم تدل على حالها رواية معتبرة، غير ما ورد في فتح خيبر. و على ذلك فاللازم مراعاة ما تقدم تفصيله و الله العالم.

(١) المنسوب إلى المشهور اعتبار إذن الامام (ع) في كون الأرض خراجية بفتحها عنوة، و بدون اذنه تكون الأرض من الأنفال. و يستدل على اعتباره بمرسلة العباس الوراق عن ابي عبد الله (ع)، قال: «إذا غزا قوم بغير اذن (ع)، فغنموا كانت كلها للإمام، و إذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس» (٢) و لكنها لضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها، مع أنها معارضة بما دل على أن الأرض المفتوحة عنوة ملك المسلمين، كمرسلة حماد بن عيسى عن ابي الحسن (ع)، و فيها: «و الأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهو موقوفه متروكة في يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم.» (٣)

و النسبة بين هذه و مرسلة الوراق العموم من وجه، لان هذه خاصة بالأراضي و مطلقة بالإضافة إلى إذن الامام (ع) و عدمه، كما أن مرسلة الوراق مختصة بصورة

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٢) الباب: (٢١) من أبواب عقد البيع - الحديث (٤)

(٢) وسائل الشيعة الجزء (٦) الباب: (١) من أبواب الأنفال - الحديث: (١٦)

(٣) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (٤١) من أبواب جهاد العدو - الحديث: (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٨

.....

عدم إذن الامام (ع) و مطلقة من حيث كون الغنيمه أرضا أو غيرها. و مورد اجتماعهما هي الأرض المفتوحة بغير اذنه (ع)، و بعد سقوط الإطلاق من الجانبين يرجع إلى إطلاق الآية المباركة الدالة على خروج الخمس من مطلق الغنيمه الشاملة للأرض أيضا، فيكون باقى الأرض للمسلمين، لان تقسيم غير الخمس للمقاتلين كسائر الغنيمه غير محتمل، و كونه للإمام (ع) خلاف الآية، فتكون النتيجة عدم اعتبار اذنه (ع) في كون الأرض خراجية.

هذا كله في الكبرى أى في اعتبار اذنه (ع) في كون الأرض خراجية. و اما الصغرى أى اذنه (ع) في الأراضي التي فتحت بعد النبي (ص)، فقد أشار إليه المصنف بقوله: (و الظاهر أن أرض العراق مفتوحة بالاذن) و يستفاد كونها كذلك مما دل على أن أرض العراق

ملك لجميع المسلمين، كما في صحيحة الحلبي المتقدمة أنفاً، و قريب منها غيرها، حيث أنها لو كانت مفتوحة بغير اذنه (ع) لما كانت للمسلمين.

و لا يبعد جريان حكم ارض العراق على سائر الأراضي المفتوحة في الإسلام، كما يظهر ذلك من صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع)، قال: «سألته عن سيرة الإمام في الأرض التي فتحت بعد رسول الله (ص)؟ فقال: إن أمير المؤمنين (ع) قد سار في أهل العراق سيرة فهم إمام لسائر الأرضين، و قال: إن ارض الجزية لا ترفع عنهم الجزية» (١) حيث أن دلالتها- على جريان حكم ارض العراق على سائر الأراضي المفتوحة بعد رسول الله (ص)- واضحة، و لكن لا دلالة لها على اعتبار اذن الامام (ع) في كون الأرض للمسلمين بفتحها عنوة، كما لا يمكن الاعتماد في ذلك على رواية جابر الجعفي أو على ما اشتهر من حضور أبي محمد الحسن (ع) في بعض الغزوات، لأن رواية جابر ضعيفة، و مجرد نقل القميين و ضبطها في كتبهم لا يكون كاشفاً عن اعتبارها، كما أن حضور ابي محمد (ع) في بعض الغزوات لا يكشف عن اذن الامام

(١) وسائل الشيعة الجزء (١١) الباب: (٦٩) من أبواب جهاد العدو- الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٧٩

[الثالث ان يثبت كون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام (ع) مجيء حال الفتح]

الثالث ان يثبت كون الأرض المفتوحة (١)

و رضاه، فلعل حضوره كان لرعاية التقيّة، و عدم رضاه بذلك الحرب كان لأجل المحذور في المحاربة في ذلك الوقت، حيث انه ربما لا يكون فتح بلد في وقت معين صلاحاً، لتوقفه على التضحية بأرواح المسلمين و أموالهم كثيراً، بخلاف تأخيره إلى وقت آخر. و ما ذكره المصنف (ره)- في كشف اذن الامام (ع) في تلك الغزوات بحمل غزوهم على الصحة- لا يمكن المساعدة عليه، فان الغزو بدون اذن الامام (ع) ليس بمحرم، خصوصاً في ذلك الزمان الذي لم يكن فيه خيار للمقاتلين في مخالفة أميرهم. و ايضاً الحمل على الصحة انما يتم فيما إذا لم يكن للغزو بغير اذنه اثر ليحكم بفساده، و اثر الغزو بدون اذنه كون الغنيمة للإمام (ع). (١) ذكر (ره) في هذا الأمر بأن إخراج الخمس من الغنيمة يجري في الأراضي المفتوحة عنوة و نسب ذلك الى المشهور، و أن ما يكون للمسلمين بعد خراج خمسها هي المحياة أي المعمورة حال الفتح. و أما الميته منها فهي كالميته من سائر الأراضي تكون من الأنفال، بل قيل بعدم الخلاف في اعتبار الحياة الفتح.

(أقول): أما الأول فقد ذكر في وجهه دلالة قوله سبحانه **أَلَمَّْا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ**. (١) على اعتبار الخمس في الغنيمة الشاملة بإطلاقها للأراضي المفتوحة.

و لم يذكر في الآية قسمة باقيها على المقاتلين ليكون ذكرها قرينة على كون المراد بالغنائم هي الأموال المنقولة. و فيه أن الأظهر عدم الخمس في الأراضي المفتوحة بل الأرض بتمامها للمسلمين، فإن الأرض المزبورة فرد من الغنيمة. و قد دل الدليل على أنها لجميع المسلمين أي بتمامها. و هذا الظهور باعتبار كونه ظهور الخاص و بيانا لحكم فرد من الغنيمة مقدم على إطلاق الآية.

(١) سورة الأنفال (٨)- الآية (٤١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٨٠

نعم لو مات المحياة حال الفتح فالظاهر بقائها على ملك المسلمين (١)

و (اما الثانى) أى اعتبار الحياة فيما يكون للمسلمين بحيث تكون الموات حال الفتح داخله فى الأنفال، فقد ذكر المصنف (ره) فى وجهه عموم ما دل على أن الموات من الأنفال، كما فى صحيحه حفص عن ابى عبد الله (ع)، قال: «الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل أو ركاب أو قوم صولحوا أو قوم أعطوا بأيديهم، و كل أرض خربة و بطون الأودية فهو لرسول الله (ص) و هو للإمام بعده يصنعه حيث يشاء» (١) و نحوها غيرها.

(لا- يقال): يعارض ذلك العموم ما دل على أن المفتوحة عنوة للمسلمين، فإنه يعم الأرض المعمورة و الميتة معا، و أجاب (ره) عن ذلك بأن الإجماع المحكى- على دخول المفتوحة عنوة فى ملك المسلمين- لا يعم الأراضى الميتة، فإن الداخل فى ملكهم بعنوان الغنيمه، و هذا العنوان يختص بما كان ملكا للكافرين، و لا يعم الأراضى الميتة التى هى من الأنفال للإمام (ع) قبل الفتح و بعده، و كانت يد الكفار عليها يد عدوان.

و اما الروايات كصحيحه الحلبي الواردة فى حال ارض السواد أى العراق، فظاهرها أيضا كون الداخل فى ملكهم بعنوان الغنيمه التى لا تصدق على الأراضى التى لم تكن ملكا للكفار (أقول) لم يظهر مما ورد فى كون المفتوحة عنوة ملك المسلمين أن الداخل فى ملكهم ما كان لأشخاص الكفار، بل يعم الأراضى التى كانت فى أيديهم من المعمورة و المخروبة، فلاحظ صحيحه محمد الحلبي المتقدمة الواردة فى أرض السواد، بل مقتضى تقييد الأرض الخربة- فى موثقة إسحاق بن عمار المتقدمة بما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب- عدم جريان حكم الأنفال على الخربة التى أوجف عليها بالخيل، حيث انها واردة فى مقام تحديدها.

(١) قد يقال: أن ما ورد- من كون المفتوحة عنوة موقوفة متروكة فى يد من يعمرها، و أنها ملك المسلمين بإطلاقه- يعم بقاء الأرض على الحياه أو لا، كما أن موثقة

(١) وسائل الشيعة: الجزء (٦) باب: (١) من أبواب الأنفال- الحديث: (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٨١

.....

إسحاق بن عمار- المتقدمة الدالة على كون الخربة من الأنفال بإطلاقها- تعم ما إذا طرأ الخراب على المفتوحة عنوة، و بعد تساقط الإطلاق من الجانبين يرجع الى استصحاب بقاء الأرض على ملك المسلمين.

و ذكر السيد الخوئى طال بقاه أنه يحكم بعد طروء الخراب على المفتوحة، بأنها من الأنفال، حيث أن شمول- ما دل على كون المفتوحة ملكا للمسلمين لما بعد الخراب- بالإطلاق، و دلالة كون- كل خربة ملك الامام- بالعموم، و عند تعارضها يقدم العموم الوضعى، لعدم تمامية مقدمات الإطلاق معه.

و الحاصل: أنه لا تصل النوبة إلى الاستصحاب ليقال بأن مقتضاه بقاء الأرض على حالها فى كونها ملكا للمسلمين.

وفيه أن لازم ما ذكر الالتزام بخروج الأرض عن ملك محيها بمجرد خرابها، فان شمول ما دل على أن (من أحيا أرضا فهى له) لما بعد الخراب بالإطلاق، فيقدم عليه العموم الدال على ان الخراب ملك للإمام (ع)، بل مقتضى هذا العموم دخول الأرض بالخراب فى ملكه (ع)، حتى فيما إذا كان ملك الغير بالإرث أو الشراء أو نحو ذلك.

و لا أظن أن يلتزم طال بقاه بذلك.

و الأظهر ما ذكره المصنف (ره) من عدم خروج الأرض بالخراب عن ملك المسلمين لا للاستصحاب، ليقال أنه لا تصل النوبة إليه فى

المقام، بل لتقييد الخبرة في موثقة إسحاق بن عمار الواردة في مقام بيان الأنفال، بالتى لم يوجف عليها بخيل أو ركاب، و بانجلاء أهلها، و لدلالة صحيحة سليمان بن خالد على عدم خروج الأرض الخراب عن ملك مالكةا، قال: (سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتي الأرض الخبرة فيستخرجها، و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ما إذا عليه؟ قال: الصدقة قلت فان كان يعرف صاحبها فليؤد إليه حقه» (١) حيث أن مقتضى ثبوت اجرة المثل على معمر الأرض

(١) وسائل الشيعة: الجزء (١٧) الباب (٣) من أبواب احياء الموت الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٨٢

و مع الشك فيها فالأصل عدم (١)

عدم خروجها عن ملكية مالكةا، و لا- يحتمل الفرق بين طرو الخراب على الأرض التى تكون ملكا لشخص أو كونها ملكا لعنوان المسلمين. نعم ربما يظهر- خروجها إلى ملك عامرها و إن كان ملكا لآخر من قبل، من صحيحة معاوية بن وهب، قال: «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: أيما رجل أتى خبرة بائرة فاستخرجها و كرى أنهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرضا لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله و لمن عمرها» و لكن هذه مطلقة من جهة إعراض المالك الأول و عدمه، فيحمل على صورة الإعراض، لظهور صحيحة سليمان بن خالد فى خصوص عدم الاعراض كما لا يخفى.

ثم إنه لا دلالة لصحيحة سليمان بن خالد على جواز استعمال الأرض و إحيائها و لو بلا رضا مالكةا. و الوجه فى عدم دلالتها عدم ورودها فى بيان هذه الجهة، حيث أن السؤال فيها عن الحق الثابت على مستعملها.

و الحاصل أن مقتضى احترام مال المسلم عدم جواز التصرف فى أرضه بدون رضاه. و ما ورد- من سقوط احترام الملك فى مورد تعطيل المالك، الأرض ثلاث سنين أو عشر سنين- لضعفه لا يصلح للاعتماد عليه.

(١) ثم انه بناء على اعتبار الحياة حال الفتح تدخل الأرض فى ملك المسلمين على تقدير حياتها، و على تقدير مماتها حاله تدخل فى ملك محييها، ثم الى غيره بالإرث أو غير ذلك، و إذا شك فى حال الأرض زمان فتحها، فان كانت بيد من يدعى الملكية لها فيحكم بكونها ملكا له، و على تقدير عدم اليد أو اعتراف ذى اليد بأنها ليست له، أو كونها بيد السلطان الجائر المعلوم عدم ولايته عليها، يدور أمرها بين كونها ملك المسلمين أو ملكا لشخص آخر أو ملك الامام (ع) لانقضاء المالك الشخصى و ورثته فالأصل عدم كونها عامرة حال فتحها، كما أن الأصل عدم كونها فعلا لشخص آخر و نتيجة الأصلين كونها من الأنفال على ما تقدم.

و ما ذكر المصنف (ره)- من لزوم الجمع بين رعاية حكم أرض الخراج و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ١، ص: ٣٨٣

فينزل على ان كلها كانت عامرة (١)

حكم المال المجهول مالكة أو القرعة فيها- لا يمكن المساعدة عليه نعم الأول احتياط مستحب.

(١) لا- يحتمل ذلك عادة، بل إطلاق أرض السواد باعتبار غلبة الحياة على أراضيها و ما ذكره- من تأييد كون أرض العراق بتمامها عامرة بتحديد أرض الخراج بما فى المنتهى و غيره- ضعيف بل لم يعلم وجه التأييد فتدبر. الى هنا انتهى ما أردنا إيراده فى المكاسب المحرمة و يتلوه كتاب البيع ان شاء الله تعالى و الحمد لله أولا و آخرا.

[الجزء الثاني]

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيع

[تعريف البيع]

و هو فى الأصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال (١).

(١) حكى (ره) عن المصباح ان البيع لغة مبادلة مال بمال، و ذكر ان المتبادر من استعمالات لفظ البيع اختصاص المعوض المعبر عنه بالمبيع، بالعين، و لو قال بعث عينا، لكان ذكر العين تأكيدا كما انه لو قال بعث دارى أو عبائى، يكون الذكر لتعيين العين التى يستفاد من البيع تمليكها بعوض.

و الحاصل لا- يطلق البيع على مبادلة غير الأعيان إلا تسامحا كما فى بعض الاخبار و بعض كلمات الفقهاء كالتى ذكر فيها بيع خدمة العبد المدبر، و بيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها، و بيع الأرض الخراجية، فإن بيع خدمة العبد لا يكون إلا بمعنى تمليك عمله، و بيع سكنى الدار بمعنى تمليك منفعتها أى قابليتها للسكنى و كذا بيع الأراضى الخراجية، فإن نفس تلك الأراضى لا يجوز بيعها كما مر فيكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤

.....

المراد المعاملة على منفعتها فإطلاق البيع على تمليك المنفعة فى مثل هذه الموارد كإطلاق الإجارة على تمليك العين فى غيرها مجازى.

و فى صحيحة الحلبي قال تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة و ان شئت أكثر. و ان لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر (١).
و المراد بالاستيجار الابتاع لأن إجارة الشجر قبل ظهور الثمرة صحيحة، فالنهي باعتبار شراء الثمرة قبل حصولها، و لذا نقل فى الوسائل الرواية فى باب البيع، و ليس المراد افتراق الإجارة عن البيع فى المتعلق، و انه يكون متعلق الإجارة بالمنفعة و متعلق البيع بالعين ليقال بأنه لا فرق بينهما فى هذه الجهة حيث ان الإجارة أيضا تتعلق بالعين، و يقال آجرت الدار سنة بكذا بل المراد افتراق التمليك فى البيع، عن التمليك فى الإجارة. فى ناحية المتعلق، حيث ان متعلقة فى الإجارة بالمنفعة، و فى البيع نفس العين.

و بعبارة أخرى تعلق التمليك فى الإجارة بالمنفعة مقتضى نفس الإجارة، فإن معناها تمليك المنفعة نظير ما يقال ان الأمر يتعلق بالطبيعة دون الوجود و ان الوجود يستفاد من نفس الأمر، حيث انه طلب الإيجاد، و المراد بالعين مقابل المنفعة، و الحقوق، لا خصوص العين الخارجية فعلا، بل ما لو حصل فى الخارج لكان عينا لا منفعة، و لا حقا، فيعم التعريف بيع الدين و نحوه.

ثم انه يبقى فى البين ان عنوان البيع ينطبق عرفا على نقل بعض الحقوق الى الغير بالعوض كما إذا ترك له حق سبقه الى السوق أو الى بعض الخانات أو المسجد و نحوها، و دعوى المسامحة فى الإطلاق لا تخلو عن المجازفة، حيث لا ترى فيه أى مسامحة أو تجوز،

فالمنع عن جريان الأحكام المختصة بالبيع

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب بيع الثمار حديث: ٤.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥

.....

على ذلك النقل، بان لا يكون فيه خيار المجلس، و التلف قبل القبض، و نحوهما مشكل جدا.

نعم لا يطلق البيع على تملك المنفعة بل قوله ملكت منفعة الدار سنة بكذا بمنزلة قوله آجرتها بذلك العوض، و لو قال بعت منفعتها سنة بكذا يجرى عليه أحكام الإجارة بناء على ما هو الأظهر من صحة الإجارة و نحوها بما إذا كان إنشائها بالكناية أو المجاز الظاهرين.

و يبقى أيضا ان البيع بحسب الظهور العرفي فعل البائع، و ان يكون صدقه عليه موقوفا على تحقق القبول من المشتري، و لكن الشراء لا يكون بيعا، و المبادلة من باب المفاعلة يصدق على فعل كل من البائع و المشتري، فلا يكون تعريف المصباح الا من باب المسامحة و التعريف اللفظي المعبر فيه بتدليل لفظ بلفظ آخر يكون أوضح في الدلالة من دون اعتبار التساوي في الصدق.

نعم ربما يستعمل لفظ البيع بمعنى الشراء، و لذا يقال ان لفظ البيع و الشراء يستعمل كل منهما في فعل البائع و المشتري الا انه عند الإطلاق ينصرف الأول إلى فعل البائع، و الثاني إلى فعل المشتري، لا- من فعل الاثنين أو انصراف الكلي الى بعض افراده بل من انصراف اللفظ المشترك الى بعض معانيه.

و بما ان تعريف البيع بالمبادلة غير صحيح كما مر، فعرفه بعضهم بتبديل المال الذي يكون عينا بعوض، و هذا التبديل في الإضافة بأن يكون العوض قائما مقام العين في كونه طرفا في الإضافة الحاصلة بينها و بين مالها كما انه كان المضاف الى زيد النوب و بعد بيعه من عمر و يكون العوض قائما مقام الثوب في تلك الإضافة، و يكون في باب الإرث التغيير في المضاف إليه بأن كانت ما في الخارج من الأموال مضافة الى زيد و بعد موته تكون إضافتها إلى ورثته.

و بعبارة أخرى كان البائع يبيعه يفك علقته بالمتاع، و يشدها بالثمن، كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦

.....

يفك علقته المشتري بالثمن، و يجعل مكانه المتاع، و هذا بخلاف باب الإرث فإنه يكون المضاف إليه في الإضافة الحاصلة في الأموال هو الوارث بعد مورثه.

و فيه انه قد لا يكون في البيع تبديل مال بآخر بالمعنى المزبور، كما في بيع الكلي على الذمة، فإن ذلك الكلي ما لم يقع عليه المعاملة لا- يكون ملكا و مضافا الى أحد، نعم بالمعاملة يتملكه المشتري على البائع، و يكون مالا- له فلا يتصور فيه فك ملك و عقد علقته الملكية بمال آخر حتى يتحقق التبديل في الإضافة.

و لو قيل بان البيع عبارة عن تملك المال الذي لا تكون منفعة بعوض لا يبعد شموله للكلي على الذمة، فإن الكلي و ان لا يكون مضافا لأحد ما لم يتم المعاملة عليه، الا انه يكون في نفسه مالا حيث يبذل بإزائه مال.

و الحاصل الكلي المزبور قبل المعاملة لا- يكون مالا- للبائع، بأن يكون ملكا له، فيقال انه ذو مال، الا انه في نفسه مال حيث يرغب العقلاء الى بذل العوض له، و نظير ذلك ما نذكر في عمل الحر، فان عمله مال حيث يرغب الى بذل العوض له بالاستيجار و نحوه، و لكن ما دام لم يجر عليه المعاملة لا- يكون مالا- و ملكا لأحد، و الإجارة أيضا تملك مال بعوض الا ان المال الذي يكون متعلق

التمليك في الإجارة هي المنفعة كما تقدم، والمراد بالعوض ما يكون موجبا لخروج العين عند تمليكها عن المجانية. ثم ان المعاوضة اما بين عرضين، كما إذا عاوض كتابه بعباء الغير، و اما بين ثمنين، كما إذا عاوض دراهمه بدنانير، و اما بين عرض و ما هو من الأثمان، و هل يطلق البيع على كل من الأقسام الثلاثة، أو يختص بالآخر. فصل السيد الخوئي (طال بقاءه) و ذكر في القسم الأول انه تارة لا يكون لأحدهما إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧ و اما العوض فلا اشكال (١)

غرض في خصوص العرض الذي يأخذه، بل غرضه من أخذه الإمساك بمالية المتاع الذي يملكه للآخر، و لذا لو كان الآخر يعطيه من الأثمان أخذه بإزاء متاعه، و لكن يكون للآخر غرض في خصوص المتاع الذي يأخذه، و يتفق ذلك غالباً في الأمتعة التي تباع في القرى لأهلها، حيث يعطى حامل القماش إياهم القماش، و يأخذ بدل الدراهم و الدنانير الحنطة و الشعير و نحوهما، باعتبار ان المشتري لا يتيسر له الدراهم و الدنانير، ففي هذه الصورة من يبذل المتاع الذي للآخر في خصوصيته غرض بايع، و الآخر مشتري، و أخرى يكون لكل منهما غرض في خصوص متاع صاحبه، فهذه معاوضة، لا بيع، و المعاوضة أعم و يعمها مثل قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ).

و اما القسم الثاني و هي المعاوضة بين الأثمان فلو كان الثمنان رائجين عند المتعاملين، كمن عاوض الدينار العراقي بالدراهم العراقية، فلا تكون المعاوضة بيعاً كما تقدم، بخلاف ما إذا كان أحدهما رائجا عند هما، كمن عاوض في العراق الاسكناس بالدينار العراقي، فان عمل صاحب الاسكناس بيع، و عمل الثاني شراء.

أقول تمييز البائع من المشتري بما ذكر مبنى على الالتزام بان البيع هي المبادلة بين المالين، و بما ان المبادلة فعل الاثنتين، فيحتاج في تشخيص البائع و المشتري الى أمر آخر، و اما بناء على ما ذكرنا من كون البيع هو تمليك المال بعوض، و التمليك أمر إنشائي فكل من أنشأه فهو البائع، كما ان الشراء هو التملك بعوض، فكل من إنشاء التملك أو الرضا بالتملك فهو المشتري، سواء كان الإنشاء بالقول أو الفعل، و في الاخبار الواردة في السلم، و بيع المتجانسين، و الصرف، و الرجوع الى العرف، شهادة على ما ذكرنا فلاحظ. (١) ذكر قده جواز كون العوض في المبادلة منفعة، بلا خلاف، نعم نسب إلى البهبهاني (ره) الخلاف في ذلك، و لعل منشأ خلافه ما يذكر في كلام الفقهاء من كون البيع لنقل الأعيان، و لكن هذا الكلام كقولهم الإجارة لنقل المنافع، ناظر إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨

.....

الى بيان حال المعوض.

ثم ان عدم الإشكال في جعل المنفعة عوضاً انما هو فيما إذا كانت المنفعة مالا كمنافع العبد، و الحر بعد تعلق الإجارة بعمله، فان عمله بها يكون مالا للمستأجر، إذا كان العوض عمله قبل وقوع الإجارة به كما إذا بادل كتاباً بخياطة الآخر ثوبه، ففي كونها بيعاً إشكال، فإن عمل الحر بعد هذه المبادلة و لو يكون مالا لصاحب الكتاب، الا ان المعتبر في كونها بيعاً كون العوض مالا قبلها، عما هو ظاهر تعريف المصباح.

أقول لازم الإشكال في جعل عمل الحر عوضاً في البيع، الإشكال في جواز بيع الكلي على الذمة فإن ما ذكره في وجهه من لزوم كون العوضين مالين قبل المعاوضة جار فيه ايضاً، و لا احتمال الالتزام منه (ره) أو من غيره ببطلان بيع السلم، و غيره مما يكون المبيع من الكلي على الذمة، و عليه فلا إشكال في جعل عمل الحر عوضاً في البيع، بل كما ذكرنا عمل الحر كالكلي على الذمة في نفسه مال،

حيث يبذل بإزائه المال، بالاستيجار، ونحوه، غاية الأمر لا يضاف إلى أحد قبل المعاوضة بأن يقال انه ذو مال. وقد يستدل على عدم كون عمل الحر قبل المعاوضة مالا بوجهين: الأول عدم كونه محققا للاستطاعة في الحج فإذا كان متمكنا على عمل في طريق الحج، بحيث تكون أجرته وافية لمصارف الحج، لا يجب عليه الخروج إلى الحج، ولو كان العمل كما ذكر مالا لتمت الاستطاعة المعتبرة في وجوبه، وفيه ان عمل الحر قبل المعاوضة عليه مال حيث يبذل بإزائه المال بالاستيجار، ونحوه، ولكن قبلها لا يضاف إلى أحد، حتى إلى فاعله، بان يقال انه ذو مال، والعمل ملكك و مال له، والمعتبر في وجوب الحج كون المكلف ذا مال، بان يكون عنده ما يحج به.

الثاني ان الحر إذا لم يكن أجيرا و حبسه الجائر لا يضمن له ما يفوته بذلك،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩

و اما الحقوق (١).

من اعماله، و لو كانت اعماله أموالا لضمنها، كما في إتلاف غيرها من الأموال. والجواب ان عمل الحر و إن كان مالا الا انه لا يضاف قبل المعاملة عليه إلى العامل، أو غيره، و الموضوع للضمان، إتلاف مال الغير و بهذا يظهر انه لا فرق بين كون الحر كسوبا أو غيره، فاحتمال الضمان في الكسوب كما عن السيد اليزدي (ره) و الجزم به كما عن السيد الخوئي (طال بقاه) ضعيف، كما ظهر مما تقدم ضعف ما عن الإيرواني (ره) من ان الأصل في إضافة الأموال إلى الأشخاص هي الحيازة، فإن بها تضاف الأموال إلى الأشخاص، و باقى الممتلكات تكون مملوكة بعدها، و وجه ظهور ضعفه ان العقد على عمل الحر أو الكلى على الذمة مملك، و موجب لاضافتهما إلى المشتري، و هذه الإضافة حادثة، و ليست مسبوقه بإضافة أخرى، حاصلة بالحيازة أو غيرها.

هذا مع ان الحيازة لا تكون مملوكة في غير المنقولات بل الموجب لدخول الأرض الميته في الملك هو الأحياء كما ذكرنا ذلك عند التكلم في أقسام الأراضي من المكاسب المحرمة.

(١) تعرض (ره) لكون العوض في المبادلة من الحقوق، و ذكر أنها على أقسام ثلاثة:

قسم منها لا يقبل الإسقاط مطلقا، بلا عوض أو مع الفرض، كحقي الولاية و الحضانه، و هذا هو المراد من قوله لا يقبل المعاوضة بالمال.

و قسم منها قابل للإسقاط مجانا أو مع العوض، و لكن لا يمكن تملكه للآخر بحيث يكون ملكا للمنقول اليه، كالخيار و الشفعة، و في هذين القسمين لا يصح جعل الحق عوضا في البيع، فان قوام البيع بتملك صاحب المعوض عوضا بإزاء ما يخرج من ملكه و المفروض في مورد الكلام انه غير قابل لتملك صاحب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠

.....

المعوض.

و الوجه في عدم كونه قابلا لتملكه في القسم الأول ظاهر، و اما في القسم الثاني فلان الحق فيه إضافة خاصة و سلطنة مخصوصة قائمة بذى الحق و من عليه الحق فذو الحق يكون مسلطا على من عليه ذلك الحق فبتملكه للآخر يكون ذلك الآخر مسلطا على نفسه و تسلط الإنسان على نفسه غير معقول.

و عن صاحب الجواهر (ره) قياس بيع الحق ممن عليه ببيع الدين ممن عليه و هذا القياس فاسد، فإنه يفترق بيع الحق عن بيع الدين بأنه

يمكن للإنسان تملك ما على ذمته فيكون نتيجة التملك سقوطه حيث ان الملكية إضافة خاصة بين المالك و المال و من عليه المال لا يكون طرف الإضافة بأن يكون دخيلا في تحقق الملكية ليكون تملكه الدين موجبا لاتحاد طرفي الإضافة، و الشاهد لا مكان تملك الإنسان ما على ذمته، ما عن الشهيد (ره) في قواعده من جعل الإبراء مرددا بين إسقاط الدين عن ذمة المديون ابتداء أو تملكه إياه، و نتيجة التملك السقوط و هذا بخلاف الحق كما مر، فإنها إضافة مخصوصة، يكون طرفاها ذا الحق و من عليه الحق، فيكون تملكه ممن عليه، موجبا لاتحاد طرفي الإضافة.

و ذكره (ره) القسم الثالث من الحق و هو ما يكون قابلا- لنقله الى الغير، بان يملكه الغير كحقي التحجير و السبق، فان الحق في هذا القسم تكون سلطنة خاصة قائمة بين العين و الشخص، و لا يكون المنقول اليه طرف الإضافة، كما في القسم السابق الا ان في وقوع هذا القسم من الحق عوضا في البيع اشكالا باعتبار ان الحق لا يكون مالا، و يعتبر في صدق البيع على المعاملة كون العوض مالا، كما هو ظاهر تعريف المصباح و ظاهر كلمات الفقهاء عند تعرضهم لشرائط العوضين في البيع، و تعرضهم لشرائط الأجرة في الإجارة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١

.....

(أقول) ما ذكره (ره) في القسم الثاني كحقي الخيار و الشفعة يرد عليه أن الخيار أو الشفعة لا يتعلق بالمال، و لا بالمالك، بل يكون متعلقهما نفس العقد على ما ذكر توضيحه في بحث الخيارات، و عليه فلا يلزم من نقلهما الى الغير اتحاد طرفي الإضافة و كيف لا يكون الخيار أو الشفعة قابلا- للانتقال الى الغير مع انهما عنده يورثان كما ذكر (ره) في أحكام الخيارات و لو سلم كون مثلهما حقا كما ذكر فلازمه عدم جواز تملكه ممن عليه الحق لا من الغير الأجنبي لعدم محذور اتحاد طرفي الإضافة في الثاني.

و اما ما ذكره في القسم الثالث من ان في وقوعه عوضا في البيع اشكالا، لعدم كونه مالا.

ففيه أولا- انه لا- شهادة في تعريف المصباح على اعتبار المالية في العوض، فإنه من التعريف اللغوي، و لا اعتبار ايضا بظاهر كلمات الفقهاء مع فرض صدق البيع عرفا في مورد جعل الحق عوضا، فان ظاهر كلماتهم في المقام لا يزيد على ظواهرهم في عدم كون المعاطة بيعا حيث مع احتمال وجه الاتفاق أو إحرازه و عدم تماميته، لا يرفع اليد عن أدلة جواز البيع و لزومه.

و ثانيا الحق في هذا القسم مال حيث يبذل بإزائه المال كسائر الأعيان و المنافع التي يكون اعتبار المالية فيهما ببذل العوض في مقابلتهما عند المعاملة و اما القسم الأول المذكور في كلامه فالصحيح انه نفس الحكم الشرعي و ليس من الحق في شيء فان الحق يطلق على سلطنة الشخص باعتبار ان سقوطها و ثبوتها بيده و إذا لم يكن السقوط و الثبوت بيده يكون كسائر الأحكام المجعولة لآحاد المكلفين في ثبوتها لموضوعاتها ما دام الموضوع فلا فرق بين ولاية الأب أو الجد على الطفل أو ماله و بين جواز تصرفاتهما في مال نفسيهما في كون كل منهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢

.....

حكما مجعولا لها من قبل الشارع و بما ان الحكم لا يتعدى عن موضوعه فلا يعقل جعله عوضا في البيع و نحوه.

و ذكر السيد الخوئي (طال بقاه) عدم جواز جعل الحق عوضا لا لما ذكره المصنف (ره) فإنه غير تام كما مر بل من جهة ان الحق على إطلاقه حكم شرعي غاية الأمر يكون قابلا للإسقاط و بالإسقاط ينتهي أمده.

و بعبارة أخرى لا فرق بين جواز فسخ الهبة و الرجوع فيها و بين جواز فسخ العقد بالخيار و كذا لا فرق بين جواز قتل الكافر الحربي و بين جواز قتل ولي المقتول القاتل و ان الجواز في هذه الموارد سنخ واحد غاية الأمر يكون في موارد إطلاق الحق قابلا للإسقاط

بخلاف غير موارد إطلاقه و هذا لا يخرج عن كونه جوازا أو لزوما شرعيا و الحكم الشرعى بنفسه غير قابل لجعله عوضا عن المبيع. نعم يمكن جعل إسقاطه المفروض كونه عملا- عوضا فى البيع و نحوه و لكنه خارج عن الكلام فى المقام، فان الكلام فى نقل الحق إلى الغير لا- إسقاط من له الحق حقه، كما ان مثل الأرض التى تكون مورد حق السبق أو التحجير لا يكون جعلها عوضا مورد الكلام بل مورد جعل نفس الحق، هذا مع انه لا معنى لنقل مثل حق الشفعة إلى الغير فإنه تملك حق الشفعة لمشتري الحصة فهو غير معقول فإنه من اللغو لتملكه الحصة بالشراء و ان كان تملكه للآخر الأجنبى فهو من قبيل تعدية الحكم من موضوعه الى غيره، فان الموضوع لحق الشفعة هو الشريك.

ثم لو قلنا بأن الحق مرتبة ضعيفة من السلطنة حيث ان الملكية عموم السلطنة و الحق خصوصها، فلا يمكن ايضا جعله عوضا فى البيع فان البيع هى المبادلة فى متعلق الملكية أى المالكين فلا يعم مبادلة نفس الملكية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣

.....

(أقول) لم (يذكر أطال الله بقاءه) شاهدا على ان الحق عبارة عن الجواز أو اللزوم الشرعيين، غاية الأمر يكونان قابلين للإسقاط، فإن ثبوت الحق فى موارد عدم ثبوت الجواز أو اللزوم، آية كونه غيرهما، كما إذا باع داره ببيع الخيار، ثم عرض له السفه، فإنه يقوم وليه مقامه، و كذا كان شريك مالك الحصة المبيعة سفيها لا يصح له الأخذ بالشفعة، فإنه يقوم مقامه وليه، مع ان الخيار كان مجعولا للبايع، و الشفعة مجعولة للمولى عليه، فإنه الشريك لا وليه، و مثل حق التحجير أو السبق، أولوية معتبرة للشخص بالإضافة إلى الأرض أو غيرها، و هذه الأولوية فى نفسها قابلة للنقل، بجعلها للآخر عوضا أو مجانا، لما هو مقتضى أدله حل البيع، و نفوذ الصلح و غيرهما، و لذا يورث حق التحجير و حق قصاص الأعضاء، كما إذا مات من له حق القصاص قبل الاستيفاء، و لا يكون هذا من التعدى من موضوع الحكم الى غيره.

و الحاصل ان الحق فى جميع هذه الموارد أمر اعتبارى، و نحو من الأولوية، و لا- منافاة بين كون الموضوع لحق الشفعة مثلا- هو الشريك، و بين تملكها للأجنبى، فإن ثبوتها للأجنبى بالمعاملة نتيجة العمل بخطاب حق الشفعة، و خطاب حل المعاملات من البيع و غيره، نظير الحبوء حيث انها للولد الأكبر، و لا ينافى تملك الغير إياها بالمعاملة مع الولد الأكبر.

و ثانيا لا بأس بتعلق البيع أو غيره بالحق حتى مع الالتزام بأنه جواز أو لزوم شرعى قابل للإسقاط، حيث لا بعد فى اعتبار العقلاء المالية فى اللزوم أو الجواز الإضائى التأسيسى، و بذلك يصح وقوعهما مورد المعاملة، و البيع كما تقدم هو التملك بالعوض، و لو لم يكن الحق صالحا للنقل و التملك، فلا ينبغى الريب فى صحة جعله عوضا فى التملك، حيث يخرج به التملك عن المجانية، و بتعبير آخر يكون سقوطه فى تملك الشئ عوضا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤

الا ان الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه (١).

و قد يقال انه عند الشك فى قابلية الحق للنقل شرعا لا- يمكن التمسك بأحل الله البيع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالعقود و الصلح جائز بين المسلمين، و انما يصح التمسك بها بعد إحراز قابلية الشئ للنقل و الشك فى أسباب النقل، بان يحتمل ان لنقله سبب خاص، و لا يتحقق بتلك المعاملات، كما لا يصح التمسك بها عند الشك فى حلية فعل، و حرمة، مما يقع مورد المعاملة أيضا، كالغناء فى كلام صحيح، فإنه لا يمكن التمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إثبات صحة المعاملة عليه، و استكشاف حليته با الملازمة. و لكن لا يخفى ما فيه، فان الموضوع فى العمومات و المطلقات هو البيع و العقد و الصلح و غيرها فى اعتبار العرف. و بعد إحراز قابلية

الشيء للنقل في اعتبارهم، وصدق عنوان البيع أو الصلح والعقد بحسب أنظارهم، يكون عدم شمول العمومات والمطلقات لاحتمال التخصيص، أو التقييد، فيؤخذ بهما ما دام لم يحرز التخصيص أو التقييد ولا يقاس بما إذا شك في حلية فعل في نفسه حيث قد يقال العمومات والمطلقات في المعاملات لم ترد لبيان الحكم التكليفي للأفعال بعناوينها الأولية، ولا يجوز التمسك بالعموم الوارد لبيان الحكم للفعل بعنوانه الثانوي لرفع الإجمال عن الخطاب الوارد في بيان حكم ذلك الفعل بعنوانه الأولي، فالصحيح جواز هذا التمسك في مثل المقام مما لا يؤخذ في موضوع الحكم بعنوانه الثانوي، ثبوت الحكم الأول.

(١) ثم انه إذا لم يكن لفظ البيع حقيقة شرعية ولا متشعبة يكون التعاريف الواردة في كلمات الفقهاء بيانا لمعناه العرفي الذي تعلق به الأحكام في الخطابات الشرعية.

و عن المبسوط والتذكرة وغيرهما ان البيع انتقال عين من شخص الى آخر بعوض مقدر، و لكن المسامحة في هذا التعريف واضحة، لأن الانتقال اثر البيع،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥

.....

لا انه عينه، و اعتبار التقدير في العوض لا وجه له، فان تعيين الثمن من شرط صحة البيع شرعا، لا لصدقه عرفا.

و عن جماعة انه بالإيجاب و القبول الدالان على الانتقال.

و هذا ايضا غير صحيح، فان البيع من الأمور الإنشائية التي يكون الدلالة عليه بالإيجاب و القبول، و ليس هو نفس الدال، كما هو ظاهر التعريف، و الا لم يمكن إنشائه باللفظ، فان القابل له هو المعنى، لا اللفظ.

و عن جامع المقاصد تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة، و أورد المصنف (ره) على تعريفه بأمور ثلاثة.

الأول ان نقل العين لا يكون مرادفا للفظ البيع، حتى يصح تعريفه به، و لذا يكون ارادة البيع من لفظ النقل، بطور الكناية، كما صرح به في التذكرة.

أقول هذا لو أريد من النقل النقل الخارجي الذي يكون بتبديل مكان الشيء، و رفعه عن محله الأولي، فإن هذا كناية عن البيع، و اما إذا كان المراد منه النقل الاعتباري، فهو عين البيع، اللهم الا- ان يقال لا- يصدق النقل الاعتباري في مثل بيع الكلي على الذمة، أو تمليك عمل الحر، فإنهما لا يكونان قبل المعاملة ذات اضافة، حتى يصدق النقل.

الثاني ان المعاطاة عند جامع المقاصد بيع، و لكن لا يعمها التعريف، باعتبار عدم كون المعاطاة باللفظ.

الأمر الثالث ان النقل بالصيغة أيضا غير قابل للإنشاء، بل القابل له نفس النقل.

(لا يقال) نقل العين سنخا أحدهما اعتباري و ثانيهما خارجي، فليس ذكر قوله بالصيغة لتقييد النقل بها، ليكون معنى لفظ البيع، هو النقل بالصيغة، بل هو عنوان مشير و للإشارة إلى كون البيع ذلك السنخ الذي يكون في نفسه اعتباريا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦

الأولى تعريفه (١).

فتوجد بالصيغة، و نحوها.

فإنه يقال يبقى في التعريف المزبور، اشكال آخر، و هو انه ان أريد بالصيغة خصوص صيغة بعت، لزم الدور، فإنه مقتضى أخذ مادة البيع، في تعريفه، و ان أريد الأعم، بحيث يشمل ملكة ايضا، فلازمه الاقتصار في إنشاء البيع بلفظي نقلت و ملكت.

أقول إشكال الدور أو لزوم الاقتصار في إنشاء البيع بصيغتي نقلت و ملكت مندفع بإمكان كون المراد بالصيغة المخصوصية اللفظ

الصالح لإنشاء ذلك السنخ من النقل، فلم يؤخذ في التعريف مادة البيع، حتى يلزم الدور، ولا خصوص الصيغتان، حتى يلزم الاقتصار، مع ان أخذ مادة البيع في تعريفه كما إذا قيل بان البيع نقل العين بلفظ بعث، لا يوجب دورا، فان المراد به في المعروف بالكسر، لفظه، وفي المعرف بالفتح، معناه المرتكز عند الأذهان، المطلوب بالتعريف، معرفة حدود ذلك المعنى المرتكز من جهة سعته و ضيقه، بان يعلم انه لا يعم نقل غير العين، ولا نقلها المنشأ بغير ذلك اللفظ.

والحاصل يمكن معرفة المعنى من جهة ضيقه و سعته بالتعريف المزبور بلا محذور.

(١) قد عرف (ره) البيع بأنه إنشاء تمليك عين بمال ولكن يرد عليه ان البيع، ليس إنشاء التمليك المزبور، بل نفس التمليك، و يكون الإنشاء إيجادا للبيع، و الا فلو كان الإنشاء مأخوذا في معنى البيع لم يكن قابلا للإنشاء، كما مر في التكلم في تعريف جامع المقاصد. ثم انه (ره) تعرض لما يمكن الإيراد به على تعريف الذي ذكره.

الأول انه إذا كانت حقيقة البيع تمليك العين بمال، لصح إنشائه بصيغته ملكة،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧

.....

كما هو مقتضى الترادف بين التمليك و البيع، و أجاب بصحة الإنشاء.

الثاني انه يصح بيع الدين على من هو عليه، مع انه لا يكون فيه تمليك عين بعوض، فإنه لا يصح للإنسان تملك المال على نفسه، و أجاب (ره) بصحة كون الإنسان مالكا لما عليه، فتكون نتيجة ذلك، سقوط الدين عنه، و لو لم يمكن كونه مالكا كذلك لم يصح بيع الدين منه، لانه لا معنى للبيع الا التمليك.

الثالث ان التعريف شامل للمعاطاة، مع انهم ذكروا عدم كونها بيعا.

و الجواب انها بيع عند الكل، و مراد النافين انها ليست بيعا صحيحا كما سيأتي.

الرابع ان البيع فعل البائع على ما مر سابقا و لو يكون صدقه عليه مشروطا بقبول المشتري، و لكن التعريف المزبور يعم الشراء فإن المشتري أيضا يكون منه تمليك ماله بإزاء المبيع.

و الجواب ان البيع في نفسه تمليك العين بمال، و الشراء لا يكون كذلك، بل الشراء إنشاء تملك مال الغير بإزاء الثمن، نعم يكون هذا الإنشاء متضمنا لتمليك الثمن بإزاء المبيع و بتعبير آخر ما هو فعل البائع هو إنشاء ملكية المبيع لصاحب الثمن بإزاء الثمن، و يكون لازم ذلك، تملك الثمن بإزاء المبيع، الا ان هذا التملك لم ينشأ إلا تبعا، كما ان فعل المشتري ابتداء تملك المبيع بإزاء الثمن، و لازم إنشائه تمليك الثمن لصاحب المبيع بإزاء المبيع، فيكون هذا التمليك ضمنيا يعنى لازما للمدلول المطابق لإنشائه، و لذا لا يصدق عنوان الشراء على قوله ملكتك الثمن بمتاعك، سواء تأخر عن الإيجاب أو تقدم، بخلاف قوله تملك متاعك بهذا الثمن، فإنه شراء كما لا يخفى.

و مما ذكرنا يظهر الحال في استيجار عين بعين، و ان قبول المستأجر لا يكون في نفسه إنشاء تمليك العين بإزاء المنفعة، بل قبوله إنشاء تملك المنفعة، بإزاء العين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨

.....

الخامس ان التعريف المزبور يعم الصلح عن عين بمال كما يعم و الهبة المعوضة المتعلقة بالعين.

و الجواب ان الصلح عن عين بمال، لا يكون تمليك تلك العين بذلك المال، بل هذا التمليك نتيجة الصلح المزبور. و بيان ذلك ان

الصلح من الأمور الاعتبارية حيث انه عقد و مدلول ذلك العقد و المتحقق به هو التسالم، يعنى التسالم الاعتبارى الذى يكون أمرا إنشائيا، و يعبر عنه فى لغة الفرس ب (سازش) و هذا التسالم لا بد من كونه فى أمر، و ذلك الأمر، يكون ملكية العين، أو المنفعة أو الانتفاع بالعين، أو سقوط حق، أو ثبوت قرار بين شخصين، أو أكثر، كقرار الشريكين فى كون الخسران أو النفع فى معاملة على أحدهما، و هكذا، فيكون نتيجة تامة الصلح فى الأول تملك العين، و فى الثانى تملك المنفعة، و فى الثالث تملك الانتفاع، و فى الرابع سقوط الحق، و فى الخامس ثبوت القرار.

فهذه الأمور من متعلقات الصلح، لا ان الصلح فى نفسه عبارة عن هذه الأمور، و الا لزم كون لفظ الصلح مشتركا لفظيا، لعدم تحقق التملك فى جميع ما ذكر من موارد، فالصلح عن العين بمل يتضمن تملكها بذلك المال، فيكون التملك المزبور فائده.

و هذا هو الوجه فيما ذكروا من ان طلب أحد الخصمين من الآخر الصلح على العين المتنازع فى ملكها، لا- يكون إقرارا للآخر بالمالكية، بخلاف طلب بيعها، فإنه اعتراف بالمالكية الآخر، و لو كان الصلح على عين بعوض بنفسه تملكها بعوض، لما كان بين الصورتين فرق. و اما الهبة المعوضة فالمراد الهبة التى يشترط التعويض فيها، و اما الهبة التى عوض عنها من غير كون التعويض شرطا فلا وجه لتوهم شمول تعريف البيع له، و لذا ذكر المصنف (ره) و المراد بها هنا (يعنى فى الاعتراض على تعريف البيع) و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩

بقى القرض داخلا (١)

حاصل دفعه الاعتراض ان الهبة المعوضة ليست فى حقيقتها المقابلة بين المالىن، كالباع، بل يكون تملك المال فيها مجانا و العوض المشروط فيها عوض لنفس الهبة، لا عن المال الموهوب، و لذا لا يملك الواهب ذلك العوض بمجرد هبة ماله للآخر. و بتعبير آخر التعويض فى الهبة المشروطة، كالتعويض فى غير المشروطة فى كون تملك المال من الآخر بتمليك جديد، و هذا التملك الجديد يذكر شرطا فى الهبة المشروطة. ثم قال (ره) غاية الأمر انه لو لم يعمل الآخر بالشرط لكان للواهب الرجوع فى هبته. (أقول) ظاهر الشرطية اختصاص جواز رجوع الواهب فى هبته بصورة عدم وفاء الآخر بالشرط، و لكن ليس الأمر كذلك، فإنه يجوز للواهب الرجوع فى هبته ما لم يتحقق التعويض، سواء اشترط التعويض أولا، و مع التعويض يسقط جواز الرجوع اشترط أولا، على ما يستفاد ذلك من مثل صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال إذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع «١».

(١) هذا هو الاعتراض الأخير فى كلامه على التعريف المزبور، و حاصله ان تملك عين بعوض صادق على القرض ايضا، فلا يكون تعريف البيع به مانعا.

و أجاب (ره) عن الاعتراض بان القرض فى حقيقته، تملك عين على وجه الضمان، يعنى تملك مع التضمين. و ذكر الإيروانى (ره) فى تعليقه ما حاصله ان الاعتراض لا يدفع بالجواب المزبور، فإنه ان كانت للعين المفروضة فى مورد القرض بدل من المثل أو

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٩) من أبواب أحكام الهبات الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠

و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله (١).

القيمة، فيكون تملكها بالبدل، و العوض، و هذا هو البيع على ظاهر التعريف، و ان لم يكن للعين بدل و عوض بان يكون تملكها مجانا، فتكون هبة، فأين تملك العين الذى لا يكون بيعا، أو هبة.

(أقول) الصحيح ما ذكره المصنف (ره) فان تملك العين و تضمينها أمران مختلفان، و ربما يكون تملك العين من دون تضمين، كما فى الهبة بلا عوض، و قد يكون تضمين بلا تملك، كما فى شرط ضمان العين فى إجارته، و إعارته، بل قد يحصل التضمين بالفعل كما فى وضع اليد على مال الغير، و القرض فى حقيقته جمع بين تملك العين و تضمينها، و لذا ذكرنا انه تملك العين مع التضمين.

و ان أراد الإيروانى (ره) من العوض و البدل، العوض المعاملى الحاصل بإنشائه عوضاً، فلا- عوض كذلك فى موارد القرض، بل يختص هذا بمورد البيع، و ان أراد العوض الواقعى فى مورد الضمان، فهذا القسم من البدل موجود فى مورد القرض، و لكنه لم يكن بإنشاء المعاوضة.

(١) تعرض (قده) لما يقال من استعمال لفظ البيع فى معانٍ آخر غير تملك العين بعوض.

منها تملك عين بعوض بشرط تملك المشتري، بل هذا هو المعنى العرفى للبيع عند بعض المشايخ لا- معنى آخر، فان البيع عند العرف ليس الا تملك العين بعوض بشرط قبول المشتري، و الشاهد لذلك تبادره فى الاستعمالات، و صحه سلب معناه العرفى عن التملك الذى لا يترتب عليه قبول من المشتري.

و منها الانتقال الحاصل بإنشاء البيع إيجاباً و قبولاً.

و منها العقد المركب من الإيجاب و القبول، كما هو ظاهر كل من يذكر العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١

.....

فى تعريف البيع، بل ظاهر الفقهاء هو استعمال عناوين المعاملات فى أبواب الفقه، فى هذا المعنى، فمرادهم من البيع فى قولهم كتاب البيع عقده، و كذا النكاح، و حتى الإجارة و شبهها مما لا يكون فى اللغة اسماً لأحد طرفى العقد، فان البيع فى الأصل فعل البائع، و النكاح فعل الزوج، بخلاف الإجارة، فإنها بمعنى الجزء و الأجر، و ليست اسماً لفعل الموجر، بل الموضوع لفعله لغه و عرفاً، هو الإجارة، و لكن المصنف (ره) أنكر كون البيع عبارة عن تملك العين بعوض بشرط تملك المشتري كما عليه بعض المشايخ، فضلاً عن كونه معنى آخر كما ذكره بعض من قارب عصره، بل البيع يستعمل دائماً فى تملك العين بعوض كما هو معناه المصطلح، غاية الأمر ان لهذا التملك فردين أحدهما ما إذا تعقب بتملك المشتري بقبوله البيع، و ثانيهما عدم ترتب ذلك لعدم قبوله، و بما ان الفرد الثانى وجوده كعدمه فى عدم ترتب اثر عليه، فمثل قول القائل بعث دارى بقرينة كونه فى مقام الاخبار عن الإيجاب المشرىكون ظاهراً فى الإيجاب المتعقب للقبول، بل فى الجامع لجميع الشرائط المعترية فى ترتب الأثر عليه.

و الحاصل ان قيد كون الإيجاب مثمراً مستفاداً من الخارج و لم يؤخذ فى المستعمل فيه، و يقرب ذلك تبادر هذا القيد حتى من مثل قول القائل نقلت دارى الى زيد، أو ملكتها إياه، أو أبدلتها بكذا، مع ان التملك و الأبدال و النقل هو مجرد الإيجاب قطعاً، و لم يلتزم أحد بدخالة قبول الآخر فى صدقها على الإيجاب.

و ان شئت قلت الأثر الحاصل بالإيجاب- و هو ملكية المبيع مثلاً للمشتري بإزاء الثمن- يكون بنظر الموجب و اعتباره، كما يكون فى اعتبار العقلاء و الشرع و ما يتوقف على قبول المشتري، هى الملكية فى نظر العقلاء، و الشرع، لا فى اعتبار الموجب، فإنه يعتبرها و

ينشأها بمجرد الإيجاب، فملكية العين بعوض فى اعتبار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢

.....

العقلاء و الشرع بالإضافة إلى إيجاب البائع من قبيل الوجوب و الإيجاب، لا من الكسر و الانكسار، فإنه يمتنع تحقق الكسر بلا تحقق الانكسار، و لكن لا يمتنع تحقق الإيجاب من الأمر، مع عدم تحقق وجوب الفعل في اعتبار العقلاء.

(أقول) ما ذهب إليه بعض المشايخ، من كون المعنى المصطلح للبيع عرفاً هو تملك العين بعوض بشرط قبول المشتري هو الصحيح، و ذلك فإن الموجب لا ينشأ ملكية العين لصاحب الثمن مطلقاً و لو على تقدير عدم قبوله للإيجاب، بل الملكية معلقة و مقيدة بالقبول في ظرفه، و إذا تحقق في ذلك الظرف تكون الملكية المنشأة بيعاً و الافلا، و كذا الأمر في الشراء، فإنه لا ينطبق على إنشاء التملك الأعلى تقدير تحقق الإيجاب في موطنه، و لا يحصل مع عدم قبول المشتري ملكية العين له، لا في نظر الموجب، و لا في اعتبار العقلاء.

و يشهد لما ذكرنا صحة سلب البيع حقيقة عن التملك الذي لا يتحقق في مورده قبول المشتري، و لو كان البيع حقيقة في الجامع لما صح سلبه عن التملك المزبور الا ادعاء، هذا مع ان اشتراط القبول مقتضى كون البيع من العقود، لا من الإيقاعات حتى في اعتبار الموجب فضلاً عن العقلاء و الشرع، بلا يمكن دعوى ذلك في مثل لفظ النقل المراد به النقل المعاملي كما لا يخفى.

و كذا أنكر (ره) المعنى الثاني و انه لم يستعمل لفظ البيع لا لغةً و لا عرفاً في الانتقال الذي هو من قبيل الحكم المترتب على البيع، بل ذكره جماعة في تعريف البيع تبعاً للمبسوط الذي عرف به البيع.

و قد يوجه التعريف بان البيع الواقع في تعريفه انتقال العين، هو العنوان الانتزاعي للمبيع يعني المبيعة، حيث انها عبارة أخرى عن انتقال الشيء الى الآخر بالعوض، و تعرض للمعنى الثالث و نسب الى الشهيد الثاني ان إطلاق البيع و استعمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣

.....

لفظه في العقد مجاز، بعلاقة السببية و المسببية، و قال فليكن مراد الشهيد (ره) من المسبب هو المعنى الاسم المصدرى المتحقق بالإيجاب و القبول معاً، و اما المسبب عند الموجب فهو يتحقق بالإيجاب فقط، كما مر.

و قوله (ره) (و الى هذا نظر جميع ما ورد) إشارة إلى المعنى الاسم المصدرى و ان جميع ما ورد في النصوص و الفتاوى من لزوم البيع و وجوبه، أو انه لا يبيع بينهما، أو أقال البيع، و نحو ذلك يستعمل لفظ البيع فيها في المعنى الاسم المصدرى المتحقق في نظر العرف و الشرع بالإيجاب و القبول معاً، و اضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية بل بمعنى اللام، ضرورة ان المعنى الاسم المصدرى لا يكون عين الإيجاب و القبول، و لذا يصح ان يقال انعقد البيع أولاً ينعقد، و لا يصح ان يقال انعقد الإيجاب و القبول، أو لا ينعقد.

(أقول) مقتضى مجموع كلامه ان البيع يستعمل في معنيين آخرين، غير معناه المصطلح الذي من قبيل المصدر، أحدهما العقد يعني مجموع الإيجاب و القبول و الثاني المعنى الاسم المصدرى الحاصل بالعقد و ان استعماله في المعنى الأول مجاز، بعلاقة السببية و المسببية و كذا استعماله في المعنى الثاني يعني المعنى الاسم المصدرى غاية الأمر استعماله في الاسم المصدرى مجاز عن الحقيقة و استعماله في العقد يعني الإيجاب و القبول معاً من قبيل سبب المجاز عن المجاز لان المسبب و هو المعنى الاسم المصدرى لم يوضع له لفظ البيع.

ان قلت ما الفرق بين المعنى الثاني من المعاني الثلاثة المتقدمة الذي ذكر (ره) ان استعمال لفظ البيع لم يوجد فيه لافى اللغة، و لا في العرف بل وقع تعريف البيع به في كلام جماعة تبعاً للمبسوط و بين المسبب عن العقد الذي ذكر (ره) وقوع استعمال لفظه فيه في النصوص و الفتاوى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤

و من ثم حمل الإقرار به (١).

قلت المراد بالأثر في المعنى الثاني هو الانتقال الذي يكون أثرا لتمام البيع شرعا و حكما له، و مقتضى مغايرة الموضوع و حكمه ان يكون البيع غير الانتقال و تعريف البيع بالانتقال كتعريف اى موضوع بحكمه غير صحيح و مراده بالمسبب فى المعنى الثالث هو البيع بمعناه الاسم المصدرى يعنى ما يحصل بالإيجاب و القبول معا و الذى يترتب عليه حكم الشارع بانتقال المالىن هذا.

و لكن لا- يمكن المساعدة على ما ذكر من استعمال لفظ البيع فى عقده يعنى فى صيغتي الإيجاب و القبول، فإنه لم يحرز هذا الاستعمال حتى فى كلمات الأصحاب فى عناوين المعاملات الا- ترى انه لا يصح ان يقال مرادهم بكتاب البيع مثلا كتاب صيغتي الإيجاب و القبول و اما المعنى الاسم المصدرى فهو صحيح يقع استعمال لفظ البيع فيه كثيرا فى كلمات الأصحاب و الروايات الا ان اسم المصدر لا يختلف عن المصدر بحسب الخارج بل ما تحقق خارجا بلحاظ جهة الصدور مصدر و بلحاظ نفسه و كونه معاملة فى حياى سائر المعاملات معنى اسم المصدر و البحث فى كون استعمال لفظ المصدر فى المعنى الاسم المصدرى مجازا أو حقيقة غير مهم.

و كيف كان فقد ظهر مما ذكرنا ان تحقق البيع بمعناه المصطلح لا يكون بمجرد الإيجاب بل لا بد من تحقق القبول فى موطنه و أن المتحقق خارجا بلحاظ نفسه و كونها معاملة حياى سائر المعاملات هو المعنى الاسم المصدرى و يتعلق به إمضاء الشارع و حكمه بالزوم أو الجواز أو غير ذلك من الأحكام المناسبة للمعنى المزبور.

(١) لا يخفى ان حمل الإقرار بالبيع مثلا على الصحيح لا يدل عدم وضعه للقدر المشترك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥

قال الشهيد الأول (١) و يشكل ما ذكره (٢).

بين الصحيح و الفاسد فان فى عدم سماع التفسير بالفساد مقتضى حمل المعاملة الثابتة بالإقرار بها على الصحيحة كما هو الحال فى أصالة الصحة الجارية فى عمل الغير عقدا كان أو إيقاعا.

(١) مراده (ره) ان أسامى الماهيات الجعليه كالصلاة و الصوم و أسامى سائر العقود لا يطلق حقيقة على الفاسد الا الحج لوجوب المضى فيه و يرد عليه انه لا وجه لاستثناء الحج فان وجوب المضى فيه بعد فساد لا يدل على ان إطلاق لفظ الحج على الفاسد حقيقة كما فى الصوم فإنه يجب مع إفساده بالإفطار الإمساك بقيه النهار مع ان ذلك لا يوجب كون إطلاق الصوم عليه حقيقة.

و أضعف اليه ان فساد الحج بالجماع بعد الإحرام غير ظاهر، بل الأظهر عدم فساد غايه الأمر يجب على المكلف اعاده حجه فى السنه القادمة عقوبة على عمله و لكن الواجب يعنى حجه الإسلام هو الأول و تفصيل ذلك موكول الى كتاب الحج.

(٢) فى المقام اشكال على القول بأن أسامى المعاملات موضوعه للصحيحة فعلى الشهيدين و غيرهما ممن يلتزم بكونها موضوعه للصحيحة الجواب عنهما.

الأول ان عدم شمول المعنى الموضوع له للأفراد الفاسدة يتوقف على أخذ قيد الصحة الشرعية أو ما يرادفها فى معنى المعاملات و هذا التزام بالحقيقة الشرعية و كون معانيها مخترعات للشارع كالعبادات مع انه غير ممكن.

و الثانى ان لازم كون ألفاظ المعاملات موضوعه للصحيحة عدم جواز التمسك بخطاب المعاملات فى دفع احتمال اعتبار شىء شرعا فى المعاملة فإن لازم القول بكونها أسامى للصحيحة هو إجمالها.

و تعرض المصنف (ره) للإشكال الثانى صراحة و للإشكال الأول فى ضمن الجواب بقوله (نعم يمكن ان يقال) و توضيح الجواب عن الأول ان العناوين يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦

.....

انطباقها على مصاديقها بالقصد و الاعتبار تارة كعنوان أداء الدين فإنه لا ينطبق على مجرد إعطاء المال للدائن بل لا بد من قصد كون الإيعاء بعنوان الوفاء بدينه و كذا عنوان التعظيم فإنه لا ينطبق على مجرد القيام أو غيره من الأفعال بل لا بد من كونها برعاية عظمه الغير، و قصد احترامه و هذا بخلاف العناوين الحقيقية التي يكون انطباقها على مصاديقها قهريا كعنوان القتل فإنه ينطبق على القضاء بحياة انسان قصدا أو بلا قصد.

ثم ان فى القسم الأول يعنى العناوين الاعتبارية يمكن ان يكون شىء مصداقا للعنوان فى اعتبار شخص و لا يكون مصدقا لذلك العنوان فى اعتبار شخص آخر من غير كون أحدهما مصيبا و الآخر مخطئا مثلا كشف الإنسان رأسه عند ملاقاته للغير يكون تعظيما لذلك الغير عند قوم و لا يعتبره تعظيما قوم آخر.

و السر فى هذا الاختلاف بعد كون انطباق التعظيم على عمل موقوفا على القصد و الاعتبار واضح حيث لا يعتبر الانطباق قوم و يعتبره الآخرون و ذلك لا يوجب تعدد المفهوم بل يوجب تعدد المصداق و على ذلك فالبيع و لو بمعناه المصدرى من العناوين القصدية، فيمكن ان يكون المستعمل فيه امرا واحدا عند الشرع و العرف و هو ما يترتب عليه الأثر المترقب فإن الأثر المترقب فى البيع انتقال المالكين، فيكون المستعمل فيه اعتبار الملكية التي يترتب عليها انتقال المالكين فالمعنى مبهم من حيث الذات و القيود و مبين من حيث الأثر و إذا كان المعاطاة مثلا امرا يترتب عليه انتقال المالكين فى اعتبار العرف و الشرع، تكون بيعا عندهما، و لو لم يترتب عليها الانتقال شرعا، فهي لا تكون بيعا عند الشارع.

و بالجملة يمكن ان لا- يكون خلاف بين الشرع و العرف فى المعنى المصدرى، أو الاسم المصدرى، و يصح القول بأن ألفاظ المعاملات موضوعه للصحيحة، فلا تطلق على الفاسدة إلا بطور المجاز.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧

و اما وجه تمسك العلماء (١)

[الكلام فى المعاطاة]

إشارة

أن يقع النقل من غير قصد (٢).

الثانى ان يقصد الملك المطلق (٣)

(١) و هذا دفع للإشكال الثانى من الإشكاليين المتقدمين و حاصل الدفع ان البيع فى مثل قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** مستعمل اما فى معناه المصدرى، كما إذا أريد منه الحلية التكليفية أو الاسم المصدرى كما إذا أريد منه الحلية وضعاء، و على كل تقدير فيحمل إطلاق الخطاب على إمضاء المصدايق العرفية، فإن بيان جعل الحكم التكليفى أو الوضعى على المصدايق التي عند الشارع لغو واضح، و بتعبير آخر مثل هذا خطاب انحلالى فيعم الحكم جميع المصدايق العرفية، لأن الخطاب مع حمله على المصدايق الشرعية يصبح لغوا خصوصا فيما إذا كان المراد بالحلية، الحلية الوضعية كما هو ظاهر الآية.

(٢) المراد بالنقل النقل الخارجى و الإيعاء لا النقل الاعتبارى، الذى عبارة عن التملك و الحاصل المال الذى يصل الى الآخر و لا يقصد صاحبه خصوصا تملكه و لا إباحتة له و هذا الوجه أبطله (ره) بقوله بامتناع خلو الدافع، يعنى ان العاقل فى مقام المعاملة مع

التفاتة إلى خصوصياتها التي لا يتحقق المعاملة إلا بإحداها يختار أحدها، لا محالة.

(٣) المراد بالمطلق عدم قصد خصوص عنوان البيع، بل يجعل ماله ملكا للطرف بإزاء ما يملكه من الآخر وهذا الوجه يرد بما تقدم في تعريف البيع من أن التملك بالعرض على وجه المبادلة هو البيع لا غير ولكن يظهر من بعض العلماء في مسألة تملك لبن الشاة مدة بعوض معين أن ذلك تملك عين وليس بيعا وأن التملك بالعرض أعم من البيع.

ثم انه يظهر من ملاحظة كلمات الأصحاب أن النزاع بينهم في صورة قصد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨

.....

المتعاطين التملك، وانه في هذه الصورة لا يحصل الملك لهما عند المشهور ولكن يباح لكل منهما التصرف في مال الآخر وحمل الإباحة في كلامهم على الملك المترزل كما عن المحقق الثاني أو الالتزام بأن محل الخلاف بينهم صورة قصد المتعاطين الإباحة كما عن صاحب الجواهر (ره) خلاف ظاهرهم.

ثم لا يخفى أن المعنى الأول من المعاني الأربعة و هي الإباحة لا تكون أمرا إنشائيا حيث أن المراد منها الإباحة المالكية، في مقابل الإباحة الحكمية، فإن التي تحصل بقصد المالك ورضاه الإباحة المالكية واما الحكمية فهي تابع الحكم الشارع و تجوزة التصرف في مال الغير كإباحته للمار أكل الثمرة من طريقه و الإباحة المالكية لا تحتاج إلى غير رضا المالك بتصرف الآخر في ماله و لذا يجوز للآخر التصرف مع علمه برضاه و لو كان العلم بشاهد الحال. و الحاصل يخرج التصرف مع العلم برضا المالك عن عنوان التعدي و موضوع عدم حل مال الغير إلا بطيب نفسه.

و اما المعنى الثاني للمعاطاة و هي إعطاء المال بقصد تملكه للآخر بالعرض فهي عبارة أخرى عن إنشاء البيع بالفعل نظير إنشائه بالقول.

و توضيح ذلك أن البيع من العناوين التي لا يتحقق بمجرد اعتبار ملكية المال للآخر بعوض، بل لا بد من إبراز هذا الاعتبار قولاً أو فعلاً. كما لا يكون عنوان الأذن للغير في بيع ماله بمجرد علم الغير برضاه بالبيع بل اللازم أن يبرز المالك رضاه ببيعه قولاً أو فعلاً حتى يحصل عنوان الأذن.

و الحاصل البيع و غيره من عناوين المعاملات يحصل بالإبراز و لذا يصح للبائع أن يقصد بقوله بعت مالي بكذا إيجاد البيع بالتلفظ المزبور و لا يرد على ذلك ما تكرر في كلمات السيد الخوئي (طال بقاه) من أنه لا معنى للإيجاد بالتلفظ حيث أن الملكية التي يعتبرها الموجب لا تحتاج إلى غير اعتبار النفس و الملكية التي في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩

كما يظهر أيضا من بعض كتب الحنفية (١) من غير أن يكون ملكه أو دخل (٢) و لما ذكرنا نهى (ص) عن بيع المنابذة (٣)

حقيقتها إمضاء للبيع من العقلاء فعل للعقلاء لا الموجب و كذا الحال في الملكية الشرعية فإنها حكم الشارع لا فعل الموجب فأين الإيجاد و الحاصل لا يكون الإنشاء إيجادا بل إبراز للاعتبار القائم بالنفس.

و فيه انه إذا كان الإبراز في مثل هذه الموارد مقوما للعناوين كما هو الفرض يكون الموجود بالألفاظ تلك العناوين فيكون قصد البائع من قوله بعت مالي بكذا إيجاد البيع بهذا اللفظ صحيحا، فالذي يحصل بالتلفظ ليست الملكية التي اعتبرها العاقد، ليقال أنها لا تحتاج إلى غير اعتبار النفس و لا الملكية التي يعتبرها العقلاء.

أو الشرع ليقال أنها لا تكون من فعل العاقد بل الحاصل هو عنوان البيع.

ثم ان هذا العنوان كما يحصل بإبراز الملكية باللفظ، كذلك يحصل بإبرازها بالفعل أى بإعطاء المالك العين للآخر فالإعطاء و الأخذ فى هذه الصورة، بيع حقيقة و يقع الكلام فى حكمه الشرعى.

(١) يعنى يظهر كون محل الكلام صورة قصد المتعاطيين التملك من بعض كتب الحنفية حيث جعل فيها التعاطى نظير الإيجاب و القبول من أسباب البيع.

(٢) و لعل مراده بالمعطوف عدم كون المال ملكا للآخر زمان الإعطاء نظير زمان الإقباض فى البيع المنشأ بالإيجاب و القبول و مراده بالمعطوف عدم دخوله فى ملك ذلك الآخر بعد أخذه.

(٣) و مراده بالتأويل الآخر ما ذكره بقوله (و معنى ذلك) أى التأويل الآخر أن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠

و لا ينافى ذلك (١) و منها ظهور أدلته الثلاثة فى ذلك (٢)

يجعل اللبس بشىء و النبذ له، و إلقاء الحصاء بيعا موجبا أى بمنزلة إيجاب البيع و مراده بالتأويل الأول فى كلامه ان يجعل اللبس بشىء أو النبذ له أو روى الحصاء تعيينا للمبيع بان يقع البيع على شىء بضمن مهملا ثم يعين ذلك الشىء باللمس و النبذ و الرمى و هذا من أوضح أنحاء بيع الغرر بل أشبه بالقمار.

(١) إشارة إلى دفع الوهم فى كلام السرائر و حاصل الوهم ان حمل كلام السرائر على صورة قصد المتعاطيين الملك ينافى قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة بل قوله هذا يناسب ما إذا كان الإعطاء بقصد الإباحة لأن قصد التملك بالإعطاء مع عدم حصول الملك يوجب كون الإعطاء من البيع الفاسد حيث لا- معنى لفساد البيع الا- عدم ترتب اثر الملك عليه و ظاهر قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة أن الإعطاء صحيح و ليس من البيع الفاسد و لا يمكن اتصافه بالصحة إلا إذا كان بقصد الإباحة، إذ حصول الإباحة خارجا يوجب اتصافه بالصحة التى هى فى المعاملات بمعنى ترتب الأثر.

و اما الدفع فان مراد السرائر من العقد الفاسد هو الذى لا يترتب عليه الملك و لا يحصل به حتى جواز التصرف و حكمه فى المعاطاة بعدم حصول الملك و ترتب اباحة التصرف مقتضاه ان لا تكون المعاطاة من ذلك العقد الفاسد و على ذلك فلا ينافى قوله (ره) و ليس هذا من العقود الفاسدة لظاهر صدر كلامه من فرضه إعطاء القطعة الى البقلى أو الشارب بقصد الملك و ان شئت قلت ان الإعطاء المزبور لا يكون عند السرائر عقدا أصلا لا أنه عقد صحيح.

(٢) المراد بالأدلة الثلاثة الإجماع و القدر المتيقن و النهى الوارد عن بيع الملامسة و المنابذة و الحصاء و وجه ظهورها فى كون المفروض فى المعاطاة صورة قصد الملك هو ان الدلالة المزبورة ذكرت لاعتبار الإيجاب و القبول فى البيع و لعدم انعقاده بالاستدعاء و الإيجاب أو المعاطاة، فلو تمت هذه الأدلة كان مقتضاها اعتبار الإيجاب و القبول فى صورة قصد تملك العين بعوض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١

مع ان الواقع فى أيدى الناس (١) و قوله تعالى إلا أن تكون تجارة عن تراض (٢) قوله (ره) و عليه يتفرع النماء و جواز و طى الجارية (٣) و الذى يقوى فى النفس (٤).

كان مقتضاها اعتبار الإيجاب و القبول فى صورة قصد تملك العين بعوض.

(١) و هذا يوجب كون حمل كلام الأصحاب على صورة قصد الإباحة كما عن صاحب الجواهر (ره) أبعد فإنه يبعد جدا بل لا يحتمل عادة أن الأصحاب قد تركوا التعرض لما يبتلى به عامة الناس و ما هو الدارج بينهم من صورة التعاطى بقصد التملك و تعرضوا لمعاملة لم تقع فى الخارج إلى الآن و هى المعاطاة بقصد اباحة كل منهما ماله للآخر.

(٢) يعني ان قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ يَتَنَاوَلِ الْمَعَاةَ.

(٣) يعني على ملك الرقبة يتفرع ملك النماء فيكون النماء ملكا لمن تملك العين و كذا جواز و طى الجارية المأخوذة بالمعاطاة، فإنه يترتب على تملكها و من منع من حصول ملك العين بالمعاطاة فقد أغرب.

(٤) و حاصله انه يؤخذ بظاهر كلمات الأصحاب في كون المفروض في المعاطاة صورة قصد التمليك و أنها تفيد الإباحة لا الملك و لا يرد عليهم غير ما ذكره المحقق الثاني (ره) و حاصل الإيراد أنه إذا كان مقصود المتعاطين الملك فلا وجه لعدم حصوله و حصول الإباحة فإن الإباحة المالكية لا- يمكن تحققها إذ رضا كل من المالكين على تقدير كون ماله ملكا لصاحبه كما في سائر البيع و المفروض عدم حصول الملك، و اما الإباحة الشرعية، فليس عليها دليل، كما انه ليس في كلمات الأصحاب اشعار الى اعتمادهم فيها الى النص مع ان الإباحة الشرعية في نفسها بعيدة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢

ثم ان المعروف بين المتأخرين (١)

فإنه يبعد إلغاء الشارع ما عليه سيرة العقلاء و بنائهم من ترتب الملك على المعاطاة و الحكم تعبدا بجواز تصرف كل منهما في مال صاحبه.

و يؤيد كون مرادهم بالإباحة هو الملك أن مقتضى ظاهر كلماتهم جواز تصرف كل من المتعاطين فيما يصل اليه حتى التصرفات الموقوفة على الملك و احتمال التزامهم بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنا ما كما ذكروا في تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه، أو تصرف الواهب في العين الموهوبة قبل تلفها بعيد جدا بل عن بعض الأساطين ان الالتزام بحصول الملك قبل هذه التصرفات آنا ما مستلزم لتأسيس قواعد جديدة في الفقه هذا.

و لكن القول بالتزامهم حدوث الملك آنا ما قبل التصرف أهون من حمل الإباحة في كلماتهم على الملك المترزل، و الشاهد على كون مرادهم هي الإباحة المجردة عن الملك هو تصريح الشيخ (ره) في مبسوطه و الحل في سرائره بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول مع كون الإهداء كذلك موجبا لجواز التصرف.

و يظهر ذلك ايضا من العلامة في قواعده و وجه الشهادة انه لا يمكن حمل الإباحة في هذا الكلام على الملك الجائر فإن الهبة مع الإيجاب و القبول هبة مجانية لا تفيد الا الملك الجائر فعدم ثبوته فيها مع عدم الإيجاب و القبول و ثبوت الإباحة فقط صريح في عدم ارادة الملك من الإباحة في المعاطاة.

(١) المعروف بين المتأخرين ان المعاطاة على مسلك القائلين فادتها الإباحة ليست بيعا و هذا الحمل مع حمل كلمات هؤلاء القائلين على الملك غير اللازم في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣

اما الأول (١) اللزوم مطلقا (٢). نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير (٣)

طرفي الإفراط و التفريط و يدفع حمل المحقق و يزيفه أمران.

الأول- ما عن بعض القائلين في المعاطاة بالإباحة، من ان شرط لزوم البيع منحصر في مسقطات الخيار، بمعنى ان كل بيع لم يكن فيه خيار يكون بيعا لازما و مقتضى هذا الكلام ان لا تكون المعاطاة بيعا لأنه ليس فيها لزوم و لا خيار و تزلزل الملك فيها على تقديره ليس من قبيل الخيار كما مر.

و الثاني تصريح غير واحد بأن الإيجاب و القبول من شرائط انعقاد البيع، فإنه لو كانت المعاطاة بيعا مفيدا للملك المترزل لزم ان

يذكروا الإيجاب و القبول من من شرائط لزوم البيع لا من شرط انعقاده.

(١) المراد الحمل الأول و هو عدم كون المعاطاة على القبول بالإباحة بيعا أصلا.

(٢) أى سواء كانت القرينة على ارادة البيع و تراضى المتعاطيين لفظا أو غيره و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة فى التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة فإنه لا يعبر باسم التفضيل فى مسألة إلا مع الخلاف المعتد به فيها.

(٣) يعنى يوهم عبارة التحرير الملك المترزل حيث قال فيه الأقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاطاة ما دامت العين باقية فان تلفت لزمت و ظاهر المعاطاة حصول الملك بالمعاطاة و لذا نسب فى المسالك القول بالملك فى المعاطاة إلى التحرير و لكن ذكر فيه بعد العبارة و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد.

و هذه قرينة على ان مراده بتلك العبارة حصول مجرد الإباحة إذ لا معنى لذكر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤

و لا يخلو عن قوة (١)

ذلك بعد فرض حصول الملك فيكون إطلاق المعاطاة على المعاطاة المفروض فيها حصول مجرد الإباحة باعتبار أن المعاطاة من قصد المتعاطيين و كذا إطلاق الفسخ على الرد و اللزوم مع التلف.

(١) لا يخفى ان الأصل يعنى مقتضى الاستصحاب فى المعاطاة على تقدير عدم قيام الدليل على حكمها هو الفساد و عدم ترتب الأثر عليها لا الملك و لا اباحة التصرف و اما الإباحة المالكية فهى تابعة لرضا كل منهما بتصرف الآخر فى ماله مع الإغماض عن المعاملة المعاطاتية و فرض بقاء المال فى ملكه فان هذا يكون موجبا لجواز تصرف الآخر فيما وصل الى يده تصرفا لا يتوقف جوازه على الملك و لكن يدل على حكمها و عدم الفرق بينها و بين سائر البيوع فى كون الحاصل منها الملك اللازم (قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) فان ظاهره صحة البيع و نفوذه و ذلك فإن الحلية و لو تكون ظاهرة فى الإباحة تكليفا الا ان هذا فيما إذا تعلق بالفعل الخارجى و اما مع تعلقها بالاعتبارى عقدا أو إيقاعا فظاهرها نفوذه و صحته.

و هذا مراد من يذكر ان الآية دالة على صحة البيع و نفوذه بالدلالة المطابقة.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من تقدير الأفعال الخارجية المرتبة على الملك و الالتزام بتعلق الحلية بها و جواز تلك الأفعال تكليفا يلزم صحة البيع و نفوذه فتكون الآية دالة على الصحة و النفوذ بالدلالة الالتزامية فلا يمكن المساعدة عليه فان الداعى له (ره) الى تقدير الأفعال و الالتزام بتعلق الحلية بها هو عدم احتمال تعلق الحلية تكليفا بالبيع بمعناه المصدرى من غير دلالة على صحته و نفوذه.

و قد ذكرنا أن ظاهر تعلق الحلية بالأمر الاعتبارى هو النفوذ و الإمضاء و لو كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥

.....

الموجب للالتزامه عدم قابلية الملكية للجعل استقلالاً لأنها من الحكم الوضعى المنتزع عن التكليف فقد ذكرنا فى محله ان مثل الملكية قابلة للجعل بنفسها من غير حاجة الى جعل التكليف بل قد لا يثبت فى مورده تكليف، حتى يتوهم انتزاعه منه و لكن قد يقال انه لا إطلاق فى الآية حتى يتمسك بها لصحة بيع المعاطاة و نفوذه، لان الظاهر من صدر الآية و ذيلها أنها واردة فى مقام بيان حكم آخر و هو نفي التسوية بين الربا و البيع.

هذا مع ان الحكم بحل البيع و حرمة الربا قد ثبت فى الشرع من قبل و اعترض عليه بأنه لا فرق بينهما و ان البيع مثل الربا فهذه الآية فى مقام نفي التسوية و إثبات الفرق بينهما، بان الله أحل أحدهما و حرم الآخر فلا بد من ملاحظة الإطلاق و التقييد فى ذلك التحليل أو

التحريم الصادرين من قبل و لو بقول رسول الله (ص).

ثم وجه هذا القائل الجليل التمسك بالإطلاق بدعوى ان الاعتراض كان بنحو العموم يعنى مماثلة مطلق البيع لمطلق الربا حيث لو كان الاعتراض بان بعض البيوع أو البيع بقيد خاص مثل الربا لكان اللازم الحكاية بمثل ما قالوا لتخرج الحكاية عن الكذب و إذا كان مقتضى الحكاية هي دعواهم مماثلة جميع البيع فيان الفرق بذكر الحل له و الحرمة للربا بمنزلة إثبات الحكم لجميع أفرادهما.

(أقول) لو كانت الآية واردة لنفى التسوية على ما ذكر و سلم ان الاعتراض كان بنحو العموم بمعنى مماثلة جميع البيع لجميع الربا، لكان اللازم ان يكون هذا الإطلاق مرادا من قوله (قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلَ الرِّبَا) لا من قوله (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) بالإضافة إلى حكم الحل فإنه لو كانت الحلية ثابتة للبيع بقيد لما كان ايضا بين البيع و الربا تسوية، و المفروض ان الآية ليست في مقام البيان من جهتها، و لكن أصل المناقشة ضعيفة، فإنه لا دلالة في الآية على صدور خطاب التحريم أو التحليل من إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦

.....

قبل، كما لا دلالة فيها على ورودها للتعرض للتسوية الموهومة بعد صدور خطاب تحليل البيع و تحريم الربا، فان نقل قولهم إنما البيع مثل الربا حكاية عن معتقدهم، و الداعى إلى ارتكابهم لا عن لفظهم بعد صدور ذلك الخطاب و الأصل في قوله وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا كما هو ظاهر كل خطاب متضمن للحكم و موضوعه وروده في بيان الحلية و موضوعها، غاية الأمر يستفاد منه ايضا فساد اعتقادهم.

و قوله سبحانه (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا) حكاية عن الجزاء على آكل الربا بعد تمام الحجّة عليه، حتى لو كان تمامها بوصول هذه الآية المباركة و أكله لزعم التسوية أو عدم زعمها، و ليست اخبارا عن الجزاء على من كان آكلا قبل نزولها كما لا يخفى. و مما ذكرنا يظهر الحال في التمسك لصحة المعاطاة و نفوذها كسائر البيوع اللازمة بقوله سبحانه (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) فإن التجارة هو البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح، فتعم المعاطاة فتكون جائزة وضا، لان الاستثناء عن النهى عن أكل المال بالباطل و لو يكون بنحو الانقطاع، ضرورة عدم دخولها في المستثنى منه الا- ان النهى في ناحية المستثنى منه قريبه على ان الترخيص في ناحية المستثنى وضعى لأن الأكل في الآية بمعنى التملك و الاستيلاء، حيث ان التعبير عنهما بالأكل متعارف بل هذا ظاهر الأكل المضاف الى المال كما تقدم.

و يمكن الاستدلال على حكم المعاطاة و كونها كسائر البيوع اللازمة بقوله عز من قائل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فإنه و ان يناقش في شمول العقد لها الا انه لا مجال للمناقشة بعد ورود النص الصحيح (١) على كون المراد بها العقود حيث ان العهد يعم المعاطاة جزما سواء قيل بان العقد مطلق العهد، أو العهد بين الاثنيين و المشدود كما ان المراد

(١) تفسير برهان سورة مائدة حديث: ٨

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧

و اما قوله الناس مسلطون على أموالهم (١).

بالوفاء هو إتمام العهد و عدم نقضه بعدم العمل له ابتداء و استدامة، و الرجوع نقض للعهد بقاء كما لا يخفى. و على ذلك ففي الآية كفاية و لو قيل بان الآيتين المتقدمتين لا دلالة لهما على لزوم الملك، بل مدلولهما مجرد الصحة و الإمضاء، بدعوى أن آية الحل مدلولها إمضاء نفس البيع، لا- إمضائه بماله من الأحكام عند العقلاء و لزومه و عدم انفساخه برجوع أحد

المتبايعين من أحكام البيع عندهم، لا من مقومات صدقه.

و ان شئت قلت كما أن في مثل قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا يراد بالبيع نفس البيع مع الإغماض عن حكمه عند العقلاء كذلك في قوله سبحانه أخلّ الله البيع والآية الثانية مدلولها، الترخيص في التمليك بالتجارة، و اما كون التملك جائزا أو لازما، فلا دلالة لها على ذلك.

هذا و لكن يمكن الاستدلال بالآية الثانية على اللزوم حيث ان إطلاق الترخيص في التمليك بالتجارة، يعم ما إذا ندم أحد المتعاملين و رجع عن معاملته، بل بالآية الأولى أيضا باعتبار ان إطلاق الحل و الإمضاء، يعم ما إذا رجع أحدهما عن البيع فتأمل.

(١) هذه المرسله لضعفها لا يمكن الاعتماد عليها و لم تذكر إلا في كتب المتأخرين و قيل إنها مروية في البحار أيضا و وجه الاستدلال بها دلالتها على ثبوت الولاية للمالك بالإضافة الى جميع التصرفات المتعلقة بماله، لأن السلطنة على المال يراد بها السلطنة على التصرف فيه، و حيث لم يذكر تصرف خاص فيكون المراد جميعها و يدخل فيها المعاطاة حتى بناء على عدم كونها يباعا بل تصرفا مستقلا.

و المصنف (ره) لم يرتض بهذا الاستدلال و ذلك، فان السلطنة على المال و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨

.....

يراد بها السلطنة على التصرف فيها، الا ان التعبير بالسلطنة، فيه دلالة على كون المراد بالتصرف هو الإنشائي و التصرفات الاعتبارية على ما تقدم بنفسها أنواع، كالبيع و الهبة و الصلح و القرض الى غير ذلك، و بما ان هذه كلها أمور إنشائية تحتاج في إنشائها إلى قول أو فعل من كتابة أو إشارة أو غيرها، فان حصل الشك في النوع بان لم يعلم ان نوع معامله يتعلق بالمال ممضأة شرعا أولا، فيمكن التمسك بالحديث في إثبات صحتها و سلطان المالك على إنشائها، و اما إذا شك في فرد ذلك النوع بمعنى ان النوع الفلاني من المعاملة يحصل بإنشائه كذلك أو لا يحصل به، مثلا تمليك العين بالعوض يحصل بالمعاطاة أولا، فلا يمكن التمسك بها لعدم نظرها إلى أفراد المعاملة و أسبابها، و من هنا لا يمكن التمسك بها في اعتبار بعض الأمور المحتمل دخلها في صيغتي الإيجاب و القبول من البيع و غيره.

أقول الصحيح عدم نظرها الا الى أنواع التصرفات و لا- إلى أفرادها و أسبابها و الا- لكان التفصيل بين الأنواع و الأشخاص مجرد الدعوى، بل هي ناظرة إلى ولاية المالك على التصرفات المالية التي أمضاها الشرع بأنواعها و أسبابها، و ان تلك التصرفات لا تكون نافذة فيما إذا لم تصدر عن المالك، و على ذلك فلو شك في ولاية المالك على التصرف الجائز كما إذا شك في ان المرأة محجورة عن التصرف في مالها بالتصدق به بلا رضا زوجها، فيمكن الأخذ بالحديث في إثبات سلطنتها، و عدم كونها محجورة.

فقد تحصل الى هنا دلالة الإطلاق و العموم من الكتاب العزيز على صحة المعاطاة و نفوذها أضف الى ذلك السيرة الجارية من العقلاء المتدينين منهم و غيرهم في المعاطاة و معاملتهم معها معامله اللزوم و ما ذكر المصنف (ره) من ان مثل هذه السيرة كسائر سيرهم الناشئة عن التسامح في الدين و قلة مبالاتهم به كما ترى، فإنه ليس المراد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩

اللهم الا ان يقال (١)

التمسك بسيرة معظم المشرعة التي نراها الان من المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معامله الملك، إذ لا يمكن لنا إحراز استمرارها الى زمان المعصومين عليهم السلام مع فتوى كبار العلماء من قديم الزمان بعدم إفادتها الملك و تقليد الناس منهم بل المراد الأخذ بسيرة

العقلاء كافة المتدينين منهم وغيرهم نظير السيرة الجارية على الاعتناء باخبار الثقات التي ذكر في الأصول ان الردع من مثلها يحتاج الى دليل خاص، ولا يكفى وجود العمومات على خلافها، فضلا عما وافقها العمومات كما في المقام، فلا وجه للقول بان توريث المأخوذ بالمعاطاة قبل التصرف الموجب لصيرورته ملكا ناش عن قلة المبالاة بالدين.

(١) وهذا منع منه (ره) لدلالة الآيتين على حصول الملك بمجرد المعاطاة، و تقريره ان دلالة الآيتين على حصول الملك انما هي بالدلالة الالتزامية الناشئة عن الملازمة بين اباحة جميع التصرفات و بين حصوله، وهذه الملازمة ثابتة في غير المعاطاة بالإجماع، و الا فالملازمة حقيقة انما هي بين تحقق و طى الأمانة حلالا و بين ملكيتها، لا بين مجرد الحكم بإباحة الوطى و بين ملكيتها فان هذه الإباحة لا تلازم ملكيتها إلا بالإجماع الثابت في غير المعاطاة، و اما فيها فيلتزم بحصول الملك آنا ما قبل الوطى جمعا بين دليل جوازه و دليل توقف جوازه على الملك و بين عدم حصول الملك من الأول و لو بمقتضى الأصل.

(أقول) التزامه (ره) بأن إباحة جميع التصرفات لا تلازم بنفسها الملكية و لو يكون صحيحا الا انه ينافى ما بنى عليه (ره) انتزاع الحكم الوضعي و منه الملكية من الحكم التكليفي، حيث ان نفي الملازمة بين اباحة جميع التصرفات و بين الملكية معناه عدم انتزاع الثاني من الأول كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠

و دعوى انه لم يعلم من القائل بالإباحة (١) هذا مع إمكان إثبات حصّة المعاطاة في الهبة و الإجارة (٢)

(١) هذه الدعوى تقرب لإمكان التمسك بالآيتين في إثبات الملك بالمعاطاة، و بيانه ان القائل بإباحة التصرف بالمعاطاة لم يظهر منه اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفه على الملك، فإنه يحكى عن الشهيد (ره) في حواشيه على القواعد انه لا يجوز إخراج زكاة ماله أو خمسه بأداء مال آخر مأخوذ بالمعاطاة و كذا لا يجوز أداء ثمن الهدى الواجب عليه في حجه من مال مأخوذ بها، فإن إخراج الزكاة أو الخمس من مال آخر موقوف على كون المودى مالكا لذلك المال و كذا في أداء ثمن الهدى أو وطي الجارية، فإنها لا يجوز بغير ملك و إذا أخذ بظهور الآيتين في إباحة جميع هذه التصرفات بحصول المعاطاة فيثبت الملك بالملازمة بين إباحتها و ثبوته.

و لكن ناقش (ره) في الدعوى بأن الملازمة بين إباحتها و حصول الملك غير ثابتة في المعاطاة بمعنى انه لم يثبت ان كل من قال بإباحة جميع التصرفات قال بالملك من الأول ليكون في البين إجماع مركب.

(٢) يمكن ان يريد (ره) وجود الرواية في الهبة و الإجارة بحيث يكون مفادها ابتداء الحكم الوضعي يعنى انتقال المال، و إطلاقها يعم ما إذ كانت الإجارة بنحو المعاطاة و في صحيحة على بن يقطين قال سئلت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقل قال عليه السلام الكراء لازم له الى الوقت الذي تكاري اليه و الخيار في أخذ الكراء الى ربها ان شاء أخذ و ان شاء ترك «١» فان مفادها صحة الإجارة و لزومها كما ان إطلاقها يعنى عدم الاستفصال في الجواب يعم المعاطاة.

(١) - الوسائل - الجزء ١٣ الباب (٧) من أبواب الإجارة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١

و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد (١).

و من هذا القبيل صحيحة حفص البختری عن أبي عبد الله عليه السلام قال الصلح جائز بين المسلمين «١» و لكن من قال بعدم لزوم المعاطاة كالمصنف (ره) لا يمكن له التشبث بهما فان ظاهرهما اللزوم و عدم جواز الفسخ كما لا يخفى.

و اما الهبة فلا يبعد ان يكون المراد بالوارد فيها صحيحة محمد بن مسلم قال أبو جعفر عليه السلام فيها و لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى

وجه الله وقال الهبة والنحلة يرجع فيها إنشاء حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيه «٢» فان هذه بإطلاقها تعم الصدقة و الهبة بالمعاطاة والقائل بعدم الفرق بين أفرادهما فى الحكم حتى فيما إذا كانتا بالمعاطاة يعتمد على مثلها.

(١) أراد بعض الأساطين ان حصول الإباحة بالمعاطاة دون الملك يلازم محاذير يكون ملازماتها كافيّة للجزم ببطلان القول بها و المحاذير أمور.

الأول- الالتزام بإمكان تخلف العقود و ما يقوم مقامها عن قصد العاقد، فان المفروض فى المقام قصد المتعاطين الملك و هو غير حاصل، و الحاصل هى الإباحة غير مقصودة، فإنه قد مر ان رضا كل منهما بتصرف صاحبه فى المال منوط بحصول الملك، لا انه يرضى بتصرفه مع عدم حصول الملك له.

و أجاب ره عن هذا المحذور أولاً بأن تبعية العقود و ما يقوم مقامها للقصد انما هى مع صحتها، فإنه لا يعقل صحة العقد المفروض كونه أمراً إنشائياً و يكون قوامه بالقصد، بلا حصول مدلوله و مقتضاه، و المعاطاة على القول بالإباحة، ليست من العقود الصحيحة و ما يقوم مقامها، بل الإباحة الحاصلة حكم شرعى، و ليست من الإباحة المالكية التى

(١)- الوسائل- الجزء ١٣ الباب (٣) من أحكام الصلح.

(٢)- الوسائل- الجزء ١٣ الباب (٣) من أحكام الهبات الحديث (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢

.....

لا يمكن تحققها بلا قصد.

(أقول) الالتزام بالإباحة الحكمية مناف لما تقدم منه (ره) سابقاً من كون الإباحة مالكية حاصلة من تسليط المالك صاحبه بماله، مع ان الإباحة الحكمية تعبد يحتاج إلى الإثبات، و التمسك لها بالسيرة كما ترى، فإنها من العقلاء جارية على الملك اللازم و من بعض المتشعبة ناشئة عن فتوى جملة من كبار العلماء بالإباحة فلا اعتبار بها مع عدم إحراز استمرارها الى زمان المعصوم عليه السلام. و ثانياً انه قد وقع تخلف العقد عن القصد فى موارد، و ليكن المعاطاة منها، و تلك الموارد كما تلى: الأول- ذكروا ان الفاسد من العقد تابع لصحيحة فى الضمان، و لكن الضمان فى صحيح البيع مثلاً بالثمن المسمى، و هذا مع فساد العقد غير حاصل، و الحاصل و هو ضمانه بالمثل أو القيمة غير مقصود.

(أقول) عدم إمكان تخلف العقد عن القصد معناه عدم إمكان حصول مدلول العقد و مفاده المفروض كونه إنشائياً، بلا قصد أو تحققه مع قصد الخلاف و الضمان بالعوض المسمى عبارة عن تحقق ملكية ماله للآخر بالعوض، و هذا أمر إنشائى جعلى الا ان الضمان مع فساد العقد بالمثل أو القيمة ليس امراً جعلياً للمتعاقدين، بل هو حكم شرعى إمضائى تابع لموضوعه و هو الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان، و ما فى كلام المصنف (ره) من ان الموجب للضمان هو اقدم المتعاقدين عليه على ما هو مفاد العقد، لا يمكن المساعدة عليه كما سيأتى توضيحه عن قريب.

الثانى- ذكروا ان الشرط الفاسد غير مفسد، و معنى ذلك ان مدلول العقد يتحقق مطلقاً من غير تقييد بالشرط المزبور مع ان المقصود تحقق مدلوله مقيداً به، فالمقيد المقصود غير موجود، و الإطلاق الموجود غير مقصود.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣

.....

و الجواب ان الشرط في المعاملات كما سيأتي في محله إنشاء الله تعالى ليس من قبيل الشرط في الجملة الشرطية حتى يكون مفاد العقد معلقا عليه، بل الشرط عبارة عن جعل الحق لأحد المتعاقدين أو كليهما و يكون إنشاء العقد معلقا على التزام الآخر بذلك الحق، لا على نفس الحق فلا يكون حصول الحق كما هو معنى صحة الشرط، أو عدمه كما هو معنى فساده دخيلا في إنشاء العقد أو عدمه، و توضيح ذلك في بحث الشروط إنشاء الله تعالى.

الثالث- ذكروا ان بيع شيء قابل للملك و آخر غير قابل له بصفة واحدة صحيح عندنا بالإضافة إلى القابل له بحصة من الثمن، مع ان المقصود هي المعاوضة بين مجموعهما و مجموع الثمن، و هذا غير متحقق، و المتحقق و هي المعاوضة بين خصوص القابل و الحصة من الثمن غير مقصود.

و الجواب ما سيأتي إنشاء الله تعالى من انحلال البيع بالإضافة الى كل من الأمرين المفروضين في مقصود المتبايعين و إمضاء الشارع أحد البيعين دون الآخر لا يوجب الا التفكيك في الإمضاء، و لا محذور فيه نعم يكون في البين خيار تبعض الصفقة، لأنه يرجع الجمع بين الشئين في عقد واحد الى اشتراط الخيار على تقدير التبعض.

الرابع- قيل و القائل كثير ان بيع الغاصب مال الغير لنفسه يقع لذلك الغير مع أجازته، فالواقع و هو البيع للمالك مع أجازته غير مقصود للعاقب، و المقصود له، و هو العقد لنفسه غير حاصل.

و الجواب- ان المعاوضة على عين خارجية و تملكها بعوض لا يتوقف على تعيين صاحبها في القصد، لان مقتضى كون الثمن عوضا عنها دخوله في ملك من يخرج تلك العين عن ملكه، و قصد دخوله في ملكه أو غيره لا دخل له في تحقق البيع.

الخامس- ذكر جماعة ان ترك ذكر الأجل في النكاح المقصود انقطاعه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤

.....

يجعله مطلقا يعني دائما، و هذا من تخلف العقد عن القصد، فإن الزوجية المطلقة، أمر إنشائي فقد حصلت بلا قصد.

(أقول) في المسئلة ثلاثة أقوال.

الأول- الانقلاب الى الدوام مطلقا.

الثاني- البطلان انقطاعا و دواما.

الثالث- التفصيل بين إنشاء العقد بلفظ أنكحت و زوجت و بين إنشائه بلفظ تمتعت فالانقلاب في الأولين لظهورهما في الدوام، و البطلان في الأخير، و لكن الأصح هو القول بالبطلان مطلقا و ذلك لان كلا من الانقطاع و الدوام يحتاج الى القصد كما يتوقف الانقطاع على ذكر الأجل أيضا، و الزوجية الدائمة المحققة إن كانت بالإنشاء فالمفروض عدمه إذ الإنشاء لا يكون بلا قصد و ان كانت من قبيل الحكم الشرعي على العقد المقصود به الانقطاع كالإباحة الحكمية المترتبة على المعاطاة، فليس عليها دليل.

نعم في موثقة ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال ان سمي الأجل فهو متعة و ان لم يسم الأجل فهو نكاح بات (١) و لكنها في مقام بيان الفرق بين الدوام و الانقطاع من جهة العقد، و ان الدوام لا يذكر فيه الأجل، و الانقطاع يذكر فيه الأجل لا ان الدوام لا يحتاج الى القصد و الا كان مقتضاها تحقق الانقطاع بلا قصد، كما إذا ذكر الأجل اشتباها.

و الحاصل اشتراط عقد المتعة بذكر الأجل فيه كما هو ظاهر غير واحد من الروايات التي منها هذه الموثقة، مقتضاه الحكم ببطلانها في صورة نسيان ذكره فيه و انه لا يترتب عليه لا المتعة و لا الدوام.

(١)- الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٠) من أبواب المتعة الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥

ومنها ان يكون ارادة التصرف من المملكات (١).

ومنها ان الأحماس و الزكوات (٢).

نعم في البين بعض الروايات التي يمكن استظهار الانقلاب الى الدوام منها، ولكنها لضعف إسنادها لا يمكن الاعتماد عليها.
(١) وهذا هو المحذور الثاني في كلام بعض الأساطين، و حاصله كون ارادة تصرف غير المالك ملكا كما إذا حصل ملك المال بإرادة تصرفه فيه أو مع تصرفه، وهذا التصرف المملك في مال الغير يحتاج الى الاذن من مالكة مع انه لم يأذن فيه، بل وربما لا يخطر بباله التصرف المزبور ليأذن فيه، فإنه انما يعطى المال بقصد تملكه و بقصد انه ينتهي سلطانه على المال المزبور بإعطائه، فيفترق المقام عن يقول للآخر أعتق عبدك عنى فإنه توكيل في تملكك عبده إياه أولا ثم عتقه، كما ان قوله للآخر تصدق بمالى عنك اذن للغير فى تملك ماله، ثم التصرف فيه بالتصدق.

(أقول) يمكن الالتزام بحصول اباحة التصرف بالمعاطاة قبل وقوع التصرف و هذه الإباحة حكيمه لا- تحتاج إلى اذن المالك و رخصته، و التصرف الموقوف على الملك دخيل شرعا فى حصول الملكية المنشأة بالمعاطاة نظير قبض الثمن فى المجلس فى بيع السلم، فتتم الملكية الشرعية مقارنة للتصرف.

(٢) و ذكر بعض الأساطين على القول بالإباحة محذورا ثالثا و هو انه يجب ترتيب الآثار المترتبة شرعا على الملك، على المأخوذ بالمعاطاة مع فرض عدم كونه ملكا كوجوب الخمس فى المأخوذ بالمعاطاة مع عدم صيرورته ملكا، كما إذا اشترى التاجر فى أواخر سنه ربحه متاعا بألف دينار، ثم زادت قيمته السوقية فباعه قبل تمام سنه الربح بألفين بالمعاطاة ثم نزلت القيمة السوقية إلى ألف فيجب عليه خمس الالف مع عدم صيرورته ملكا له بتصرف أو تصرف المشتري فى المتاع المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦

.....

(أقول) لا بأس للقائل بالإباحة بالالتزام بعدم وجوب الخمس فى الألف قبل صيرورته ملكا و بعد ذلك يكون من أرباح السنه الاتية، كما إذا تصرف فيه أو تصرف الآخر فى المتاع و من تلك الآثار وجوب إخراج الزكاة من المال الزكوى كالذهب فيما إذا أخذه بالمعاطاة و حال عليه الحول من غير ان يتصرف فيه أو يتصرف الآخر فى بدله.

(أقول) يمكن للقائل المزبور الالتزام بعدم وجوب زكاته على الأخذ قبل حولان الحول عليه فى ملكه، بل يجب زكاته على بايعه، لفرض كونه مالكا قبل حصول الملك للآخر.

و من تلك الآثار الاستطاعة فإنه إذا فرض هبة مال له بالمعاطاة يكفى ذلك المال لمصارف حجه زائدا على مؤنته و مؤنة عياله و لم يتصرف فى ذلك المال ليصير ملكا له، فلا بد من الالتزام بحصول الاستطاعة للحج بدون الملك.

و فيه انه لا بأس بذلك الالتزام فإن الاستطاعة الموضوع لوجوب الحج غير موقوفة على ملك المال، بل يكفى فيه ملك التصرف، و البحث موكول الى كتاب الحج و نظيره وجوب أداء الدين على المديون، أو وجوب الإنفاق على العيال، فان الوجوب فى الموردين كما فى وجوب الحج غير موقوف على ملك المال و قد يؤدي معظم أهل العلم ديونهم من سهم الامام عليه السلام مع عدم كون السهم المبارك ملكا لهم، كما ينفقون على عيالهم من ذلك السهم، و جواز أداء المديون دينه بمال الغير، يلازم جواز إجباره عليه مع امتناعه.

و من تلك الآثار تعلق حق الشفعة، و المقاصه، بالمأخوذ بالمعاطاة، فإنه يجوز له المقاصه من ذلك المال و لو قبل صيرورته ملكا

للجاحد، و هذا معنى تعلق المقاصه بما ليس ملك الجاهد، و كما إذا باع أحد الشريكين فى الأرض حصته المشاعه إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧

.....

من ثالث بالمعاطاه فيجوز للشريك الآخر استرداد الحصه المبيعه بأخذه بحق الشفعه و هذا فرض لتعلقها بغير الملك. (أقول) للقائل بعدم الملك فى المعاطاه الالتزام بعدم جواز المقاصه من المأخوذ بالمعاطاه قبل صيرورته ملكا للجاحد، كما لا يجوز فى الصحه المباعه بها الأخذ بالشفعه قبل صيرورتها ملكا للمشتري، لأن الموضوع لجواز المقاصه أو الأخذ بالشفعه كون المال ملكا للجاحد، و الحصه ملكا للمشتري، و من تلك الآثار إرث المال المأخوذ بالمعاطاه فيما إذا وقع الموت قبل التصرف فى ذلك المال. و الجواب ان للقائل المزبور الالتزام بعدم دخوله فى الميراث، بل الداخلى فيه المال الآخر الموجود فى يد الطرف الآخر، و لكن يجوز للورثه التصرف فيما كان بيد مورثهم عوضا عن تصرف الآخر فى مالهم كما هو مقتضى رضاهما ببقاء المعاطاه، و مع حصول التصرف المملك يحصل الملك للطرفين، و بهذا يظهر الحال فى الموهوب بالمعاطاه.

و هذا بناء على عدم كون الموت من ملزمات المعاطاه، و اما بناء عليه فالمأخوذ بها كسائر أموال الميت داخل فى تركته. و من تلك الآثار تعلق الربا بالمعاطاه بنحو المعاطاه، كما إذا بادل الف كيلو من الأرز العنبر بألفين من الأرز العادى، فلا يمكن الحكم بجواز هذه المعاطاه الربويه و صحتها، مع ان حرمة الربا و فساد المعاطاه لا يكونان الا مع التملك. أقول قد مر ان المعاطاه بناء على المشهور تملك و لكن الشارع لم يمتصها الا بعد وقوع التصرف المملك، و ان التصرف المزبور، كالقبض فى المجلس فى معامله الصرف شرط شرعى، و كل من حرمة الربا، و فساد المعاطاه الربويه يعم ما إذا كان فى معامله شرط شرعى آخر و قد مر ايضا ان اباحه التصرف الثابته قبل الملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨

و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر (١) و منها جعل التلف السماوى من جانب (٢)

اباحه حكميه فلا ينافى ثبوتها مع كون المعاطاه معاوضه فى الملك. و من تلك الآثار جواز الوصيه بالمأخوذ بالمعاطاه حتى مع عدم التصرف فيه قبل الموت.

(أقول) بناء على ان موت أحد المتعاطيين من ملزمات المعاطاه فلا بأس بالوصيه.

و من تلك الآثار ان الواهب لجميع أمواله للغير بالمعاطاه يجوز له أخذ الزكاه باعتبار فقره بعد الهبه المزبوره، مع ان تلك الأموال لا تخرج عن ملكه بالمعاطاه على الفرض. و كذا يحكم بعدم جواز أخذ الزكاه للمتعب بها باعتبار غناه مع عدم انتقال تلك الأموال إلى ملكه.

و فيه ان وصف الغنى الموجب لعدم جواز أخذ الزكاه أو الفقر الموجب لجوازه غير موقوف على حصول الملك و عدمه، كما ذكر تفصيل ذلك فى البحث فى أوصاف المستحقين فى كتاب الزكاه.

(١) و هذا المحذور الرابع فى كلام بعض الأساطين كالأعاده للمحذور الثانى.

و قد تقدم مع جوابه.

(٢) قد أدرج فى هذا المحذور أمور أربعة.

الأول- الالتزام بان تلف أحد المالىين فى يد أحدهما بأمر غير اختيارى موجب لتملك الآخر ما بيده من المال.

الثانى- الالتزام بان تلف كلا المالىين بتفريط من المتعاطيين موجب لضمان كل منهما ملك الآخر بالعوض المسمى، كما لو أخذ متاعا

بدينار بالمعاطاة و تلف المتاع و الدينار في يدهما فيكون تلفهما موجبا لتملك كل منهما ما تلف في يده، مع ان مقتضى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩

.....

القاعدة يعنى قاعدة اليد كون ضمان المتاع بقيمة المثل لا بالقيمة المسماة، فإن اختلف القيمتان بان كانت قيمة المثل أقل فيرجع الى مالك المتاع بالتفاوت بينهما.

الثالث عدم إمكان الالتزام بحصول الملك أو عدم حصوله في صورة وقوع المال بيد الغاصب أو تلفه في يده فان القول باستحقاق المأخوذ منه المطالبة بالمال من الغاصب لانه تملكه بالغصب أو بالتلف في يد الغاصب غريب و القول بأنه لم يملك و لا يكون له استحقاق المطالبة، بل يكون الاستحقاق للمبيح بعيد جدا.

الرابع انه لا- يمكن الالتزام بحصول الملك عند تلفه في يده قهرا كما لا يمكن الالتزام بعدم حصول ملكه فإنه ان كان حصول ملكه قبل تلفه فهو بلا وجه و ان كان حصوله مقارنا للتلف فهو بعيد لان المال في زمان تلفه غير قابل لحدوث ملكه و ان كان حصوله بعد تلفه فهو من ملك المعدوم، و ان لم يحصل الملك أصلا كان ملك الآخر بلا عوض و الالتزام بأن الآخر أيضا لا يملك المال الآخر الموجود في يده مخالف للسيرة و بناء المتعاطيين.

«أقول» كل ذلك و ما يذكره بعد ذلك ينتهى بما ذكرنا آنفا من أن المنشأ بالمعاطاة الملكية غاية الأمر بناء على القول بالإباحة جعل الشارع للملكية شرطا كجعل القبض في المجلس شرطا في بيع الصرف و الشرط المعتبر أحد الملزومات التي سيأتى ذكرها. و من تلك الملزومات تلف المال قهرا أو تفريطا أو وقوعه في يد الغاصب الى غير ذلك فإنه لا وجه لرفع اليد عن حل البيع أو لزوم العقد الشامل للمعاطاة إلا في مورد اليقين، و هو مورد عدم حدوث شىء من تلك الملزومات.

و أجاب المصنف ره عن هذا المحذور المتضمن للأمر الأربعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠

.....

بما حاصله.

ان مقتضى الإجماع عدم ضمان تلف المال قهرا أو تفريطا، بالمثل أو القيمة و على ذلك فالأمر يدور بين القول ببقاء المال المزبور على ملك مالكة الأول و لا ضمان فيه بان يخصص عموم حديث على اليد حيث ان مدلوله ثبوت الضمان في كل مورد يضع انسان يده على مال الغير بلا استيمان فيقال ان في مورد المعاطاة لا ضمان على من يتلف مال الغير في يده و بين إبقاء الحديث على عمومه و يقال بأن المأخوذ في المعاطاة يصير ملكا لمن يتلف في يده كما ان المال الآخر يصير ملكا للآخر و هذا مقتضى التحفظ على عموم الحديث مع ملاحظة الإجماع المزبور.

ثم ان في هذا الفرض أى فرض حصول الملك مقتضى أصله عدم حدوث الملك قبل التلف حدوثه مقارنا له فيكون المقام نظير تلف المبيع في يد بايعه حيث ان مقتضى عدم ضمان المبيع بالمثل أو القيمة مع ملاحظة الرواية الواردة في ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه هو الالتزام بدخول المبيع قبل تلفه في ملك بايعه و مقتضى المعاوضة انتقال الثمن ايضا الى ملك المشتري و لذا يقال ضمان البائع قبل القبض، معناه انحلال البيع بالتلف قبل القبض.

أقول: يرد على المصنف أولا انه لا مجال للأخذ بحديث على اليد مع العلم بعدم شموله للمورد تخصيصا أو تخصصا كما قرر في الأصول لأن الضمان المستفاد منه لا يعم الضمان بالمسمى، فان ظاهره أداء نفس المال و لو بماليته و ثانيا أنه لو صح الأخذ بالإجماع

في أمثال المقام، فالظاهر قيامه على ملك المال بالتلف فلا حاجة إلى حديث على اليد أصلا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١

و الجاني عليه و المتلف له (١) و شمول الاذن له خفى (٢) و منها قصر التملك على التصرف (٣) أن لكل منهما المطالبة ما دام باقيا (٤) يحتمل ان يحدث النماء في ملكه (٥) و بالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك (٦).

(١) أى الجاني على المأخوذ بالمعاطة و المتلف لذلك المأخوذ.

(٢) يعنى شمول اذن مالك الأصل للتصرف فى نمائه خفى.

(٣) و حاصله ان القول بعدم حصول الملك فى المعاطة من الأول بل حدوثه عند التصرف يبتنى على ان اذن المالك فيه اذن فى التمليك ايضا فيتعين الالتزام بان المتصرف يكون بتصرفه مملكا و ممتلكا المال الذى بيده و هذا معنى اتحاد الموجب و القابل و لو صح كون التصرف تمليكا و تملكا لجرى ذلك فى قبض المال من مالكة، فىكون قبضه إيجابا و قبولا، بل قبضه اولى بما ذكر فإنه تصرف من مالكة بقصد الملك.

أقول قد تقدم ان التصرف شرط لحصول الملكية نظير القبض فى الهبة، و لا- يكون إيجابا و لا قبولا و جواز التصرف قبل حصول الملك من قبيل الإباحة الحكمية لا الإباحة بإذن المالك، و لا يجرى شىء من ذلك فى قبض المال.

(٤) يعنى لكل من المبيع و المأخوذ منه حق الرجوع الى الغاصب.

(٥) يعنى فى ملك الأخذ بمجرد اباحة الأصل له.

(٦) لا يخفى ان مقتضى الأصل العملى فى المقام و ان كان الفساد و عدم حصول الملك بالمعاطة كما مر سابقا الا ان الأصل العملى لا اعتبار به فى مقابل إطلاق دليل حل البيع و الهبة و غيرهما فلا وجه لجعل العدول عن الأصل مشكلا و الشهرة فى كلام القدماء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٢

بناء على أصالة اللزوم فى الملك (١)

قد عرف وجهها، و الإجماع المنقول فى كلام الغنية غير ثابت و يكفى فى ذلك ملاحظة الوجه الثانى الذى ذكره لعدم اعتبار الاستدعاء و الإيجاب و المعاطة، فإنه لو كان عدم حصول الملك فى المعاطة إجماعيا لذكر ان البيع مع حصول الإيجاب و القبول مجمع على صحته و حصول الملك به و مع عدمهما مجمع على فساده و عدم حصول الملك، مع انه ذكر ان البيع معهما مجمع على صحته و لا دليل على صحته بغيرهما.

اللهم الا ان يقال ان تعبيره بذلك لثلا يرجع الوجه الثانى إلى الوجه الأول.

(١) و حاصل كلامه انه بناء على حصول الملك فى المعاطة و دوران كونه ملكا جائزا أو لازما يحكم باللزوم و يقتضيه وجوه: الأول- استصحاب الملك الحاصل بالمعاطة و عدم زواله برجوع أحد المتعاطين بلا رضا صاحبه و ربما يورد على هذا الاستصحاب بكونه من قبيل استصحاب الكلى فإنه بعد رجوع أحد المتعاطين يعلم بعدم الملك الجائز و الملك اللازم حدوثه من الأول مشكوك. و أجاب ره عن ذلك بان استصحاب الملك فى المقام على تقدير كونه من قبيل استصحاب الكلى فهو من القسم الثانى منه الذى يتردده فيه الكلى الحادث بين كونه فى ضمن فردة الطويل أو القصير، و فى مثله لا بأس باستصحاب الكلى لترتيب آثار بقائه.

هذا أولا و ثانيا فلان الاستصحاب فى المقام من قبيل استصحاب الشخص لا الكلى، و المستصحب شخص الملك المحتمل بقائه بعد رجوع أحد المتعاطين، و ذلك فان اللزوم أو الجواز من الحكم للملك الحادث، كسائر الأحكام المترتبة عليه، و يختلف الحكم باعتبار اختلاف أسباب حصوله من كونه بالهبة أو الصلح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٣

.....

أو البيع بالإيجاب و القبول لفظاً أو بالمعاطاة و غيرها، و يشهد لكونهما من الحكم لا من الفصل المميز لأحد النوعين عن الآخر، عدم الفرق في المنشأ في الهبة اللازمة أو الجائزة و أيضاً لو كان كل منهما فصلاً مميزاً فان كانا بفعل المتعاقدين و إنشائهما، فاللازم كونهما تابعين لقصدتهما، و ان كانا بجعل الشارع نوع الملك الذي أمر إنشائي بلا قصد العاقد، فهذا فرض لتخلف العقد عن القصد، و الكلام الجاري في دوران الأمر بين كون الملك هو اللازم أو الجائز لا يختصص بالمعاطاة حتى يعتذر عن تخلفها عن القصد بما تقدم سابقاً من عدم لزوم تحقق المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطيين.

و ذكر أيضاً انه يكفي في جريان الاستصحاب الشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك. أقول لا وجه لهذا الكلام أصلاً فإنه بناء على جريان الاستصحاب في القسم الثاني كما هو الحق، فالاستصحاب في بقاء الملك صحيح حتى مع الجزم بان اللزوم من خصوصيات الملك. و بناء على عدم جريانه فيه و كون القسم الثاني كالثالث منه في عدم الجريان، فالشك في ان اللزوم من خصوصيات الملك يوجب عدم جريان الاستصحاب، و ذلك فان المقام يكون من قبيل الأخذ بالعام في شبهة المصادقية، لا من قبيل الأخذ به في الشك في مصداق المخصص ليقال باعتبار العام معه، كما عن بعض.

و ان شئت قلت عدم جريان الاستصحاب في ناحية الكلي في القسمين ليس لورود المخصص العقلي أو النقلى على عموم خطاب الاستصحاب، بل باعتبار عدم تحقق نقض اليقين بالشك فيهما، و قد ذكر في محله ان خطاب العام كسائر الخطابات لا يتكفل لإثبات موضوعه و حصوله في الخارج، بل مدلوله الحكم للموضوع على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٤

فلا إشكال في أصالة اللزوم (١)

تقدير حصوله، و مع دوران أمر الملك بين اللزوم و الجواز و الشك في كونهما من خصوصيات الملك أو من أحكام السبب المملك لا يحرز موضوع اعتباره و كون رفع اليد عن الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين من نقض اليقين بالشك.

اللهم الا- ان يقال الوجه في عدم جريان الاستصحاب في ناحية الكلي في القسم الثاني ليس ان الكلي لا- حصول له بنفسه، و ان الحاصل هو الفرد، و بما ان الفرد مردد بين القصير و الطويل، و بالإضافة إلى القصير لا يحتمل البقاء، و بالإضافة إلى الطويل لا علم بالحدوث، فيختل أركان الاستصحاب و مع احتمال كون الملك اللازم و الجائز من هذا القبيل يكون التمسك بخطاب الاستصحاب من الأخذ به في شبهة المصادقية بل الوجه في عدم جريانه حكومة استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل عليه، لان الشك في بقاء الكلي مسبب عن احتمال حدوثه، و إذا أحرز عدم حدوثه فلا مجال لاحتمال بقاء الكلي ليجرى فيه الاستصحاب، و فيما إذا لم يحرز كون استصحاب الملك بعد رجوع أحد المتعاطيين من قبيل الشخص أو الكلي فيجوز الاستصحاب في ناحيته لعدم إحراز الأصل الحاكم عليه، و هذا معنى كفاية الشك.

و مما ذكرنا يظهر الحال في استصحاب علقه المالك الأول. و وجه الظهور ان جواز الرجوع على تقديره لا تكون علقه في المال، بل هو حكم حادث، و العلقه الحاصلة سابقاً للمالك الأول و هي الملك قد زالت جزماً، بل لو كان جواز الرجوع من قبيل العلقه في المال فهو مسبوق بالنفي، لا بالثبوت و احتمال حدوثه بعد ارتفاع الملك يدخل المقام في القسم الثالث من استصحاب الكلي، و قد ذكر في محله عدم اعتباره فيه.

(١) لا فرق في جريان استصحاب الملك عند الشك في لزومه و جوازه بين كون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٥

.....

الشبهة حكيمية كما في المعاطاة أو موضوعية كما إذا تردد ما في الخارج من العقد بين كونها هبة أو صلحا بلا عوض، فان الملك في الأول جائز وفي الثاني لازم، ومقتضى بقاء الملك بعد الرجوع، لزومه.

واحتمل المصنف (ره) التحالف عند التداعي، ولكن لم يظهر له وجه صحيح، فإن الأثر الخاص في المقام وهو جواز الرجوع مترتب على الهبة ومقتضى الأصل عدمها واما عدم جواز الرجوع فلا يحتاج إلى إثبات وقوع الصلح، بل هو مقتضى ثبوت الملك ولو بالاستصحاب فالمورد من موارد الدعوى والإنكار لا من موارد التداعي.

ثم لا يخفى ان استصحاب الملك في موارد الشبهة الحكيمية من قبيل استصحاب الشخص لما عرفت من ان اللزوم والجواز من أحكام الملك، فيستصحب بعد رجوع أحد المتعاطيين نفس ذلك الشخص، بخلاف استصحاب الملك في الشبهة الخارجية فإنه يكون من استصحاب الكلي لا محالة، فإن المنشأ في الهبة فرد من الملك وفي الصلح فرد آخر نعم الفردان متحدان في الحقيقة كما تقدم.

وايضا لا يكون. الشك في بقاء الملك بعد فسخ أحد المتعاطيين من الشك في المقتضى حتى بناء على كون الملك الجائز والملك اللازم سنيين من الملك، وذلك فان الشك في المقتضى على ما يظهر من كلمات الشيخ (ره) ما يكون انتفاء الحادث بمجرد انقضاء الزمان كانقضاء وجوب الصوم بانقضاء النهار لا بحدوث زمني آخر، وبما ان الفسخ أمر زمني يكون ارتفاع الملك معه من الارتفاع بالرافع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٦

و يدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر (١).

(١) الوجه الثاني في لزوم الملك الحاصل بالمعاطاة العموم في رواية (الناس مسطون على أموالهم) حيث ان مقتضى ذلك العموم ان يكون سلطنة المال المأخوذ بالمعاطاة لمن يملكه بها ولازم ذلك ان لا يكون لصاحبه سلطنة التصرف فيه بإرجاعه إلى ملكه برجوعه في المعاطاة.

وبهذا يظهر فساد التوهم بان التمسك بالحديث بطلان فسخ الآخر من التمسك بالعام في شبهته المصادقية، حيث ان بعد فسخه لا يحرز كون المال ملكا لمن بيده حتى يثبت بسلطانه عليه وبجواز تصرفاته فيه بطلان فسخ الآخر ووجه الظهور ان التمسك بالحديث ليس باعتبار شموله للتصرفات المتعلقة بالمال وإثبات السلطنة عليه بعد فسخ الآخر ليقال انه لم يحرز بعد فسخه كونه مالا لمن بيده بل التمسك به باعتبار شمول الحديث للمال المأخوذ بالمعاطاة قبل فسخ الآخر وان مقتضاه بطلان ذلك الفسخ، حيث ان مدلوله ان السلطنة على ذلك المال بالإضافة الى جميع التصرفات فيه ومنها إبقائه على الملك أو الإخراج عنه بيد مالكة، فلا يمكن للغير إخراج عن ملكه قهرا عليه، وهذا معنى بطلان الفسخ.

ولكن لم يرتض بهذا الظهور الإيرواني (ره) فذكر ان السلطنة على المال وان يراد منها السلطنة على التصرفات فيه الا ان التصرفات تختص بالمتفرعة على كون الشيء مالا- له، واما ان الشيء ماله، أولا- أو انه بفسخ الآخر يسقط عن كونه مالا- له أم لا- فلا يثبت بالحديث كما لا يثبت به عدم سقوط الخل مثلا عن كونه مالا له بصيرورته خمرا، وان كنت في ريب مما ذكرنا فلاحظ دليل ولاية الأب على الصغير فان له الولاية عليه متفرعا على صغره وليس له الولاية على إبقائه صغيرا.

(أقول) السلطنة وان كانت متفرعة على كون شيء مالا- لشخص الا- ان التصرف في ذلك الشيء بنحو يوجب خروجه عن ملكه فسلطانه ايضا بيد مالكة، فإن الإخراج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٧

ومن منه يظهر جواز التمسك بقوله لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (١).

عن الملك من التصرف المعهود المتعارف المتعلق بالمال، وهذه السلطنة لا تجتمع مع نفوذ فسخ الآخر و رجوعه في المعاطاة، حيث ان معنى نفوذه سلطنة الآخر على الإخراج، وقصور يد مالكة، ولا يقاس ذلك بولاية الأب على الصغير فإن إخراج الولد عن صغره ليس من فعل الأب.

ولكن مع ذلك لا- نظر للحديث إلى إمضاء الإنشاءات ولا إلى أنواع التصرفات المفروض تعلقها بالمال كما ذكرنا تفصيل ذلك سابقا، بل مدلولها ان للمالك الولاية على التصرفات المشروعة، و انه غير محجور عليه بالإضافة إليها و من الظاهر ان الشك في المقام ليس في ولاية المالك على تلك التصرفات بل الشك في مشروعية فسخ غير المالك و رجوعه في المعاطاة. والحاصل ان مشروعية هذا الرجوع و عدمها خارجة عن مدلوله، بل ما نحن فيه نظير ما إذا شك في مشروعية تصرف ككون الاعراض موجبا لخروج الشيء عن ملك الشخص حيث لا يصح التمسك بالحديث لإثبات صحته. هذا كله مع الإغماض عن ضعف السند و كونها مرسله كما لا يخفى.

(١) كان وجه الاستدلال ان اضافة الحلية أو عدمها الى المال، كاضافتها إلى سائر الأعيان مقتضاها حلية جميع التصرفات المتعارفة المتعلقة به سواء كانت اعتبارية أو حقيقية، غاية الأمر تكون الحلية أو عدمها بالإضافة إلى الاعتباريات ظاهرة في الوضع، و بالإضافة إلى التصرفات الحقيقية ظاهرة في التكليف، و على ذلك فلا يصح رجوع أحد المتعاطين في المال المملوك لصاحبه بالمعاطاة إلا برضاه حيث ان الرجوع تملك و تصرف في مال الغير بلا رضاه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٨

و يمكن الاستدلال ايضا بقوله تعالى وَ لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم (١).

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما عن السيد الخوئي (طال بقاه) من ان مدلول الحديث الحكم التكليفي فقط و لا يحتمل الحرمة التكليفية في فسخ الطرف الآخر حتى يتمسك به في إثباتها.

و وجه الضعف ما ذكرنا من ان الظاهر من اضافة عدم الحل الى المال الذي من قبيل الأعيان تعلقه بالتصرفات المتعارف تعلقها به سواء كانت حقيقية أو اعتبارية و مقتضى عدم الحل في الاعتباريات هو الوضع كما ظهر وجه فساد التوهم بان الاستدلال بالرواية على عدم نفوذ رجوع أحد المتعاطين بلا- رضا الآخر، من التمسك بالعام في شبهته المصادقية، بدعوى ان الحكم بعدم الحل في تصرفات الفاسخ في المال بعد رجوعه و ان لا يكون الا مع بطلان رجوعه الا انه لم يعلم ان المال بعد رجوعه ملك الآخر حتى لا يحل للفاسخ التصرف فيه.

(١) وجه الاستدلال أمران: الأول- الحصر المستفاد من الاستثناء المذكور بعد النهي بدعوى انه يستفاد من الآية ان الموجب لأكل مال الغير يعنى تملكه منحصر بالتجارة و التراضي، و ان التملك غيرهما من التملك بالباطل، فلا يكون جائزا، و من الظاهر ان الرجوع في المعاطاة و تملك مال الآخر به ليس بتجارة و لا عن تراض.

و الثاني- ان المراد بالأكل بالباطل في الجملة المستثنى منها هو التملك بالوجه الباطل عرفا و في بناء العقلاء، و ان التملك كذلك باطل في الشرع ايضا، كما هو مقتضى النهي، و لو كان متعلق النهي هو الأكل بالباطل شرعا كان الكلام لغوا، و الرجوع في المعاطاة في بناء العقلاء تملك لمال الغير بلا حق، فإن المعاطاة كما ذكرنا معاملة لازمة عندهم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٩

و التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا (١).

نعم لو فرض في مورد الاذن من الشارع في تملك مال الغير بلا رضاه كما في موارد الخيارات الشرعية يكون الدليل المتضمن للاذن المزبور حاكما على النهي المزبور، لا- مخصصا حيث ان التملك المزبور لا- يكون باطلا- مع التعبد المزبور كما في سائر موارد الحكومة.

(أقول) الوجه الثاني من التمسك بالآية صحيح، والوجه الأول غير صحيح وذلك فان الاستثناء في الآية من قبيل الاستثناء المنقطع فلا يفيد حصرا، حيث ان التجارة عبارة عن البيع و الشراء بقصد تحصيل الربح كما هو حال التجار في الأسواق، و التجارة بهذا المعنى لا تكون داخله في عنوان الأكل بالباطل حتى يعمها النهي لو لا ذكر الاستثناء.

و بالجملة الآية متضمنة لحكم التملك بالباطل و انه فاسد في الشرع و لحكم التملك بالتجارة و التراضي و انه جائز، و اما سائر المملكات التي لا تدخل في عنوان الأكل بالباطل بحسب بناء العقلاء كالهبة و الإجارة و الصلح و البيع و الشراء لا بقصد تحصيل الربح الى غير ذلك فليست للآية دلالة عليها، و على ذلك فعدم كون الرجوع من التجارة و لا من التراضي لا يوجب الحكم بفساده.

(١) و وجه عدم الجريان انه كان التوهم مبني على ان إثبات عدم الحل لتصرفات الفاسخ في المال الذي بيد الآخر الملازم لبطلان فسخه من التمسك بالعام في شبهته المصدقية حيث لا يحرز ان تصرفاته فيه بعد فسخه تصرف في مال الغير حتى لا يحل و كذا الحال في سلطنة من أخذ المال بالمعاطة فإنها و ان تلازم بطلان فسخ الآخر الا ان إثبات هذه السلطنة بعد فسخ الآخر بقوله صلى الله عليه و آله الناس مسلطون على أموالهم من التمسك بالعام في شبهته المصدقية حيث لا يعلم بعد الفسخ انه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٠

و قد يستدل ايضا بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على ان المراد بالعقد مطلق العهد (١).

ماله حتى يثبت له سلطنة التصرف فيه.

و الحاصل مبني التوهم هو ان بطلان الفسخ مدلول التزامي للروايتين و متفرع على جواز التمسك بالعام في شبهته المصدقية و هذا بخلاف الآية فان المراد بالأكل فيها تملك المال فيكون متعلقه مال الغير لو لا التملك و هذا العنوان ينطبق على نفس الفسخ فيكون بطلانه داخلا في المدلول المطابقي لها كما لا يخفى.

(١) لو كان المراد هو العهد فعمومه للمعاطة ظاهر الا ان استفادة اللزوم مبني على كون المراد بالوفاء إتمام العهد و إبقاء العقد ليكون الأمر به ظاهرا في الإرشاد إلى لزومه كما هو ظاهر تعلق الطلب بالفعل الاعتباري فإنه كما يكون الأمر بإيجاد العقد ظاهرا في صحته كذلك يكون الأمر بإبقائه ظاهرا في لزومه.

و اما إذا كان المراد من الوفاء العمل على طبق العقد و العهد نظير الوفاء بالنذر و اليمين فالأمر به لا- يكون ظاهرا إلا في الحكم التكليفي، حيث ان الوفاء بالعقد نظير الوفاء بالنذر و اليمين فعل حقيقي و وجوبه لا يلازم لزوم الملك.

اللهم الا ان يقال بقاء و جوب العمل على العقد حتى بعد فسخ أحد المتعاقدين يلازم لزوم الملك، أو يقال بان الأمر بالعمل على طبق العقد بتسليم المثل و الثمن و غير ذلك و ان يكون تكليفا الا ان الوفاء بالعقد يعم عدم نقضه بالفسخ، و الأمر بالإضافة إلى ترك نقضه إرشاد إلى فساده و قد تقدم إمكان كون الأمر بالإضافة إلى بعض الأفعال تكليفا و بالإضافة إلى الآخر وضعيا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦١

و كذلك المؤمنون عند شروطهم (١).

لا يقدر في الإجماع على طريق القدماء (٢).

و يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار (٣) بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به (٤).

(١) صدق الشرط و ظهوره فيما يعم الالتزام الابتدائى غير محرز كما ذكر ذلك المصنف ره أيضا فى باب الشروط و عليه فلا يمكن التمسك به فى المقام حتى مع عدم اعتبار الإنشاء اللفظى فى صدقه.

(٢) فان على طريقهم يكون اتفاق علماء العصر الواحد كافيا فى إحراز قول الامام (ع) و لو بقاعدة اللطف بخلاف طريق المتأخرين، فإنه لا بد من كون الاتفاق بحيث يكون بينه و بين قوله عليه السّلام ملازمة عادية أو اتفائية و لا يكون هذا مع الاختلاف فى المسألة بنحو ما ذكر من ذهاب بعضهم إلى انها ليست بيعا و لا مفيدا للملك، و بعضهم إلى انها بيع مفيد لملك غير لازم.

(٣) يعنى يظهر اعتبار الإنشاء باللفظ فى لزوم البيع من غير واحد من الاخبار، و يأتى التعرض لها فى كلامه (ره) بعد ذلك.

(٤) و رواه فى الوسائل عن الشيخ و الكلينى قدس سرهما و على كلا النقلين سنده ضعيف فإن الراوى عن الامام عليه السّلام و هو خالد بن الحجاج لم يوثق نعم اخوه يحيى بن الحجاج موثق و ما فى نسخة الكافى ابن نجيج بدل ابن الحجاج اشتباه بقريته محمد بن ابى عمير الراوى عن يحيى فلاحظ.

و لا يخفى ان فى البين مسألتين إحداهما بيع العين الخارجى مع عدم كونه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٢

.....

عند البيع مالكا لها بان يبيع تلك العين من شخص ثم يشتريها من مالكاها و يدفعها إلى المشتري، و هذه عند المشهور محكومة بالبطلان و يدل عليه مضافا الى انه مقتضى القاعدة روايات خاصة و منها عند المصنف ره و جماعة أخرى هذا الخبر.

و لا بأس فى المسألة بالمقابلة مع المشتري فى تلك العين ثم تملكها من مالكاها ثم يبيعها من ذلك المشتري.

الثانية ان يكون غرض الإنسان تحصيل المال بلا ابتلاء بمحذور الربا فيبيع شيئا كتوبه من شخص نقدا بمقدار ثم يشتري ذلك الثوب من المشتري المزبور فى ذلك المجلس بالأزيد نسيئة، و فى هذه الصورة يكون اشتراط بيع الثوب منه ثانيا فى البيع الأول موجبا لفساده.

نعم لا بأس بمجرد المقابلة، و ظاهر الخبر و لا أقل من الاحتمال هى المسألة الثانية و انه لو لم يكن البيع الثانى شرطا فى الأول بحيث يمكن للبائع شراء ذلك الثوب ثانيا و عدمه فلا بأس، و لعل هذا هو الموجب لذكر الشيخ ره الخبر فى باب النقد و النسيئة و كيف كان فلا يضر ذلك بما نحن بصدده من حكاية الاستدلال بقوله عليه السّلام (انما يحلل الكلام و يحرم الكلام).

و قد ذكر المصنف ره فى هذه الجملة مع الإغماض عن سائر الرواية و جوها أربعة:

الأول- ان يراد بالكلام معناه اللغوى و هو اللفظ الدال على المعنى، و ان الحلال أو الحرام لا يكون الا باللفظ الدال، فلا يكون شىء حلالا أو حراما بمجرد القصد أو مع الدلالة عليه بغير اللفظ كالفعل. و هذا الوجه على تقدير تمامه يكون موجبا لعدم الاعتبار بالمعاطاة أصلا، فإن الدال فيها على الملك فعل لا لفظ.

الثانى ان يراد بالكلام اللفظ مع مدلوله فان اللفظ باعتبار مدلوله كما يوصف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٣

.....

بالصحة و البطلان كذلك يوصف بكونه محللا و محرما بان يكون الغرض الواحد تحصيله بكلام حلالا و بكلام آخر حراما مثلا

حصول حق الاستمتاع من المرأة بكلام يكون مضمونة نكاحا انقطاعا حلالا، و بكلام يكون مضمونة إجارة أو نحوها حرام و ان الحصة في المزارعة تعيينها بكلام يكون مضمونة تقسيم الثمرة على البقر و البذر حرام، و بكلام يكون مضمونه تقسيم الثمرة لصاحب الأرض و الزارع حلال و هكذا.

الثالث- ان يراد بالكلام العقد إيجابا و قبولا، و ان وجوده محلل و عدمه محرم أو بالعكس أو ان تحققه في محل محلل و حصوله في محل آخر محرم مثلا الإيجاب و القبول على المال قبل تملكه محرم، فإنه بيع ما ليس عندك و تحققه بعد تملك المال محلل. الرابع ان يراد بالكلام المحلل المساومة و المقاوله من غير عقد و الكلام المحرم الإنشاء و العقد فيكون المقاوله على بيع ما ليس عنده محللا و العقد عليه محرما و الاستدلال بالخبر على المعاطاة مبنى على الوجه الأول الذي ضعفه المصنف (ره) بوجهين. الأول لزوم تخصيص الأكثر، فإن المحللات و المحرمات في الشرع لا تنحصر باللفظ، بل ندره تحريم اللفظ و تحليله بالإضافة إلى سائر موجبات الحل و الحرمة لا تحتاج الى البيان.

أقول- هذا الأمر غير تام فان دعوى انصراف الخبر الى موجب الحل و الحرمة في المعاملات كما هو مورده قريه لان المعاملات تكون باللفظ و بالكتابة و الإشارة و القصد المجرد و العقل، و الاستفادة من الخبر عدم العبرة بسائر المحققات غير الكلام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٤

كما يشعر به قوله عليه السلام في رواية أخرى (١).

الثاني ان المعنى في الوجه الأول لا يناسب مورد الرواية و لا الحكم فيها بنفى البأس. و أورد (ره) بذلك على الوجه الثاني و ذكر ان احتمالها ايضا لا يناسب موردها فيتعين حمل الجملة الخبرية على أحد الوجهين الآخرين أى الثالث و الرابع و على ذلك فلا دلالة لها على مسألة المعاطاة.

ثم انه (قده) وجه دلالة الخبر على عدم الاعتبار بالمعاطاة باعتبار انه لو كانت المعاطاة كالإيجاب و القبول للفظيين لما كان وجه لذكر خصوص الكلام بعد اداة الحصر، بل كان المناسب ان يقال انما يحرم إيجاب البيع كان بالكلام أو بغيره. و لكن ناقش ره في التوجيه بان ذكر الكلام باعتبار ان في مورد الرواية لا يمكن إيجاب البيع بالمعاطاة لأن المبيع كان عند مالكة الأول.

أقول المفروض في الخبر كون المبيع عند من طلب منه الشراء كما هو ظاهر الإشارة في قوله (اشتر هذا الثوب) و ثانيا ان إنشاء البيع بالمعاطاة لا يتوقف على الإعطاء من الجانبين كما يأتي، بل يكفي تحققه من طرف واحد، بان يكون مثلا إيجاب البيع بأخذ الثمن من المشتري و قبوله بإعطائه بقصد الشراء و لعله الى ذلك أشار (ره) بقوله فتأمل.

و الصحيح ان ذكر الكلام باعتبار فرض المقاوله و المساومة في الرواية، و انها ربما تكون متضمنة لإنشاء البيع و الالتزام قبل تملك المتاع، و ربما لا تكون، لا لأن لإنشاء البيع بالكلام خصوصية لا تجرى في المعاطاة.

(١) لا يخفى عدم الإشعار في الرواية أصلا فإن قوله عليه السلام (و لا تواجهه).

البيع قبل ان تستوجبها أو لتشريعها) يعم مواجهة البيع بالمعاطاة كما مر ثم ان ظاهر هذه الرواية التي لا بأس بسندها تحقق البيع بالاستيجاب و الإيجاب و القبول، حيث ان ذلك مقتضى عطف الاشتهار على الاستيجاب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٥

[ينبغي التنبيه على أمور]

[الأول الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع]

الأول الظاهر ان المعاطاة (١)

و مما ذكرنا يظهر الحال في صحيحة العلاء فان قوله عليه السلام فيها (فإذا جمع البيع جملة واحدة) يعم جمع البيع بالمعاطاة. لا يقال: إنشاء البيع بنحو المراجعة بأن يقول اشترت هذا بألف و أبيعك في كل عشرة بدوازه و قبول المشتري البيع كذلك مكروه و لكن لا بأس بنسبة الربح الى رأس المال في المقاوله و إنشاء البيع على نحو المساومه كما هو ظاهر الروايه و من الظاهر ان جعل الثمن مقدارا معيناً في البيع مع نسبة الربح الى رأس المال في المقاوله لا يكون الا مع إنشاء البيع بالإيجاب و القبول لفظاً، و الا كان البناء على المقدار المعين أيضاً في المفاوضه، لا في إنشاء البيع.

فإنه يقال يمكن المعاطاة في الفرض، كما إذا قال بعد المقاوله و بيان نسبة الربح إلى أصل المال و عند إنشائه بالمعاطاة الثمن ألفان، هذا مع انه يكفي في المعاطاة الإيجاب لفظاً و القبول فعلاً. و الحاصل ان هذه الروايه نظير صحيحة عبد الله بن سنان لا اشعار فيها على اعتبار اللفظ أصلاً، حيث ان الشراء أيضاً في الصحيحه يعم المعاطاة كما لا يخفى.

(١) هذا الأمر بيان لاعتبار شرائط البيع في المعاطاة و عدمه أقول قد ظهر مما قدمنا انه مع قصد المتعاطيين الإباحه يجوز للآخر خصوص التصرف الذي لا- يكون موقوفاً على الملك، بأن يكفي فيه طيب نفس المالك كما هو الحال في الإباحه المالكيه في غير المقام، و بناء على قصد الملك لا فرق بين المعاطاة و سائر البيوع من حيث الحكم حتى في اللزوم، و جريان الخيارات، و غير ذلك من الأحكام حيث ان المعاطاة بيع حقيقه، فيرتب عليها ما يترتب على سائر البيوع، و التطويل في المقام بلا طائل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٦

و الأقوى اعتبارها و ان قلنا بالإباحه (١) بالنسبه إلى الرد دون الأرش (٢)

[الأمر الثاني: أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلاً من الطرفين]

و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثمن (٣)

(١) و ذلك فإن الإباحه على تقديرها اباحه حكميه، لا مالكيه حيث ان المفروض إعطاء كل من المالكين المال بقصد الملك، و بعنوان المعاوضه، و حكم الشارع بالإباحه مع عدم حصول الملك تعبد يقتصر بمورده، و هي صورة اشتمال المعامله على جميع شرائط البيع غير إنشائه باللفظ.

(٢) فان خيار العيب بالإضافة إلى رد العقد لا يختص بالبيع، بخلاف جواز أخذ الأرش، فإنه لا يجري في غير البيع، و التفرقه بينهما بالاختصاص و عدمه باعتبار دليلهما، فإن الأرش تعبد في البيع، بخلاف فسخ العقد بالعيب، فإنه مقتضى اشتراط السلامة، و قاعده نفى الضرر، فيثبت الفسخ في جميع مواردهما.

(٣) لا يخفى ان مختاره (ره) في المعاطاة هو الملك غير اللازم و مختارنا الملك اللازم و مجرد وصول المالكين الى المالكين برضاهما لا يكون إنشاء ملك، لا قولاً و لا فعلاً ليكون الحاصل به ملك لازم أو غير لازم.

نعم إذا كان في البين توكيل من طرف، في إنشاء الآخر، الملك عنه و لو كان ذلك بنحو التوكيل العام، كفي في تحقق المعاطاة، مثلاً مالك الخضروات يوكل من يضع فلساً في دخله الموضوع هناك، في تملك الباقي بإزاء الفلس المزبور، فيكون أخذه الباقي بقصد كونها ملكاً له تملكاً، و وضع الفلس تملكاً، و على ذلك فيجوز لمن أخذ الباقي ان يبيعه من غيره فيما إذا بدا له ذلك، فإنها ملكه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٧

.....

و يمكن فرض هذا النحو من التوكيل فى أخذ الماء، و وضع الفلوس فى دخل السقاء و دعوى ان البيع على ذلك يكون غرريا باطلا لان من يأخذ الماء لدفع عطشه قد يأخذ قليلا من الماء لعدم حاجته الى الماء الكثير، و قد يأخذ الكثير لشده عطشه، و هكذا فلا يكون المبيع معلوما لا يمكن المساعدة عليها أولا فإنه يمكن ان يكون توكيلا عاما بالإضافة إلى المقدار المعين من الكثرة، غاية الأمر يكون بعض الناس لقله حاجته تاركا لبعض ما يملكه الى السقاء.

و ثانيا المقدار الذى يأخذه الممتلك المفروض و كالتة، معلوم له و المفروض ان التوكيل العام يعمه، و لا دليل على اعتبار معلومته مقدار المبيع للموكل ايضا و دليل نفى الغرر لا يجرى فى التوكيل، فإنه مختص بالبيع.

و بعبارة أخرى كون المبيع معلوما و معينا للوكيل كاف فى صحة البيع، و هذا حاصل فى مسألة أخذ الماء و وضع الفلوس فى دخل السقاء مع غيبته.

و يمكن نظير ذلك فى مسألة دخول الحمام و وضع الفلوس فى دخل الحمامى مع غيابه، فان وضع الفلوس لا يكون من شراء الماء أو إجارته، فإن الماء باعتبار تلف عينه بالاستعمال غير قابل للإجارة، و شراء ماء الحمام خلاف المرتكز مع ان الجهل بالمقدار المصروف منه حتى لمستعمله، يوجب كون يبعه غرريا، بل الظاهر ان الاغتسال فى الحمام يكون كالنوم فى الفنادق أو الخانات فى ارتكاز العقلاء، و انه من اجارة الحمام بتملك منفعتة الخاصة، و جهالة مقدار مكثه فى الحمام للاغتسال، لا يوجب بطلان الإجارة فإنه مضافا الى إمكان تعيينه فى ناحية الكثرة، نظير تعيين الماء فى مسألة أخذه مع غيبه السقاء، ان تعيين الاغتسال بالنحو المتعارف كاف فى صحة الإجارة، و لا يحتاج الى التعيين بالزمان، كما فى إجارة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٨

و اما على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا أكد (١)

[الأمر الثالث: تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية]

تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة (٢)

المركب للمسافرة إلى بلد معين، فإنه لا يجب تعيين الزمان الذى يتم فيه الوصول الى المقصد، و لا يضر جهالته فى صحة الإجارة، مع كون متعلقها هو السفر بالنحو المتعارف.

(١) و الوجه فيه ان ما قيل فى إثبات الإباحة المزبورة من جريان السيرة على تصرف المتعاطيين غير جار فى المقاوله الخالية من الإعطاء و الإيصال و الفاقد لما يعتبر فى صحة البيع من الإنشاء بنحو خاص على الفرض.

(٢) ذكر (ره) فى المقام ثلاث صور.

الاولى - ما إذا كان أحد المالين من النقود المتعارف جعلها ثمنا كالدرهم و الدينار و الآخر متاعا و اعطى كل منهما ماله عوضا عن مال الطرف الآخر فيكون معطى الدرهم مشتريا و معطى المتاع بايعا و لو فرض فى هذه الصورة إعطاء مالك الدرهم أو الدينار بقصد التملك بإزاء متاع صاحبه و كان قصد مالك المتاع تملك الدرهم و الدينار بإزاء المتاع، بان يكون قصد تملك الدرهم و الدينار من مالكهما أصليا، و قصد تملك المتاع تبعا عكس قصد مالك المتاع فيكون صاحب المتاع مشتريا و معطى الدرهم و الدينار بايعا. و بهذا يظهر دخل القصد فى ذلك، و لا يعتبر خصوص التصريح كما هو ظاهر المصنف (ره).

الصورة الثانية ان يكون كل من المالين متاعا و لكن كان أخذ أحد المتاعين بدلا من النقود و أخذ المال الآخر بما هو كما في بيع القماش في بعض القرى للفلاحين، فان الفلاح قد يعطى بدل الدرهم أو الدينار الحنطة للبائع، و يكون إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٦٩

.....

أخذ بايع القماش الحنطة باعتبار ان الفلاح لا يجد النقد، بخلاف أخذ الفلاح القماش، فان غرضه تملك القماش بعنوانه و على ذلك يكون معطى القماش بايعا و معطى الحنطة مشتريا، و الموجب لذلك هو بناء العقلاء و نظرهم. و ليس المراد ان الواقع عوضا في تملك القماش هو الدرهم أو الدينار ليكون أخذ الحنطة عوضا عنهما، و مبادلة أخرى بينها و بين الدرهم أو الدينار، و يكون بايع القماش بايعا بالإضافة إلى تملك القماش، و مشتريا بالإضافة إلى تملك الحنطة، بل المراد كون مالك القماش بايعا باعتبار انه لا غرض له في الحنطة، بل يكون أخذها باعتبار الإمساك على مالية القماش، و لذا لو اعطى الفلاح الدرهم أو الدينار، لأخذه بإزاء القماش، بخلاف الفلاح، فان غرضه يتعلق بخصوص القماش لدفع اضطرابه. أقول يأتي تمام الكلام في ذلك.

الصورة الثالثة ما إذا كان إعطاء كل من المالين بإزاء الآخر بما هو أو إعطاء كل منهما بدلا عن الدرهم أو الدينار كما إذا احتاج مالك القماش إلى الحنطة و مالك الحنطة إلى القماش أو اعطى كل منهما متاعه مقوما له بالدرهم أو الدينار، كما إذا اعطى عشرة أمتار من القماش بإزاء عشر كيلوات من الحنطة باعتبار ان كل متر من القماش يساوي الكيلو من الحنطة في القيمة و ذكر (ره) في هذه الصورة وجوها أربعة.

الأول كون كل من مالك القماش و مالك الحنطة بائعا و مشتريا باعتبارين، فإنه يصدق تعريف البائع و المشتري على كل منهما حيث ان كلا منهما يترك ماله للآخر بإزاء مال الآخر، و هذا معنى الشراء كما ان كلا منهما يبادل ماله بمال الآخر، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٠

.....

كما هو معنى البيع.

الوجه الثاني ان الدافع أولا المال بقصد كونه ملكا للآخر بالعوض بايع و أخذ ذلك الآخر اشتراء، فالدفع ثانيا وفاء لما تم من المعاملة بالدفع السابق.

الوجه الثالث ان يكون إعطاء المالين كما ذكر من المصالحة على مبادلة المالين، كما في قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك من مالي و لي ما عندى من مالك.

الوجه الرابع- ان يكون اعطائهما مبادلة مستقلة و يعمها مثل قوله سبحانه [□]إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ.

و لكن الوجه الأول غير صحيح، فإنه ليس في معاوضة القماش بالحنطة مثلا- حتى فيما لوحظ كل منهما كونه بدلا عن الدرهم و الدينار مبادلتان كما مر ليكون مالك القماش في إحديهما بائعا و في الأخرى مشتريا و تعريف البائع و المشتري بما ذكر الموجب لانطباق كلا- العنوانين على كل من المالكين في مبادلة واحدة غير صحيح فإنه ليس تمام الملا-ك في البيع و الشراء ما ورد في التعريف المزبور و إلا لزم صدق عنواني البائع و المشتري على كل من طرفي المعاملة في كل بيع كما لا يخفى.

و الوجه الثاني صحيح فيما إذا كان الإعطاء من الدافع بقصد التملك و أخذ الطرف الآخر بقصد التملك، فيكون إعطاء المال الآخر بعنوان الوفاء بالمعاملة الحاصلة من قبل. و لو كان الإعطاء من الدافع أولا- بقصد التملك فينعكس الأمر، و يكون الدافع المزبور

مشتريا، و أخذ المال بايعا.

و الوجه الثالث - غير صحيح. فإنه قد مر في المناقشة على تعريف البيع ان الصلح ليس هو التسالم و التراضى الباطنى، لأن هذا التسالم موجود فى كل معاملة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧١

.....

بل عبارة عن التسالم الإنشائي، فيكون المنشأ فيه هو التسالم، و من الظاهر ان المنشأ فى الإعطاء و الأخذ فى المقام، هو الملك، لا التسالم.

و بهذا يظهر الحال فى قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك من مالى ولى ما عندى من مالك.

و اما الوجه الرابع فلا مناص عنه فى الموارد التى لا يكون من أحدهما تملك بالأصالة، و من الآخر تملك كذلك، كما إذا كان من قصد كل منهما تملك ماله بإزاء مال الآخر.

و ذكر الإيروانى (ره) فى المائز بين البائع و المشتري ان التبع يقضى بان بان المعيار فى الاشتهار النظر إلى خصوصية المال الذى يأخذه من الطرف الآخر و ان المعيار فى البيع عدم النظر إلى خصوصية المال الذى يأخذه من الطرف الآخر فيكون غرض البائع من أخذ الثمن التحفظ على مالىة المبيع و الإمساك بها، كما ان غرض المشتري هو تمكنه من خصوصية المال الآخر و الأخذ بها، نظير ما تقدم فى الصورة الثانية، و عليه فان تحقق هذا الميزان، فيمتاز به البائع عن المشتري، فيدخل المعاطاة فى البيع، و الا فهى معاوضة مستقلة، محكومة بالصحة، لعموم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و لا يجرى عليها الأحكام المترتبة على خصوص البيع و الشراء.

و فيه ان قضاء التبع ليس كما ذكر، فإنه إذا كان عليه دنانير و باع الحنطة بالدينار لسد دينه يكون فى الفرض غرض المشتري الحنطة المبيعة لكن لا بخصوصيتها بل بما هى حنطة، و كذلك للبائع نظر فى الثمن المفروض كونها دنانير بما هى دنانير و صدق البيع فى الفرض على تملك الحنطة بالدنانير، و صدق الشراء على تملكها بها لا يحتاج الى التوضيح.

و نظير ذلك ما إذا كان عنده دنانير مسكوكة و عند الآخر أيضا دنانير مسكوكة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٢

.....

بقدرها و أرادا فرارا عن تعلق الزكاة بمالهما بيع الصرف قبل تمام الحول، فإنه لا إشكال فى صدق البائع على من ينشأ التملك، و المشتري على من ينشأ التملك من انه لا نظر لكل منهما إلى خصوصية مال الآخر أصلا.

و قد يقال فيما إذا اعطى كل من المالين متاعه بقصد تملكه للآخر بعوض من غير ان يكون قصد الآخر بالأخذ أو بالإعطاء تملكه بعوض ان المعاطاة بيع يترتب عليها الأحكام المترتبة فى الأدلة على عنوان البيع و لكن لا يكون أحد المتعاطيين بايعا و الآخر مشتريا، فلا يجرى عليهما ما جرى فى الخطابات على عنوانى البائع و المشتري، و ذلك فان البيع له اطلاقان فقد يطلق و يراد منه مقابل الشراء، و قد يقال و يراد منه مقابل سائر المعاملات، و ما يراد منه فى الإطلاق الثانى هو المعنى المسببى و حقيقته المبادلة بين المالين، و هذا المعنى المسببى يحصل بالإيجاب و القبول، و يحصل بإيجابين كما إذا قال كل من المالين ملكتك مالى بمالك، و قد يحصل بالإيجاب الواحد، كما إذا قال الوكيل من المالين بادلتهما، فإنه لا يحتاج فى الفرض البيع المسببى إلى القبول أصلا فإن القبول لإظهار الرضا بفعل الموجب و مع معلومية الرضا به لا حاجة اليه.

و الحاصل فيما إذا حصل فى البين الإيجاب و القبول يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا، و فيما إذا كانت المبادلة بإيجابين قولاً أو

فعلا أو بإيجاب واحد كما ذكر فيحصل البيع بالمعنى المسببي من غير ان يكون في البين بايع و مشتري.
أقول- لا يمكن المساعدة على ما ذكر اما أولا فلان لازم ما ذكر عدم الحاجة الى القبول فيما إذا علم من حال المالك الآخر أنه راض
بالإيجاب كما إذا ملكه متاعه الفاخر بثمن قليل جدا لغرض عقلائي، فإنه إذا قال بادلت هذا المتاع بذلك يتم البيع المسببي، و لا
يحتاج الى القبول، باعتبار ان القبول لإظهار الرضا بالإيجاب
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٣

.....

و رضا الآخر بالإيجاب معلوم بشاهد الحال على الفرض، بل قد لا يحتاج البيع المسببي إلى الإيجاب أيضا كما إذا طاب نفس الوكيل
من المالكين بملكية كل منهما مال الآخر بإزاء ماله تم البيع بلا حاجة الى الإنشاء قولاً أو فعلاً، لأن الإيجاب لإظهار الرضا بملكية
الآخر لماله بالعوض.

و ثانيا انه قد تقدم ان البيع كالشراء و كسائر المعاملات من العناوين التي يكون الإنشاء أى الإبراز مقوما له و إذا اعتبر متاعه ملكا
للآخر بعوض و ابرز الاعتبار يكون الإبراز بيعا و الحاجة الى الإبراز لا للكشف عن رضاه بالملكية فقط، ليستغنى عنه في مورد العلم به
مع الخارج، بل له موضوعيته في حصول عنوان البيع، و كذا الحال في ناحية الشراء و القبول حيث ان اعتبار تملكه مال الآخر بإزاء ماله
مع إبرازه، يكون شراء و قبولاً للإيجاب، و لا أظن خفاء ذلك على من لاحظ الأمور الإنشائية عقداً كان أو إيقاعاً.

ثم انه يقع الكلام في المراد من البيع المسببي فإنه ان أريد به المعنى الاسم المصدرى في مقابل المصدرى فمن الظاهر انه لا فرق بين
المعنى الاسم المصدرى و المعنى المصدرى إلا بالاعتبار حيث ان المبدء ملاحظته من حيث حصوله من الفاعل معنى حدثي يعبر عنه
بالمصدر و ملاحظته من حيث هو معنى اسم مصدرى و عليه فكيف يعقل ان يحصل البيع المسببي و لا- يكون في البين معنى
مصدرى يعبر عن فاعله بالبائع، و بما ان فعل الآخر يعنى تملك المشتري دخيل في حصول العنوان المصدرى كما ذكرنا سابقا فيعبر
عن ذلك الآخر بالمشتري، و عن فعله بالاشراء.

هذا مع ان المبادلة ليست باسم مصدر، بل مصدر من باب المفاعلة، و كيف يكون مرادفا للبيع بالمعنى الاسم المصدرى مع أنه لا
يتحقق عنوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٤

[الرابع: ان أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله]

ان أصل المعاطاة (١)

المبادلة في جميع موارد حصول البيع كما ذكرنا ذلك عند التعرض لتعريف البيع، و ان أريد بالمعنى المسببي اعتبار العقلاء بمعنى ان
المالك إذا اعتبر ملكية ماله للآخر بالعوض و أبرزه فتارة يعتبر العقلاء الملكية المعترية مع إبرازها امرا حاصلا و أخرى لا يعتبرونها.
و قد ذكرنا سابقا ان البيع بهذا المعنى بالإضافة إلى إنشائه من الإيجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار فمن الظاهر ان موضوع اعتبار
العقلاء و هو البيع الذي يكون بإنشاء البائع و قبول المشتري على ما تقدم من كون قبوله شرطا في صدق عنوان البيع على فعل البائع.
و الحاصل انه إذا كان في البين إنشاء المعاوضة من الطرفين بالأصالة فالعقلاء و ان يعتبرونها مبادلة و هي محكومة شرعا بالصحة كما
هو مقتضى عموم قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ الا انها ليست بيعا حتى يكون كل منهما بايعا من غير ان يكون في البين.

اشتراء، أو ان يحصل البيع من غير ان يكون أحد المالكين بائعا أو مشتريا.

(١) ذكر في هذا الأمر أربع صور للمعاطاة يكون تقسيمها إليها باعتبار قصد المتعاطين الأولى - ما إذا قصد كل من المتعاطين بإعطائه تملك ماله للطرف بالعرض و بأخذه المال من الطرف تملك مال الغير بالعرض، و إذا كان إعطاء المالكين و أخذهما تدريجيا يتحقق البيع بإعطاء أحد المالكين و أخذه، و يكون إعطاء المال الآخر و أخذه بعد ذلك و فاء للبيع الحاصل من قبل حتى فيما إذا قصد بإعطائه التملك بالعرض كما هو الفرض، و اما إذا كان الإعطاء و الأخذ من الطرفين دفعة واحدة فيمكن ان يكونا معاوضة قد حصلت بتملكين منشأين بإعطائين كما ذكرنا في التعليقة المتقدمة أو بيعان و شرائان قد حصلتا دفعة واحدة باعتبار عدم تنافيهما فيترتب إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٥

.....

على كل من المتعاطين ما ترتب في الخطابات على عنواني البائع و المشتري كما لا يخفى.

ثم انه كما يمكن تحقق القبول و التملك بأخذ المال من الطرف، كذلك يمكن حصول ذلك بدفع المال الآخر، بأن يكون أخذ المال المدفوع أولا- بعنوان كونه ملك الدافع و لان يحصل له الجزم بإيجابه، و لو مات في هذا الفرض قبل دفع المال الآخر يكون موته بين الإيجاب و القبول بخلاف ما كان أخذه المال المدفوع أولا بعنوان القبول، فإنه موت بعد تمام المعاملة، و كان على المصنف (ره) التعرض لذلك.

و كيف كان فقد ظهر حصول البيع بدفع أحد المالكين و أخذه و إطلاق المعاطاة على هذا النحو من البيع باعتبار إنشائه بالإعطاء دون اللفظ لا- باعتبار تحقق الإعطاء من الطرفين نظير إطلاق المواجهة و المصالحة و المزارعة و المساقاة و غيرها، مع ان الإيجار و هو تملك المنفعة بالعرض أو إنشاء الصلح أو إعطاء الأرض للزرع أو البستان للسقى يكون من أحد الطرفين، و على ذلك فيمكن تحقق المعاطاة في المعاملات التي يكون الإعطاء فيها من طرف واحد كما في الهبة و القرض و الرهن و نحوها. و الحاصل ان المعاطاة في هذه الصورة بكلا فرضيهما داخله في إطلاقات حل البيع و نفوذه و ربما يقال بحصول المعاطاة بالفعل من دون إعطاء كما في أخذ البقل أو الماء مع غيبة البقال و السقاء و وضع الفلوس في دخلهما و قد تقدم الكلام على الكبرى و الصغرى في الأمر الثاني فلا نعيد.

الصورة الثانية ما إذا كان التملك بإزاء التملك بان يكون المقابل و المعاوضة بين الفعلين اي التملكين لا المالكين كما في الصورة السابقة، و ذكره ان في هذه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٦

.....

الصورة لو مات أحد الطرفين قبل تملك ماله تتم المعاملة، و ان هذه المعاملة ليست بيعا، بل شبيهة بالهبة المعوضة، و الظاهر ان وجه شابهتها انه كما لا يكون في الهبة المعوضة المعاوضة بين المالكين، كذلك في الفرض، و بما ان عدم التعويض في الهبة لا يوجب عدم تمامية الهبة بخلاف المقام، فيفترق المقام عن الهبة المزبورة فتكون شبيهة بها، لا عينها. نعم إذا كان تملك أحد الطرفين المال الآخر بعد ذلك داعيا الى تملك ماله فعلا مجانا فيتم الملك من أحد الطرفين و لو بدون تملك الآخر.

أقول- كما يمكن ان يكون تملك الطرف الآخر داعيا له الى التملك فعلا كذلك يمكن كونه شرطا في التملك فعلا فيكون من الهبة المشروطة، كما ان الفرض الأول من الهبة مجانا كما لا يخفى.

و اما المعاوضة و المقابلة بين التمليكين فتارة يجعل العوض التمليك الشخصى الخارجى و أخرى يجعل العوض تمليك المال الآخر بنحو ثبوت العمل على الذمة كموارد الإجارة و غيرها بان يكون الدافع ماله أولا، مالكا للعمل على ذمة الآخر، و ذلك العمل تمليك الآخر ماله، و هذا يوجب تمامية الملك من أحد الطرفين حتى مع موت الآخر قبل إفراغ ذمته، بخلاف جعل العوض التمليك الشخصى.

هذا مع انه لا- معنى معقول لمعاوضة التمليكين، فإن المعاوضة بين الأمرين تكون فى الملكية و نحوها و التمليكان لا يقبلان عرفا الملكية حتى يتعاضوا و الحاصل ان التمليك فى هذه الصورة اما من الهبة المجانية كما إذا كان التمليك الآخر داعيا أو من المشروطة كما إذا كان شرطا فى التمليك الأول، و لا تكون من المصالحة، لما تقدم من ان المنشأ فى موارد الصلح لا بد من ان يكون هو التسالم على شىء لا التمليك كما هو الفرض فى هذه الصورة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٧
فكيف كان فالإشكال فى حكم القسمين الأخيرين (١).

(١) ينبغى الكلام فى أمرين: الأول- نفوذ اذن المالك للغير فى التصرف فى ماله مطلقا و لو كان التصرف موقوفا على الملك بلا فرق بين كون إنشاء الرضا بالتصرف بالفعل أو القول.

و الثانى- هل يجوز أخذ العوض على اذنه و لو كان أخذه على الاذن بالإضافة إلى التصرفات غير الموقوفة على الملك. اما الأول- فلا ينبغى الإشكال فى عدم نفوذ اذنه بالإضافة إلى التصرف الموقوف على الملك، فان اذن المالك لا يكون مشرعا كما تقدم بيان ذلك فى البحث فى رواية السلطنة.

و الحاصل ان اى تصرف فى مال الغير يكون عدم جوازه وضعا أو تكليفا لأجل عدم طيب نفس مالكة و عدم اذنه فيجوز ذلك التصرف باذن المالك و رضاه، و اما كل تصرف كان عدم جوازه لأجل عدم كون المتصرف مالكا فاذن المالك أو رضاه لا يوجب جوازه، لبقاء عدم الجواز ببقاء عدم موضوعه و هو عدم الملك، مثلا بيع مال الغير لنفسه بان يخرج المبيع عن ملك المبيع و يدخل الثمن فى ملك المباح له غير جائز بل غير ممكن عقلا حيث ان البيع هو التمليك بالعوض، و مقتضى المعاوضة ان يدخل الثمن فى ملك من يخرج المبيع عن ملكه، و الا كان فى البين تمليكان مجانيان، و إذا كان ما ذكر غير جائز فكيف يصح باذن المالك فيه، بل اللازم فى دخول الثمن فى المباح له هو ثبوت أحد الأمرين، الأول- ان يكون اباحة كل تصرف فى معنى توكيل المباح له فى تملك الثمن بعد البيع، أو كان بمعنى توكيله فى تملك المال عنه، حتى يكون البيع للمباح له، أو كان اباحة التصرف بالإضافة إلى الموقوف على الملك تمليك للمال إياه، و شروع المباح له فى ذلك التصرف قبولا فعليا للتمليك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٨

.....

أقول لم يظهر وجه كون الشروع فى ذلك التصرف قبولا للتمليك، و لم يكن أخذه قبولا له، الا ان يقال وجهه ان الصادر من المبيع فى الفرض أمران أحدهما الاذن للمخاطب فى التصرف فى ماله.

و ثانيهما تملكه إياه، و التمليك كما ذكرنا سابقا لا إطلاق فيه بل على تقدير القبول و لو فيما بعد، و على ذلك فلا يكون فى مجرد أخذ المال دلالة على قبول الملك، لا- مكان أخذه للتصرف فيه بما لا يتوقف على الملك، و انما تكون الدلالة عليه بشروعه فى التصرف الموقوف على الملك و لا يبعد تحقق التوكيل أو التمليك الضمنى فى قول مالك العبد للآخر، أعتق عبدى عنك بناء على ارادة كون المخاطب معتقا بالأصالة لا كونه معتقا بالنيابة، فإنه يكون فى الأول و كيلا فى تملك العبد المزبور ابتداء كما يمكن ان

يكون تمليكا للعبد من المخاطب ضمنا و شروع المخاطب بالعتق قبولا لهذا التمليك، و إذا كان المراد وكالة المخاطب في عتق العبد فقط و ان يجعل المخاطب نفسه معتقا عنه، نظير وكالة الشخص في أداء دين نفسه بمال الموكل فلا يكون في البين تمليك و تملك، و كون الشخص معتقا عنه غير موقوف على كونه مالكا بخلاف كونه معتقا بالأصالة بالكسر.

و مما ذكرنا يظهر الحال في قول من عليه الكفارة لمالك العبد أعتق عبدك عنى و انه يكون توكيلا في تمليك العبد من المستدعى أولا و توكيلا في العتق بعد ذلك بناء على كون المستدعى معتقا بالكسر لا ارادة جعله معتقا عنه فقط، كما يمكن كونه تمليكا للعبد أولا و عتق المخاطب عنه تمليكا ضمنا على ما تقدم، و على الجملة فليست الإباحة في هذه الصورة متضمنة للتوكيل و التمليك ليجوز للمباح له التصرف الموقوف على الملك.

و لكن ذكر الإيرواني (ره) عدم الفرق بين قوله أعتق عبدى عنك و بين قوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٧٩

.....

أبحث لك وقف مالى أو بيعه لنفسك، فإنه كما ان قوله أعتق عبدى عنك توكيل في تملك عبده، كذلك قوله أبحث لك وقف مالى عنك توكيل في تملك المال، و بما انه لا فرق ايضا بين التصريح بإباحة تصرف يتوقف جوازه على الملك، و بين اباحة جميع التصرفات التى يدخل فيها ذلك التصرف كقوله أبحث لك مالى فيكون قوله أبحث لك مالى متضمنا للتوكيل في التملك كتضمن قوله أعتق عبدى عنك.

و لكن لا يخفى ما فيه، فان المطلوب في قوله أعتق عنك صدور العتق الصحيح عن المخاطب بالأصالة، و هذا الصحيح موقوف على تملك العبد أولا، ثم عتقه ثانيا، فالتوكيل في التملك حاصل و مقصود و لو إجمالا و المراد بالإجمال انه لو التفت الطالب الى توقف العتق الصحيح على تملك المخاطب لإذن فيه، و نظيره أبحث لك وقف مالى عنك أو بيعه لك أو نحو ذلك بخلاف ما إذا قال أبحث لك مالى حيث لا يمكن استفادة التوكيل في التملك، بل يقتصر في الجواز بالتصرفات التى لا تتوقف على الملك، حيث لا ظهور للكلام المزبور في الاذن فيه بل في خصوص التصرفات غير الموقوفة عليه، و استفادته من إطلاق الإباحة دورى حيث يتوقف الإطلاق على التوكيل، و ثبوت التوكيل موقوف على إطلاق الإباحة، نعم لو صرح بالعموم لكان مثل قوله أعتق عبدى.

و الحاصل انما يعتبر اذن المالك و رضاه بالإضافة إلى التصرف غير الموقوف على الملك، و لا قيمة له في التصرف الموقوف على الملك، و على ذلك فظاهر قوله أبحث لك كل التصرف في ماله اباحة ما يعتبر في جوازه اذنه و هى التصرفات غير الموقوفة على الملك، غاية الأمر من تلك التصرفات تمليك المال لنفسه عن مالكه و إذا كان العموم في قوله أبحث لك كل التصرف في مالى ثابتا حتى بالإضافة إلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٠

فيكون هذا بيعا ضمنا لا يحتاج الى الشروط (١) ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة (٢)

التصرف الاعتبارى يكون التوكيل في التمليك المزبور مدلولاً تضمينياً لعموم الإباحة لا مدلولاً التزامياً كما في ظاهر كلام الإيرواني. (١) كان وجه عدم اعتبار شروط البيع فى الضمنى هو ان تلك الشروط معتبرة بين إيجاب البيع و قبوله، فلا يعتبر إلا فى عقده، لا فى البيع الضمنى و هكذا بالإضافة إلى غيرها من الشروط.

(٢) بان يكون مدلول ذلك الدليل كون المال ملكا للمباح له بمجرد الإباحة اى و لو من غير قصد المبيح التمليك، و على ذلك فيقع البيع من المباح له على ما هو ملكه، أو يكون مدلول ذلك الدليل انه يكون الثمن بعد البيع للمباح له، و حيث ان مقتضى البيع دخول

العوض في ملك من يخرج عنه المعوض و المفروض على تقدير الثاني خروج المعوض عن ملك المبيح فيلترزم بدخول الثمن في ملك المبيح آنا ما بعد الشراء قضاء لحكم الشراء ثم انتقاله الى المباح له، نظير انتقال العمودين إلى المشتري آنا ما بعد الشراء، ثم الاعتاق، و نظير ملك الميت الدينة، فإنه لا يكون ملك دية القتل الا بحصول الموت، و حيث ان الدليل قام على ان الدينة برثها من يرث المال فلا بد من فرض دخولها في ملك الميت، لتنتقل الى الوارث إرثا.

و الحاصل ان الملك التقديرى لا بد من كونه مدلول دليل أو مقتضى الجمع بين الأدلة، و المفروض عدم قيام دليل عليه في المقام، كما انه ليس مقتضى الجمع بين الأدلة لأن ما دل على توقف البيع أو العتق على الملك كقوله لا بيع إلا في ملك أو لا عتق إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨١

.....

إلا في ملك حاكم على قوله الناس مسلطون على أموالهم فإن المالك المبيح مسلط على التصرف المشروع في ماله. و قوله لا عتق أو لا بيع إلا في ملك يثبت عدم مشروعية البيع أو العتق من غير ملك فلا يفيد فيهما اذن المالك. ثم ان ما ذكره (ره) من ان الملك الحاصل للمشتري في شراء أحد عموديه ملك تقديرى، و في بيع الواهب العين الموهوبة أو ذى الخيار المبيع من آخر حقيقى، صحيح، فإنه لو ظهر فساد بيعهما يكون المال باقيا في ملك الواهب أو ذى الخيار، لان ذلك مقتضى انفساخ الهبة أو البيع الأول مع فرض بطلان الثانى، و اما لو أراد المشتري أو وكيله في شراء أحد عموديه ان يتصرف في العبد في الان المقارن لتمام الشراء لم يصح، بل لا يقبل ذلك الملك الا باعتاق المبيع و لو كان ملك المشتري في ذلك الان حقيقيا لكان التصرف المزبور نافذا.

و الشاهد على ان مع اباحة التصرفات للآخر لا يكون بيع ذلك الآخر المال موجبا لدخوله في ملك المباح له قبل البيع كما كان موجبا لدخوله في ملك الواهب أو ذى الخيار ان بيع الواهب أو ذى الخيار يكشف عن فسخ الهبة أو البيع الأول و فسخهما يوجب عود ملك العين إليهما ثانيًا، بخلاف مسألة بيع المباح له مال الغير، فإنه ليس فيه سبب لدخول المال المزبور في ملكه قبل البيع، و لو آنا ما. و الحق المصنف (ره) ملك الميت الدينة بملك أحد العمودين في كونه في كل منها تقديريا و لكن لقائل أن يقول ان الملك في الدينة حقيقى يترتب عليها ما يترتب على سائر أموال الميت من إخراج ديونه منها و نفوذ وصيته في ثلثها و انتقالها الى الوارث كانتقال سائر أموالهم، و اما ملك الميت دية الجنائة عليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٢

.....

بعد موته فلم يرد رواية معتبرة في تعيين ديته أو دية الجنائة على أعضائه و مستحقيها.

نعم ورد في بعض الروايات ان ديته بمقدار دية الجنين، و دية أعضائه، بحسابها و ان الدينة يملكها الميت بعد موته فتصرف في وجوه البر و في بعض الروايات ان دية الجنائة عليه للإمام عليه السلام قال في الشرائع في قطع رأس الميت المسلم الحر مائة دينار و في قطع أعضائه بحساب ديته و كذا في شجاجة و جراحه و لا يرث منها شيئا، بل تصرف في وجوه القرب عملا بالرواية. و قال علم الهدى يكون لبيت المال انتهى.

و لكن الا ظهر ان يقال ان دية الجنائة عليه دية الجنين و دية أعضائه و شجاجة بحسابها، لأن صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام «١» دالة على ثبوت الدينة في قطع رأس الميت، و بما ان مقدار دية الجنين و دية الأعضاء بحسابها متيقن فيكتفى بها، و يؤيد ذلك ما أشرنا إليه من بعض الروايات و تكون هذه الدينة من تركه الميت فيرثها الورثة كما هو مقتضى إطلاق صحيحته الأخرى.

قال أبو عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام ان الدية يرثها الورثة الحديث «٢» فان مقتضاها عدم الفرق بين كونها ثابتة بالقتل أو بالجنائى عليه بعد موته و على ذلك فيجرى على هذه الدية ما يجرى على سائر تركة الميت و أمواله و ما دل على صرف دية الجنائى على الميت فى وجوه القرب و هى رواية حسين بن خالد «٣» كما ذكرنا ضعيفة سنداً و ان عبر عنها فى المسالك بحسنه حسين بن خالد، و هذا منه (ره) اشتباه حيث ان سليمان بن خالد ممدوح، لا الحسين، و الحسين لا موثق و لا ممدوح فراجع

(١) وسائل باب (٣٤) من أبواب دية الأعضاء.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٨٢

(٢) وسائل باب (١٠) من أبواب موانع الإرث.

(٣) وسائل باب (٢٤) من أبواب دية الأعضاء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٣

و لكن الذى يظهر من جماعة (١).

و اما الكلام فى صحة الإباحة بالعوض (٢)

(١) كان مراده ان الذى يظهر من جماعة يخالف ما تقدم من أن مع الاذن للغير فى جميع التصرف، لا يجوز للغير بيع المال لنفسه، و وجه المخالفة ان دفع الثمن الغاصب مع العلم بأنه غاصب بمنزلة تسليطه و الاذن له فى التصرف فى ذلك الثمن مع انهم ذكروا انه لو اشترى الغاصب بذلك الثمن أمة يجوز له وطئها و ظاهر ذلك، جواز البيع لنفسه مع ذلك الاذن.

و لكن لا- يخفى ان الالتزام بهذا الحكم على تقديره أجنبى عن المقام أى جواز البيع و صحته بمجرد اذن المالك و إباحته جميع التصرفات التى يكون منها بيع ماله، و ذلك فان مع علم المشتري بأن بايع المال غاصب يبيع مال الغير عدوانا يكون دفع الثمن اليه تسليطاً و تمليكا مجانيا، فيكون المسمى بالثمن ملكا للغاصب هبة لا بيعا، و يترتب على ذلك تملك الغاصب العين اشتراها بالثمن المزبور، و المفروض فى المقام قصد الإباحة دون التمليك.

و لعله (ره) أشار الى ذلك فى آخر كلامه بأمره بالتأمل.

(٢) الظاهر ان الإباحة أى اذن المالك للغير فى التصرف فى ماله بعوض عبارة عن المبادلة بين أمرين أحدهما اذن المالك للآخر فى التصرف فى ماله و ثانيهما مال ذلك الآخر فيكون بهذه المعاوضة، الاذن مملوكا للطرف فى مقابل ملك ماله للمبيح، و هذه المعاملة لا- بأس بها، و يعمها قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فيحكم بلزومها و لو رجع المبيح عن اذنه فلا يكون رجوعه نافذا فان رجوعه نظير رجوع الموكل عن شرط الوكالة فى العقد اللازم غير صحيح، و انما يكون الاذن أو التوكيل جائزا فيما إذا كان ابتدائيا لا شرطا أو ركنا فى عقد لازم، إذ مقتضى لزوم ذلك العقد لزوم ركنه أو الشرط المذكور فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٤

.....

نعم لو تصرف المبيح فى الفرض فى ماله تصرفا مخرجا له عن ملكه يحكم بنفوذه، لان المفروض انه مالك للمال المزبور، فيعمه قوله

سبحانه إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، وكذا قوله الناس مسلطون على أموالهم، ولكن يثبت للمباح له خيار الفسخ باعتبار ان جعل الاذن في التصرف عوضا متضمن لا اشتراط إبقاء المال و عدم نقله الى شخص آخر، و اما التمسك في إثبات مشروعية الإباحة بالعوض بعموم المؤمنون عند شروطهم أو الناس مسلطون على أموالهم كما عن المصنف (ره) فغير صحيح، فإن الأول لا- يعم الالتزامات الابتدائية التي تكون منها نفس المعاملة كما مرت إليه الإشارة، و يأتي تفصيله في باب الشروط إنشاء الله تعالى.

و اما الثاني فإن الكلام في المقام في مشروعية هذه المعاملة بأن يكون الاذن في التصرف ركنا و المال الآخر ركنا آخر لا في ولاية المالك على هذه المعاملة المشروعية في نفسها كما لا يخفى.

و ايضا ما ذكره (ره) من احتمال كون هذه المعاملة صلحا غير صحيح، لما تقدم من الصلح ليس التراضي الواقعي الموجود في جميع المعاملات و الا كان كل المعاملات صلحا، بل الصلح ما يكون المنشأ فيها هو التراضي و التسالم سواء كان متعلقا بالمال أو بغيره و ليس المنشأ في المقام هو عنوان التراضي بل المعاوضة بين الإباحة و المال.

و مما ذكرنا يظهر الحال في قول أحد الشريكين للآخر لك ما عندك و لي ما عندي و انهما إذا أراد إنشاء التراضي على المبادلة بين ماليهما يكون ذلك صلحا و الا فلا.

و كذا ما ورد في معاملة الزوجين على المهر كصحيحة الفضيل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاهما عبد الله آبقا و بردا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٥

لأصالة التسلط (١)

[الخامس: في حكم جريان المعاطة في غير البيع من العقود و عدمه]

إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة (٢)

حبرة بألف درهم التي أصدقها قال إذا رضيت بالعبد و كانت عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب و رضيت بالعبد قلت فان طلقها قبل ان يدخل بها قال لا مهر لها و ترد عليه خمسمائة درهم و يكون العبد لها (١) و مما ذكرنا يظهر الحال في الإباحة بالإباحة و انها مبادلة بين الأذنين فيعملها قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(١) هذا تعليل لجواز المعاملة بدعوى ان أصالة بقاء سلطنة كل من المالكين على ماله، مقتضاها جوازها. و فيه ان بقاء سلطنتهما على مالهما لا- ينافي لزوم المعاملة أى لزوم المبادلة بين الأذنين، بل مقتضى بقاء السلطنة نفوذ تصرف كل منهما في ماله لا في المعاملة المزبورة.

نعم لو تصرف أحدهما في ماله تصرفا لا يبقى معه مجال لتصرف المباح له، يثبت له خيار الفسخ، باعتبار تخلف شرط بقاء العين كما مر.

(٢) أقول لم يظهر من هذا الكلام كون المراد من الأجرة- الأجرة المسماة ليكون استحقاقها دليلا- على جريان المعاطة عندهم في الإجارة، و الا كان الأنسب ان يقال (فعمله استحق العوض) كما لا يخفى.

و لو كان المراد اجرة المثل فلا- يكون في الكلام المزبور دلالة على جريان المعاطة في الإجارة أصلا فإنه يجوز للعامل العمل و لو بالتصرف في مال المستأجر مع بطلان الإجارة، لأن اذن المالك المستفاد من الإجارة الفاسدة كاف في جواز تصرف الأجير.

(١) وسائل الجزء (١٥) باب ٢٤ من أبواب المهر
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٦
و اما مسئلة الهبة (١).

لا يقال كيف جاز للأجير مع فساد الإجارة التصرف في مال الغير مع انهم ذكروا ان المأخوذ بالعقد الفاسد كالمغصوب في عدم جواز التصرف فيه.

فإنه يقال ذلك فيهما إذا كان التصرف في المأخوذ بالعقد الفاسد بعنوان انه ملكه، و بما ان الملك غير حاصل لفساد العقد فلا يجوز التصرف، و اما فيما إذا كان التصرف فيه بعنوان انه مال الغير و قد اذن فيه كما في أخذ الأجير ثوب الآخر لصبغه مثلا فلا بأس بأخذه و صبغه حتى مع فساد الإجارة، لتحقق الاذن اللازم في الأخذ و التصرف و لو مع فسادها، غاية الأمر لفساد المعاملة يستحق اجرة المثل على عمله لا الأجرة المسماة.

(١) و حاصله انه إذا قيل في المعاطاة بالإباحة لا الملك، يكون حكمهم بجواز إتلاف العين الموهوبة دليلا على جريان المعاطاة في الهبة أيضا باعتبار ان الهبة المعاطاتية موجبة لإباحة التصرف كالمعاطاة الجارية في البيع، و اما إذا قيل في المعاطاة بالملك غير اللازم فلا تكون اباحة التصرف دليلا على جريانها في الهبة، فإن جريانها في الهبة عند هذا المحقق يكون بالالتزام بحصول الملك مع انهم لا يلتزمون به لتصريح الشيخ و الحل و العلامة بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة لا الملك، و لا يمكن حمل نفي الملك، على نفي الملك اللازم لأن الهبة اللفظية لا تفيد الملك اللازم ليكون مرادهم نفيه في الهبة المعاطاتية.

أقول الصحيح الالتزام بجريان المعاطاة في سائر المعاملات عقودا أو إيقاعا أخذنا بإطلاق صحتها و نفوذها، نعم لا تجرى في عقد أو إيقاع قام الدليل على اعتبار اللفظ في إنشائه، كما في النكاح و الطلاق، حيث ان مطلق اللفظ غير كاف في إنشائها فضلا عن الإنشاء بمجرد الفعل.

و أيضا فإن قلنا بعدم اللزوم في المعاطاة، فلا تجرى في المعاملة التي تكون
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٨٧

[الأمر السادس: في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة]

اعلم ان الأصل على القول بالملك اللزوم (٢).

اللزوم مقتضى حقيقتها أو من لوازمها شرعا، الأول- كما في الرهن فان لزومه من قبل الراهن مقتضى حقيقته حيث مع جوازه من طرفه لا- يتحقق عنوان الوثيقة على الدين، و الثاني- كما في الوقف فان المال الموقوف محكوم بأنه لا يباع و لا يوهب و لو جرى المعاطاة فيه لجاز بيعه و هبته، هذا.

و لكن قد مر عدم تمام دليل على جوازها في البيع فضلا عن غيره، و مقتضى إطلاق دليل لزوم المعاملات عدم الفرق بين إنشائها بالقول أو الفعل، و عليه فلا بأس بالوقف أو الرهن معاطاة.

(٢) و حاصله انه بناء على حصول الملك بالمعاطاة يكون لزومها مقتضى الوجوه الثمانية المتقدمة، و تلك الوجوه كما تلى الأول- استصحاب بقاء الملك.

الثاني- قوله عليه السلام الناس مسلطون على أمواليهم. الثالث- قوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه. الرابع الحصر

و فيه ان المعتبر في المعاطاة هو الفسخ مطلقا لا الفسخ بنحو خاص، الا ترى انه إذا فسخ أحد المتعاطيين المعاطاة قولا مع بقاء العينين و لم يسلم صاحبه المال اليه بعد الفسخ عصيانا فإنه لا ينبغي الريب في انفساخ المعاطاة، و هذا شاهد قطعى على أن المعتبر هو نفس فسخ المعاطاة، غاية الأمر المتيقن من الإجماع جواز الفسخ حال إمكان تراد العينين، و إذا شك في ثبوته في حالة أخرى كتلف احدى العينين فيستصحب جواز الفسخ، كما في سائر موارد الاستصحاب.

و الحاصل ان استصحاب الجواز في المقام لا بأس به.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٠

مندفع بما سيجيء (١) و لم يثبت جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى (٢).

و اما بناء على الإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا (٣)

(١) فى فرض تلف أحد المالين و فسخ مالك المال الآخر.

(٢) أقول قد مر سابقا ان جواز الرجوع فى الهبة و جواز تراد العينين فى المعاطاة بعينه فسخ عقد الهبة أو المعاطاة، و انه لا فرق بين جواز الفسخ فيهما و جواز الفسخ فى موارد الخيارات، غاية الأمر جواز الفسخ فيهما حكى لا يسقط بالإسقاط، و جواز الفسخ فى موارد الخيارات باعتبار كونه حقا قابل للإسقاط.

و بعبارة أخرى ان كان الرجوع فى الهبة بمعنى استرداد العين الموهوبة مع إبقاء الهبة على حالها بحيث يكون تصرف الواجب فى تلك العين بعد ذلك تصرفا فى مال المتهم، فهذا لا يلتزم به أحد، و ان كان مع ازالة الهبة بأن يكون استردادها بقصد إلغاء الهبة فهذا عين الفسخ، و على ذلك فلو كان الموجود فى المعاطاة الملك غير اللازم، فمعناه جواز فسخ المعاطاة، فاستصحاب هذا الجواز بعد تلف أحد العينين أو كليهما كاستصحاب الخيار بعد طرو ما يحتمل معه زواله، و هذا يعنى استصحاب جواز الفسخ مبنى على مسلكه، فإنه عليه لا يكون فى المقام مجال للتمسك بعمومات لزوم الملك و مطلقاته لورود التخصيص أو التقييد عليها، و لم يبق فى البين من مقتضى اللزوم الا استصحاب بقاء الملك، و من الظاهر ان استصحاب بقاء جواز الفسخ حاكم عليه.

(٣) و حاصله ان استصحاب بقاء سلطنة المالك على العين الموجودة مقتضاه عدم لزوم الملك، بل عدم حدوثه، و فيه ان هذا الاستصحاب معارض بأصالة عدم اشتغال ذمة مالك العين الباقية بمثل التالف أو قيمته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩١

.....

لا يقال يمكن إثبات اشتغال ذمته بقاعدة اليد فتكون نتيجة الجمع بين حديث على اليد و أصالة بقاء سلطنته على العين الباقية عدم لزوم الإباحة، و عدم حدوث الملك. فإنه يقال مقتضى قاعدة اليد ضمان مال الغير مطلقا لا معلقا على مشية الضامن و اختياره فسخ المعاملة التى قد جرت بين العين التالفة و بين الباقية كما هو المطلوب فى المقام.

ثم أجاب (ره) عن معارضة استصحاب بقاء السلطنة مع أصالة براءة ذمة مالك العين الباقية بوجوه ثلاثة.

الأول- ان استصحاب براءة ذمته محكوم باستصحاب بقاء السلطنة.

الثانى- أصالة برائتها غير جارية فى نفسها للعلم الإجمالى بضمانه التالف اما ببده الواقعى، يعنى المثل أو القيمة أو ببده الجعلى، يعنى العين الباقية و لا يجرى الأصل فى أطراف العلم الإجمالى.

الثالث- ان ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة مقتضى سلطنة الناس على أموالهم فإن مقتضاه سلطنة المالك على ماله الموجود، بأخذه، و على ماله التالف فى يد الغير، بأخذ بده، و استصحاب هذه السلطنة يكون حاكما على أصالة براءة ذمة من تلف مال الغير فى يده.

أقول: لا- يمكن المساعدة على هذا الوجه أي الثالث فإن سلطنة المالك على ماله عبارة عن ولايته على التصرف فيه و نفوذ ذلك التصرف و عدم ضمان الآخر بماله لا يكون منافيا لسلطنته.

الا ترى ان الودعي مثلا لا يضمن الوديعة، و لا يكون عدم ضمانه تخصيصا في دليل سلطنة المالك، و الا لزم القول بالضمان و لو مع فرض تلف المالكين حتى على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٢

و لو كان أحد العوضين ديناً في ذمة (١)

الإباحة أخذنا بدليل السلطنة في حق كل واحد من المتعاطيين بالإضافة إلى ماله التلف في يد صاحبه و كذا لا يمكن المساعدة على الوجه الأول، و ذلك فان الاستصحاب في سلطنة المالك على العين الموجودة، عبارة أخرى عن استصحاب عدم كون تلك العين عوضا، عن التالف و انه لم يدخل في ملك الطرف الآخر، فالمعارضة بينه و بين استصحاب عدم اشتغال ذمته للطرف الآخر بمثل التالف أو قيمته بحالها.

و ان شئت قلت لا يجرى أصالة بقاء السلطنة في حق من كان مالكا للعين الموجودة لعلمه إجمالا بكونه مكلفا اما بدفع تلك العين الى صاحبه، و عدم جواز إمسائها عليه، و اما بدفع البديل الواقعي للتالف الى ذلك الطرف، و أصالة بقاء سلطنته على العين و عدم وجوب دفعها أو عدم حرمة إمسائها، لا- يكون حاكما على أصالة برأيه ذمته عن البديل الواقعي، فإن المعيار في الحكومة ان يكون أحد المجريين موضوعا و الآخر حكما له، و بقاء ملكه و سلطانه على العين الموجودة، ليس موضوعا لاشتغال ذمته بالبديل الواقعي للمال التالف.

(١) و الصحيح ان يقال انه إذا كان أحد المالكين ديناً بذمة أحد المتعاطيين يحكم من الأول بالملك اللازم مطلقا، و لو على القول بالإباحة، و هذا على القول بالملك ظاهر، لأصالة اللزوم بعد عدم إحراز ما تقدم في وجه جواز الملك، و هو الإجماع في مثل المقام مما يكون نتيجة التمليك بعوض فيه، سقوط ما على العهدة، و لسنا ندعي ان الساقط عن العهدة لا يمكن عوده إليها كما قيل لان عود ما على الذمة إليها في بعض الموارد شاهد قطعي لإمكانه.

كما إذا باع المديون لآخر بعشرة دنانير متاعه منه بألف على شرط إبراء ذمته من العشر و خياطة ثوبه المعين فأخذ المشتري المتاع و سلم الألف و أبرئه عن العشر و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٣

و لو نقل العينان أو أحدهما (١)

لكن امتنع عن خياطة الثوب فإنه لا- ينبغي الريب في أن للبائع خيار تخلف الشرط و إذا فسخ يعود العشر الى ذمته، و هذا عود بعد السقوط.

و الحاصل انه لا- يمكن قياس عود المال إلى الذمة بعود الشيء الخارجى بعد صيرورته معدوما و يقال بأن الشيء لو كان عوده بشخصه الأول لزم تخلل العدم في الوجود الواحد، و لو كان بشخص آخر يكون غيره لا الأول.

و الوجه في الفرق ان ثبوت المال على الذمة اعتبار يتعلق بالطبيعي و يمكن اعتباره ثانيا بنحو لا يكون بينه و بين الطبيعي الأول ميز أصلا.

و اما على القول بالإباحة فإن الإباحة تثبت في المعاطاة بالإجماع و السيرة و من الظاهر ان الإباحة في مقابل الملك لا معنى لها في المقام فيكون الإجماع و السيرة في سائر الموارد و يثبت الملك في المورد من الأول كما هو مقتضى حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد.

(١) يعني ان انتقال كلا المالين أو أحدهما بعقد لازم من طرف الناقل موجب للزوم المعاطاة و هذا على تقدير بقاء العقد اللازم ظاهر باعتبار عدم إمكان التراد على القول بالملك و انتهاء الإباحة و صيرورة المال ملكا للمتصرف عند العقد اللازم على مسلك الإباحة. نعم لو عاد المال الى الناقل بفسخ العقد اللازم بالإقالة أو بالفسخ من الطرف الآخر للخيار الثابت له فيمكن الالتزام بجواز التراد أخذا باستصحابه.

لا يقال لا مجال لاستصحابه للقطع بانتفاء جواز التراد قبل فسخ العقد اللازم، و الجواز على تقديره فعلا حكم آخر لم يعلم حدوده، فإنه يقال المستصحب جواز التراد وضعا أى نفوذ التراد و صحته و عدم إمكان التراد قبل فسخ العقد اللازم لا يوجب ارتفاع هذا الجواز.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٤

و لو كان الناقل عقدا جائزا (١).

ثم انه (ره) ناقش في هذا الاستصحاب بأنه لا بد من الاقتصار على المتيقن في جواز التراد و الرجوع في غيره بأصالة اللزوم، لعدم إحراز موضوع جواز التراد ليستصحب و ذكر انه لا يجوز التراد بعد فسخ العقد اللازم حتى على القول بالإباحة و ذلك فان العقد اللازم بحدوثه كاشف عن دخول المال في ملك المباح له و بعد فسخه يرجع المال الى ملكه، لا الى ملك المبيح، و مقتضى دليل السلطنة نفوذ تصرفات المباح له لا المبيح و ليس في هذا الفرض حالة سابقة لجواز التراد ليستصحب بل الثابت سابقا هي الإباحة المنقطعة عند حدوث العقد اللازم.

نعم يتصور جواز التراد على الإباحة بالالتزام بأحد أمرين.

أحدهما القول بأن العقد اللازم الحادث بحدوثه و بقاءه كاشف عن حصول الملك للمباح له و بارتفاع العقد اللازم يرجع المال الى ما كان عليه قبل العقد اللازم فيكون ملكا للمبيح و مباحا للمباح له.

و الأمر الثاني ان يقال العقد اللازم لا يتوقف على حصول الملك للمتصرف لجواز كون الثمن في العقد اللازم ملكا للمتصرف مع خروج المثلث عن ملك المبيح و لكن قد مر عدم إمكان ذلك و انه خلاف مقتضى المعاوضة كما لا يمكن الأمر الأول أيضا فإن العقد اللازم لا يبطل بالفسخ من أصله حتى لا يكون كاشفا عن حصول الملك للمباح له بل الانفساخ يقع من حين الفسخ و صحته الى زمان الفسخ لا تكون الا مع حصول الملك للمباح له قبل العقد و على ذلك بفسخ العقد فيما بعد يرجع ملك المال اليه لا الى المبيح.

(١) يعني لو انتقل أحد المالين بنقل جائز تكون المعاطاة لازمة و لا يجوز للمالك الفعلي للعين الموجودة إلزام المتصرف بفسخ النقل الجائر و الوجه في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٥

و لو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول (١)

ذلك ان التراد غير متحقق أى غير ممكن ممن يملك العين الباقية فإنه عبارة عن رد المال على مالكة الأصل و استرجاع ما كان ملكا له منه و المفروض ان المال بعد النقل الجائر غير باق في ملك صاحبه حتى يسترجع منه نعم لصاحبه فسخ النقل الجائر و بفسخه يتمكن مالك العين الباقية على التراد و لكن تمكينه من ذلك غير واجب على صاحبه.

هذا بناء على الملك في المعاطاة و اما بناء على الإباحة فالنقل الجائر ملزم لها من الجانبين لان النقل الجائر كاشف عن انتهاء ملك المبيح و حصوله للمباح له قبل تصرفه في المال بالنقل الجائر.

نعم لو كان النقل الجائز من الهبة مجاناً بان لا تكون معاوضة فيمكن القول بان تصرف المباح له لا يوجب حصول الملك له بل تصرفه أى الهبة تقع عن المبيع فهو الواهب حقيقة فيثبت في حقه جواز الرجوع فى الهبة و جواز التراد فى المعاظة على تقدير بقاء المال الآخر فى يده أو رجوعه الى يده من غير صيرورته ملكاً له فى زمان فإنه لو صار ملكاً له فى زمان فلازمه انتهاء ملكه و سلطانه على المال الآخر كانه ملك صاحبه على المال الذى بيده.

(٢) فان اجازة المالك الأول كيبعه المال مباشرة فى كونها فسخا للمعاظة فيكون المقام نظير بيع ذى الخيار ما انتقل عنه فى الالتزام بحصول الملك له آنا ما قبل البيع الثانى و لو أجاز المالك الثانى الذى انتقل المال إليه بالمعاظة تكون أجازته كيبعه مباشرة ملزمة نافذة بلا اشكال، باعتبار كون المال ملكه.

و اما اجازة المباح له ففيها اشكال الالتزام بالملك آنا ما قبل أجازته فتكون الإجازة على مسلك الإباحة فى جهتي الاشكال و عدمه عكس مسلك الملك المترزل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٦

و لكل منهما رده قبل إجازة الآخر (١) و لو امتزجت العينان إلخ (٢)

(١) فلا- بد من كون رد المالك الأول بناء على مسلك الملك فى المعاظة بقصد الرجوع فيها و حينئذ يكون رده نافذ أو مبطلا للمعاظة أيضا فلا يبقى مجال لإجازة الثانى الا بناء على كون الإجازة كاشفة عن انتقال المال إلى المشتري من الفضولى و ان رجوع المالك الأول واقعا كان بعد هذا الانتقال.

و لكن الصحيح فساد هذه الإجازة لأن شرط صحة الإجازة و نفوذها كون المجيز مالكا للمال مع قطع النظر عن أجازته و ليس هنا كذلك لرجوع المال الى مالكة الأول لو لا أجازته.

(٢) على تقدير الملك فى المعاظة يحكم بلزومها بالامتزاج بناء على عدم جريان الاستصحاب فى جواز التراد، فى مقابل أصالة اللزوم فى الملك كما تقدم و بناء على مسلك الإباحة يجرى استصحاب بقاء المال على ملك مالكة الأول و بهذا يحرز موضوع الشركة و هو حصول الامتزاج بين مالين من مالكين مع عدم إمكان تمييزهما عرفا.

نعم لو كان الامتزاج موجبا لصدق التلف كما فى خلط العسل القليل باللبن، فيدخل الفرض فى تلف المال حتى على مسلك الإباحة. أقول: الصحيح عدم الفرق بين المسلكين و ان الامتزاج موجب للزوم المعاظة، حتى على القول بالإباحة، أخذاً بأصالة نفوذ البيع و لزومه إلا فى المقدار المتيقن و هو المال قبل الامتزاج، كما ان مقتضاها عدم الفرق فى ذلك بين الامتزاج و التصرف المغير للصورة.

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا انه لا مجال للمناقشة فى لزوم المعاظة بموت أحد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٧

[السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاظة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة]

السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك إلخ (١)

المتعاطيين، فإنه لا دليل لرفع اليد عن صحة البيع و لزومه إلا فى المقدار المتيقن سواء على القول بالملك أو الإباحة، و لكن ظاهر كلام المصنف ره هو التفصيل بين القولين. و انها تلزم على القول بالملك، حيث ان جواز الرجوع الثابت للمتعاطيين حكمى، نظير جواز الرجوع فى الهبة، و لذا لا تلزم المعاظة من الابتداء باشتراط لزومها.

و الحاصل ان الجواز الحقى كالخيار يمكن القول فيه بالإرث لأنه من الحق الذى يتركه الميت لا- الجواز الحكمى فإنه تابع لثبوت موضوعه فقط، و لكن المال على القول بالإباحة ينتقل إلى الورثة، فيكون رجوع الورثة فى المعاطاة باعتبار ان المال ملكهم، فيكون رجوعهم، نظير رجوع من قدم الطعام الى الغير، فى كون بقاء الإباحة له دائرا مدار بقاء رضاه.

أقول قد تقدم ان الإباحة على القول بها اباحة حكيمية، لا المالكية، و الإباحة الحكيمية، تدور مدار بقاء موضوعها فقط، و ذكرنا ان الثابت منها فى مقابل العموم أو الإطلاق المقتضى لحصول الملك اللانزم بالمعاطاة، مقدار اليقين، و هو ما لم يقع موت أحد المتعاطيين كما لا يخفى.

(١) تعرض الشهيد الثانى ره لكون المعاطاة بعد لزومها بيعا، أو معاوضة مستقلة، و ذكر لكل منهما وجهها، فوجه كونها بيعا ان سائر المعاوضات محصورة، و ليست المعاطاة منها، و كون المعاطاة معاوضة مستقلة فى مقابل تلك المعاوضات، لا يساعد عليها دليل، فيتعين دخولها فى عنوان البيع، و وجه كونها معاوضة مستقلة، ان المعاطاة حين حدوثها لم تكن بيعا، و لا موجب لدخولها فى عنوان البيع بعد ذلك.

و قال ره و تظهر ثمرة ذلك فى ترتب آثار البيع بعد لزومها، فعلى الوجه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٨

.....

الأول تترتب عليها تلك الآثار، كخيار الحيوان حيث ان هذا الخيار، حكم الشراء الحيوان، ثم على تقدير ثبوت هذا الخيار، فهل الثلاثة من حين المعاطاة، أو من حين لزومها، فيه تردد.

و يرد على الأول ان المعاطاة ليست بيعا حين حدوثها، فكيف يثبت خيار الحيوان من ذلك الحين، و على ثبوته بعد لزومها بان التصرف أو التلف لا يكون بيعا اللهم الا ان يلتزم بحدوث خيار الحيوان، من حين التلف، أو التصرف باعتبار ان المعاطاة مع التصرف أو التلف تكون بيعا تاما، فالمعاطاة جزء السبب المملك، لا تمامه.

و ذكر ره فى آخر كلامه ان الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان فى المعاطاة لا من حينها و لا من حين لزومها، كخيار المجلس، و نظره (ره) ان أدلة خيارى الحيوان و المجلس ظاهرها ثبوتها فى بيع، يكون ذلك البيع مع قطع النظر عن الخيار لازما و المعاطاة ليست كذلك الا على قول المفيد و من تبعه، القائلين بأن المعاطاة كالبيع العقدى لازمة من الأول.

نعم يثبت فى المعاطاة خيار العيب و الغبن سواء قلنا بأنها عند لزومها بيع أو معاوضة مستقلة، لأن الدليل على ثبوتها قاعدة نفى الضرر الجارية فيها سواء قيل بأنها عند لزومها بيع أم لا، و لذا يثبتان فى سائر المعاوضات.

و ذكر المصنف ره ان هذا الكلام من المسالك اى كون المعاطاة بعد لزومها بيعا أو معاوضة مستقلة، متفرع على القول بالإباحة، و اما بناء على مسلك الملك الجائز، فلا مجال لهذا الكلام فان المحقق الثانى صرح بأن المعاطاة، بيع غير لازم و يكون الملك الحاصل بها لازما، بحدوث أحد الأمور المتقدمة، و على هذا المسلك يترتب على المعاطاة من حين حدوثها جميع الأحكام المترتبة على البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٩٩

و المحكى عن حواشى الشهيد الخ (١).

غير الأثر الذى يكون مترتبا على البيع اللانزم اى على البيع الذى يكون لو لا الخيار لازما، فان هذا الأثر لا يترتب على المعاطاة لأن عدم لزومها، ليست باعتبار كونها بيعا خياريا، بل عدم اللزوم فيها كما فى الهبة حكيمية.

ثم انه اختار المصنف ره على مسلك الإباحة، الاحتمال الأول، و هو صيرورتها بعد لزومها بيعا و ذكر فى وجهه ما تقدم سابقا من

كون المعاطاة يبيعا عرفا غاية الأمر حصول أحد الملزمات المتقدمة، نظير التقابض في بيع الصرف، شرط لحصول الملك و قبل حصول أحدها يكون مال كل منهما مباحا للآخر بإباحة حكمية، و على ذلك فيترتب على المعاطاة، أحكام البيع غير الآثار المترتبة على البيع الحادث صحيحا.

أقول لانزم توجيه الإباحة و اشتراط حصول الملك، ترتب جميع آثار البيع بعد حصول الملك حتى الآثار المترتبة على البيع الواقع صحيحا، فإن المعاطاة بيع صحيح عند حصول الملك، و لا فرق بينهما و بين بيع الصرف عند حصول التقابض و كما يترتب تلك الآثار على بيع الصرف بعد حصول الملك به كذلك تترتب على المعاطاة بعد لزومها.

و ايضا ظاهر كلامه (ره) كما ذكرنا ان كون شيء ملزما للمعاطاة على الإباحة مساوق لتمام البيع به، فيترتب عليها أحكام البيع من حين حدوث ذلك الملزم، و لكن قد ذكر فيما تقدم (في صورة تلف العينين) كون الإباحة لازمة بمعنى عدم حدوث ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه و ظاهر ذلك عدم انتقال المالكين الى الطرفين بتلفهما فراجع.

(١) يمكن ان يتوهم ان ما ذكر المصنف (ره) من ان المعاطاة على تقدير القول بحصول الملك بها بيع بلا خلاف، و ان الكلام في كونها يبيعا أو معاوضة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٠

[الثامن: لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة]

و اما ان يشمل هذا و غيره كما هو ظاهر (١).

و ربما يجمع بين هذا الكلام إلخ (٢).

مستقلة مبنى على مسلك الإباحة ينافي ما حكى عن الشهيد في حواشيه على القواعد حيث ذكر فيها ان المعاطاة معاوضة مستقلة أو جائزة.

و وجه المنافاة انه لو قيل بلزوم المعاوضة فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول مع عدم كونها بيعا، و كأنه (ره) دفع الوهم بان كلام الشهيد (ره) مبنى على مسلكه في المعاطاة و هي الالتزام بالإباحة، و المعاوضة في كلامه معاوضة في الإباحة، لا الملك و لزوم و هذه الإباحة، باعتبار معاوضتها لا يقتضى حدوث الملك.

أقول المعاوضة في الإباحة تلائم حصول الملك بالمعاطاة فإنه لا بد من الالتزام بحصوله عند حدوث أحد الملزمات فان تصرف المباح له في مال صاحبه بما يتوقف على كونه مالكا لا يتم الا بحصول الملك له و إذا قلنا انها لازمة من ابتداء الأمر فلا بد من الالتزام بحصول الملك من الأول و الحاصل فرق بين الإباحة المالكية و الشرعية فإن لزوم الأول من الابتداء لا يلازم الملك بخلاف الثانية كما لا يخفى.

(١) و وجه الظهور عدم تقييد الفاسد في كلامهم بما إذا كان الفساد من جهة اختلال شروط الصيغة.

(٢) و حاصل الجمع ان عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد و ضمانه يكون في فرض رضا كل منهما بتصرف صاحبه لصيرورته ملكا له بالعقد، و على ذلك فلا يجوز للآخر التصرف، و يكون ضامنا للمال لانه جواز تصرفه اما باعتبار الملك و المفروض عدم حصوله و اما باعتبار رضا الآخر بتصرفه مع عدم كون المال ملكا له و المفروض انتفاء هذا الرضا و اما جواز التصرف و جريان حكم المعاطاة على المقبوض بالعقد الفاسد فيكون في فرضين.

أحدهما ما إذا علما فساد العقد و عدم صيرورة المال ملكا للآخر بالعقد و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠١

.....

مع ذلك كان رضاها بالملك باقيا الى ان حصل القبض.

و الثاني- كون كل منهما من الأول راضيا بتصرف الآخر على كل تقدير كان العقد صحيحا أو فاسدا فيكون تصرف الآخر في فرض صحته بما هو مالكة، و في عدم صحته بما هو مأذون و لكن المصنف (ره) لم يرض بهذا الجمع و ذكر انه لا يمكن حمل كلام المحقق و الشهيد الثانيين على الفرضين و ذلك فان المفروض في كلامهما حصول إنشاء واحد و تملك واحد و هو العقد الفاسد و كان تراضى المالين بذلك العقد و التملك و إذا فرض عدم حصول الملك و عدم تمام العقد، فلا يبقى الاذن و الرضا المتعلق به و لو فرض رضاها بالملك مع الإغماض عن ذلك العقد بحيث حصل منهما إنشاء آخر بالقبض و الإقباض، كان خارجا عن كلامهما فان كلامهما في حصول المعاطاة بنفس ذلك العقد.

و كذا لا- يصح حمل كلامهما على التراضى الجديد، بان لا يحصل منهما إنشاء آخر بالقبض و الإقباض و لكن يكون منهما الرضا بالتصرف حتى مع الإغماض عن العقد الفاسد و الوجه في عدم الصحة أولا ان التراضى كذلك يكون من العالم بفساد العقد و كلام المحقق و الشهيد الثانيين مطلق و ثانيا انه لو كان الرضا بتصرف الآخر من دون قصد الملك و المعاوضة فلا يكون هذه معاطاة بل إباحة مالكية تبقى ما دام العلم بالرضا و لا يكفي فيها عدم العلم بالرجوع و لا يترتب عليه أثر المعاطاة من حصول الملك بتلف احدى العينين أو جواز التصرف إلى إحراز الرجوع و ان كان الرضا بعنوان المعاوضة بين المالين في الملك فهذا هو الرضا بالملك في العقد السابق و ليس امرا حادثا و المفروض عدم كونه مؤثرا في حصول الملك بمجرد أو مع العقد المزبور.

أقول- التراضى الجديد بمعنى مجرد رضاه بتصرف الآخر في ملكه و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٢

و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة (١).

[مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع]

إشارة

قوله مع الإشارة إليه في بعض النصوص (٢).

لا- يكون معاطاة فلا- يجوز به الا- التصرف غير الموقوف على الملك لأن التراضى المزبور إباحة مالكية الا- انه يكفي في بقائها الاستصحاب و ما ذكره (ره) من ان جواز التصرف يبقى ما دام العلم بالرضا و لا يكفي فيه عدم العلم بالرجوع غير صحيح. و بتعبير آخر قد لا- يحرز تعلق الرضا من الأول بهذا التصرف الذي يريده الآخر ففي مثل ذلك لا مورد للاستصحاب باعتبار كون الرضا بالتصرف انحلاليا و هذا الفرد من التصرف لم يحرز تعلق الرضا به من الأول و قد يعلم انه كان راضيا بهذا التصرف و يحتمل الان حصول البدل له و رجوعه عن رضاه و هذا مورد الاستصحاب.

(١) أقول الإباحة في المعاطاة ليست مالكية بل هي حكمية و يكون قصد المتعاطيين الملك لا الترخيص للآخر في ماله و الملك المنشأ في المعاطاة بناء على الإباحة لا يكون ممضى الا بعد حصول أحد الملزمات المتقدمة و على ذلك فكيف يمكن تحقق الملك بدون الإنشاء قولاً أو فعلاً.

و اما مسئله أخذ الماء و وضع الفلوس فى دخل السقاء و أخذ البقل و وضع الفلوس فى المكان المعد له فقد ذكرنا فيهما فى الأمر الثانى فراجع.

(٢) المراد الروايات المتقدمة فى المعاطاة التى ذكر (ره) ان فيها ظهورا و إشعارا إلى اعتبار اللفظ فى البيع اللازم كرواية إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام.

أقول لازم ما ذكر (ره) فى هذا الأمر من عدم جريان حكم المعاطاة على المعاملة المنشأة باللفظ غير المعتبر مع ما سياتى منه (ره) من اعتبار اللفظ فى البيع اللازم و عدم كفاية الكتابة مع التمكن على التلفظ ان يحكم بالفساد فيما إذا كان إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٣
لان الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه مقتضى الأصل (١)

إنشاء البيع بالكتابة مع التمكن على التلفظ بان لا يحرى عليه حكم المعاطاة أيضا و لا أظن إمكان الالتزام ببطلان المعاملات الدارجه بين العقلاء من المتشرعة و غيرهم التى يكون إنشائها بالكتابة.

(١) يعنى الاشتراط مقتضى استصحاب بقاء الملك بحاله، و عدم حدوث الانتقال و لكن لا يخفى ان هذا الأصل لا تصل النوبة إليه فى مقابل إطلاق أدلة المعاملات و عموماتها فان اعتبار اللفظ فيها على تقديره شرط زائد على أصل حصول عناوينها فيكون مع الشك فى الاعتبار مقتضى الإطلاق أو العموم عدمه كما مر تفصيل ذلك فى بحث المعاطاة و ذكرنا عدم الفرق فى صحة هذا التمسك فى موارد الشك بين القول بإفادة المعاطاة الملك أو الإباحة فعلى كلا التقديرين يكون القدر المتيقن من التخصص أو التقييد، صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ و اما مع عدمها فلا تخصيص و لا تقييد.

فما يظهر من المصنف (ره) من ان الأخذ بالعموم أو الإطلاق موقوف على القول بإفادة المعاطاة الملك لا يمكن المساعدة عليه. لا يقال ما وجه افتراق المقام عن موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر الارتباطيين حيث ان المقرر هناك جريان البراءة عن كون شىء شرطا أو جزءا أو مانعا و تكون باعتبار كونها معينة لمتعلق الأمر حاكمه على استصحاب الوجوب، و فى المقام يكون أصله العدم فى ناحية اعتبار اللفظ مثلا فى حلية البيع و وجوب الوفاء به معينة لكون الموضوع لهما ذات البيع.
و بالجملة لا فرق فى جريان البراءة بين مورد الحكم التكليفى و الوضعى و يكون جريانها فى ناحية عدم القيدية معينة لموضوع الحكم الوضعى و مع تعينه لا يبقى مجال لاستصحاب الحكم يعنى عدم حدوث الأثر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٤

.....

فإنه يقال لا تجرى البراءة فى نفى الشرط أو القيد للموضوع أو المتعلق الا فيما إذا كان الحكم المجعول واحدا و دار الأمر بين تعلقه بذات المطلق أو به مقيدا بقيد كما فى مسألة دوران الأمر بين الأمر بين الأقل و الأكثر الارتباطيين، و اما إذا كان الحكم انحلاليا كما فى المقام فلا- مورد للبراءة عن القيد لان ثبوت الحكم للأفراد الواجدة للقيد، محرز و الشك فى ثبوت حكم آخر للفرد الفاقد و مقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم له كما لا يخفى.

و ذكر السيد الخوئى (طال بقاءه) ان عدم الرجوع الى البراءة باعتبار انه ليست الشرطية أو المانعية غير أخذ الشىء الوجودى أو العدمى فى متعلق الأمر أو موضوع الحكم و ليس أخذ الشىء الوجودى أو العدمى فى نفسه تكليفا لتجرى البراءة عنه و ما يكون فى موارد الأقل و الأكثر الارتباطيين مجرى البراءة هو الوجوب المتعلق بالأكثر و لا يعارض بالوجوب المتعلق بالأقل، حيث ان أصله البراءة لا تعم موردا لا- يكون جريانها فيه امتنانا و جريانها فى ناحية الأقل خلاف التوسعة و لا يكون فى رفعه امتنان و من الظاهر انه لا تكليف

في المقام بل ثبوت الأثر للمعاطاة الفاقدة للشرط المحتمل غير محرز و الأصل عدمه.

أقول ليس لنا سبيل إلى ان مجرى البراءة لا بد من ان يكون تكليفا بل كل ما يكون قابلا للرفع و الوضع فالبراءة يرفعه و أخذ الشيء في متعلق التكليف فيه كلفه زائدة حيث يترتب عليه حكم العقل بلزوم رعايته في المأتي به فأصالة البراءة تجرى في ناحيته و لو مع عدم كونه تكليفا و الصحيح في توجيه أصالة الفساد في المعاملة ما ذكرنا فتأمل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٥

بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس (١).

و المراد بالصريح كما يظهر (٢)

(١) و تقريره ان الطلاق يعتبر في إنشائه الصيغة الخاصة فلا يكفي فيه مطلق اللفظ فضلا عن غير اللفظ و مع ذلك قد ورد ان إطلاق الأخرس يكون بالإشارة و لا يمكن حمل ذلك على صورة عدم تمكنه على التوكيل فان عدم التمكن عليه فرض نادر لا يمكن حمل الإطلاق عليه، و إذا جاز الإنشاء بالإشارة مع التمكن على التوكيل في الطلاق جاز في غيره قطعا.

أقول لا- يمكن استفادة عدم لزوم التوكيل في مطلق غير التمكن على مباشرة اللفظ من رواية طلاق الأخرس بل غاية الأمر ان يقال بجواز إشارة الأخرس في سائر العقود و الإيقاعات أيضا إلحاقا لها بالطلاق بالفحوى و اما إذا كان عدم التمكن لعدم المعرفة باللغة العربية مثلا- فلا- يمكن القول بجواز طلاق غير العارف بغير الصيغة المخصوصة ليتعدى منه إلى سائر العقود و الإيقاعات بل اللازم التوكيل أخذا بما دل على ان الطلاق لا يكون إلا بالصيغة الخاصة.

(٢) و خلاصة ما ذكره ان المراد بالصريح التعبير عن المعاملة بلفظ يكون ذلك اللفظ موضوعا لتلك المعاملة لغه و شرعا كما ان المراد بالكناية اللفظ الموضوع لمعنى يكون ذلك المعنى لازما لتلك المعاملة فيكون دلالة على اللازم بالوضع و على الملزوم أى تلك المعاملة بالقرينة كانت تلك القرينة جلية أو خفية و القول باعتبار الصراحة بهذا المعنى في العقود اللازمة و عدم كفاية الكناية كانت القرينة جلية أو خفية لا يساعد عليه الروايات المتفرقة في أبواب العقود و كلمات الأصحاب الناظرة إلى بيان صيغ مطلق البيع أو بعض افراده كبيع السلم و صيغ سائر العقود فان مقتضاهما الاكتفاء في الإنشاء بكل لفظ يكون ظاهرا في المعاملة المقصودة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٦

على انهما من الكنايات (١) و لكن هذا الوجه لا يجرى (٢)

سواء كان ظهوره فيها بالوضع أو بالقرينة.

و قد اختار ذلك جماعة من المتأخرين و حكوه عن جماعة أخرى و بما أن ملاحظة كلمات الفقهاء في أبواب العقود تقتضى بعدم اعتبار الصراحة بالمعنى المتقدم و مع ذلك اشتهر عنهم بعدم العبرة في المعاملات بالمجازات فقد جمع المحقق الثاني بين الأمرين بحمل المنع على المجازات البعيدة.

ثم ذكر (ره) ان الأحسن من هذا الجمع حمل المنع على ما إذا لم تكن القرينة الدالة على المقصود أو تعيينه لفظا فان مع عدم القرينة اللفظية يخرج المعاملة عن كون إنشائها و الدلالة عليها باللفظ.

(١) أى لا يباع و لا يوهب من الكنايات بالإضافة إلى الوقف فان من لوازم الوقف معنى أحكامه عدم جواز بيعه و هبته فيكون ذكرهما و ارادة الوقف من الكناية.

(٢) أى حمل المنع في كلماتهم على ما إذا لم تكن القرينة لفظية لا يمكن في جميع كلمات الأصحاب فإن العلامة ذكر في التذكرة عدم جواز البيع بمثل قوله أدخلته في ملكك بكذا مع ان كل ذلك من تمليك العين بعوض، و الدلالة عليه، تكون باللفظ، فان قوله

جعلته لك، دال على التمليك، و ذكر العوض بقوله بكذا، دال على كون التمليك بعنوان المعاوضة بين المالين، فتم الدال اللفظي على البيع.

أقول- بل الجمع المزبور في نفسه غير صحيح فإن رعاية القرينة الحالية مثلا في الدلالة، لا تخرج الدلالة على المعاملة و إنشائها عن كونها باللفظ، فلا حظ مثلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٧

دعوى ان العقود أسباب توقيفية (١)

من رأى بطلا شجاعا في الحمام و ذكر عند خروجه عنه، أن في الحمام أسدا، فإنه يصح القول بأنه أخبر و ذكر للناس وجود البطل في الحمام و الزائد على هذه الدلالة اللفظية، غير معتبر في إنشاء العقود حيث ان مع القرينة المزبورة، يكون إنشاء الملك و اعتباره باللفظ، بخلاف المعاطاة التي تكون فيها اعتبار الملك و إنشائه بالفعل.

نعم لا يكفي ذلك في مثل الطلاق لاعتبار الصيغة الخاصة فيه، لا لكون القرينة الحالية، بل لو كانت مقالية أيضا لا تكفي.

و الحاصل ان غاية ما يمكن الالتزام به هو اعتبار إنشاء المعاملة، في العقود اللازمة، باللفظ، و كون اللفظ المزبور دالا على تلك المعاملة بوجه معتبر، بحيث يكون له ظهور عرفي، كان بطور الحقيقة أو المجاز، و الكناية، و كانت القرينة الحالية، أو مقالية، و ذلك للزوم الأخذ بالإطلاق أو العموم في أدلة العقود في غير مورد اليقين بالتخصيص و التقييد، و هو ما إذا خلت المعاملة عن اللفظ رأسا بأن كان إنشائها بالفعل أو نحوه.

(١) و ملخص ما ذكر أنه لا- ينبغي الريب في عدم جعل الشارع سببا خاصا لكل معاملة يراد بها النقل و الانتقال، كالبيع و الإجارة، ليكون الحكم بكون شيء سببا لهما محتاجا الى ورود خطاب الشرع عليه.

نعم لا بد من رعاية تعبير الشارع عن المعاملة بلفظ خاص أو ألفاظ مخصوصة، بأن ينشأ تلك المعاملة، بذلك اللفظ، أو بتلك الألفاظ أو ما يرادفها لغة أو عرفا فان تعبير الشارع عنها بتلك الألفاظ مقتضاه ترتب الآثار على المدلول المنشأ بها، و إذا كان الإنشاء، بغير تلك الألفاظ و غير مرادفها و قصد المعنى الآخر، كلفظ الهبة بأن يكون قصد المريء منها في قولها للرجل وهبتك نفسي معنى التسليط مجانا، فيحكم بالفساد، باعتبار أنه لم يتحقق إنشاء النكاح الذي رتب الشرع عليه الآثار، و ان لم يقصد باللفظ الآخر إلا العنوان المقصود في الألفاظ الواردة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٨

شراه يشريه ملكه بالبيع (١).

و عنه أيضا كل من ترك (٢).

في خطاب الشرع، ففساده باعتبار دخول الفرض في الكناية التي لا اعتبار بها لخروجها عن الدلالة اللفظية.

أقول يلحق بدعوى ان العقود المؤثرة في النقل و الانتقال أسباب شرعية توقيفية، الالتزام برعاية التعبير عنها بالألفاظ الواردة في خطاب الشرع أو بمراد فاتها من سائر اللغات و ذلك فان اللازم ان يكون الكلام المستعمل دالا على العنوان المترتب عليه الأثر سواء كانت دلالته عليه بنحو تعدد الدال و المدلول أو المجاز أو الكناية و إذا قالت المرأة للرجل وهبتك نفسي و جعلتها منك منزلة الحواء من آدم كفي و لا يحتاج إلى الإتيان بما هو موضوع لعنوان النكاح لغة أو عرفا أو بما ورد التعبير في خطاب الشرع.

و ثانيا ان قول المرأة كما ذكر مع قصد الزوجية يكون من الكناية التي لا تكون خارجة عن الدلالة اللفظية و هو من قبيل التعبير عن الإجارة بيع المنفعة أو بيع سكنى الدار كما في بعض الروايات و المساواة في الدلالة بين الإجارة و بين البيع المضاف إلى المنفعة في

الصراحة و عدمها لا تكون دائرة مدار ورود اللفظ و التعبير فى كلام الشارع و عدم ورودهما كما لا يخفى.

- (١) بالتخفيف يعنى اشتراه و قوله باعه يعنى ملكه بالتشديد و مثل الشراء الاشارة فى كونه ايضا بمعنى ملكه بالبيع و باعه و قوله فهما يعنى الشراء و الاشارة ضدان يستعمل كل منهما فى فعل البائع و المشتري و مقتضى ذلك ان يكونا من الألفاظ المشتركة لفظا.
- (٢) و ظاهر الحكاية كون لفظ الاشارة مشتركا معنويا بين فعل البائع و المشتري أقول- يحتمل ان يكون لفظ الشراء ايضا كذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٠٩

و ما قيل من ان التملك يستعمل فى الهبة (١) إذ إرادة خصوص لفظ شريت من هذا بعيد جدا (٢).

[فرع لو أوقعا العقد بألفاظ المشتركة بين الإيجاب و القبول]

فرع لو أوقعا العقد (٣).

(١) و لعل القائل أراد ان لفظ التملك معناه الحقيقى هى الهبة فيكون استعماله فى البيع من إنشائه بالمجاز أو بما لا ظهور له فى البيع و الجواب ان التملك مشترك معنى بين البيع و غيره فان كان فى البين ذكر العوض للمال الذى تعلق به التملك بحيث كانت المعاوضة بين المالىن فهو بيع لا غير و ان لم يذكر العوض للمال المزبور فيكون ظاهرا فى الهبة و فى تملك المال مجانا سواء كان لنفس التملك عوض كما فى الهبة المعوضة أو لا و لو قال ملكت هذا بكذا و أراد به الهبة المشروطة أو المصالحة كانت صحتها مبتنية على جواز إنشاء العقد بالمجازات حيث ان تملك العين بالعوض هو البيع لا غير بخلاف ما إذا قال ملكت هذا على ان تملكنى كذا فإنه هبة معوضة بلا خلاف حيث ان التملك الآخر فى الهبة المعوضة عوض عن التملك الأول.

(٢) لأنه لو كان المراد خصوص لفظ شريت لكان الأنسب ان يقال إيجاب البيع بعت و ملكت و شريت.

(٣) ظاهره انه يثبت البيع و لكن لا يترتب على كل منهما اثر خصوص عنوان البائع و عنوان المشتري و لكن ليس فى المقام اثر خاص لكل منهما حتى يكون مورد نزاعهما من موارد التحالف.

نعم قد يكون للشراء اثر خاص كما إذا وقع البيع بين الثوب و الحيوان و ادعى من انتقل اليه الحيوان انه كان مشتريا له بالثوب لإنشاء صاحبه إيجاب بيعه بالثوب و ادعى من انتقل اليه الثوب انه اشترى الثوب بالحيوان بإنشاء صاحب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٠

[بعض ما يعتبر فى لفظ الصيغة]

[اعتبار العربية فى العقد]

اعتبار العربية فى العقد للتأسى (١).

و كذا اللحن فى الاعراب (٢).

الثوب إيجاب البيع، فليس فى البين خيار حيوان و على ذلك فيدخل الفرض فى مورد الدعوى و الإنكار حيث ان قول من انتقل اليه الثوب مطابق لأصالة اللزوم و قول صاحبه مخالف له.

(١) لا يخفى ان البيع و غيره من المعاملات التى وقعت مورد الإمضاء و سائر الأحكام أمور اعتبارية يعرفها أبناء الملل و سائر الأقوام و ليست أمورا توقيفية يقع فعل النبى أو الأئمة عليهم السلام مورد التأسى و اختيارهم العربية فى انشائاتهم باعتبار ان المعاملات كانت

من مراداتهم التي كان تفهيمها و تفهمها في عرفهم بالعربية و بالجمله مقتضى إطلاقات المعاملات و عموماتها عدم اعتبار شيء من العربية و الماضوية أو تقديم القبول و غير ذلك مما لا دخل له عند العقلاء في صدق العقد و عنوان المعاملة من البيع و الإجارة و النكاح و غير ذلك و اما ما قيل من عدم صحة البيع بغير الماضي من العربي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطرق اولى فلا يخفى ما فيه لأن إنشاء البيع و غيره بغير الماضي صحيح و صحته بغيره ايضا مقتضى الإطلاق و العموم و ثانيا ما الوجه في كون العربي غير الماضي أولى من غير العربي و مثل ذلك دعوى عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن على العربي.

(٢) إذا كان اللفظ ظاهرا في المعاملة المقصودة في عرف المتكلم سواء كان مع اللحن في الاعراب أو المادة أم لا بحيث يصدق معه في عرفه انه باع أو تزوج أو غير ذلك كفى في شمول الإطلاق أو العموم و على ذلك فما هو المتعارف عند أهل القرى و البوادي من تبديل حرف الى آخر في مقام التلفظ فيقولون بدل زوجتك جوزتك كفى في إنشاء المعاملة و لا يكون اللحن في الإيجاب أو القبول مع صدق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١١

[تقديم الإيجاب على القبول]

قوله ره مثل خبر ابان بن تغلب (١) و التحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت (٢)

عنوان المعاملة مانعا عن صحتها.

نعم فيما إذا اعتبرت صيغته خاصة كالطلاق فاللحن في المادة يوجب بطلانه باعتبار عدم حصول تلك الصيغة مع اللحن. (١) و في سنده إبراهيم بن فضل قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول إذا خلوت بها قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما و تسمى الأجر فإذا قالت نعم فقد رضيت و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها «١» و لكن ذكرنا في باب النكاح جواز إيجاب النكاح من كل من الرجل و المرأة فان كلا منهما يخرج به عن الفرد الى الزوج و عليه فقول الرجل للمرأة بما ذكر إنشاء للزوج و إظهار المرأة رضاها قبول من غير ان يكون من قبيل تقديم القبول على الإيجاب. نعم رواية سهل الساعدي من قبيل الاستيجاب و الإيجاب و لكن في جعل الاستيجاب قبولا في القضية المزبورة كلام يأتي الإشارة اليه. و الحاصل قد يكون المعاملة بنحو لا يمتاز فيها فعل أحد المتعاملين عن الآخر كما في المصالحة حيث انها التسالم الإنشائي على أمر من المتصالحين و في مثل ذلك يصح لكل منهما إنشاء المعاملة و إيجابها أولا و قد يكون فعل أحدهما ممتازا عن الآخر كما في الإجارة حيث ان فعل المورج تملك المنفعة بالعوض و هذا لا يصح إنشائه من المستأجر إلا و كاله أو فضولا و النكاح من قبيل الأول و البيع من قبيل الثاني و عليه فقول الرجل للمرأة أتزوجك إنشاء نكاح لا قبول مقدم.

(٢) تعرض (ره) في المقام لتقديم قبول البيع على إيجابه أولا

(١) وسائل باب (١٨) من أبواب النكاح المتعة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٢

.....

و لتقديم قبول سائر العقود على ايجاباتها ثانيا و ملخص ما ذكر ره في تقديم القبول انه لا يجوز تقديمه على إيجابه فيما إذا كان بلفظ قبلت أو رضيت أو بنحو الأمر و الاستيجاب و لكن لا بأس بالتقديم فيما إذا كان بلفظ ملكت بالتخفيف أو اشترت أو اتبعت و نحوها

و الوجه في ذلك انه يعتبر اشتغال قبول البيع على أمرين أحدهما الرضا بإيجاب البائع و الثاني تملك المشتري ماله من البائع عوضاً عن المبيع بمعنى إنشاء ملكيته مال البائع لنفسه جاعلاً ماله عوضاً عن المبيع.

و ان شئت قلت يكون إدخال المشتري مال البائع في ملكه أولاً كما هو مدلول اشترت و إخراج ماله عوضاً ثانياً كما هو مدلول قوله بكذا و هذا عكس إنشاء البائع فإنه يكون إخراج ماله أولاً كما هو مدلول قوله بعث و إدخال مال المشتري عوضاً ثانياً كما هو مدلول قوله بكذا ثم ان القبول بلفظ قبلت أو رضيت مع تأخيره عن الإيجاب يدل على الرضا بالإيجاب و على الإنشاء المزبور و لو بالالتزام و اما مع تقديمه على الإيجاب فلا دلالة له الا على الرضا بما يفعله البائع في المستقبل و اما الإنشاء فعلاً بأن ينشأ المشتري ملكية مال البائع لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه فلا دلالة له على ذلك حتى بالالتزام.

نعم إذا كان القبول بلفظ اشترت و اتبعت و ملكت و نحوها فمع تقديمها ايضاً يتحقق كلا الأمرين فإن القبول مع الألفاظ المزبورة ظاهر في الرضا بالإيجاب و في ان القابل قد أنشأ ملكية مال صاحبه لنفسه فعلاً جاعلاً ماله عوضاً عنه و الحاصل يكون مدلول مثل لفظ اشترت حتى مع تقديمه على الإيجاب قبولاً و ليس المراد ان اشترت متضمن لمعنى المطاوعة التي هي ملاك تحقق القبول حقيقة و المراد بالمطاوعة ان ينشأ الإنسان التزامه بما حصل من إيجاب الغير المعبر عن ذلك بقبول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٣

.....

الأثر و اشترت أو نحوه من الألفاظ لا يتضمن هذه المطاوعة إلا مع تأخيره عن الإيجاب و لذا يقال الأصل في القبول لفظ قبلت و غيره بدل بل المراد انه لا دليل على اعتبار المطاوعة في تحقق قبول البيع فان المعبر في صدق الشراء إنشاء الملكية على ما تقدم مع إظهار الرضا بالإيجاب فتكون النتيجة جواز تقديم القبول بمثل اشترت.

و مما ذكر ظهر عدم جواز تقديم القبول بالاستيجاب و الأمر بل لا بد من قبول البيع بعد تحقق الإيجاب حيث ان الأمر و الاستيجاب يدلان على الرضا ببيع البائع و اما إنشاء الملكية فهو خارج عن مدلولها و الاستدلال على جواز قبول البيع بهما بفحوى ما ورد في النكاح من رواية السهل الساعدي و خبر ابان بن تغلب ضعيف لان جواز التقديم في الأصل يعني النكاح غير ثابت حيث ان رواية سهل لا دلالة لها على اكتفاء السهل في قبول النكاح باستيجابه السابق بل من المحتمل انه قد قبل الإيجاب بعد قول رسول الله (ص) زوجته بما تحسن من القرآن فعلمها إياه.

و يؤيد هذا الاحتمال وقوع الفصل الطويل بين الاستيجاب و الإيجاب بما جرى بينه و بين رسول الله (ص) من أخذ ورد و خبر ابان قاصر الدلالة على جواز التقديم من حيث دلالته على جواز إيجاب النكاح بقول المرأة نعم مع ان المعروف بينهم من ألفاظ النكاح أنكحت و زوجت و تمت.

ثم على تقدير ثبوت الجواز في الأصل يعني النكاح يكون التعدى إلى البيع بالأولية ممنوعاً فإنه يمكن ان يكون تجويز قبول النكاح بالاستيجاب للتوسعة فإن الإيجاب فيه يكون من المرأة و ربما حياؤها يمنعها عن البدء بالإيجاب أو لا فشرع فيه تقديم القبول بالأمر و الاستيجاب و لذا بعض العامة مع تجويزهم ذلك في النكاح منعه في البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٤

فكل من رضيت و اشترت بالنسبة إلى إفادة نقل المال (١) ثم ان ما ذكرنا جار في كل قبول (٢)

(١) يعني لفظ رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء الملكية بل يدل على المطاوعة أي الرضا بما يفعله البائع و لفظ اشترت مع التقديم يدل على إنشاء الملكية دون المطاوعة.

أقول: دلالة لفظ اشترت على المطاوعة بمعنى الرضا بفعل البائع متحققه التزاما حتى في صورة تقديمه و انما لا يكون فيه المطاوعة بمعنى إنشاء الالتزام بقبول الأثر و هذه المطاوعة لا تكون في لفظ رضيت ايضا مع تقديمه و لذا قيل ان القبول حقيقة لا يمكن ان يتقدم على الإيجاب و يأتي منه (ره) عدم جواز تقديم قبول الرهن على إيجابه لاعتبار المطاوعة في قبوله.

(٢) و هذا تعرض لجواز تقديم القبول على الإيجاب في سائر العقود و حاصله انه لو كان القبول المعتبر في العقد مثل قبول البيع في اعتبار دلالة على الرضا بالإيجاب و تضمنه لإنشاء مغاير لإنشاء الموجب كما في قبول الإجارة بلفظ تملك المنفعة لجاز فيه التقديم و لو قال المستأجر ملكت أو تملك المنفعة الفلانية بالأجرة الكذائية و قال الموجر بعد ذلك ملكتها بها و نحو ذلك كفى، و يجوز ايضا تقديمه على الإيجاب في كل عقد لا يعتبر في قبوله الا الرضا بالإيجاب كما في قبول الرهن و القرض و الهبة و الوكالة و العارية و نحوها الا ان الظاهر عدم كفاية القبول في الرهن و القرض و الهبة كذلك بل يعتبر في قبولها المطاوعة بمعنى إنشاء الالتزام بالأثر حتى يصدق معه عنوان الارتهان أو الاقتراض أو الاتهاب و قد تقدم آنفا ان تحقق المطاوعة يكون بتأخر القبول فقط.

و الحاصل لا يجوز تقديم القبول فيها كما لا يجوز تقديمه في العقد الذي لا يختلف فيه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٥

.....

إنشاء الموجب و القابل كالمصالحة التي تتضمن المعاوضة بين المالين، فإنه يمكن إنشاء هذه المصالحة من كل منها بقوله صالحت مالي بمالك و حيث ان المصالحة من العقود و لا تكون بإيجابين بل بالإيجاب و القبول فلا بد من صدور القبول من أحدهما و بما ان قبلت أو رضيت مع تقدمها على الإيجاب لا يدلان الا على الرضا بالإيجاب دون إنشاء المعاوضة فلا بد من تأخيرهما عن الإيجاب ليتم دلالتهما على الأمرين معا و هذه بخلاف المصالحة على ملك المال مجانا أو على الإبراء فإن الإيجاب فيها يكون من مالك المال و المبرء بالكسر.

فقد تحصل من جميع ما ذكر جواز تقديم القبول على الإيجاب في موردين أحدهما- ما يكون القبول فيه حتى مع تقديمه دالا على الرضا بالإيجاب و على الإنشاء المغاير لإنشاء الموجب الثاني- ما لا- يعتبر في قبوله إلا الدلالة على الرضا بالإيجاب و انه لا يجوز تقديمه فيما إذا لم يكن إنشاء القابل مغايرا لإنشاء الموجب كالمصالحة في المالين كما لا يجوز في عقد يكون المعتبر فيه حصول المطاوعة في قبوله بمعنى إنشاء الالتزام بأثر الإيجاب كما في الرهن و الهبة و القرض.

هذا ملخص كلامه (ره) في المقام و فيه موارد للنظر منها ما ذكره من اعتبار المطاوعة بمعنى الانفعال و إنشاء الالتزام بالأثر في قبول القرض و الهبة و الرهن فاني لا- أظنه ره أو غيره بالالتزام بعدم كفاية قبول القابل إذا قال للواهب تملك مالك مجانا و قال الواهب بعد ذلك وهبتك إياه أو ملكتك إياه و كذا الحال في القرض بان قال المقترض تملك منك مائة دينار مع الضمان و قال المقرض خذها أو قال المرتهن أخذت مالك الفلاني رهنا على دينك و قال الراهن أرهنت و منها ما ذكره (ره) من ان قبلت و رضيت لا دلالة لهما على الإنشاء مع تقدمهما على الإيجاب و الوجه في النظر انه لو قال المشتري قبلت هذا الثوب بدينارين مثلا و قال البائع بعد ذلك قد بعته بهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٦

و منه الفورية في استتابة المرتد (١) و منه السكوت في أثناء الأذان (٢) و منه تحريم المأمومين في الجمعة (٣) و منه الموالاتة في التعريف (٤)

فقد تم البيع لان لكل من قبلت و رضيت حتى مع تقديمه على الإيجاب دلالة على الإنشاء المعتبر في القبول مع ذكر المالين بنحو ما

ذكروا ثالثاً لا يبعد ان لا يعتبر في تحقق عنوان المعاملات إلا إنشاء الرضا بها قبل الإيجاب أو بعده.

و الحاصل ان المعتبر في حصول عنوان العقد هو إنشاء الرضا بالإيجاب:

و المحصل من جميع ما ذكرنا ان المتبع في المعاملات هو الإطلاق أو العموم في أدلة إمضاءها من غير فرق بين تقدم قبولها على إيجابها أو تأخره عنه و دعوى الانصراف الى الثاني يدفعها تتبع المعاملات العرفية و انه لا دخل في صدق عناوينها كيفية إنشائها من جهة تقديم الإيجاب أو تأخره.

(١) أى من اعتبار الاتصال وجوب الفورية في توبة المرتد حيث يجب عليه المبادرة إليه بعد طلب التوبة منها و قيل عليه الإجابة إلى ثلاثة أيام.

(٢) أى من اعتبار الاتصال السكوت الحاصل في أثناء الأذان فاللزام أن يكون قليلاً فان كان كثيراً أبطله.

(٣) يعنى من اعتبار الاتصال لزوم دخول المأمومين في صلاة الجمعة قبل ركوع الإمام.

(٤) يعنى من اعتبار الاتصال لزوم الموالاة في تعريف اللقطة بأن تعرف على نحو لا ينسى في كل مرة أنه تكرر للتعريف السابق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٧

و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم (١) سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظاً (٢) و غاية ما يمكن في توجيهه (٣)

(١) أقول لا فرق بين عنوان العقد و عنوانى البيع و التجارة و غيرهما فان المعاملات مركبات اعتبارية لها صور اتصالية عند العقلاء فان لم يصدق عنوان العقد مع الفصل الطويل لا يصدق عنوان البيع ايضاً.

هذا أولاً- و ثانياً ان الموالاة بالمعنى المزبور لا- اعتبار بها حتى في صدق عنوان العقد بل لو كان الإيجاب السابق بحيث له بقاء في الاعتبار يتم مع قبوله عنوان العقد و يظهر ذلك بملاحظة المعاملات الجارية بين العقلاء من الأقوام و الملل بالكتابة و المخابرة أو حتى بإيصال المال فإن إيصال المال بقصد تملكه بالعوض إلى الآخر في بلد آخر إيجاب و ليس الإيجاب هو الإيصال إلى زمان الوصول كما ذكر النائي (ره) و ادعى ان الإيجاب هو أمر واحد مستمر الى حين القبض الذي يعتبر قبولاً و ذلك فإن الإيصال بحدوثه بقصد التمليك بالعوض إيجاب و قبض الآخر قبول و يشهد لذلك مراجعة بناء العقلاء نعم رد الإيجاب و إلغائه يجعله في اعتبار العقلاء بحيث لا يلتزم مع القبول بعد ذلك.

(٢) كما إذا كان به تمام اللفظ كالأعراب و مدخول الأعراب و مدخول الحروف و نحوها و الارتباط بالكلام معنى كونه من متممات المعنى كالظرف في الكلام أو سائر العقود.

(٣) ظاهر الروايات هو استتابة المرتد إلى ثلاثة أيام فإن تاب الى تمامها فهو و الا يقتل و الحاصل ان التوبة و ان تكون واجبة بعد الاستتابة الا انه لا باعتبار الموالاة بينها و بين التوبة بل باعتبار ان الإسلام في كل زمان مطلوب حتى حال الاستتابة و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٨

و لعل هذا موهن آخر (١)

قبلها كما لا يخفى، و كذلك يجب على المأمومين في صلاة الجمعة التكبيرة قبل ركوع الامام لا باعتبار الموالاة بينها و بين تكبيرة الإمام بل باعتبار انه لا يكون إدراك الصلاة إلا بذلك و لذا لو كبر الامام و المأمومين دفعة واحدة كفى.

(١) الموهن الأول ما تقدم آنفاً من انه لا دلالة فيها على اقتصار الرجل في قبوله النكاح باستدعائه و وجه عدم الدلالة عدم ورودها في مقام بيان كيفية عقد النكاح بل حكاية قضية شخصية لبيان جواز جعل تعليم القرآن مهراً.

و الموهن الثاني لزوم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

و لكن لا- يخفى ما فيه فان قبول الإيجاب ليس استدعائه الأول ليقال بتخلل الفصل الطويل بينه و بين إيجاب النكاح بل انه قد كرر استدعاء بعد نداء رسول الله (ص) ثانيا و ثالثا و قد سئل رسول الله (ص) في الثالثة عن عرفانه القراءة في الفحص عما عنده مما يمكن جعله مهرا فأجاب الرجل بنعم الذى يمكن جعله فى أمثال المقام قبولا من غير تخلل بين الإيجاب و القبول بالأجنبي أو غيره و على تقدير كون القبول هو استدعائه الأخير فلا فصل بين الإيجاب و القبول بالأجنبي فلاحظ الحديث «١».

و ذكر النائيني (ره) وجها آخر لاعتبار الموالاته بين إيجاب العقد و قبوله و هو ان العقد فى حقيقته خلع و لبس و ان الموجب كأنه يخلع ثوب سلطانه على المال مثلا- و يلبسه القابل و مع تحقق الفصل يتحقق الخلع دون اللبس: و فيه ان العقد ليس بذلك و الشاهد ملاحظه العقود حتى التمليكيه كبيع الكلى بالذمه فضلا عن مثل عقد النكاح أو المضاربه و الوكالة و نحوها و ثانيا على تقدير كون العقد فى حقيقته ما ذكر فيكفى فى تحقق اللبس بقاء الخلع و عدم إلغائه و مع حصول اللبس

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (٣) من المهور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١١٩

[التنجز فى العقد]

بان لا يكون معلقا على شىء بأداء الشرط (١)

فى أى زمان يتحقق المجموع.

و الحاصل يعتبر فى حصول القبول بقاء الإيجاب و عدم الغايه فى اعتبار العقلاء الى حصول القبول و عليه فإذا شك فى بقاءه و عدمه فى اعتبارهم يحكم بالبطلان لان التمسك فيه بعموم الوفاء بالعقد بل بإطلاق حل البيع و نحوه كما ذكر يكون من التمسك بالعام أو المطلق فى الشبهه فى المصداق.

(١) المراد بال تعليق ان يكون مفاد العقد مساويا للقضية الشرطية التى يجعل فيها المنشأ جزاء و المعلق عليه لذلك المنشأ شرطا سواء كان فى البين تصريح بتلك القضية الشرطية كقوله إذا كان يوم الجمعة أنت و كيلي فى بيع دارى أم لا كقوله أنت و كيلي يوم الجمعة فى بيع دارى فإن يوم الجمعة بحسب الظهور العرفى قيد لنفس الوكالة المنشأه و بذلك يفترق عن قوله أنت و كيلي و لا تبع الا يوم الجمعة فإن يوم الجمعة فى هذا بحسب الظهور قيد لمتعلق الوكالة يعنى بيع الدار لا- لنفس الوكالة فىكون الفرق بينه و بين سابقه كالفرق بين الواجب المشروط و المعلق فالقيد فى الأول نظير ما فى الواجب المشروط قيد لمضمون الجزاء يعنى الحكم و فى الثانى قيد للمتعلق.

و لا يخفى ان الشرط فى المعاملات المحكوم بجوازه ليس بمعنى تعليق العقد عليه بل هو إلزام و التزام آخر زائد على أصل العقد فلا يكون مثل قوله بعث هذا بكذا على ان تخطى لى هذا الثوب بمعنى تعليق البيع المزبور على الخياطة بل شرطها التزام الطرف بخياطته زائدا على أصل البيع و توضيحه موكول الى باب الشروط.

و كيف كان فقد يظهر من العلامة و الشهيد قدس سرهما ان الوجه فى اشتراط التنجز فى العقود و كون التعليق فيها مبطلا هو اعتبار الجزم فيها و معناه مقابل التردد بان يكون العاقد. عالما بحصول المنشأ فى نظره و إذا قال ان جاء ولدى من سفره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٠

ان قلت فعلى هذا يبطل قوله فى صورة إنكار التوكيل (١) هذا تعليق على واقع إلخ (٢)

هذا اليوم فقد بعتهك هذا المال بكذا فلو سئل القائل المزبور عن حصول الملكية للطرف في نظره و بحسب إنشاءه فيجيب بلا أدري و هذا التردد مانع عن صحة العقد.

و لا- يخفى انه لو كان وجه الاعتبار ما ذكر فلازمه عدم البأس بالتعليق فيما إذا كان المعلق عليه وصفا الى ما يكون حصوله و لو في المستقبل محرزا إذا مع الإحراز لا يكون للعاقدة ترديد و اعتذار الشهيد ره بأن العبرة في فساد العقد بجنس الشرط حيث ان جنس الشرط في معرض عدم الحصول و لا عبرة ببعض أنواعه كما ترى.

(١) يعنى لازم ما ذكر من اعتبار الجزم و عدم جواز التعليق ان لا يصح قول البائع للمشتري ان كان المتاع لى فقد بعته بكذا كما إذا اشترى المشتري المزبور المتاع من قبل بضمن بدمته و ادعى على الآخر انه اشتراه له و كالة فالمتاع له و الثمن على عهدته فأنكر الآخر الوكالة و قال للوكيل المزبور ان كان المتاع لى فقد بعتهك بمثل الثمن المزبور حيث ذكر جماعة ان بيع الموكل المزبور بهذا النحو طريق الاحتياط ليكون المال ملكا واقعا للوكيل المزبور، فيثبت الثمن بدمته و كذا فيما إذا زوج شخص امرأة بدعوى الوكالة منه فأنكر الزوج الوكالة أو ادعت المرأة انها زوجة له فأنكر الزوج فان طريق الاحتياط في أمثال المقام على ما ذكروا هو الطلاق بقوله ان كان زوجتى فهى طالق.

و على ما ذكر من اعتبار الجزم لا يصح هذا الاحتياط.

(٢) و بعبارة أخرى التعليق انما يكون مانعا فيما إذا أمكن إطلاق العقد و تنجيذه و اما إذا كان بحيث لا يمكن جعله منجزا مع دخالة المعلق عليه في ذلك و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢١

و تفصيل الكلام ان المعلق عليه (١)

عدم تماميته بدونه فلا بأس بالتعليق عليه.

لا يقال على ذلك فيصح ان ملكت المال الفلاني فقد بعته منك بكذا أو ان تزوجت بالمرأة الفلانية فهى طالق.

فإنه يقال هذا غير صحيح لعدم الاضطرار إلى إنشاء البيع قبل تملك المال أو الطلاق قبل التزويج هذا مع النص الوارد في عدم الطلاق قبل الزواج و عدم البيع الا بعد الملك و هكذا.

(١) ذكر (ره) للتعليق صوراً ثمانية فإن المعلق عليه اما ان يكون امرا حالياً أو استقبالياً و كل منهما اما محرز حصوله أو محتمل و كل من هذه الأربعة اما ان يتوقف صحة العقد و تمامية على حصوله أو لا و يستفاد من كلامه (ره) الحكم بالصحة.

في خمس صور منها و البطلان في ثلث فإنه ان كان المعلق عليه امرا حالياً محرزا حصوله فلا- بأس بالتعليق عليه سواء كانت صحة العقد موقوفة على حصوله أم لا بل لا تعليق حقيقة مع إحراز حصول المعلق عليه عند الإنشاء و إذا كان المعلق عليه امرا استقبالياً محرزا حصوله فان كان حصوله الاستقبالي دخيلاً في صحة العقد و تماميته كقبض الثمن في المجلس في بيع السلم فلا بأس به كما تقدم عن الشهيد و يأتي في فحوى كلام الشيخ من المبسوط في مسألة ان كان لى فقد بعته.

و ان لم يكن الأمر الاستقبالي المحرز حصوله دخيلاً- في صحة العقد و يعبر عنه بالوصف فالتعليق عليه مبطل بالإجماع و ان كان المعلق عليه مشكوك الحصول و لم تكن صحة العقد موقوفة عليه فالتعليق عليه مبطل سواء كان امرا حالياً أو استقبالياً بل هذا هو المتيقن من صور التعليق المبطل و ان كان المشكوك حصوله مما يتوقف عليه صحة العقد امرا حالياً أو استقبالياً فالظاهر من كلام الشيخ (ره) في مسألة ان كان لى فقد بعته عدم البأس به فهذه هي الصور الثمانية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٢

و التقدير ان مات مورثي (١) لأنه انما يصح بيع هذه الجارية من الموكل (٢) و هذا لوجه و ان لم ينهض لدفع محذور التعليق (٣)

(١) ليس المراد ان مات مورثي مستقبلا ليكون من قبيل ان تملك المال الفلاني فقد بعته منك بكذا أولوا زوجت فلانة فهي طالق بل المراد ان كان مورثي ميتا بالفعل فقد بع المال وهذا من التعليق الذي ذكر الشهيد (ره) عدم البأس به باعتبار توقف صحة العقد عليه و سيأتي جوازه في كلام الشيخ (ره) أيضا في مسألة ان كان لي فقد بعته، و لا يخفى ان هذا التعليق انما يتصور فيما إذا لم يقع البيع من الوارث بعنوان الفضولي أو نظير بيع الغاصب حيث يرى نفسه في بنائه مالكا و الا- لم يكن في البيع تعليق معنى كما انه لا تعليق فيه لفظا.

(٢) فرض المسألة ما إذا اشترى جارية بمال على الذمة و ادعى على آخر انه كان وكيلا عنه في شرائها فالجارية له و الثمن على عهده فأنكر الآخر الوكالة و قال لمدعيها ان كانت الجارية لي فقد بعته منك بمثل الثمن المزبور فهذا التعليق لا بأس به لأنه انما يصح بيع ذلك الآخر تلك الجارية من الوكيل على تقدير كونه مالكا لها بان كان قد اذن للوكيل المزبور في الشراء له و هو فرض صحة دعوى الوكالة.

(٣) و بتعبير آخر مدلول عقد البيع مثلا جعل ملكية البيع للمشتري بإزاء الثمن و هذا المدلول كما لا يكون معلقا على تسليم الثمن أو المثل كذالك لا- يكون معلقا على كون البائع مالكا بل حكم الشارع بالملكية و إمضائه المزبور معلق على ذلك و هذا الإمضاء و الحكم بالملكية أمر خارج عن فعل العاقد و مترتب عليه ترتب الحكم على موضوعه فيكون النتيجة أن مدلول العقد لا يكون فيه تعليق واقعا و ما فيه التعليق ليس من كلام المتكلم أصلا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٣

و العمدة في المسألة هو الإجماع (١) و ربما يتوهم ان الوجه في اعتبار التنجيز (٢) و ما قيل من ان ظاهر (٣)

(١) إحراز كون الإجماع تعديلا لا مدرسيا مشكلا جدا فان مع ذكر الوجوه المذكورة في عدم جواز التعليق و عدم تماميتها عندنا لا يمكن الاطمئنان بان المدرك لاتفاقهم كان امرا آخر لم يصل إلينا و لو وصل لكان تاما عندنا ايضا و لكن يمكن دعوى انصراف أدلة المعاملات عن التعليق في الصور الثلاث المتقدمة فالحكم فيها بالبطان لقصور دليل الإمضاء لا لمانع خارجي و لذا لا يصح البيع بتملك الشيء للآخر مستقبلا حتى فيما كان الجعل بنحو الواجب المعلق حيث ان تملك العين موقتا غير معهود عند العقلاء بخلاف تملك المنفعة كما لا يخفى مع انه لا يبعد ان يكون تعليق البيع على مثل مجيء الولد حالا أو استقبالا موجبا لكون البيع غريبا و لكن هذا لا يجري في جميع العقود فضلا عن الإيقاعات.

(٢) ربما يستدل على بطلان التعليق في العقود بما اشتهر بان الإنشاء غير قابل للتعليق و أجاب المصنف (ره) بما حاصله انه ان أريد بالإنشاء نفس الاعتبار و الجعل الذي يكون مدلول الهيئة في قول البائع بع أو ملكت المال بكذا فإنه و ان لا يتصور التعليق فيه بان لا يكون للقول المزبور مدلول الأعلى تقدير حصول المعلق عليه و لكن لا كلام في المقام في التعليق المزبور بل الكلام في تعليق المعتبر و المنشأ أي الملكية في المثال بان يكون المجعول الملكية على تقدير و هذا واقع عند العرف و العقلاء فيقع البحث في وجه عدم جوازه و كونه موجبا لبطلان العقد.

(٣) يعني ان يكون العقد بحيث يترتب عليه وجوب الوفاء بعد تماميته و إذا كان في البين تعليق، يتخلل بين العقد و وجوب الوفاء به، انتظار حصول المعلق عليه و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٤

.....

أجاب (ره) عن ذلك بوجوه: أولاً- عدم انحصار دليل صحة البيع مثلاً بآية وجوب الوفاء بالعقود حتى لا يمكن التمسك بها في صورة تعليق العقد بل يمكن الأخذ في الحكم بصحة البيع على وجه التعليق بآية أحل الله البيع أو حديث الناس مسلطون على أموالهم. لا- يقال كما أن ما دل على ترتب وجوب الوفاء على العقد مقتضاه عدم التخلل بين العقد ووجوب الوفاء به كذلك آية حل البيع مقتضاها عدم الفصل بين البيع و حليته و نفوذه و كذا الأمر في حديث السلطنة.

فإنه يقال الظاهر من البيع معناه الاسم المصدرى كما ذكرنا سابقاً ومعناه كذلك لا يتم إلا بعد حصول المعلق عليه فلا يتخلل بين تمام المعنى الاسم المصدرى و نفوذه فصل هذا على تقدير كون المراد من الحلية الوضع و على تقدير كونها تكليفاً فالأمر أوضح فإن الحلية التكليفية ترخيص في إيجاد البيع أو في التصرفات المترتبة عليه فتكون ثابتة للبيع قبل إنشائه لا ثابتة له على تقدير إنشائه كما في دليل وجوب الوفاء بالعقد حيث آية وجوب الوفاء بالعقد لا يقتضى وجوب نفس البيع و العقد بل مقتضاه وجوب الوفاء به على تقدير حصوله بخلاف أحل الله البيع فإنها ترخيص في نفس البيع و في التصرفات المترتبة عليه.

و مما ذكرنا يظهر الحال في حديث السلطنة، نعم ذكرنا سابقاً أنه لا يمكن التمسك بحديث السلطنة إلا في مورد الشك في ولاية المالك على التصرف المشروع في نفسه لا في مورد الشك في مشروعية نفس التصرف كما في المقام لان الكلام في مشروعية تعليق العقد و عدمها.

و ثانياً بان المستفاد من آية وجوب الوفاء هو الالتزام بمدلول العقد عملاً فان كان مدلوله الملك المطلق فيكون الوفاء به هو الالتزام بالملك مطلقاً و ان كان معلقاً

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٥

نعم ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة (١)

فيكون الوفاء به بالالتزام بالملك موقوفاً.

و بالجملة فلزوم الوفاء بالعقد نظير وجوب الوفاء بالعهد الذى يكون مطلقاً و معلقاً.

و أجاب ثالثاً بان تخلف وجوب الوفاء عن تمام العقد قد وقع في موارد كالوقف و الهبة فإن الملكية فيهما مشروط بحصول القبض بل كالبيع في الصرف و السلم قبل حصول القبض في المجلس و كالبيع في مورد ثبوت خيار المجلس فليكن مورد التعليق منها. و رابعاً ان الدليل المزبور لا يمنع عن تعليق الإيجاب بحصول القبول بعده لان مع هذا التعليق لا يلزم تخلل الفصل بين تمام العقد و وجوب الوفاء به حيث ان القبول جزء العقد لا أمر خارج عنه.

و خامساً بان الدليل المزبور لا- يجرى في موارد التعليق على أمر حالى لم يحرز حصوله فإنه لو كان حصول للمعلق عليه في هذه الموارد فبتمام العقد يترتب عليه وجوب الوفاء به و بتعبير آخر يكون وجوب الوفاء في تلك الموارد مراعى بانكشاف الحال لا موقوفاً على حصول أمر بعد ذلك.

و سادساً بان الدليل المزبور لا- يجرى في الموارد التى ثبت فيها عدم ترتب الوفاء على العقد كالوصية التملكية فإن الملك فيها للموصى له يحصل بعد موت الموصى فلا مانع في تعليق الوصية على أمر آخر ايضاً غير موت الموصى.

(١) يعنى ما يكون معتبراً في صحة العقد شرعاً كملكية المبيع للبائع فإنها شرط في انتقاله إلى المشتري فالعلم بانتفاء ذلك فضلاً عن التردد فيه لا يكون موجبا لانتفاء قصد الإنشاء أو التعليق في العقد و ما يكون- دخيلاً في تحقق عنوان المعاملة حتى مع الإغماض عن حكم الشارع بصحتها بحيث لا يكون للعنوان المزبور تحقق عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٦

الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه (١)

العرف بلا- حصوله كما في الزوجية بالإضافة إلى الطلاق فإنه لا يكون لعنوان الطلاق خارجية إلا في مورد ثبوت علقه الزوجية و كالعق فإنه لا يتحقق إلا في مورد الرقية- ففي مثل ذلك لا يمكن الإنشاء يعني قصد الطلاق أو العتق مثلا بدون إحراز الزوجية أو الرقية الأعلى وجه التقدير و التعليق و لو قيل بعدم جواز التعليق حتى في مثل هذه الموارد فلا بد من الطلاق أو العتق منجزا. و لكن يظهر من الشهيد (ره) في القواعد ان العقد حتى بصورة التنجيز مع عدم الجزم باطل و قد ذكر انه لو تزوج بامرأة يشك في كونها محرمة عليه فظهر حلها فالنكاح باطل لعدم الجزم حال العقد ثم أردف على ذلك الإيقاعات كما لو خالع امرأة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها أو ولي نائب الإمام قاضيا لا يعلم أهليته فظهر أهلا فلا يثبت الطلاق أو الولاية على القضاء باعتبار عدم الجزم بهما حال إيقاعها.

و هذا بخلاف مسألة بيع الوارث المال لظن حياة مورثه فإنه صحيح فيما لو ظهر موت المورث و ذلك فان قصد التمليك من الوارث حاصل جزما كان هو المالك أو مورثه غاية الأمر يكون التمليك في الثاني فضوليا و تكون صحته فعلا على تقدير موت المورث و نظير هذا البيع تزويج أمه أبيه من آخر فظهر موت أبيه حال تزويجها فان قصد و الجزم بالنكاح حاصل غاية الأمر يكون النكاح على تقدير حياة أبيه فضوليا.

(١) المراد من طرفي الطلاق تزويج امرأة يشك في أنها محرمة عليه فبان حلها و تولية نائب الإمام عليه السلام قاضيا لا يعلم أهليته للقضاء فبان أهلا و الوجه في الفرق بينهما و بين الطلاق ان عنوان الطلاق لا يحصل الا مع الزوجية كما مر بخلاف النكاح فان عدم كون المرأة محرمة عليه شرط شرعي في النكاح كما ان عدالة القاضي مثلا شرط شرعي لتولي منصب القضاء فيمكن إنشائهما مع الجزم و بلا تعليق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٧

[اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول]

إشارة

فلو اختلفا في المضمون بأن أوجب البيع على وجه خاص (١)

(أقول) بل لا- فرق بينهما و بين بيع مال مورثه لظنه حياته فبان ميتا و حكم الشهيد (ره) ببطلانهما و بصحة بيع مال المورث لا يمكن المساعدة عليه.

(١) اختلاف الإيجاب و القبول في المضمون اما بالاختلاف في المالك كما إذا قال البائع بعتك هذا المال بكذا و قال غير المخاطب قبلت و اما بالاختلاف في العوضين كما إذا قال بعتك هذا المال بدينار فقال قبلت بعشرة دراهم و اما بالاختلاف في الشرط في المعاملة كما إذا قال بعتك هذا بكذا على ان تخطي لي هذا الثوب فقال قبلت بلا شرط و الاختلاف في كل مورد من الموارد الثلاثة موجب لعدم حصول عنوان البيع و المعاهدة فما ذكر من اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول لا يكون لدليل خارج عن عموم الوفاء بالعقد و إطلاق حل البيع كما لا يخفى.

نعم بما أن معاملة الوكيل منسوبة إلى موكله فاختلف الإيجاب و القبول بخطاب الوكيل و الموكل لا يضر كما إذا قال خطابا للوكيل بما هو وكيل بعتك هذا المال بكذا و قال قبلت لموكل أو قال للموكل بعتك هذا المال بكذا و قال وكيله قبلت نعم إذا قال قبلت

لنفسى لم يصح لأن مع كون الثمن كلياً كما هو المفروض يختلف الأغراض و ربما يرضى مالك المبيع بتملك عوض ماله بدمه شخص و يقدم على المعاملة معه و لا- يرضى بتملكه على عهده الآخر و على ذلك فلا يكون تملك ماله لأحد بإزاء مال بدمته و قبول شخص آخر بمثل ذلك العوض بيعاً.

نعم إذا كان العوضان عيين خارجيين فالمبادلة بينهما مقتضاها دخول أحدهما فى ملك من تخرج عن ملكه الأخرى فلا يضر الخطأ فى تشخيص مالتهما بان قال لأحد بعتك هذا المال بذلك زاعماً انه مالك العوض قال مالكه الأصلى قبلت فلا يضر الخطأ المزبور بتمام المعاملة و صدق البيع.

و مما ذكرنا فى المقام يظهر انه لو قال بعت هذا المال بكذا بشرط ان ترتكب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٨

.....

الحرام الفلانى قال المشتري قبلت بلا شرط فلا يصح البيع نعم إذا تم البيع بإنشائه الرضا بالإيجاب المزبور يكون الشرط المزبور ملغى حيث انه لا يجب الوفاء و لا يجوز الحرام باشرطه فى المعاملة.

و ذكر السيد النحوى طال بقاءه ان أصل الشرط خارج عن أصل المعاملة و لو قال بعتك هذا المال بكذا بشرط ان تخط لى الثوب و قال المشتري قبلت بلا شرط تم الالتزام البيعى فيصح البيع فيما إذا رفع البائع يده عن شرطه و فيه ان البائع لو مات قبل إلغاء شرطه أو إقراره فلازم ما ذكر من خروج الشرط عن أصل المعاملة هو الحكم بدخول المبيع فى ملك المشتري غاية الأمر يقوم ورثه البائع مقامه فى فسخ المعاملة أو إلغاء الشرط و لا أظن الالتزام منه أو من غيره بذلك.

و ذلك فان اشتراط البائع الخياطة على المشتري معناه تعليق إيجاب البيع على التزام المشتري بحال العقد بخياطته الثوب المزبور و ليس المراد ان الخياطة خارجة عن المعلق عليه فى إيجاب البائع ليكون اشتراطها من تعليق العقد الموجب لبطلانه بل المراد ان المعلق عليه لإيجاب البائع هو الالتزام الخارجى حال العقد بخياطة الثوب و لذا ربما يصرح البائع بأنك ان لم تلتزم بالخياطة فلا أبيعك المال نعم الخياطة خارجة وفاء بالمعاملة المزبورة و إذا لم تتحقق هذا الوفاء من المشتري لا يجب الوفاء على البائع أيضاً لكون وجوبه حقا و يثبت له خيار الفسخ و التفصيل فى باب الشروط إنشاء الله تعالى.

و على ذلك فلو قال البائع بعتك هذا المال على ان تخط لى هذا لثوب فقال قبلت بلا شرط لم يتم البيع باعتبار ان إنشاء ملكية المبيع معلق على أمر لم يحصل بالقبول المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٢٩

و لو قال لاثنين بعتكما العبد بكذا (١)

(١) و لو قال لاثنين بعتكما هذه العين بألف و قبل أحدهما بيع نصفها بخمسائة و لم يقبل الآخر بيع النصف الآخر يكون البيع فى النصف غير تام أيضاً باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب و القبول و نظير ذلك ما إذا قال لواحد بعتك هذه العين بألف فقال اشترت نصفها بنصف الثمن و اما لو قبل الآخر أيضاً النصف الآخر بخمسائة فى المثال الأول أو قال المشتري فى المثال الثانى اشترت كل نصف بخمسائة فالظاهر تمام البيع و لكنه لا يخلو عن إشكال.

أقول لا إشكال فى الصحة لحصول التطابق بين الإيجاب و القبول بالإضافة إلى جزء المبيع و كله.

نعم الأظهر الحكم بالبطلان فيما لو كان القبول من واحد فى المثال الأول أو قبول النصف فقط فى المثال الثانى و الوجه فى ذلك ان بيع المضاف الى الكل ينحل الى بيع أبعاضه المشاعة من النصف و الثلث و الربع الى غير ذلك بنسبة ذلك البعض الى الثمن سواء

كان ذلك الكل يعد عرفا واحدا خارجيا أو كان بنظرهم اثنين كما إذا جمع كتابي الرسائل و المكاسب و باعهما صفقة واحدة غاية الأمر يكون في هذا القسم للبيع انحلال آخر و هو بيع كل من الكتابين بما يخصه من ذلك الثمن و إذا كانت القيمة السوقية للرسالة ثلث قيمة المكاسب يكون الانحلال إلى بيعها بربع الثمن و بيع المكاسب بثلاثة أرباعه.

و ما عن بعض الأعظم دامت شوكته من اختصاص الانحلال بهذا القسم فقط و لا يجرى بالإضافة إلى الاجزاء المشاعة للمبيع فضعه يظهر بالرجوع إلى بناء العقلاء فإنه إذا ظهر ثلث الدار المبيعة ملكا لغير البائع لا يرون فساد البيع رأسا بل فساد بالإضافة إلى ذلك الثلث.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٠

و من جملة الشروط في العقد ان يقع (١)

و على كل فلا ريب في انحلال البيع بالإضافة إلى الاجزاء المشاعة للمبيع غاية الأمر يكون التزام البائع أو المشتري بالوفاء ببيع كل من تلك الاجزاء موقوفا على تمام البيع بالإضافة إلى سائر الاجزاء و مع تخلفه بالإضافة إلى سائر الأجزاء يثبت للآخر خيار التبعض. و على ذلك فإذا قال أحدهما قبلت نصفه بنصف الثمن و سكت الآخر في المثال الأول أو سكت المشتري عن قبول النصف الآخر في المثال الثاني فهو بمنزلة قبول بيع النصف بلا- شرط فلا- يكون بين الإيجاب و القبول تطابق بخلاف ما إذا قال ذلك كل منهما أو بالإضافة إلى كل نصف كما لا يخفى.

(١) يعني ان الأمور المعترية في صحة التخاطب بحيث لا- يكون الشخص مع فقدها قابلا- له كالحياة و العقل و عدم الإغماء يجب حصولها لكل من البائع و المشتري من حين الإيجاب إلى تمام القبول و الوجه في اعتبارها كذلك عدم حصول عنوان التعاقد و التعاقد مع تخلل عدمها في واحد منهما قبل تمام القبول.

لا يقال كيف يتم عقد الوصية بقبول الموصى له بعد موت الموصى.

فإنه يقال الوصية حتى التملكية منها لا تكون من العقود بل هي في حقيقتها إيقاع غاية الأمر صحة الإيضاء و نفوذها مشروط بعدم رد الموصى له ففي أي زمان حصل الرد المستمر يكون كاشفا عن بطلانها و لذا لا يترتب على فعل الموصى له آثار القبول فيجوز منه القبول بعد الرد و لو مات يقوم مقامه ورثته في قبولها بخلاف سائر العقود فإنه لا يصح فيها ذلك.

و كذا الحال في الأمور التي تعتبر في صحة تصرفات المالك و رضاه كعدم السفه و عدم الحجر بالإفلاس و غيره فإنه لا بد من حصولها لكل واحد من طرفي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣١

.....

العقد من حين الإيجاب إلى تمام القبول فإنه مع عدم ذلك لا يتحقق عنوان التعاقد و الأصل في ذلك يعني ما يعلم منه اعتبار الرضا كذلك من كل منهما إلى تمام القبول انه لو فسخ البائع إيجابه قبل تمام قبول المشتري لغى الإيجاب فإن هذا الفسخ إبراز لعدم رضاه بتمام العقد و لو لم يكن حين قبول القابل رضا الموجب معتبرا بل كان المعبر رضاه عند الإيجاب فقط لم يكن الفسخ المزبور نافذا. لا- يقال على ذلك فكيف يصح بيع المكره مع لحوق رضاه به و إذا كان لحوق الرضا كافيا يكون الرضا بعد الإيجاب و عند القبول أولى بالكفاية.

فإنه يقال يمكن القبول بأن كفاية الرضا المزبور في مورد الإكراه للإجماع انتهى.

أقول الأمور المعترية في المتعاقدين على نحوين قسم منها ما لا يصدق مع فقده عنوان البيع أو نحوه عرفا بل يصح عند هم ان يقال لا

بيع كالاتفات و القصد في كل من المتعاقدين حال الإنشاء و في هذا القسم يعتبر ما هو ملاك الصدق فلا يضر عدم الالتفات من القابل إلى إنشاء الموجب حال إيجابه بل لو علم إيجابه مقارنا لتمامه أو بعده فقال مع عدم فوات الموالاة المعترية قبلت يحصل البيع. وقد ذكرنا سابقا ان إرسال الهدية مع قصد الملك تملك و تسلم المهدي اليه قبول و ان لم يعلم بالإرسال عند حدوثه. وبالجملة المعترية في تحقق عنوان البيع حصول هذه الأمور للقابل عند قبوله و لو كان القابل عند إيجاب البائع في النوم الخفيف مثلا و بعد إيجابه تيقظ و التفت الى الإيجاب بخصوصياته فقبله تم عنوان البيع و العقد. و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره السيد الزدى ره من عدم اعتبار هذه الأمور في الموجب حال قبول القابل بل المعترية حصولها في الموجب حال إيجابه و في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٢

اردنها أخيرا (١)

القابل من حين إيجاب الموجب لا- أساس له و كذا لا يعتبر استمرار هذه الأمور في الموجب من حين إيجابه إلى تمام القبول و لو أخذه النوم بعد إيجابه و استيقظ قبل قبول المشتري أو قبل تمامه و لم يبلغ إيجابه تم عنوان البيع و تخلل فقدها بين إيجابه و تمام القبول غير قاذح كما ذكر السيد الخوئي طال بقاه.

و النحو الآخر ما يكون معتبرا في صحة البيع و وقوعه مورد الإمضاء عند العقلاء و الشرع كاعتبار المالكية في كل من البائع و المشتري أو البلوغ أو عدم الإكراه أو عدم الحجر فاعتبار هذه الأمور تابع للدليل الدال على اعتبارها فقد يكون مفاده حصول ذلك الأمر في الموجب حال إيجابه و في القابل حال قبوله كالبلوغ و قد يكون مفاده حصوله و لو بعد العقد كطيب النفس ففي أى مورد حصل يتم البيع.

فقد ظهر مما ذكرنا ان القول باعتبار تحقق الأمور المعترية في كلا القسمين في كل من الموجب و القابل من حين العقد الى تمام القبول كما هو ظاهر المصنف (ره) و صرح النائيني (ره) بكونه من القضايا التي قياساتها معها ضعيف.

و لذا يذكر (ره) فيما يأتي ان صحة بيع المكروه بلحوق الرضا ليس بتعبد خاص للإجماع أو غيره بل هي مقتضى دليل حل البيع كما ظهر حال فسخ الموجب قبل تمام القبول فان المعترية من رضا البائع في تأثير العقد رضاه عند تمام البيع أو بعده و مع وقوع الفسخ قبل تمامه ينتفى موضوع الحكم بالصحة.

(١) و وجه كونها اردتها انه إذا قيل بان الحكم الظاهري في حق أحد كالحكم الاضطراري في كونه واقعا ثانويا و انه يكون الإيجاب بالفارسي مثلا كإشارة الأخرس و تقديم القبول مع اعتقاد القابل جوازه كتأخيره في تمام العقد، يكون العقد المزبور تاما في حقهما معا و لو بحسب الحكم الواقعي الثانوي.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٣

.....

و هذا بخلاف ما ذكر (ره) في الموالاة و التنجيز و عدم بقاء البائع على شرط المتعاقدين حال قبول المشتري حيث انه لو كان الإيجاب معلقا على أمر و قد رأى القابل بطلان التعليق يكون قبوله ايضا معلقا لانه لا- يمكن التفكيك بين الإيجاب و القبول في التعليق مع التحفظ على التطابق بينهما.

و الحاصل إذا يرى الموجب عدم البأس بتعليق إيجابه و يرى القابل بطلان التعليق لا تكون صحة الإيجاب بناء على مسلك السببية و كونه كإشارة الأخرس موجبا لصحة القبول من المشتري الذي يرى بطلان قبوله باعتبار كونه معلقا و كذا الحال في فقد الموالاة حيث

ان مع فقدها بين الإيجاب و القبول يكون فعل من يعتبرها باطلا و لا يجدى فى صحته صحة فعل الآخر و لكن قد يقال ان المعاملة لا يمكن تفكيكها فى الصحة بالإضافة إلى المتعاقدين فان معنى صحة البيع مثلا حصول ملكية المبيع للمشتري بالعوض و صحة النكاح بمعنى حصول الزوجية بين المتعاقدين و هكذا.

و إذا كانت المعاملة التى يرى الموجب مع فقد الموالاة صحتها صحيحة فصحتها واقعا بحصول ملكية المبيع واقعا للمشتري بإزاء الثمن كما هو مقتضى إطلاق دليل الاعتبار بناء على مسلك السببية و لا يمكن مع حصولها كذلك فسادها و عدم حصول الملكية له بالإضافة إلى المشتري و كذا الحال فى النكاح و غيره من المعاملات و لو أمكن التفكيك فى الصحة أمكن أيضا فيما كان فعل أحدهما فى نظره صحيحا و فعل الآخر فاقدا للشرط فقط كما إذا أنشأ الإيجاب باللغة الفارسية فى النكاح و يرى القابل بطلان عقد النكاح بغير العربية فإنه يمكن معه دعوى ان صحة الإيجاب باللغة الفارسية بالإضافة إلى الموجب فقط لا حتى بالإضافة إلى القابل المزبور و المتحصل ان الأحكام التكليفيه التى تكون موضوعاتها الأفعال الخارجية فيمكن فيها ان يكون فعل خارجي موضوعا لحكم تكليفي بالإضافة إلى مكلف و لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٤

.....

موضوعا لذلك الحكم بالإضافة إلى مكلف آخر كما إذا سافر المكلف إلى أربعة فراسخ و رجع فى يومه فيمكن على القول بالسببية التبعض بان يكون السفر المزبور موضوعا لوجوب القصر واقعا بالإضافة إلى مكلف، و لا يكون موضوعا بالإضافة إلى الآخر و كذا الحال فى الأحكام الوضعية التى تكون موضوعاتها الأعيان الخارجية أو الأفعال الخارجية فيمكن ان تكون عين موضوعا واقعا للنجاسة بالإضافة إلى مكلف و لا- يكون موضوعا لها بالإضافة إلى الآخر و اما المعاملات فلا يمكن فيها التفكيك فى الصحة و الفساد بان تصح بالإضافة إلى طرف دون الطرف الآخر و فيه انه بناء على مسلك السببية يكون العقد المفروض فى المقام محكوما عليه بالصحة بالإضافة إلى كلا- الطرفين حيث انه بعد سقوط ما يكون معتبرا فى فعل الموجب أو القابل باجتهاد صاحبه أو تقليده يتم العقد لا لمجرد ان العقد لا يتبعض بالصحة بالإضافة إلى أحدهما و الفساد إلى الآخر.

ليقال لا وجه بعد عدم إمكان تبعض العقد بالإضافة إليهما لتقديم الصحة على الفساد و انه لو كان عدم إمكان التبعض موجبا لتقديم الصحة فلازمه ان يحكم بالصحة فيما إذا أتى المجتهد الذى يرى اعتبار العربية بالإيجاب بغيرها و أتى المجتهد الثانى أيضا القبول بغيرها حيث ان هذا العقد بنظر المجتهد الثانى صحيح و الصحة لا تتبعض بل الوجه فى عدم الحكم بالصحة فى هذا المثال هو انه بناء على مسلك السببية الإيجاب الواقع من المجتهد الأول باطل واقعا حتى بنظر المجتهد الثانى كما هو مقتضى مسلك السببية حيث ان عدم اعتبار العربية بناء على ذلك المسلك مختص بمن يرى عدم اعتبارها و على ذلك فإذا أتى المجتهد الأول بالإيجاب بالعربية و أتى الثانى القبول بغيرها يكون العقد بناء على ذلك المسلك صحيحا واقعا بحسب نظر كلا المجتهدين اما المجتهد الثانى فلانه لا يرى اعتبار العربية و اما بنظر المجتهد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٥

.....

الأول فلان ذلك مقتضى سقوط العربية عن الشرطية فى القبول الصادر عن المجتهد الثانى.

و الحاصل ان مقتضى مسلك السببية تعين صحة العقد لا ترده بين ان يحكم بالصحة لكلا الطرفين أو بالفساد كذلك ليكون تقديم الصحة على الفساد ترجيحا بلا معين و مما ذكرنا يظهر صحة التفصيل الذى ذكر المصنف (ره) فإنه إذا أتى بالإيجاب من يرى اعتبار

الموالة في العقد ثم بعد فواتها قبل القابل الذي لا يرى اعتبارها يكون قبول ذلك القابل صحيحا حتى عند الموجب بناء على مسلك السببية ولكن إيجاب نفسه باطل حيث ان الموالة معتبرة في الإيجاب الذي فعله حتى بناء على مسلك السببية فتدبر. هذا كله بناء على السببية واما بناء على مسلك الطريقيه فيقع الكلام تارة في المعاملة من شخصين يرى أحدهما بحسب اجتهاده أو تقليده صحة فعله و يرى الآخر بطلانه كما إذا كان البائع مقلدا لمن يقول بطلان المعاطاة و قبل المشتري الإيجاب بنحو المعاطاة فهل يحكم بفساد البيع أم لا و أخرى في أنه يجوز لشخص آخر غير المتعاملين ترتيب آثار الصحة على المعاملة الصادرة التي يرى ذلك الآخر بحسب اجتهاده أو تقليده بطلانها كما إذا أراد شراء مال يعلم ان بايعه تملكه بالمعاطاة التي لا يرى مرید الشراء صحتها و نظير ذلك ما إذا أراد شراء ارض من امرأة يعلم انها تملكها من زوجها بالإرث مع ان هذا الشخص يرى ان الزوجة لا ترث من العقار فنقول في المقام الأول لا- ينبغى الريب في ان المعاملة الواحدة لا- تبعض في الصحة و الفساد بالإضافة إلى المتعاملين حيث لا تبدل في الشرائط المعتبرة في المعاملة.

و انه يكفي في بطلانها واقعا الإخلال بتلك الشرائط و لو من أحدهما و لكن التفكيك بين المتعاملين في صحة المعاملة و فسادها بالحكم الظاهري أمر ممكن حيث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٦

.....

لا بعد في قيام حجة عند أحدهما بصحة المعاملة المفروضة و عند الآخر على بطلانها فيعمل كل منهما على طبق الحجة القائمة عنده فان لم يلزم من عملهما على طبقهما التخاصم و التشاجر فهو و الا يكون المورد من الموارد التي لا بد من الرجوع فيها الى الحاكم الذي يصح له القضاء سواء كان المتخاصمان مجتهدين أو مقلدين لاعتبار قضائه في حق كل منهما و مع عدم إمكان ذلك يصح لمن يرى الصحة في مثل البيع الفسخ باعتبار ان صاحبه تخلف عن الوفاء به و في المقام تفصيل أبداه صاحب الكفاية (ره) و هو ان من لا يرى اعتبار أمر في معاملة يرى الآخر اعتباره فيها لو كان مستندا إلى أصل عملي من أصالة الطهارة أو الحلية أو استصحابهما أو البراءة عن الشرطية مثلا يلزم على الطرفين ترتيب آثار الصحة عليها و الا كان الأمر كما تقدم و نتعرض لهذا التفصيل في المقام الثاني إنشاء الله تعالى.

و اما المقام الثاني فلا ينبغى الريب أيضا في انه للآخر ترتيب آثار الصحة فيما إذا كان الصادر نكاحا يرى المتعاقد ان صحته بل يجب على الآخرين ترتيب آثار الصحة حتى مع علمهم بطلانها واقعا بحسب حكم الشارع فان على ذلك سيرة المسلمين و يدل أيضا معتبرة أبي الحسن الحذاء «١».

قال كنت عند ابي عبد الله (ع) فسألني رجل ما فعل غريمك قال ذاك ابن الفاعلة فنظر الى أبو عبد الله (ع) نظرا شديدا قال فقلت جعلت فداك انه مجوسى أمه أخته فقال أو ليس ذلك في دينهم نكاحا.

و مقتضى هذه المعتبرة انه لا- يجوز للابن نكاح زوجته أبيه مثلا حتى فيما إذا علم الابن فساد ذلك النكاح نعم لو لا هذه المعتبرة و السيرة المشار إليها لم يكن قوله سبحانه و لا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ شاملا لذلك النكاح حيث ان ظاهره كظاهر

(١) الوسائل - باب ١- من أبواب حد القذف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٧

.....

خطابات سائر المعاملات هو الصحيح.

و الحاصل أن النكاح بناء على مسلك الطريقة يكون مستثنى في المقام الثاني دون المقام الأول فإنه إذا إنشاء النكاح المرأة بإيجاب يرى القابل بطلان ذلك الإيجاب فلا يحكم بصحة النكاح واقعا و لا ظاهرا بالإضافة إلى الزوج.

و قد يقال ان المتعاقدين المختلفين ان كانت صحة فعل أحدهما مقتضى الأصل كأصالة الحلية أو الطهارة أو استصحابهما أو البراءة فلا بد من الحكم بصحة العقد لأن الأصل المزبور مسقط لما يعتبره الآخر عن الشرطية بالإضافة إلى الأول كما إذا رأت المرأة صحة النكاح المنشأ بغير العريية و ذكرت إيجابها بالفارسية و قبله الرجل بالعريية مع اعتقاده اعتبارها فإنه يكون العقد المزبور صحيحا عندهما اما عند المرأة فظاهر و اما عند الرجل فإن أصالة البراءة الجارية عند المرأة عن اعتبار العريية قد أسقطت اعتبارها عن الإيجاب و يكون المقام نظير ما كان المأموم مخالفا لإمامه في جزء الصلاة أو شرطها كما إذا كان الامام معتقدا عدم وجوب السورة بعد الحمد في الركعتين الأولتين فتركها و المأموم معتقدا وجوبها فإنه يجوز له الاقتداء.

و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا رأى المتعاقدان صحة العقد لعدم اعتبار أمر فيه عندهما و يرى الغير الذي يريد ترتيب الأثر على عقدهما اعتباره انه لا مانع من ترتيب الأثر فيما إذا كان المستند لعدم اعتبار المتعاقدين هو الأصل العملي.

أقول ما ذكر في اختلاف الامام و المأموم صحيح و انه يجوز اقتداء المأموم المفروض بالإمام بلا فرق بين كون منشأ اعتقاد الامام صحة صلاته أصلا عمليا و اماره و السرف في ذلك ان مثل حديث لا تعاد اقتضى صحة صلاة الإمام في غير مورد إخلاله بما ذكر في المستثنى من ذلك الحديث بسقوط غير ما ذكر فيه عن الاعتبار مع الإخلال عن عذر و لو كان اختلافهما في اعتبار مالا يقضى حديث لا تعاد سقوطه عن الاعتبار لم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٨

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد (١)

يجز له الاقتداء به كما إذا تيمم الإمام في مورد يرى المأموم الوضوء هي الوظيفة فلا- يجوز له الاقتداء به سواء كان المنشأ لاعتقاد الإمام الأصل العملي أو الامارة.

و الحاصل لا- خصوصية للأصل العملي و لا لباب الصلاة بل يعم ما ذكر كل مورد سقط فيه الاعتبار الاولي سقوطا واقعا للجهل أو غيره و مفاد الأصل كالأمانة لا يكون الا حكما طريقيا و الحكم الطريقى شأنه التنجيز و التعذير لا حكما نفسيا ليكون حاكما على أدلة الاشتراط و يرتفع موضوع وجوب التدارك مع كشف الخلاف بعد ذلك.

ألا- ترى انه لو جرت أصالة الطهارة أو استصحابها في ماء غسل به المتنجس ثم انكشف نجاسة ذلك الماء لا يحكم بطهارة ذلك المغسول مع انه على الحكومة لا بد من الحكم بطهارته و كذا لو اشترى ما يشك في كونه وفقا ثم ظهر كونه وفقا الى غير ذلك من موارد التخلف من المعاملات و غيرها.

(١) المراد بفساد العقد اما فساد من جهة خصوص الأمور المعبرة في نفس العقد أو الأعم منها بحيث يعم ما يعتبر في المتعاقدين و العوضين و كيف كان فالمقبوض بالبيع الفاسد لا يدخل في ملك القابض لفساد البيع و يكون ضمان تلفه عليه و يستدل على هذا الضمان برواية على اليد ما أخذت حتى تؤدي التي رواها العامة و ذكرها بعض أصحابنا في كتبهم الفقهية و مفادها ضمان المال المقبوض و خسارة تلفه على عهده الآخذ كما هو مقتضى اسناد الظرف الى المال كما ان اسناد الظرف الى فعل ظاهره وجوبه تكليفا.

و بالجملة اسناد الظرف الى المال يفيد ضمانه الذي يكون من قبيل الحكم الوضعي و حيث ان هذا الحكم لا يختص بالبالغين فلا يبعد شمول الرواية للصبى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٣٩

.....

و المجنون أيضا فيما إذا صدق انهما وضعا يدهما على المال كما إذا كان الصبي مميزا و جنون المجنون خفيفا. أقول الرواية لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يخفى ما فيها لقوة استنادهم فى حكمهم بالضمان الى ما نذكر من جريان سيرة العقلاء على الضمان فى مورد الاستيلاء على مال الغير بلا استيمان و بلا اذن فى إتلافه مجانا. و يستدل على ضمان التلف أيضا بمرسله جميل بن دراج (١) «عن أبى عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته و هذه و إن كانت مرسله الا ان مضمونها وارد فى البعض الآخر من الروايات المعتمدة.

و وجه الاستدلال بها ان ضمان المشتري الولد بقيمته لكون الولد المفروض نماء الأمة و باعتبار كونه حرا يكون من النماء الذى لم يستوفه المشتري فيلزم ضمان الأصل بطريق اولى و لكن يمكن المناقشة فى الاستدلال بوجه. منها ان أخذ المشتري ولده بقيمته حكم تعبدى لا يقتضيه قاعدة ضمان التلف فان الولد تابع للأب فالولد حر و فرضه رقا و إعطاء قيمته لمالك الجارية عوضا عما فات من منفعتها عند المشتري و هى قابلية رحمها للاستيلاء تعبد غاية الأمر يكون الفرض مثل ما إذا زرع انسان ارض الآخر فعليه عوض منفعة تلك الأرض الفاتئة بيده أى أجره مثلها. و دعوى ان عليه قيمة الزرع المزبور يعطيها لصاحب الأرض خارجة عن قانون ضمان التلف و بالجملة بما ان الحكم فى الرواية تعبد فلا يمكن التعدى الى

(١) باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٠

مما كان فيه شائبة الإيقاع أو كان أقرب إليه (١)

ضمان تلف الجارية فضلا عن كونه بالأولوية.

و منها ان الرواية لا دلالة لها على الضمان فى تلف المال فيما إذا كان وضع اليد عليه بالمعاملة الفاسدة مع مالكة كما هو محل الكلام أو داخل فيه و انما تدل على الضمان فى مورد فساد البيع بالغصب و عدم كون بايعه مالكا و الضمان فى هذا لا يلزم الضمان فى الأول.

و منها ما أشار إليه (ره) بقوله فليس استيلاؤها من قبيل إتلافها إلخ و حاصل المناقشة ان المفروض فى الرواية من قبيل إتلاف المنفعة فيكون ضمانها ضمان إتلاف لا ضمان التلف كما هو مورد الكلام فى المقام.

و أجاب (ره) ان استيلاء الأمة ليس من إتلاف نماء رحمها ليدخل الفرض فى مورد إتلاف مال الغير بل يكون استيلاؤها من انماؤها بنماء لا يدخل ذلك النماء فى ملك أحد بحكم الشارع و ليس عدم دخوله فى ملك أحد فعل المشتري حتى يضاف التلف اليه بل الى حكم الشارع بكون الولد حرا فهو كالتالف لا المتلف بفعل المشتري.

أقول قد ذكرنا ان الولد لا يكون نماء الرحم الذى يكون لصاحب الجارية بل ملكه قابلية رحمها للاستيلاء التى استوفاها المشتري باستيلاؤها فالضمان فى المورد فى ضمان المنفعة المتلفة على مالك الجارية كما لا يخفى.

نعم لا حاجة فى الحكم بضمان اليد إلى الرواية فإن الضمان فى غير موارد الاستيمان المالكى أو الشرعى قد جرت عليه سيرة العقلاء و لم يردع عنها الشرع فيكون الضمان فى ذلك نظير سائر الأحكام التى يكون الدليل عليها السيرة العقلانية.

(١) الأول كما في الجعالة حيث قيل انها من الإيقاع و انها تتم بالإيجاب من الجاعل فقط و ان العمل من العامل لا يكون قبولا و لذا يكون رد الضالة و لو بعد زمان
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤١

[قاعدة ما يضمن بصحيحه]

المراد بالضمان في الجملتين (١)

يفوت معه الموالاة بين الإيجاب و القبول موجبا لاستحقاق الراد الجعل و كذا يستحق ذلك الجعل حتى الصبي الراد للضالة مع عدم الاعتبار بقبوله و كيف ما كان فلو تم القول بأنها عقد يكفي في قبولها العمل حتى مع الفصل المزبور فيكون فيها شائبة الإيقاع و احتمالها.

و الثاني و هو ما كان أقرب الى الإيقاع كالخلع فإنه في حقيقته طلاق على شرط العوض و الفدية و الطلاق من الإيقاع و لكن لشرط الفدية على الزوجة يحتاج الى قبولها.

(١) و حاصل ما افاده (ره) ان الضمان عبارة عن كون درك المال و خسارة تلفه على الشخص بان يجب عليه تداركه من ماله بأداء البدل منه و التدارك بالبدل اما ان يكون بأداء العوض المسمى كأداء الثمن في ضمان المبيع و الأجرة المسماة في ضمان المنفعة أو يكون بأداء البدل الواقعي يعنى المثل أو القيمة أو أقل الأمرين من العوض المسمى و البدل الواقعي و إطلاق الضمان و عدم تقييده بالعوض المسمى أو بأقل أمرين مقتضاه ثبوت العوض الواقعي و لذا يحمل إطلاقه على ذلك في الضمان المشترك في مثل العارية أو فيما ورد في أدلة المضمونات من المغصوبات و غيرها.

و بالجمله فالتفكيك في الضمان بين فرض فساد البيع بحمله على العوض الواقعي و بين فرض صحته بحمله على الثمن المسمى باعتبار القرينة في الثاني و إطلاقه في الأول لا باعتبار ان ضمان المبيع مثلا بالثمن المسمى ينافي فرض الفساد فإنه يمكن فرض فساد المعاملة و مع ذلك يكون المال عند تلفه ملكا له كما مر نظير ذلك في ملزمات المعاطاة على القول بالإباحة.

أقول لا يخفى ان الضمان في صحيح البيع مثلا ضمان معاوضى يثبت ملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٢

لا لان معنى الضمان في الصحيح مغاير (١)

الثمن للبائع و يكون على المشتري دفعه اليه مع تسليم المبيع سواء تلف ذلك المبيع بعد قبضه أم لا.

و بعبارة أخرى لا يكون ثبوت هذا الضمان معلقا على تلف المبيع نعم مثل ضمان الذهب أو الفضة في عاريتها ضمان تلف كانت العارية صحيحة أو فاسدة فلا بد من ان يراد بالضمان المعنى العام و هو ثبوت البدل للمال و المعنى ان كل مورد ثبت فيه ملك بدل المال لمالكة مع صحة العقد سواء كان ثبوت ملك البدل معلقا على تلف المال كما في مورد ضمان عارية الذهب و الفضة و نحوهما أو مطلقا كما في ضمان المشتري الثمن للبائع يثبت البدل مع فرض فساد العقد غاية الأمر يكون البدل في فرض الفساد من ضمان التلف دائما.

و الحاصل ان ما ذكره المصنف (ره) في المراد بالضمان في القاعدة و هو كون خسارة المال و دركه في ماله الأصلي و انه إذا تلف وقع النقص فيه بتداركه منه لا- يتم في ضمان المشتري المبيع مع صحة البيع لما ذكرنا من ان ضمانه المبيع لا يكون بمعنى تدارك

خسارة تلفه كما لا يخفى.

نعم يكون فيه الضمان بمعنى ان المبيع يتلف مملوكا للمشتري و لكن ذكر (ره) ان هذا ليس معنى الضمان فلا- يقال الإنسان ضامن لأمواله.

(١) يعنى ان الضمان يراد به كون خسارة المال و دركه عليه بتداركه من ماله و افادة كون التدارك بالعوض المسمى يكون بتعدد الدال و المدلول و مع عدم الدال الآخر يكون مقتضى إطلاق الضمان هو التدارك بالعوض الواقعي يعنى المثل أو القيمة و قد ظهر ان لفظ الضمان فى القاعدة المزبورة لم يستعمل إلا فى معنى واحد بالإضافة إلى صحيح العقد و فاسده فلا يلزم فيها التفكيك بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٣

ثم العموم فى العقود ليس باعتبار خصوص الأنواع (١)

(١) أنواع العقد مختلفه فى الضمان و عدمه فقد يكون نوع موجبا للضمان كالباع و الإجارة بمعنى ان جميع افراد نوع لو كان فى صحيحها الضمان لكان الضمان فى فاسدها ايضا و قد لا يكون نوع موجبا للضمان بمعنى انه لا يكون فى أفراده الصحيحة ضمان كالوديعة فتكون افراده الفاسدة أيضا كذلك و ثالثه لا يكون النوع موجبا للضمان مع ثبوته فى بعض أصنافه كالعارية فان نوعها لا يوجب الضمان و يكون الضمان فى مثل عارية الذهب و الفضة.

و على ذلك فلو كان العموم فى القاعدة بحسب الأنواع فقط أصلا و عكسا لكان مفادها عدم الضمان فى فاسد عارية الذهب و الفضة باعتبار انه لا يكون فى نوع العارية ضمان و على ذلك فلا بد من كون العموم فى القاعدة بلحاظ الأنواع و الأصناف بأن يكون مفادها ان كل نوع من العقد أو صنف من نوعه كان فيه مع صحته ضمان يكون فاسده ايضا تابعا لصحته فى الضمان فيكون الضمان فى العارية المزبورة باعتبار ثبوته فى ذلك الصنف فى فرض صحته.

لا يقال ظاهر العموم هو الاستغراق بحسب افراد العقد لا الأنواع أو الأصناف فيكون مفادها ان كل ما يكون فى الخارج من اشخاص العقد فان كان فيه الضمان فى فرض صحته يكون الضمان فى فرض فساده ايضا و إلى ذلك أشار (ره) فى عبارته بقوله و ربما يحتمل فى العبارة إلخ و على ذلك فلو باع البائع متاعه بلا ثمن بان قال بعتك بلا ثمن و قبله المشتري فلا يثبت فى ذلك ضمان المبيع لان هذا البيع على تقدير صحته و إمضاء الشارع لم يكن فيه ضمان فلا يكون الضمان مع فساده ايضا و هذا بخلاف ما إذا كان العموم فى القاعدة بحسب الأنواع أو الأصناف فإنه بناء عليها يثبت فى المثال الضمان فان نوع البيع فيه ضمان مع صحته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٤

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفاسدها مطلقا (١) ثم ان لفظه الباء (٢)

فإنه يقال ظاهر عبارة القاعدة تبعية فاسد العقد لصحيحة فى الضمان و انه إذا ثبت فى مورد الضمان بالعقد الصحيح يثبت الضمان فى ذلك المورد بفاسده فلا- بد من كون الاستغراق بحسب النوع أو الصنف ليكون له فرد صحيح و فاسد فعلا- و يكون فاسده تابعا لصحيحة و هذا بخلاف ما كان الاستغراق بحسب الأشخاص فإنه لا يمكن الصحة و الفساد فى الشخص الا على نحو التقدير و التعليق. و بالجملة ظاهر العبارة فعلية القسمين لا تقديرهما فيكون مفادها ثبوت الضمان فى المثالين المتقدمين باعتبار ثبوت الضمان فى جميع الأفراد الصحيحة لنوع البيع أو الإجارة.

أقول الظاهر عدم الفرق فى النتيجة بين ارادة النوع أو الصنف أو الأشخاص و انه لا يثبت الضمان فى المثالين المتقدمين باعتبار ان البيع بمعناه لا ينطبق على المعاملة المزبورة حيث ان مفاد قوله بعتك بلا ثمن ارادة التمليك مجانا و هذه فى حقيقته هبة مجانية قد عبر عنها بلفظ البيع فلا ضمان فيها و لا يبعد صحتها إذ لا يعتبر فى إنشاء الهبة لفظ خاص و كذا الحال فى قوله أجزتك بلا أجره فإنه من

تمليك المنفعة مجاناً فلا ضمان فيه.

(١) أى بفساد الإجارة سواء كان شرط الضمان أم لا.

(٢) ان كان الباء بمعنى فى فالمفاد واضح و ان كان بمعنى السببية فلا بد من كون المراد بها الدخاله و لو بشرط القبض و انه إذا كان صحيح العقد دخيلاً فى الضمان و لو كانت دخالته بالنحو الناقص كما فى بيع الصرف و السلم حيث يتم الضمان فيهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٥

ثم ان المدرک لهذه الكليه (١) هو اقدام الآخذ على الضمان (٢)

بالقبض يكون كذلك فاسده.

أقول لعمرى ان الكلام فى القاعدة و تصحيح مفادها بلا طائل فإن الضمان كما ذكرنا فى أول البحث يكون ضماناً معاملياً و أخرى ضمان تلف و يحتاج ثبوت كل منهما فى عقد الى دليل إمضاء ذلك العقد أو الحكم به فيه كالحكم فى النكاح بضمن الزوج المهر المسمى أو بضمن المستعير تلف الذهب أو الفضه و مع فرض فساد النكاح أو العاريه ينتفى الضمانان و لا يمكن الحكم بثبوتها فى فاسدهما لان حكم الشارع بهما ثابت فى مورد صحيح العقد فكيف يقاس عليه فاسده و لو كان فى الفاسد الضمان بالأدلة العامه فلا بد من التكلم فى تلك الأدلة بدلا عن التكلم فى القاعدة فيرى ان تلك الأدلة تعم العقود الفاسده أم لا.

(١) و لعل مراد المسالك فى تعرضه للقاعدة فى مسأله الشروط هو ان كون العين المرهونه مبيعا بإزاء الدين عند انقضاء أجل الدين شرط فاسد حيث ان الشرط المزبور من شرط النتيجة و كون البيع محتاجاً إلى الإنشاء ظاهر. لا يقال اشتراط المزبور بنفسه إنشاء للبيع.

فإنه يقال على تقدير كونه إنشاء فهو بيع معلق و الحاصل بما انه ليس العين المرهونه فى الرهن الصحيح مضمونه على المرتهن فلا تكون مضمونه فى فاسده ايضا هذا بالإضافة الى قبل انقضاء الأجل و البناء على ان الشرط المزبور فاسد و مفسد للرهن و اما بعد انقضاء الأجل فيدخل العين المرهونه فى ضمان المرتهن حيث ان صحيح البيع فيه ضمان فيكون الضمان فى فاسده ايضا و المفروض تحقيقه بفعليه المعلق عليه بمقتضى شرط النتيجة فيكون المشتري يعنى المرتهن ضامناً للعين المرهونه بعدها.

(٢) قد ذكر فى أدلة الضمانات أمور: منها قاعدة الإقدام على الضمان و أورد عليها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٦

و اما خبر على اليد فدلالته (١)

المصنف (ره) بوجهين.

الأول ان المشتري فى البيع الفاسد يكون اقدامه على ضمان المبيع بالثمن المسمى و إذا فرض عدم ثبوت هذا الضمان كما هو مقتضى الفساد يكون ضمانه بضمن التلف بلا موجب فإنه ضمان لم يقدم عليه المشتري.

و الثانى ان النسبه بين الاقدام و ثبوت الضمان العموم من وجه فلانه قد لا يثبت الضمان بمجرد الاقدام عليه كما فى البيع قبل القبض فإن إقدام المشتري على ضمان المبيع يكون بشرائه مع ان ضمانه عليه يثبت بعد قبضه و قد لا يكون اقدام و لكن يثبت الضمان كما إذا اشترى متاعاً بشرط عدم ضمان ذلك المتاع حتى بعد القبض فإنه لا يكون مع الشرط المزبور اقدام من المشتري على الضمان و كذا فى مورد البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا اجرة.

أقول الاولى فى المثال للضمان مع عدم الاقدام بما أخذ العين الموهوبه له مجاناً فبانت ملك الآخر فإنه بقبوله الهبه من غير مالکها مع جهله بالحال لم يقدم على الضمان أصلاً.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من المثال لثبوت الضمان مع عدم الاقدام فيمكن المناقشة فيه بعدم ثبوت الضمان في مثالي البيع بلا ثمن أو الإجارة بلا اجرة كما مر و اما مسألة شراء المتاع بثمن معين بشرط كون ضمان تلفه على البائع حتى بعد القبض فالشرط المزبور باعتبار فساده يكون ملغى و يصح أصل البيع و يثبت الضمان المعاملى فيجب على المشتري دفع الثمن بأخذه المبيع.

(١) قد تقدم ان الحديث نبوى ضعيف ذكر في بعض الكتب الفقهية أخذنا من العامة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٧

.....

و دعوى انجبار ضعفه بعمل المشهور مدفوعة بأنه لم يحرز استنادهم في حكمهم بالضمان اليه و يكفي في ذلك ملاحظة كلام الشيخ (ره) و استدلاله على الضمان بالاقدام دون الحديث و في دلالته ايضا على ضمان المنافع قصور فان الذيل فيه قرينة على انحصار مدلوله بما إذا كان المأخوذ قابلا للرد الى مالكة كما في العين و اما المنافع فهي غير قابلة للرد المستوفاه منها أو غيرها حيث انها تفوت بمرور الزمان و هذا بالإضافة إلى منافع الأعيان التي تؤخذ بتبع أخذ تلك الأعيان و اما الأفعال كالخياطة فإنها غير قابلة للأخذ فلا يكون الحديث دالا على ضمان المستأجر فيما إذا خاط الأجير ثوبه بالإجارة الفاسدة.

نعم يمكن ان يقال لا- يكون ذيل الحديث قرينة على اختصاص الموصول بالأعيان حيث ان انتهاء الضمان كما يكون برد المأخوذ كذلك يكون برد بدله.

و بعبارة أخرى لا بد من تقييد إطلاق الذيل بذكر العدل و هو رد البدل و المنافع كالأعيان التالفه قابلة للرد بديلها و اما ما دل على احترام مال المسلم فمقتضاه الضمان مع الإتلاف أو الاستيفاء لا ضمان التلف كان المتلف عينا أو منفعة فإن عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد الذى تلف عينه و منفعته بأفء سماوية لا ينافى قاعدة الاحترام خصوصا فيما إذا كان المشتري غافلا عن فساد البيع و على ذلك فلا يكون ما دل على حرمة مال المسلم و انها كحرمة دمه و انه لا يصلح ذهاب حق أحد هدرًا كافيًا في إثبات ضمان التلف و قوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه لا يدل على الضمان أصلا بل مدلوله حرمة التصرف في مال الغير بلا رضاه.

و اما قاعدة اللاضرر فلا حكومه لها في المقام فان مقتضاها انتفاء الأحكام الموجبة للضرر و الضرر هنا ناش عن التلف سواء حكم بالضمان، أولا و الحكم به

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٨

ثم انه لا يبعد ان يكون مراد الشيخ ره (١)

مع انه معارض بالضرر على الضامن و لا يمكن عمومها لمورد تعارض الضررين تدارك للضرر بحسب الحكم، و خارج عن مدلول القاعدة.

(١) و حاصله ان الموجب للضمان في مورد تلف العين أو المنفعة هي قاعدة الاحترام، و لكن هذه القاعدة كقاعدة اليد ليست تمام السبب للضمان حيث يمكن ان يمنع عن الضمان دفع المالك العين مجانا أو أمانه أو عمل العامل تبرعا و تعلييل الشيخ و من تبعه الضمان بإقدام الآخذ عليه لبيان ان المانع عن قاعدة اليد المقتضية للضمان غير حاصل فيكون القاعدة مع الاقدام المزبور تمام الموضوع للضمان، لا أن كل واحد منهما وجه مستقل للضمان، كما هو ظاهر المسالك.

أقول: الصحيح ان يقال ان وضع اليد على مال الغير من دون إلغاء مالكة حرمة ذلك المال كما في الهبة مجانا أو الاذن في إتلافه كذلك و من دون جعل المالك قابض المال أمينا موجب لكون ضمان تلفه عليه سواء كان المال المزبور عينا أو منفعة لأن وضع اليد على المنفعة يكون بوضعها على العين و هذا الضمان في الموارد المشار إليها مما جرت عليه سيرة العقلاء و لم يردع عنها الشرع

فيكون كسائر الأحكام التي تكون الدليل عليها السيرة العقلانية في مواردنا.

ثم انه ربما يحكم الشارع بكون القابض أميناً ولا يكون له ضمان التلف كما في أخذ اللقطة وربما يحكم بالضمان في مورد الأمانة المالكية كما في عارية الذهب والفضة فيكون المال في الأول أمانة شرعية وفي الثاني مضموناً بتضمين شرعي وهذا كله بالإضافة إلى ضمان التلف في الأعيان والمنافع التابعة لها واما في الأعمال فان لم يكن للعمل مالبية عند العقلاء فلا يكون العمل موجبا للضمان على أحد إلا إذا كان ضماناً معاملياً أمضاه الشارع كما في ضمان السبق في عقده ومع البطالان لا يكون ضمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٤٩

ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد (١)

اما المعاملي فلفساد المعاملة واما ضمان الاحترام فالمفروض عدم المالبية له.

و اما الأعمال التي لها مالبية عند العقلاء فان كان العامل متبرعاً بها وهذا معنى إسقاطه حرمة عمله فلا ضمان على أحد وكذا إذا لم يكن عمله بالمعاملة مع الغير أو بأمر ذلك الغير أو اذنه في العمل بالأجرة واما إذا كانت في البين معاملة فإنه يثبت معها ضمان الأجرة المسماة مع صحتها، ويثبت مع فساده أجره المثل، وكل ذلك للسيرة الدارجة فيما بينهم من أهل الملل وغيرهم.

فتحصل مما ذكرنا ان مجرد عدم اقدام الشخص على الضمان لا يمنع عن الضمان في الأعيان و منافعها بل لا بد من إلغاء المالك حرمة ماله و على ذلك فلو ظهر العين الموهوبة مجاناً ملك الغير ضمن المتهد ضمان تلفه و لو مع عدم اقدامه عليه نعم في الأعمال مجرد عدم اقدام الشخص على ضمانها كاف في عدم ثبوت اجرة المثل عليه.

(١) ذكر (ره) انه إذا كان في صحيح العقد ضمان يثبت ضمان تلف المقبوض في فاسده سواء كان دافع ذلك المال عالماً بفساد العقد أو جاهلاً لان حديث على اليد بإطلاقه يقتضى الضمان في كلا الفرضين كما أن الفتوى بالضمان في فاسد العقد مطلق يعمهما. نعم ربما يستدل على عدم الضمان في صورة علم الدافع بوجهين.

الأول- ان الدافع مع علمه بفساد المعاملة و عدم كون مال الطرف عوضاً عن ماله يكون دفعه تسليطاً للطرف بماله و تمليكا له مجاناً و ليس في التمليك المجاني ضمان كان صحيحاً أو فاسداً و هذا الوجه على تقدير تماميته ينفي الضمان عن القابض سواء كان هو ايضاً عالماً بفساد المعاملة أو جاهلاً حيث ان أخذه المال في كلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٠

و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة (١)

الفرضين مجاني و لا يمكن دفع هذا الوجه بإطلاق حديث على اليد فان موارد إلغاء المالك حرمة ماله بالتسليط المجاني و نحوه خارجة عن ذلك الحديث.

و الوجه الثاني كون الدافع مع علمه بفساد المعاملة غاراً لدفعه المال الى القابض الجاهل بالحال، فيكون القابض مغروراً، و ضمان التلف و الإلتلاف على الغار، كمن قدم طعام الغير الى ضيفه الجاهل بالحال.

أقول الوجه الثاني ضعيف جداً، فان القابض الجاهل لم يقدم على أخذ المال مجاناً، بل أقدم على أخذه بعنوان المعاوضة، فلا يكون مغروراً، و لا يقاس بالضيف لاقدام الضيف على أكل الطعام مجاناً، مع ان قاعدة الغرور لا تنفي الضمان سواء كان ضمان التلف أو الإلتلاف و انما توجب استقرار الضمان على الغار.

و يقرب من الوجه الثاني في الضعف الوجه الأول، فإن دفعه المال الى القابض لا يكون تمليكا مجانياً، بل وفاء بالمعاملة السابقة، و دفعاً للمال إلى الآخر ليقبض عوضه، و علمه بعدم استحقاقه العوض شرعاً، كعلمه بعدم استحقاق الطرف المال المدفوع لا ينافي الدفع

وفاء بالمعوضة المعتبرة عنده، و لذا لو باع الغاصب بالمعاطاة و اجازته المالك يصح البيع للمالك و لا يكون علم الغاصب بعدم صحة المعاوضة موجبا لكون إعطائه تمليكا مجانيا، لتكون اجازة المالك مصححة للهبة كما لا يخفى.

(١) يعنى سائر العقود التى لا- ضمان فى صحيحها سواء كانت لازمة كالإجارة بالإضافة إلى العين المستأجرة، أو جائزة، كما فى العارية، و على ذلك فمقتضى عكس القاعدة، عدم ضمان العين فى الإجارة الفاسدة لعدم ضمانها فى صحيحها، بل مقتضاه عدم ضمانها فى الفاسدة حتى مع اشتراط الضمان، فان الضمان فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥١

.....

صحيحها على تقدير الاشتراط كان للشرط، لا لاقتضاء العقد.

و بتعبير آخر ثبوت الضمان مع الاشتراط، باعتبار نفوذ الشرط، و لا يكون الشرط مع فساد العقد نافذا، بل يكون تابعا للعقد فى الفساد، و بهذا يظهر الحال فى العارية الفاسدة المشروط فيها ضمان العين.

و مع كل ذلك فقد ذكر فى جامع المقاصد بعد بيان ظاهرهم عدم ضمان العين المستأجرة فى الإجارة الفاسدة حتى مع استيفاء منفعتها، أن الصحيح ثبوت الضمان فى الإجارة الفاسدة حتى مع عدم اشتراط الضمان، باعتبار ان وضع المستأجر يده على العين مع عدم كونه مالكا لمنفعتها عدوان بالإضافة إلى العين و المنفعة، و لكن هذا الضمان مخالف لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه.

و أجاب المصنف (ره) عن المخالفة بوجهين.

الأول- تخصيص قاعدة ما لا يضمن بصحيحه فى الإجارة الفاسدة بالإضافة إلى العين المستأجرة بحديث على اليد، فان الحديث المزبور يعم العين فيها.

نعم لو كانت الإجارة صحيحة كانت العين باعتبار كونها أمانة مالكية فى يد المستأجر و قد أمضاها الشارع خارجة عن عموم الحديث. و الثانى- ان القاعدة المزبورة ناظرة إلى بيان الضمان و عدمه فى مورد العقد و مورد المعاملة فى صحيح الإجارة و فاسدها المنفعة لا العين.

و بعبارة أخرى ضمان العين أو عدمه فى الإجارة خارج عن أصل القاعدة و عكسها بالتخصيص، و لكنه (ره) ذكر فى آخر كلامه عدم ضمان العين فى الإجارة الفاسدة و انها باقية فى عكس القاعدة، و ليست خارجة عنها لا بالتخصيص كما هو مقتضى الوجه الأول، و لا بالتخصص بان يكون المراد من الضمان و عدمه فى أصل القاعدة و عكسها هو ضمان مورد المعاملة و عدمه كما هو مقتضى الوجه الثانى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٢

و منها الصيد الذى استعاره المحرم (١)

أقول دفع العين المستأجرة إلى المستأجر فى موارد تعارف دفعها انما هو بشرط ضمنى ارتكازى فى عقد إجارتها، و هذا فى حقيقته شرط جعل العين امانة فى يد المستأجر ليستوفى منها ملكه و مع اشتراط الأمانة ينتفى موضوع الضمان سواء كانت الإجارة صحيحة أولا، لما ذكرنا من انه لا سيرة على الضمان فى موارد الاستيمان سواء كان الاستيمان ممضى شرعا، أولا كما انه لو شرط الموجه على المستأجر ضمان العين يكون ضمانه عليه كما هو مقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم و ليس جعل العين المستأجرة أمانة عند المستأجر من مقتضيات نفس عقد الإجارة لينافيه اشتراط الضمان لأن الذى من مقتضيات الإجارة فى مثل البيوت هو وضع البيت تحت يد المستأجر اما كونه بطور الأمانة أو التضمن فهو تابع للاشتراط.

و على ذلك فلو اشترط التضمين في الإجارة الفاسدة يثبت الضمان أيضا للسيرة المشار إليها، و ان وضع اليد على مال الغير لا بطور الاستيمان و من غير هدر ذلك الغير حرمة ماله موجب للضمان.

(١) ذكر المحقق (ره) في الشرائع و لا- يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا، لانه ليس له إمساكه، و لو أمسكه ضمنه و ان لم يشترط عليه انتهى.

و ظاهر ذلك ضمان تلف العين فينافية هذا الضمان عكس قاعدة ما يضمن. و نقل السيد اليزدي (ره) في تعليقه عن الشرائع العبارة هكذا و لا يجوز ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له إمساكه و لو أمسكه ثم أرسله ضمنه و ان لم يشترط.

و قال (ره) ظاهر ذلك ضمان الإلتلاف، فإن إرسال الصيد إلتلافه، و الكلام في قاعدة ما يضمن أصلا و عكسا في ضمان التلف لا في ضمان الإلتلاف فلا مخالفة للقاعدة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٣

بالنسبة إلى المنافع التي يستوفها (١)

أقول إضافة ثم أرسله إلى عبارة الشرائع باعتبار وقوعه في عبارة الجواهر فزعم انه من عبارة المتن أى الشرائع. كيف كان فذكر المصنف (ره) أيضا ان الحكم بالضمان في المسألة لا- ينافية القاعدة، فإن الضمان فيها للإلتلاف حيث ان حكم الشارع على المحرم بإرسال الصيد إيجاب عليه إلتلافه، و هذا الإيجاب إلتلاف تعبدى يوجب الضمان.

و فيه ان إيجاب الإلتلاف ما لم يقع الإلتلاف خارجا لا يوجب الضمان، و لذا لو لم يأكل من يجب عليه أكل طعام الغير لدفع هلاك نفسه من الجوع فمات لم يكن مديونا لصاحب الطعام بمثل الطعام أو قيمته، كما لا يصح القول بأن إيجاب الأكل عليه تحفظا على نفسه من الهلاك إلتلاف لطعام الغير و على ذلك فلو لم يرسل الصيد حتى أخذه صاحبه لم يكن على المستعير شيء. هذا مع انه لا دليل على وجوب الإرسال عليه، بل غاية الأمر عدم جواز إمساكه، و يحصل الموافقة بدفعه الى صاحبه أو إيصاله إليه، نعم لو أرسله فعليه ضمان الإلتلاف و الاولى نقض عكس القاعدة بعارية الصبي ماله من آخر؛ فإنه يثبت على الآخر ضمان تلف ماله، مع انه لا ضمان في صحيح العارية.

فإن قيل ما الفرق بين عارية البالغ حيث ان في عارية البالغ مع فسادها لا يكون ضمان على المستعير، و بين عارية الصبي حيث يثبت للمستعير ضمان تلفها.

فإنه يقال ان فساد العارية الأول لا يوجب بطلان اذن المالك للمستعير في حفظ ماله الموجب لارتفاع الضمان كما تقدم، بخلاف عارية الصبي لبطلان اذنه كعاريته و سائر معاملاته.

(١) و ربما يقال كما عن السيد الخوئي (أطال الله بقائه) بأنه لا وجه لتقييد المنافع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٤

و يمكن نقض القاعدة (١) و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة (٢)

بغير المستوفاء، فان المستوفاء و غيرها كلاهما غير مضمون في البيع الصحيح فضايمهما ينافية القاعدة و فيه ان ضمان المستوفاء لا ينافية القاعدة لا بأصلها و لا بعكسها، فإنها ناظرة إلى ضمان التلف لا الإلتلاف و الاستيفاء إلتلاف و عدم ضمان المنافع المستوفاء مع صحة البيع لكونها تابعة لمالك العين فاستيفائها إلتلاف لمالك نفسه لا لمالك الغير ليضمن، بخلاف صورة فساد البيع.

(١) أقول- لا يصحح ضمان الحمل في البيع الفاسد فرض اشتراط دخوله في البيع، و الوجه في ذلك ان مجرد اشتراط دخوله لا يجعل الحمل جزء المبيع بان يكون الثمن بإزائه و إزاء الام معا ليكون بالإضافة إلى الحمل ضمان معاملى، و يثبت ضمان تلفه مع فساد البيع.

و الحاصل الضمان المعاملى يجرى فى جزء المبيع لا الشرط، و ان الحمل على تقدير اشتراط الدخول يكون كسائر المنافع التى يدخل فى ضمان المشتري مع فساد البيع من غير ثبوت ضمان معاملى بالإضافة إليها كما لا يخفى.

(٢) و وجه النقض ان مع صحة عقد الشركة و جواز تصرف كل من الشريكين فى المال المشترك يكون المال المزبور فى يد كل منهما كالمال فى يد الوكيل أمانة مالكية فلا يضمن، بخلاف صورة فساد عقدها و البناء على عدم جواز التصرف فى مال الشريك، فإنه تكون يده على مال صاحبه، يد عدوان يضمن و هذا يناهى القاعدة المزبورة فى عكسها لان مقتضى عكسها عدم الضمان فيما لا ضمان فى صحته.

أقول الظاهر انه لا ضمان على الشريكين حتى لو قلنا بعدم جواز تصرف كل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٥

و المفروض أنها لا تؤثر شيئاً (١) فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن (٢) اما فى غير التمليك بلا عوض (٣)

من الشريكين فى المال المشترك حيث ان الضمان و عدمه فى القاعدة أصلاً و عكسا هو ضمان التلف، لا الإتلاف و فيما إذا لم يكن تلف المال مستندا الى تصرف أحدهما كما إذا سرق المال المشترك من يد أحدهما فلا موجب للضمان لان المال مع صحة الشركة كانت فى يده أمانة مالكية، و كذلك مع فسادها و الأمانة المالكية خارجة عن حديث على اليد، و لا يعمها السيرة المشار إليها سابقاً، بل لا ضمان فيما إذا تلف المال المشترك بتصرف أحد الشريكين كما إذا اشترى به متاعاً ثم نزلت القيمة السوقية للمتعاب فباعه بالأقل حيث ان بطلان عقد الشركة لا يوجب بطلان الاذن فى التصرف بل البطلان يوجب عدم ترتب الأثر الخاص لصحة العقد كما هو الحال فى بطلان سائر العقود الإذنية.

(١) لا يخفى ما فيه فان فساد العقد معناه عدم ترتب الأثر المترقب من العقد عليه لا عدم ترتب حكم شرعى أصلاً كضمان المال.

(٢) المستأمن بالفتح مبنى على المفعول يعنى حاصل أدلة عدم ضمان الأمين ان من دفع اليه المالك ماله على وجه لا يضمنه (بالتشديد) يعنى لا يجعله ضامناً بعوض واقعى أو جعلى فليس عليه ضمان.

(٣) يعنى الدليل على عدم الضمان فى غير الهبة الفاسدة من موارد الاستيوانات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٦

[حكم المقبوض مع فساد العقد]

إشارة

و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه «١»

إطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين كموثقة غياث بن إبراهيم (١) حيث ان دعوى اختصاصها بالأمانة المالكية الصحيحة ضعيفة، كما ان الدليل على نفي الضمان فى الهبة الفاسدة فحوى ما دل على عدم ضمان الأمين، فإن الاستيمان مع عدم التسليط المطلق فى موارد إذا كان موجبا لنفي الضمان يكون التسليط المطلق مجاناً كذلك بطريق اولى، نعم التسليط بالعوض مساوق للتضمنين.

(١) يعنى لا خلاف فى وجوب رد المقبوض بالبيع الفاسد على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح عدم الخلاف على هذا التقدير من مجمع الفائدة، و الوجه فى ذلك ان الإمساك به تصرف، فيجب رده تخلصاً من الإمساك المزبور، و الظاهر عدم جواز التصرف فى المقبوض بلا فرق بين علم الدافع بفساد البيع و عدمه.

و ما ربما يقال من جواز التصرف فيه مع علم الدافع بفساده، بدعوى ان الدفع مع العلم المزبور ترخيص في كل تصرف فيه لا يمكن المساعدة عليه، فان علم الدافع بفساد البيع شرعا لا يمنعه من إنشاء تملكه بعوض حيث ان إمضاء الشارع التملك المزبور و عدمه خارج عن قصده و إنشائه، كما ان الرضا بالتمليك المزبور لا يتضمن إذنا لصاحبه في التصرف مع بقاء المال في ملكه. و اما بالإضافة إلى وجوب الرد فالظاهر التفصيل فيه، و أنه في بعض المبيعات التي يكون المتعارف في بيعها حملها إلى المشتري لغاية التسليم اليه، ليس على المشتري مع فساد البيع إلا التخليه بين المقبوض و بين بايعه و لو باخباره ان ماله عنده فله أخذه لفساد المعاملة و بقاءه على ملكه، و في المبيعات التي يكون المتعارف

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب - (٢٨) من أبواب أحكام الإجارة الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٧

.....

فيها تخليه البائع و أخذ المشتري المال من عند البائع يجب فيها على المشتري رد المال بإيصاله إلى بائعه و لا يكفي التخليه المزبوره، بل لو كانت في إيصاله مؤنه كانت على المشتري، و حديث لا ضرر لا يجرى في المقام باعتبار ان حبس المال على بايعه ضرر على البائع.

و قد ذكر في محله ان قاعدة لا- ضرر لا- تعم موارد تعارض الضررين. و لو تلف المال في القسم الأول قبل التخليه المزبوره يكون ضمان تلفه على المشتري، بخلاف ما إذا تلف بعدها، فإن اخبار البائع بأن ماله عنده فله أخذه، يخرج المال عن إمساكه المحرم و يدخله في التبريه من ضمانه على تقدير ماطلة المالك في الأخذ حيث لا يكون معها في سيره العقلاء ضمان و هذا بخلاف الصورة الثانية فإنه ما دام لم يتحقق رد المال على مالكة ف ضمان تلفه عليه حتى فيما إذا كان رده حرجيا عليه و باعتباره جاز له إمساكه إلى ارتفاع الحرج، حيث ان دليل نفى الحرج لا ينفي الضمان.

ثم لا يخفى ان الرد لا يكون وجوبه نفسيا حتى في الأمانات المالكية عند مطالبه ملاكها بل وجوبه كما أشرنا إليه غيرى تخلصا من حرمة الإمساك بالمال كما يظهر ذلك بملاحظة ما دل عليه كصحيحة زيد الشحام عن ابي عبد الله (ع) ان رسول الله (ص) وقف بمنى حتى قضى مناسكها الى ان قال اللهم اشهد ألا من كانت عنده أمانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرء مسلم و لا ماله إلا بطيبة نفسه. (١)

و ما يظهر من بعض الكلمات من ان المفهوم من عدم حل مال الغير و وجوب الرد عليه نفسا ضعيف، بل الأمر بالعكس بشهادة مثل الصحيحة. و قد يقال ان حديث على اليد يدل على كل من الضمان و وجوب الرد، اما لان ضمان العين قبل تلفه يستلزم

(١) الوسائل الجزء (١٩) الباب (١) من أبواب القصاص - الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٨

[ضمان المنافع في المقبوض بالبيع الفاسد]

الثالث لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري (١)

وجوب الرد بل لا معنى له غير وجوب الرد أو لأن كلا من الضمان و وجوب الرد مدلول مطابق للحديث و مستفاد من كون المال

على العهدة.

و فيه ان ظاهر اسناد الظرف الى المال هو ضمانه فقط و استفادة التكليف من الحديث محتاج إلى اسناد الظرف الى فعل مقدر أيضا بأن يقال على اليد رد ما أخذت و التقدير خلاف الأصل كما أن الجمع بين التقدير ليستفاد التكليف و بين اسناد الظرف الى نفس المال ليستفاد الضمان غير ممكن.

و اما دعوى ان اعتبار الضمان بدون وجوب الرد لغو و باستلزام الضمان، التكليف بالرد فلا يمكن المساعدة عليها، لا مكان اعتبار شيء على العهدة من غير التكليف برده كما في الديون التي يعتبر على عهدة الشخص مع عدم تمكنه على أدائها.

و الحاصل ان وجوب الرد باعتبار أن الإمساك بأموال الناس غير جائز و لو لم يكن في البين حرمة الإمساك بها التي يستفاد من مثل صحيحة زيد الشحام لما كان للحديث على اليد دلالة عليه، و لو تنزلنا عن ذلك و بنينا على دلالة على وجوب الرد فلا قرينة على كون المراد بالرد هو خصوص الإيصال بل يعم التخليه في الموارد التي أشرنا إليها فتدبر.

(١) لو كان للمبيع بالبيع الفاسد منفعة استوفاهما المشتري يكون عليه ضمانها زائدا على ضمان العين على المشهور بين أصحابنا، بل ظاهر ما في السرائر (من ان المأخوذ بالبيع الفاسد كالمغصوب عند المجتهدين من أصحابنا) أنه عندهم مثله في عدم جواز التصرف و الضمان، و يقتضى هذا الضمان قاعدة احترام مال المسلم المستفاده من مثل موثقة غياث بن إبراهيم المتقدمه، و ذكرنا سابقا ان استيفاء منفعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٥٩

.....

المبيع إتلاف الملك الغير فيوجب الضمان، و اما الاستدلال بقوله عليه السلام لا- يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه كما عن المصنف (ره) فلا يمكن المساعدة عليه لما ذكرنا سابقا، من ان مقتضاه عدم جواز التصرف في مال الغير تكليفا و وضعاً و اما الضمان أو عدمه، فلا دلالة فيه عليها أصلاً خلافا لابن حمزة في الوسيلة حيث نفى ضمان المنافع في المقبوض بالبيع الفاسد، و تمسك في ذلك بما في النبوي المرسل الخراج بالضمان و المراد بالخراج منافع الشيء و عوائده، و الباء بمعنى السببية أو المقابلة فيكون مفاده ان ضمان العين بإزائه منافعها، أو ان ضمانها سبب لكون منافعها للضامن.

و الحاصل ان مقتضاه عدم الضمان في المنافع المستوفاه و غيرها.

و ذكر المصنف (ره) ان هذا المعنى مستفاد من الاخبار الكثيرة مثل قوله عليه السلام في الاستشهاد على كون منافع المبيع للمشتري في بيع الخيار (الا ترى انه لو أحرقت كانت من مال المشتري) فان ظاهر ذلك ان مقتضى ضمان العين على المشتري كون منافعها له.

أقول لا- يظهر ما ذكر من مثل قوله عليه السلام، و ذلك لما تقدم من انه لا معنى لكون الإنسان ضامناً لماله، و بما ان المبيع في بيع الخيار كسائر البيوع ملك المشتري، و لا- يكون ثبوت الخيار للبائع موجبا لبقائه في ملكه، فلا يكون لضممان المشتري معنى ليكون ضمانه في مقابل المنافع أو سببا لكون المنافع له، بل ظاهره استشهاد الامام عليه السلام لدخول المنافع تبعا للعين في ملك المشتري بكون هلاك العين و تلفها في ملكه.

و الحاصل انه ليس في البين ما يكون وجهها لما ذهب اليه ابن حمزة غير النبوي المرسل و ناقش المصنف (ره) فيه مع الإغماض عن ضعف سنده بضعف دلالة على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٠

.....

المقام فان مدلوله ان مع ثبوت الضمان الاقدامى بالإضافة إلى العين و إمضاء الشارع له يكون منافعها للضامن كما في البيع الصحيح، فان مع ثبوت الضمان المعاملى بالإضافة إلى المبيع يكون منفعه للمشتري و الضمان مع فساد البيع لا- يكون ضمانا اقداميا، بل كالضمان في المقبوض بالسوم حكم شرعى مستفاد من حديث على اليد و نحوه، و ثبوت هذا الضمان بالإضافة إلى العين لا يوجب كون المنافع للضامن كما في ضمان المغصوب.

بل ربما يقال كما هو الصحيح لا- يكون مجرد الضمان الاقدامى موجبا لكون المنافع للضامن حتى مع إمضاء الشارع و كون منافع المبيع للمشتري باعتبار دخول العين في ملكه لا- لمجرد ضمان العين، و لذا لا- يكون المنافع ملكا للضامن باشتراط الضمان على المرتهن، أو على المستعير فان الثابت للمستعير حتى في مورد ضمان العين جواز الانتفاع و جوازه باذن المالك يعبر عنه بملك الانتفاع و اما المنفعة فهي باقية على ملك المعير و لذا لو مات المستعير لا ينتقل المنفعة إلى ورثته، بل تبطل العارية و لا يجوز للورثة الانتفاع بالعين بخلاف موارد ملك المنفعة فإنه بموت المستأجر تنتقل المنفعة المملوكة له إلى ورثته.

و الحاصل يمكن ان يراد بالضمان في النبوى، ضمان العين بالضمان المعاملى لا مجرد الالتزام بضمانها و ضمان المبيع فى مقابل الثمن مع صحة البيع معاملى كما هو مورده فيكون المنافع للمشتري بذلك الضمان فإنه قضى عمر بن عبد العزيز فى عبد اشترى و استعمل ثم ظهر كونه معيبا بان عمله للبائع فروى عليه عروة عن عائشة انه وقع مثله فى حياة رسول الله صلى الله عليه و آله فقال رسول الله صلى الله عليه و آله عمله للمشتري لأن الخراج بالضمان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦١

و ربما يرد هذا القول (١) و أضعف من ذلك (٢) فلا إشكال فى عدم شمول صلة الموصول (٣)

(١) يعنى يرد قول ابن أبى حمزة بما ورد فىمن اشترى امه و أولدها فوجدها انها مسروقة من مالكةا حيث ان مشتريها ضامن لمالكها بقيمة ولدها و عوض لبنها بل عوض كلما انتفع بها و لكن هذا الرد ضعيف، فان مورد كلام ابن أبى حمزة ما إذا كان ضمان العين بتضمين مالكةا و عدم تضمينه منافعها و مثل الأمة المفروضة خارج عن ذلك، فإنه ليس فيها تضمين العين من مالكةا و جعل منافعها بلا تضمين بل الضمان فيها من قبيل ضمان الغصب حيث ان بائعها لم يكن مالكةا لها.

(٢) و وجه كونه أضعف من الرد السابق، ان فى مورد بيع الأمة المسروقة يكون التضمين بالإضافة إلى العين فقط حيث يجعل الثمن بإزاء المبيع و لكن بما ان جعل المنافع مجانا كان من بايع غير مالك لم يؤثر فى ارتفاع الضمان، و لا يقتضى ضمان العين ضمان المنافع فيما إذا كان جعل المزبور باتفاق المالكين، و هذا بخلاف صحيحة أبى ولاد الدالة على ضمان المنافع فان موردها اجارة العين التى تكون المنافع فيها مضمونة بتضمين مالكةا فالضمان فى مورد الصحيحة لا تقتضى ضمان المنافع التى لا تكون فيها تضمين كما هو مورد الكلام فى المقام.

نعم لو فرض ان دعوى الوسيلة هى عدم ضمان المنافع أصلا، و أن ضمانها لا- تجتمع مع ضمان العين حتى فى موردى الغصب و الإجارة، فيصح الرد عليه بالرواية و الصحيحة.

(٣) و حاصله ان المنفعة و هى قابلية العين للانتفاع بها لا تكون قابلة للأخذ،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٢

.....

و تناول اليد، بل القابل له هى العين فقط، و الحاصل ان حديث على اليد قاصر عن الشمول للمنافع، باعتبار عدم عموم الصلة، أى الأخذ للمنافع.

أقول المراد بالأخذ الاستيلاء، لا-الأخذ الخارجي و تناول اليد، و ما ذكر المصنف (ره) من كون الأخذ بمعنى الاستيلاء مشكلاً، ضعيف، و الا- لم تصدق الصلة المزبورة على وضع اليد بمثل البساتين و الأشجار و نحوهما من الأعيان التي لا تكون قابلة للنقل الخارجي، و تناول اليد.

نعم قيل ان الحديث لا يعم المنافع باعتبار ان الذيل فيه و هو قوله حتى تؤدي قرينه على اختصاص صدره بالأعيان فإنها القابلة للأداء، دون المنافع، و لكن أجبتنا عنه بأن الأداء في الذيل يعم أداء المأخوذ بنفسه و رده ببذله، حيث ينتهي الضمان بكل من رد العين، و البذل، و مع ذلك لا يمكن الاعتماد على الحديث لضعفه سنداً، و كذا لا يمكن التثبت في الحكم بضمان المنافع غير المستوفاه بما في موثقة غياث و صحيحة زيد الشحام (من قوله (ص) من ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه) فان مقتضاها و ان يكون الضمان كما هو مقتضى إطلاق تنزيل المال بالدم، الا انه لا يعم المنافع غير المستوفاه، حيث ان عدم ضمانها لا ينافي احترام المال، و انما ينافي احترامه عدم ضمان الإلتلاف، كما هو الحال في الدم فان احترامه لا يوجب ضمان التلف، بل يوجب ضمان الإلتلاف.

و العمدة في الضمان في تلك المنافع أيضا السيرة العقلانية فإنه لا فرق عندهم بين المنافع الفائتة تحت يده، و بين المنافع المستوفاه. و دعوى انها غير محرزة في مورد فوت المنفعة تحت اليد من غير استيفاء، مدفوعة بملاحظة موارد الغصب كما في وضع اليد على دار لم يسكنها أو على بستان لم ينتفع منه، و هكذا أولاً و وجه لما قد يقال من انه لا موجب في العصب لضمان المنافع إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٣ مضافا الى الاخبار الواردة في ضمان (١)

غير المستوفاه فيما إذا كانت تلك المنافع شأنيه كمن يكون عنده مراكب لا يركبها نادرا و لو وضع الغير يده على تلك المراكب يوما و لكن لم يركبها لا- يضمن للمالك اجرة المثل بخلاف ما إذا وضع اليد على مراكب يركبها صاحبها غالبا، أو يؤجرها للركوب كذلك و ذلك فإنه لا يرى في سيرتهم الفرق بين كون المالك ممن يستعمل المركب كل يوم أو لا. نعم إذا لم يمكن عادة ركوب المركب في زمان، لا لمانع شخصي بل نوعي كنزول الثلج أو المنع العام من الخروج من البلد و غيره مما لا يعد معه المركب ذا منفعة فلا يكون ضمان باعتبار عدم فوت المنفعة في يده.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ١٦٣

(١) كرواية زرارة قال قلت لأبي جعفر عليه السلام الرجل يشتري الجارية فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على انها جاريته و لم تبع و لم تهب فقال يرد اليه جاريته و يعوضه بما انتفع «١».

و في رواية أخرى عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولادا ثم أتاه من يزعم انها له و اقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه في قيمته ما أصاب من لبنها و خدمتها «٢» و لا يبعد اعتبار سند الاولي و لكن لا دلالة فيهما على عدم ضمان المنافع الفائتة، فإنه لم يفرض فيها فوت منفعة بل مقتضى العادة في مثل الأمة المزبورة استيفاء منافعها.

و اما صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه فليس فيها بيان ضمان المنافع أصلا لا المستوفاه و لا غيرها و لا يمكن ان يقال ان السكوت فيها عن ضمان

(١) الوسائل - الجزء (١٤) الباب ٨٨ من أبواب نكاح البعيد.

(٢) الوسائل - الجزء (١٤) الباب ٨٨ من أبواب نكاح البعيد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٤

و ان كان المترائى من ظاهر صحيحة أبى ولاد (١)

[الضمان فى المثلى و القيمى]

إشارة

إذا تلف المبيع فان كان مثليا (٢)

المنافع دليل على عدم ضمانها و ذلك لعدم إحراز كونها فى مقام البيان من هذه الجهة ليرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى المنافع المستوفاة بقريئة ما تقدم، و يتمسك بها فى نفي ضمان غيرها.

و الحاصل الإطلاق الموهوم فى الصحيحة إطلاق مقامى و ليس من الإطلاق اللفظى ليمكن إحرازه بالأصل العقلائى، و إثبات الإطلاق المقامى موقوف على إحراز كون المتكلم فى مقام بيان الحكم الآخر أيضا غير الحكم الوارد فى الخطاب.

(١) لم يظهر وجه ما ذكر فإنه لم يفرض فيها فوت منفعة بلا- استيفاء، كما إذا مكث المستأجر بالبغل أياما من غير ركوبه، ليقال بان عدم ضمانه اجرة تلك الأيام فى مورد الغصب يستلزم عدم ضمانها فى المقام.

نعم بالإضافة إلى ضمان الأجرة المسماة فى مورد مخالفة عقد الإجارة كلام موكول الى كتاب الإجارة و ظاهر الصحيحة عدم ضمان المستأجر تلك الأجرة فلاحظ.

(٢) المعروف ان التالف فى يد المشتري مضمون بالمثل فى المثليات خلافا لما يحكى عن الإسكافى حيث ذكر ان التالف يكون مضمونا بالقيمة مطلقا و الكلام فعلا- فى ضابط كون التالف مثليا حيث ذكر جماعة انه ما يتساوى اجزائه من جهة القيمة و المراد بالاجزاء الافراد حيث يصدق الحقيقة على كون واحد منها و تساويها من حيث القيمة بالنسبة أى بالإضافة بعضها الى بعضها الأخرى من حيث المقدار فإذا كانت حنطة متساوية للأخرى فى الكم، تكون متساوية لها فى القيمة أيضا.

و على ذلك فيلزم ما ذكر الشهيد (ره) من كون المسبوط من الذهب قيمته، فإنه إذا انفصل و كانت قطعه منه نصف مسبوك آخر، فلا تكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٥

.....

قيمتها نصف قيمة ذلك المسبوك، لدخاله الهيئة فى قيمته، و كذا يلزم ان لا يكون الدرهم مثليا، فان الدرهم إذا كسر و صار قطعا تكون تلك القطع مساوية للدرهم من حيث الكم مع انه لا يشتري تلك القطع بالدرهم.

و يمكن ان يجاب بان الدرهم مثلى بالإضافة إلى نوعه الصحيح، فلا ينافى عدم كونه مثلا للقطع من درهم آخر كما ان كون الحنطة مثليا لا ينافى عدم كونها مثلا بالإضافة إلى قطع الحنطة المعبر عنها بالجريش و يلتزم كما عن الشهيد ره بان المسبوك من الذهب أو الفضة قيمي.

ثم ان لازم التعريف و التوضيح ان لا- يكون مثل الحنطة مثليا، فإنه ربما تكون حنطة ضعف الأخرى فى المقدار و مع ذلك تكون

قيمتها مساوية له كالممن من الحنطة الجيدة مع الممين من الرديئة، فيلزم ان لا يكون الحنطة مثلية بل المثلى أصنافها و هذا لا يناسب كلماتهم حيث يجعلون الحنطة مثلية و على ذلك فلو تلف أو أتلّف فردا من صنفها يجب عليه الخروج من ضمانه بدفع فرد آخر من ذلك الصنف و يبقى ان إطلاق المثلى على الجنس بلحاظ مثلية أصنافها و لو لم يكن بعيدا الا ان تطبيق تعريف المثلى فى كلماتهم على الجنس بلحاظ افراد أصنافه بعيد.

و أبعد منه القول بان قولهم الحنطة مثلى، نظرهم الى الجنس، و عدم ملاحظتهم اختلاف افراد أصنافها مع كون المثلى كل واحد من تلك الأصناف باعتبار ان التالف مضمون بالجنس عندهم، غاية الأمر يجب عند أداء ما عليه من الجنس، رعاية الخصوصيات الصنفية التى كانت فى التالف، و وجه كون هذا أبعد، أنه لا وجه لرعاية الخصوصيات بعد فرض عدم اشتغال الذمة بها، كما ان مع وجوب رعايتها لا وجه لعدم اعتبارها، على الذمة.

و بالجملة لا موجب لاعتبار الجنس مثليا مع كون المثلى نوعه أو صنفه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٦

يشكل اطراد التعريف بناء على هذا (١) و بهذا الاعتبار يصح السلم (٢) و لذا اختار العلامة فى باب القرض (٣)

(١) يعنى لا يتم التعريف المزبور حتى بناء على كون المراد من تساوى افراد الحقيقة تساوى افراد كل واحد من أصنافها، و وجه عدم التمامية انه ان أريد تساوى تلك الافراد من جميع الجهات الموجبة لرغبة الناس التى تكون بها زيادة القيمة و نقصانها، فهذا النحو من التساوى غير حاصل، حتى فى افراد الصنف الواحد، و ان أريد من التساوى التقارب بين تلك الافراد فى تلك الجهات. فهذا حاصل فى افراد الصنف من القيميات ايضا كاصناف الغنم و البقر و غيرها من الحيوان مع كونه قيميا عندهم. نعم التقارب كذلك فى أصناف القيمي قليل، و فى أصناف المثلى كثير و لكن القلة و الكثرة تصلحان لملاك الحكم بضمان القيمة فى الأول و بضمان المثل فى الثانى و لا- توجب ان كون التعريف المزبور مانعا عن الغير، و بالجملة فالتعريف المزبور للمثلى شامل للقيمي أيضا.

(٢) أى باعتبار تقارب افراد القيمي أيضا فى الصفات الموجبة للمالية، يجوز السلم فى القيمي، حيث يعبر فى السلم ان لا- يكون توصيف المبيع موجبا لندرة وجوده.

(٣) و هذا ايضا استشهاد لما ذكره من ان تقارب الافراد فى الجهات الموجبة للمالية لا يختص بالمثليات، و بيانه أنه لو كان تقارب الافراد فيها، مختصا بها، لم يكن للعلامة الحكم على القيمي فى السلم بأنه مضمون فى مورد القرض بالمثل،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٧

فمن التحرير ما تماثلت اجزائه (١) و عن الروضة انه المتساوى الاجزاء (٢) و عن غاية المراد انه ما تساوى اجزائه (٣)

و الحاصل حكمه (ره) بان ما يصح فيه السلم من القيميات، إذا وقع مورد القرض، يكون مضمونا بالمثل، فرض لوجود المثل للقيمي. (١) لا- يخفى ان هذا مثل التعريف السابق، فان تماثل الافراد و تقارب صفاتها يكون فى المثليات، و القيميات، و لو باعتبار افراد الصنف، و بعبارة أخرى ان أريد التماثل من جميع الجهات، فلا يعم التعريف جميع المثليات، و ان أريد التقارب فيها، فيشمل القيميات ايضا.

(٢) و هذا بظاهره أخص من التعريف المتقدم، حيث أخذ فيه مع تساوى الافراد، تساويها فى المنفعة، و تقاربها فى صفاتها، اللهم الا ان يقال تقييد التساوى فى التعريف المتقدم بالقيمة فى قوة ذكر تساويها فى المنفعة، و تقاربها فى الصفات، و عليه فيرد على هذا التعريف ما أورد به على سابقه.

(٣) وهذا أعم من التعريف المتقدم، حيث ان هذا يعم جميع المثليات و القيميات، فإن الأفراد فيهما مشتركة في الحقيقة النوعية، كما ان ما ذكره بعض العامة من ان المثلى ما قدر بالكيل و الوزن، غير تام، فان التقدير بهما ربما يكون في القيمي، كبعض الفواكه، و التقدير بالعد ايضا يكون في المثلى كالثوب، و مثله ما عن بعض آخر منهم، من جواز بيعه سلما، فإن القيمي أيضا يجوز بيعه سلما فيما لا يكون التوصيف موجبا لندرة وجوده، و كذا ما عن ثالث منهم من إضافة بيع بعضه ببعض، فان جواز هذا البيع لا يختص بالمثليات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٨

فلا بد من ملاحظة ان الأصل الذي يرجع (١)

أقول الأظهر ان يقال ضمان التالف اما بالمثل أو القيمة و الأول- في موارد عدم ندرة المثل للتالف غالبا و الثاني- في موارد ندرته كذلك، و المراد بالمثل هو القريب الى التالف في الأوصاف التي تكون بها المالية أو زيادتها، لا سائر الخصوصيات التي قد يتعلق غرض شخصي بالشئ باعتبارها، و ربما يزيد بها الثمن عند شرائه، و لكن لا تكون الخصوصية المزبورة منظورة مقصودة للعقلاء الراغبين في الشئ المزبور.

و لو أحرز ان المال بالإضافة إلى التالف كذلك، و لم يكن وجوده عزيزا نوعا، بحيث لا يعد الظفر به من الاتفاق، فالمال مثلى و في صورة عزة وجوده و ندرة الظفر به فالمال قيمي، كبعض الجواهر فلو تراضى المالك و الضامن في الأول على القيمة فهو، و الا فلا يستحق المالك غير المطالبة بالمثل، كما أنه في الثاني لا يستحق إلا المطالبة بالقيمة، و ليس له إلزامه بدفع المثل، و ان اتفق تيسر تحصيله فإن عمدة الدليل على الضمان في مورد الكلام سيرة العقلاء و مقتضى سيرتهم في موارد ضمان التلف و الإتلاف ما ذكرنا فلاحظ.

(١) أقول مقتضى القاعدة في مورد دوران التالف بين المثلى و القيمي، هو تخيير الضامن، و بيان ذلك ان العلم الإجمالي الحاصل للضامن يكون ذمته مشغولة إما بالمثل أو القيمة و ان كان من قبيل العلم الإجمالي بالتكليف بين المتباينين، الا انه لا ينبغي الرب في انه لا يجب على الضامن دفع المثل أو القيمة معا، لعدم وجوب هذا الاحتياط في الماليات، و ليس دوران الأمر بين استحقاق المالك القيمة أو المثل من دوران الأمر بين الأقل و الأكثر، بأن يكون الثابت في ذمته مطلقا مالية التالف أو مالته في ضمن المثل ليكون دفع المثل احتياطا، و دفع القيمة عملا بأصالة البراءة،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٦٩

.....

و ذلك لان المراد بالمالية في المقام، ليست هي القيمة في ضمن أى شئ، بل بالنقود المتعارفة للاثمان، كالدراهم، و الدنانير، و دوران الأمر بين القيمة كذلك و بين المثل من قبيل المتباينين، و بعد فرض عدم وجوب الموافقة القطعية في المقام بدفع القيمة و المثل معا، تصل النوبة إلى الموافقة الاحتمالية، باعتبار العلم بعدم جواز إهمال الموافقة رأسا.

لا يقال كيف يجوز للمالك أخذ ما يختاره الضامن، حيث يحتمل ان يكون المدفوع اليه غير ما يستحقه.

فإنه يقال دفع الضامن واحدا من المثل أو القيمة باعتبار انه اما عين ما يستحقه المالك عليه أو عوض عنه، فيجوز للمالك أخذه، اما لانه عين ماله أو بدله بجعل الضامن مع ان للمالك أخذه تقاصا من ماله على تقدير كونه غير ما يستحقه على الضامن لان الضامن لا يدفع اليه ذلك المال.

و دعوى تخيير المالك فإنه مقتضى قاعدة الاشتغال الجارية في حق الضامن حيث ان المالك إذا رضى بالمثل فدفعه اليه مبرء لذمة الضامن قطعا فإنه ان كان عين ما يستحقه عليه فهو و ان كان ما يستحقه عليه هي القيمة فقد رضى المالك منها بالمثل على الفرض و

هذا بخلاف ما إذا رفع اليه غير ما اختاره فإنه يحتمل عدم فراغ ذمته مدفوعة بأنه لم يتم دليل على وجوب تفرغ الذمة في الفرض على الضامن لعدم تنجز التكليف المعلوم بالإجمال بوجود موافقته القطعية و انما الثابت في حقه في الفرض لزوم الموافقة الاحتمالية، حتى لا يمنع الغير قطعاً عما يستحقه عليه، ولذا لو طالب المالك بغير المثل أو القيمة في الفرض بأن رضى عن عوض التالف المردد بين كونه مثلياً أو قيمياً بثوب الضامن مثلاً فلا يجب على الضامن دفع الثوب المزبور بدعوى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٠

و ربما يناقش في الآية بان مدلولها (١).

انه يجب عليه تفرغ ذمته و ان التالف لو كان قيمياً فقد رضى المالك من قيمته بالثوب، و ان كان مثلياً فقد رضى به من المثل. وبالجملة كما لا يجب على الضامن في المقام الموافقة القطعية بدفعه القيمة و المثل معاً كذلك لا يجب عليه تحصيل رضا المالك، بل الثابت في حقه الموافقة الاحتمالية بل إذا أخذ المالك ما دفع اليه يحصل فراغ ذمة الضامن لما ذكرنا من كونه اما عين ما يستحقه أو بدله جعلاً أو تقاصاً من المالك و اما احتمال تخير المجتهد في الإفتاء بضمان المثل أو القيمة في صورة تشاح الضامن مع المالك فلا دليل عليه بل لو قيل بجواز تخير المجتهد في الإفتاء فهو في مورد تعارض الخبرين و تكافؤهما لا مثل المقام من موارد فقد النص و عدم وجوب الاحتياط في الواجب الدائر بين المتباينين و عن السيد الخوئي (طال بقاه) انه يقرع عنه دوران التالف بين كونه مثلياً أو قيمياً أخذاً بما دل على انها لكل أمر مشكل.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنه لا اعتبار بالقرعة في الشبهات الحكمية و منها المقام سواء كان أمكن فيها الاحتياط أم لا و لذا لم يذكر هو و لا غيره في دوران الأمر بين المحذورين في موارد الشبهة الحكمية تعين القرعة.

(١) و لعل مراد القائل ان كلمة ما في قوله سبحانه بِمِثْلٍ مَا اعْتَدَى مصدرية فيكون التقدير فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ مثل اعتدائه، مثلاً إذا أتلف الغير مال أحد يجوز له إتلاف مال ذلك الغير و ان أخذ ماله فيجوز له أخذ مال ذلك الغير، و اعتبار المماثلة في الاعتداء كذلك لا ينفع في المقام، فان المهم في المقام إثبات المماثلة في المال المعتدى به و لو أتلف كتابه فالدعوى انه يجوز له أخذ ذلك الكتاب منه لا إتلاف كتابه عوضاً هذا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧١

.....

و لكن المناقشة غير تامة فإن صدر الآية قرينه على كون المراد المماثلة في المعتدى به النفس بالنفس و العين بالعين و الاذن بالأذن الى غير ذلك و لا يعتبر المماثلة في الاعتداء و لو قتله بالحرق أو الخنق فلا يكون القصاص الا القتل بالسيف لا بالحرق أو الخنق، و لعله (ره) أشار الى ذلك بقوله (و فيه نظر) و لكن مع ذلك لا دلالة للآية على الضمان حتى في مورد الإتلاف عمداً فضلاً عن التعدى إلى سائر الموارد و ذلك فان المراد بالاعتداء في قوله سبحانه هي الجزاء على المعتدى بالكسر و إطلاق الاعتداء عليها بهذا الاعتبار نظير ما ورد في بعض روايات الاستصحاب من قوله عليه السلام (و لكن ينقض الشك باليقين) فإن إطلاق النقض في مورد الشك مع انه لا إبرام و لا استحكام في الشك باعتبار المقابلة لليقين حيث يطلق فيه النقض لا برامه و استحكامه، فالمستفاد من الآية انه لو أتلف الغير مال أحد عدواناً يجوز له استيفاء مثل المال المزبور من المعتدى بان يملك ذلك المثل من المعتدى بالأخذ منه و لو بالمقاصة أو قهراً عليه و المناسب لذلك إرادة المماثلة و لو في المقدار فقط و من الظاهر ان جواز أخذ هذا المثل لا يرتبط بضمان المعتدى المثل بالمعنى المتقدم أو القيمة بالنقود المتعارفة، بل لا يرتبط بأصل الضمان أيضاً بأن يكون المعتدى عليه مالكا على ذمة المعتدى المال، فإنه يمكن الالتزام بجواز الأخذ من مال المعتدى و تملكه و لو قهراً عليه نظير تملك اللقطة من دون اشتغال ذمة المعتدى كما

لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٢

كما في المثاليين المتقدمين (١).

كما في المثال الثالث (٢) فحاصل الكلام ان ما اجمع على كونه مثليا (٣).

(١) اي مثال الإتلاف من الكرباس المنسوخة بنحو واحد و مثال إتلاف عبد و له بذمة مالكة عبد موصوف بصفات التالف. أقول- قد مر أن وجدان المثل نادرا بحيث يكون الظفر به من المصادفة و الاتفاق، لا يعتبر عند العقلاء، فدعوى انصراف إطلاق الضمان إليه في بعض ما ورد في التلف و الإتلاف ضعيفة.

(٢) أي ما إذا فرض نقصان المثل عن التالف نقصانا فاحشا بتنزل القيمة السوقية، حيث ان مقتضى العرف و الآية تعين قيمة التالف عند تلفه، مع ان المشهور على ضمان التالف بالمثل.

(٣) و الوجه في تعيين الضمان بالمثل في مورد التسالم على كون التالف مثليا و في تعيين الضمان بالقيمة في مورد التسالم على كونه قيما، هو الأخذ بالإجماع فإن مقتضاه الضمان في المثلي بالمثل حتى فيما إذا نقص مالىة التالف بتنزل القيمة السوقية.

و يشهد لذلك مع الإجماع المشار اليه الخبر الوارد في ان اللازم على من عليه دراهم و أسقطها السلطان و زوج غيرها هي الدراهم الاولى «١» حيث ان إسقاطها يوجب تنزل قيمتها. لا سقوطها عن المالية رأسا لكون موادها فضة، و لكنه مع إمكان الخدشة في سنده معارض بغيره مما يدل على ان على المديون الدراهم التي روجها السلطان بعد إسقاط الاولى.

(١) الوسائل- الجزء (١٢) الباب (٢٠) من أبواب الصرف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٣

ذكر القواعد انه لو لم يوجد (١).

و في موارد عدم التسالم يرجع الى المستفاد من آية الاعتداء و منصرف إطلاق الضمان فتكون النتيجة الضمان بالمثل مع عدم السقوط أو النقص عن ماليتة و مع أحدهما يكون المتعين هي القيمة كما مر بيانه في تقرير النسبة بين مفاد الآية و منصرف الضمان و بين ما عليه المشهور.

أقول قد ذكرنا ان الأظهر في مورد تردد التالف بين كونه مثليا أو قيما هو تخير الضامن، فان اشتغال ذمته بواحد من المثل أو القيمة و ان يكون من قبيل دوران الواجب بين المتباينين، الا ان التكليف الواقعي لا يجوز عقلا مخالفته القطعية.

و اما موافقة القطعية فغير لازمة في الفرض، لحكومة قاعدة نفى الضرر على التكليف الواقعي في فرض بقائه بعد أداء الضامن أحد الأمرين من المثل أو القيمة لأنه يجب عقلا مع بقاء التكليف أداء الآخر، و حيث لا يعلم بقائه فيجتمع عند المالك المثل أو القيمة معا، و هذا ضرر على الضامن، و لا- يكون انتفاء التكليف بقاعدة الإضرار منافيا للامتنان على المالك، لان الضرر على المالك يكون بحسب المالية و المفروض ان مالىة التالف متدارك بالمثل أو القيمة.

(١) قال في القواعد انه لو لم يوجد المثل إلا- بأكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد انتهى و ذكر المصنف (ره) صورتين: الاولى- ما إذا كانت زيادة قيمة المثل باعتبار تغيير القيمة السوقية و اختار في هذه وجوب تحصيل المثل، فإنه مقتضى عموم ما دل على ضمان المثلي بالمثل كآية الاعتداء، بل ليس في هذا اشكال و لا خلاف.

و ما ذكر في القواعد من التردد لا يعمها، فان المثل فيها يوجد بقيمته السوقية و بثمان المثل، و يؤيد الحكم ما ورد في ضمان المثل في

الدراهم التي أسقطها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٤

ثم انه لا فرق جواز مطالبة المالك (١).

السلطان، لان الدراهم باعتبار كون موادها فضة لا تسقط عن المالية بسقوط سكنها عن الاعتبار و لكن تنقص به ماليتها و إذا كان ضمان المثلي بالمثل مع نقص قيمته، كان ضمانه به مع زيادتها أيضا لأن احتمال الفرق بعيد. الصورة الثانية ان لا تكون زيادة في قيمته السوقية بل الزيادة باعتبار قلة وجود المثل و عدم وجدانه الا عند من يعطيه إلا بالزيادة و ظاهر عبارة القواعد هذه الصورة و ذكر (ره) ان الأقوى في هذا الفرض أيضا تحصيل المثل أخذا بما ذكر في الوجه السابق من كونه مقتضى الآيه و منصرف إطلاق الضمان.

أقول لا يبعد القول بانتقال الأمر إلى قيمة المثل أو الصبر الى ان يوجد المثل بقيمة السوقية فإن تكليف الضامن بتحصيل المثل و لو بأضعاف قيمته السوقية يكون احجافا و ضررا عليه و بعبارة أخرى الزائد على القيمة السوقية بشراء المثل بأضعاف قيمته ضرر على الضامن فينفي وجوب بقاعدة لا ضرر كما ينفي به وجوب شراء الرقبة أو الهدى بأضعاف قيمتها.

و دعوى اقدم الضامن على الضمان فلا يعمه قاعدة الاضرار مدفوعة بأن إقدامه على الضمان بالمسمى لا يكون اقداما على الضرر المزبور نعم في جريان ما ذكر في الغاصب تأمل كما انه لو أقدم الضامن بشراء المثل و تحمل الضرر فللمالك المطالبة بالمثل.

(١) قد ذكرنا سابقا في بيان المثلي انه ليس المأخوذ في المثل جميع خصوصيات التالف بل الخصوصية التي لها دخل في المالية أو زيادتها و نقصانها و عليه فلو كان قبض التالف في مكان يكون العين فيها أرخص بكثير من مثلها الموجود في بلد آخر يكون خصوصية كونها في بلد التالف مأخوذا في مثلها و لو طالب المالك الضامن في بلد آخر يكون المطالب به هو المثل في بلد التالف فعلى المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٥

فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة (١).

الصبر الى دفع المثل في ذلك البلد أو الأخذ في بلد المطالبة بقيمة المثل الموجود في بلد التالف.

و هذا كما ذكرنا مع اختلاف البلاد في القيمة بالفاحش و اما مع عدمه فلا يؤخذ في المضمون خصوصية بلد القبض أو غيره فيكون للمالك المطالبة بالمثل في كل بلد لا يختلف مع بلد التالف في القيمة.

(١) يقع الكلام في المقام في جهتين الاولى جواز مطالبته المالك مع تعذر المثل بالقيمة و الثانية تعيين القيمة التي يستحق المالك المطالبة بها و ذكر المصنف (ره) في الجهة الاولى ان جواز مطالبة المالك بقيمة المثل مقتضى الجميع بين أمرين حق المالك في عدم جواز منعه عن وصوله الى حقه و عدم إلزام الضامن بالمثل مع عدم تمكنه أو كون تحصيله حرجا عليه مع ان الاستفادة من آية الاعتداء جواز مطالبة القيمة مع تعذر المثل حيث ان القيمة مع تعذر المثل تعد مثلا فلا يكون أخذها اعتداء بالأزيد.

أقول يرد على الأول بان ما على الضامن هو المثل فلا يجوز منع المالك عن ماله المفروض كونه مثلا لا عن القيمة بالنقود التي تعد بالإضافة إلى المثل من المتباينين لا الأقل و الأكثر و آية الاعتداء لا دلالة لها على المثل المطلوب في المقام كما مر سابقا و ذكر السيد الخوئي طال بقاء ان للمالك حق المطالبة بالخصوصيات و الجهات الموجبة للمالية في المال المفروض تلفه و إذا رفع يده عن حقه هذا بمطالبته بأصل مائة التالف فله ذلك و لذا لا يجب على المالك قبول القيمة عند تعذر المثل و ليس للضامن إلزامه بأخذها بل له الصبر الى حين وجدان المثل و فيه ما تقدم من ان إعطاء المالية بالنقود أمر مابين لأداء المثل و حق المالك هي المطالبة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٦

و يؤيد ما ذكرنا (١)

بالثاني دون الأول و لذا لا يجب في المثلي إعطاء القيمة مع مطالبة المالك بها و وجود المثل خارجا و لو كان المطالبة بالجهات و الخصوصيات مجرد حق المالك لكان اللازم على الضامن إعطاء القيمة مع التمكن على المثل و الصحيح ان جواز مطالبة المالك المثل بقيمته عند تعذره أو تعسره بسيرة العقلاء الجارية في موارد الضمانات حيث ان بنائهم على ان للمالك حق المطالبة بالقيمة أو الصبر الي وجدان المثل و لم يردع الشرع عن ذلك.

(١) يعني يؤيد ان المطالبة بالقيمة عند تعذر المثل حق للمالك و ليس للضامن إجباره على أخذها ما عن الأكثر في باب القرض ان المعبر في المثل المتعذر قيمته يوم المطالبة فإن هذا الكلام يشير إلى انه لو لم يطالب المالك لما تعين دفع القيمة. نعم ذكر بعضهم ان المعبر في المثل المتعذر قيمته يوم الدفع و لا- إشارة في ذلك الى كون المطالبة حقا للمالك و ليس للضامن إجباره على أخذ القيمة و ذكر (ره) في الجهة الثانية ان المثل لا يسقط عن عهده الضامن بمجرد تعذره بل المثل المتعذر كالدين في عدم سقوطه عن عهده المديون بعدم تمكنه على الأداء.

و لو كان تعذر المثل موجبا لسقوط المثل و اشتغال الذمة بالقيمة لكان المتعين قيمة المثل يوم تعذره فإنه يوم الانتقال إلى القيمة و يترتب على بقاء المثل على عهده الضامن انه على تقدير مطالبة المالك يتعين قيمة المثل يوم الدفع حيث ان دفعها دفع للمثل بماليتها و لكن أورد (ره) على بقاء المثل في العهده بان آية الاعتداء و انصراف الضمان الوارد في بعض الموارد مقتضاهما انقلاب العهده بتعذر المثل إلى القيمة حيث ان مقتضاهما تعين أداء أقرب الأموال التالف و كما تكون القيمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٧

.....

أقرب الأموال إلى التالف عند تعذر المثل من أول الأمر كذلك تكون أقرب الأموال إليه بالتعذر فيما بعد و التفرقة بين تعذر المثل من الابتداء و طريان التعذر عليه فيما بعد تحكم.

أقول المثل للتالف على ما تقدم عبارة عن البديل الذي يقارب التالف في الجهات التي كانت موجبة لماليتها أو زيادتها أو نقصانها و يقال للتالف المثلي فيما إذا كان وجدان البديل له كذلك نوعيا و لا يعتبر كونه دائما كما انه يقال للتالف القيمي باعتبار كون البديل له كذلك نادرا لا نوعيا.

و عليه ففي مورد تلف المثلي في اليد أو إتلافه يكون اشتغال الذمة بالمثل و لو كان المثل متعذرا لما ذكرنا من ان الاعتبار في اشتغال الذمة بالمثل وجدانه نوعا لا دائما و إذا كان الحال في التعذر من الابتداء كذلك فطريان التعذر فيما بعد لا يزيد على ذلك و لا يوجب سقوط المثل على العهده بل تبقى مشغولة به و لازمه أدائه بقيمة يوم الدفع حيث ان أدائها أداء للمثل بماليتها.

و عن السيد اليزدي (طاب ثراه) ان نفس العين في موارد ضمانها تكون على العهده و لا يعتبر في اشتغال الذمة بها التمكن على أدائها بلا فرق بين كونها قيمة أو مثلية و لا يصح ما عليه المشهور من انتقال المثل إلى العهده في المثلي و القيمة في القيمي بل يكون إعطاء القيمة أداء للعين بماليتها كما في القيمي أو مع بعض خصوصياتها كما في المثلي و يشهد لذلك حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن ظاهره كون المأخوذ بنفسه على العهده لا مثله و لا قيمته و على ذلك فيعتبر القيمة يوم الدفع حيث ان أداء القيمة المزبورة أداء للعين بماليتها.

أقول حديث على اليد لضعفه لا يمكن الاعتماد عليه كما مرو الضمان في بناء العقلاء يكون باشتغال الذمة بالمثل أو القيمة و شاهد

ذلك ملاحظة مورد القرض فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٨

ثم ان في المسئلة احتمالات آخر (١)

القرض في حقيقته تمليك العين للآخر مع اعتبار اشتغال عهده الآخر بمثلها أو قيمتها لا بنفس تلك العين حيث انها صارت ملكا للمقترض و لا يتفاوت الضمان في اعتبار العقلاء بين مورد القرض و سائر موارد من موارد الإلتلاف أو التلف.

(١) ذكر في القواعد في المثلى المتعذر مثله احتمالات و عن ولده في الإيضاح تقوية بعضها و عن بعض الشافعية بعضها الآخر.

و أضاف المصنف ره إليها بعض الاحتمالات الأخرى مع الإشارة إلى مبانيها و الاحتمالات كما تلى: الاحتمال الخامس - على ما في القواعد هو اعتبار قيمة المثل يوم تفرغ الذمة و هذا مبني على بقاء المثل على العهدة و عدم سقوطه بالإعواز أى تعذره و الاحتمال الثانى - فى كلام القواعد مبني على انقلاب المثل إلى القيمي بالتعذر مع ضمان أعلى قيم المثل من زمان ضمانه يعنى زمان تلف العين الى زمان تلف المثل و هو زمان إعوازه و تعذره و لو قيل فى القيمي بقيمة يوم الضمان تعيين قيمة المثل يوم تلف العين فان زمان تلفها زمان ضمان المثل كما انه لو قيل فى القيمي بكون العبرة بزمان التلف فالعبرة بقيمة المثل يوم إعوازه فإنه زمان تلف المثل.

و الاحتمال الأول فى كلام القواعد مبني على انقلاب العين التالف إلى القيمي بعد كونها مثليا فيعتبر أعلى القيم من يوم غضب تلك العين الى زمان تلفها و يحتمل ضمان يوم غضبها.

أقول فات عن المصنف (ره) اضافة احتمال قيمة يوم تلف العين.

و الاحتمال الثالث فى كلام القواعد مبني على انقلاب الجامع بين العين التالفه و المثل المتعذر إلى القيمي و المراد ضمان المالىة التى تحصل بالعين و المثل فيجرى احتمال ضمان أعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان تعذر المثل و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٧٩

و حاصله ان وجوب دفع قيمة المثل يعتبر (١) فاعلم ان المناسب لإطلاق كلامهم (٢)

إعوازه.

و الاحتمال الرابع مبني على ضمان الجامع بين المثل و العين التالفه مع عدم تبدل المثل إلى القيمة مع التعذر بل يبقى المثل على العهدة إلى زمان دفعه بالقيمة و لذا لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه.

(١) يعنى يعتبر فى القيمة المدفوعة على الاحتمال الرابع أعلاها من زمان وجوب دفع المثل و هو زمان مطالبة المالك بالقيمة إلى زمان حدوث ضمان العين أى زمان غضبها فيعتبر دفع أعلى القيم المفروضة فى هذه المدة و لا يخفى ان مقتضى ذلك اعتبار أعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان مطالبة المالك لا الى زمان دفع القيمة كما هو المدعى و لعل (ره) أشار الى ذلك بقوله فافهم.

(٢) هذا تعرض للصحيح من الاحتمالات المتقدمة و حاصله ان مقتضى الالتزام ببقاء المثل على العهدة حتى بعد تعذره هو قيمة يوم الدفع و مقتضى آية الاعتداء و انصراف الضمان إلى أقرب الأموال إلى التالف هو صيرورة نفس التالف قيميا عند تعذر المثل فيكون الاعتبار بقيمة العين التالفه يوم إعواز المثل إذ قبل ذلك اليوم كانت العين التالفه مثلية و لا يعتبر القيمة فى المثلى و على مسلك أعلى القيم يكون الاعتبار بأعلى القيم من زمان ضمان العين إلى صيرورة تلك العين قيمة.

و الى ذلك أشار المصنف (ره) بقوله (و لو قلنا بضمن القيمي بأعلى القيم إلخ) يعنى بناء على اعتبار أعلى القيم من زمان غضب العين الى زمان تلفها توجه فيما نحن فيه ضمان اعلم القيم من حين ضمان العين التالفه أى من زمان غضبها الى زمان إعواز مثلها و الوجه فى حساب أعلى القيم الى زمان إعواز المثل مع فرض تلف العين قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٠

و يقال على المحقق المذكور (١)

ذلك ما أشار (ره) إليه بقوله (كما أن ارتفاع القيمة إلخ) يعنى كما ان زيادة القيمة قبل تلف العين مضمونه بشرط تعذر رد العين حيث ان مع رد العين لا يضمن الغاصب شيئاً حتى لو كانت قيمتها زمان ردها عشر قيمتها يوم غضبها و بتعبير آخر أداء العين برد نفسها متدارك (بالكسر) ارتفاع القيمة السوقية فكذلك رد المثل في المثليات متدارك (بالكسر) ضمان ارتفاع القيمة من يوم غضب العين الى زمان تلفها و بالجملة ارتفاع القيمة في المثلى مضمون بشرط عدم رد العين و عدم رد المثل فيكون رد المثل متداركاً لارتفاع القيمة في المثلى و إذا تعذر المثل يكون الارتفاع مضموناً مطلقاً فيعتبر قيمة العين الى هذا الزمان باعتبار ان العين و لو كانت تالفه قبل ذلك الا ان كونها قيمة حدثت في الزمان المزبور.

هذا مع القول بانقلاب المثلى إلى القيمي بتعذر المثل و اما بناء على بقاء المثل على العهد حتى بعد تعذره يكون زيادة القيمة مضمونه الى زمان تفرغ الذمة بدفع القيمة.

أقول لا يخفى بناء على صيرورة العين التالفه قيميّه و كون الاعتبار في القيمي بيوم التلف يكون اعتبار القيمة يوم إعواز المثل و لكن المعبر قيمة يوم تلف العين كما انه لو قيل في القيمي بالقيمة يوم الغضب يكون المعبر بعد إعواز المثل تلك القيمة و على أعلى القيم يكون المعبر أعلاها من زمان غضب العين الى زمان تلفها. و بالجملة اشبه على المصنف (ره) ظرف الاعتبار بظرف المعبر.

(١) ذكر المحقق الثاني انه لو كان المثل متعذراً عند تلف العين يتعين قيمة زمان التلف انتهى أى قيمة العين زمان تلفها و بعبارة أخرى تكون العين المزبورة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨١

ثم ان المحكى عن التذكرة ان المراد بالإعواز (١).

كسائر القيميات و لا- يكون في الفرض اشتغال الذمة بالمثل و بقائه على الذمة إلى زمان أدائه بماليتها كما ذكروا في صورة طريان تعذر المثل في الأثناء فيقال عليه بان لازم ذلك انه لو كان المثل عند تلف العين متعذراً و وجد بعد ذلك فلا يكون للمالك حق مطالبه المثل لان المفروض حدوث الضمان بالقيمة من الأول كسائر القيميات و لكن الإيراد غير صحيح لان للمحقق الثاني ان يلتزم بصيرورة العين بوجدان المثل مثلياً كسائر المثليات بعد كونها قيميّه و لعله الى ذلك يشير المصنف (ره) بقوله و فيه تأمل الى في الإيراد على المحقق بما ذكر تأمل.

(١) أقول قد ذكرنا اشتغال الذمة بالمثل في المثلى حتى عند التعذر من الابتداء أو في الأثناء غاية الأمر مع التعذر يسقط حق المالك عن المطالبة بالمثل فعلاً- الا- بماليتها و على ذلك فان كان في البين تعذر أداء المثل بالإضافة إلى الضامن أو كان تحصيله حرجاً أو إجحافاً عليه فمقتضى قاعدة اللاحرج أو اللاضرر سقوط حق المالك فعلاً عن المطالبة بالمثل الا بقيمته و لو لم يكن ذلك فمقتضى حرمة مال المسلم و ما دل على وجوب أداء الدين و وجوب دفع المثل فلا يتم ما ذكره في التذكرة من ان المراد بإعواز المثل عدم وجدانه في البلد و ما حوله و ما عن جامع المقاصد من الرجوع فيه الى العرف فان مع مطالبه المالك بالمثل و تمكن الضامن عليه بلا حرج أو إجحاف فعليه رد المثل سواء كان في العرف إعواز أم لا- فإن العبرة بتمكن شخص الضامن لا- إعوازه في العرف كما هو الحال في سائر التكاليف المشروطة بالتمكن و على ذلك فلو لم يكن مثل التالف الا عند الضامن فقط فعليه رده على المالك مع مطالبته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٢

ثم ان في معرفة قيمة المثل (١).

ثم انك قد عرفت ان للمالك (٢).

(١) قد تقدم ان المثل مع وجوده يتعين دفعه سواء كان عزيز الوجود أم لا نعم لا بد من كونه بحيث يباع بالقيمة السوقية و الا تكون الوظيفة دفعه بقيمته السوقية كما إذا كان عند من لا يبيعه إلا بأضعاف قيمته السوقية و تقدم ان الميزان في قيمة المثل بيوم الدفع فيتعين في الفرض إعطاء قيمته السوقية التي حال عزة وجوده و اما إذا لم يكن للمثل وجود أصلا فلا بد في تعيين قيمته السوقية من فرض وجوده في السوق ثم دفع القيمة و لا موجب في حساب قيمته فرض عزة وجوده فان مع وجود المثل يكون رده موجبا لارتفاع الضمان و لو كانت له في الأول عزة الوجود و باعتبارها كانت قيمته السوقية أزيد و عند دفعه لم يكن بتلك العزة و كان في قيمته نقصان و إذا كان دفع المثل بنفسه كذلك فما الوجه في فرض عزة الوجود له في دفع ماليته يوم لا يكون فيه في السوق مثل أصلا.

و بعبارة أخرى لا يوجب أمر دفع الأزيد لقيمة المثل في الفرض الا ان يكون ذلك للاحتياط أو استصحاب عدم فراغ العهدة بدفع الأقل فتدبر.

(٢) و حاصله ان مع تعذر المثل في بلد تلف العين و وجدانه في بلد آخر يجوز للمالك المطالبة بالمثل فيه سواء كانت قيمة المثل في ذلك البلد مساويا للمثل في بلد الضمان أو زائدة عليها و هل مع تعذر المثل في ذلك البلد للمالك المطالبة بقيمة ذلك البلد فيحتمل تعيين قيمة بلد الضمان و قيمة المثل لبلد المطالبة و تخيير المالك بينهما فيجوز له المطالبة بالأزيد منهما.

و عن الشيخ (ره) في مبسوطه في باب الغصب انه مع عدم المؤنة في نقل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٣

.....

المثل الى بلد المطالبة من بلد التلف فله المطالبة بالمثل و لو كانت القيمة في بلد المطالبة أزيد و اما إذا كانت في نقله إليه مؤنة يكون له المطالبة بها بشرط تساوى القيمتين و مع عدم تساويهما فلا يجوز له الا المطالبة بقيمة بلد التلف أو الصبر إلى أداء المثل بنفسه فيه.

أقول قد تقدم منع أصل الحكم الذي ذكره المصنف (ره) و انه مع وجدان المثل في بلد المطالبة و تفاوت قيمته مع قيمة بلد التلف لا يكون الموجود في بلد المطالبة مثلا ليستحق المالك المطالبة به و مع عدمه المطالبة بقيمته بل عليه الصبر الى وجدان المثل في بلد العين أو المطالبة بقيمة المثل في ذلك البلد و الى ذلك يرجع ما ذكر الشيخ (ره) في مبسوطه في كتاب الغصب.

و بالجملة اختلاف البلاد في قيمة الشيء باختلاف فاحش يوجب ان لا يكون الا زيد قيمة في بلد مثلا للتالف في بلد آخر نعم التفاوت في القيمة في بلد بحسب الأزمنة اى باعتبار الفصول غير معتبر كما إذا تلف المثلى في زمان كانت قيمته أقل ثم زادت فإنه يجب في الفرض أداء المثل و مع تعذره أدائه بقيمته يوم الأداء و لا عبرة باختلاف قيمته بحسب زمانى الضمان و الأداء.

نعم يعتبر بقاء أصل المالىة في المثل و لو سقط عن المالىة رأسا أو كان كالمساقط كالتقود المرسومة فعلا فإنها بعد سقوطها عن الاعتبار تكون عند العقلاء تالفه و لا يكون رد العين موجبا لارتفاع الضمان فضلا عن أداء مثله.

و السر في ذلك ان الضمان في اعتبارهم في الأشياء في موارد التلف و الإتلاف باعتبار ماليتها و مع سقوط الشيء عن المالىة يكون الشيء المزبور من القيميات التي يأتي الكلام في كون العبرة فيها بالقيمة يوم الضمان أو التلف أو الأداء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٤

كالماء على الشاطى (١).

لأن القيمة بدل الحيلولة (٢) و لو كان التالف المبيع فاسدا قيما (٣)

(١) قد ذكرنا سابقا انه يؤخذ خصوصية المكان في المثل فيما إذا كانت تلك الخصوصية دخيلة في المالية و عليه فالماء على الشاطي لا يكون مثلا للتالف في المفازة ليتوهم ارتفاع الضمان بدفعه.

نعم لو كانت عين ذلك الماء موجودة فيجوز دفعها ما لم تسقط عن المالية و بعد سقوطها عنها فيدخل في فرض تلفها و على ذلك فلا بد من إعطاء الماء الآخر في المغازة المزبورة أو الإعطاء في الشاطي بقيمته في تلك المغازة.

(٢) لا يخفى انه بناء على تصوير بدل الحيلولة فهو في المقام غير محتمل الا على مسلك بقاء المثل على العهدة حتى بعد إعوازه ليكون دفع القيمة من قبيل بدل الحيلولة بين المالك و ماله و هذا بخلاف ما إذا قيل بالانقلاب إلى القيمة سواء كانت القيمة بدلا عن العين أو عن المثل فإنه على الانقلاب يتعين حق المالك في القيمة و لا يكون مالكا إلا القيمة التي تسلمها بعد تعذر المثل و ليس له حق آخر على العهدة ليقال بان له المطالبة به.

(٣) الضمان في القيميات بمعنى اعتبار قيمة التالف دينا على عهدة الضامن في مقابل المثلي الذي يكون الدين على عهده هو المثل. و قد ذكرنا سابقا ان الاعتبار في كون التالف مثليا ليثبت المثل على العهدة وجدان المثل نوعا و لا يعتبر وجدانه دائما فلا يضر على اعتبار المثل على العهدة عدم وجدانه أحيانا و يعتبر في كون التالف قيما عدم وجدان المثل له نوعا و ان وجد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٥

.....

أحيانا بحيث يكون الظفر عليه من الاتفاق.

و ما ذكر المصنف (ره) من ان المتيقن من إطلاقات الضمان الدالة على اعتبار القيمة صورة تعذر المثل لا يمكن المساعدة عليه فان الشارع لم يتصرف في طور الضمان في المثلي أو القيمي و لا موجب لانصراف الإطلاق في بعض ما ورد بضمن القيمة إلى صورة تعذر المثل كيف و قد جرت سيرة العقلاء على اعتبار القيمة دينا في مال لا يوجد له مثل نوعا.

و يقتضيه أيضا الإطلاق في صحيحة أبي ولاد الآتية الدالة على ضمان البغل بقيمته فإنها تعم ما إذا كان للبغل المفروض مثل أولا و كذا قوله (ع) في رواية عتق الحصاة من العبد المشترك و ما ورد في ضمان الرهن بتفريط المرتهن.

و ما ذكر المصنف (ره) في وجه اعتبار القيمة في القيمي مطلقا من الرجوع إلى الإجماع ضعيف لعدم ثبوت إجماع و على تقديره فليس من الإجماع التعبدى بحيث يحرز اعتمادهم على أمر تعبدى قد وصل إليهم و لم يصل إلينا بل الوجه عندهم هي السيرة أو بعض الروايات المشار إليها كما لا يخفى.

و قد ظهر أيضا ضعف ما نسب إلى الإسكافي و حكى عن الشيخ (ره) و المحقق في الخلاف و الشرائع من اعتبار المثل على العهدة في المضمونات مطلقا غاية الأمر يكون دفع المثل بقيمته عند تعذره فإن السيرة أو الروايات المشار إليها كافية في الظهور المزبور.

و عن السيد اليزدى (ره) بقاء العين التالف على العهدة في المثلي و القيمي و ان انتقال المثل أو القيمة على العهدة لا أساس له بل يكون دفعهما موجبا لفراغ الذمة عن عهدة العين و ذكر ان هذا مقتضى حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدي و ليس في الروايات ما ينافي ذلك اما في الاخبار الدالة على الضمان فواضح فإنه ليس فيها دلالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٦

.....

على اعتبار القيمة أو المثل على العهدة.

و اما الاخبار الدالة على القيمة فليست لها دلالة الا على وجوب دفع القيمة لا اشتغال الذمة بها كما في صحيحة أبي ولاد أو الرواية الواردة في تقويم العبد.

نعم في سقوط الدين بحساب الرهن عند تلفه دلالة على ثبوت قيمة الرهن على العهدة و الا لم يكن سقوط الدين بمجرد تلف الرهن و لكن و لم أعر على هذا الخبر.

أقول قد تقدم دلالة صحيحة أبي ولاد على ضمان القيمة حتى مع التمكن على مثل البغل المفروض فيها و يأتي بيانه تفصيلا عند التعرض لها كما ان ظاهر موثقة سماعة ضمان القيمة قال سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال هذا فساد على أصحابه يقوم قيمة و يضمن الثمن الذي أعتقه لأنه أفسده على أصحابه «١» فإنه لو لا ضمان العبد بالقيمة لم يكن مجرد تقويمه مصححا لضمان الثمن بالعتق الذي عبر عنه في الموارد بالإفساد على المالك بل لا بد من التعبير بضمان نفس العبد و نحوها غيرها. و في موثقة ابن بكير قال سألت أبا عبد الله (ع) في الرهن فقال ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك ان يؤدي الفضل الى صاحب الرهن و ان كان أقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله و ان كان الرهن سواء فليس عليه شيء «٢» فان ظاهرها ضمان الرهن بالقيمة و لذا ذكر عدم ثبوت شيء على عهدة المديون أو المرتهن مع تساوى الدين و الرهن.

(١) الوسائل الجزء (١٦) الباب (١٨) من أبواب العتق الحديث (٥).

(٢) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٧) من أبواب الرهن الحديث (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٧

و ربما يورد عليه ان يوم التلف (١)

(١) الإيراد صحيح فان اشتغال الذمة بقيمة العين يحدث يوم تلفها و لكن القيمة التي تكون على العهدة قيمة ذلك اليوم أو غيرها فلا بد من معين و احتمال اشتغال الذمة بالقيمة بحيث يكون المعبر في كل زمان الى تفرغ الذمة قيمة العين في ذلك الزمان حتى يتعين قيمة يوم الدفع مدفوع بأنه لا عبرة بالأزمنة بعد تلف العين و لذا لو سقطت العين عن المالية بعد ذلك بحيث لو كانت باقية لما كانت لها قيمة يتعين ايضا على الضامن دفع القيمة و لو كان المعيار بالقيمة يوم الدفع لسقط الضمان بانقضاء المالية فافهم. و لكن مع ذلك لا يلزم اعتبار قيمة يوم التلف بل يحتمل كون المعبر في زمان تلف العين قيمة يوم غضبها أو أعلى القيم من يوم دخولها في الضمان الى زمان تلفها.

و بذلك يظهر ما في قوله (ره) و مما ذكرنا ظهر ان الأصل في ضمان التالف ضمانه يوم التلف إلخ فإنه كما ذكرنا ليس في البين ما يقتضى كون المعبر على العهدة من القيمة قيمة يوم التلف.

نعم حدوث الاعتبار يكون ذلك اليوم كما مر و لا يمكن إثبات قيمة ذلك اليوم بالسيرة العقلانية أيضا حيث لم يحرز استقرارها على تلك القيمة بل لو ثبت قيمة يوم الغضب بصحيحة أبي ولاد الآتية فيمكن التعدى إلى سائر موارد الضمان في القيمات اما باعتبار الاتفاق على عدم الفرق بين الضمان في مورد الغضب و بين المقبوض بالعقد الفاسد كما ادعاه الحلبي (ره) أو انه لا يحتمل إلغاء ضمان زيادة القيمة من يوم الضمان الى يوم التلف في مورد الغضب و عدم إلغائها في غيره.

و عن السيد اليزدى ره ان العبرة بقيمة يوم الدفع باعتبار بقاء نفس العين على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٨

العهد إلى فراغها و على تقدير الانقلاب يكون العبرة بيوم التلف فان ضمان قيمته على القاعدة و لا دلالة لصحيحة أبي ولاد على ضمان قيمته يوم الغصب و على تقديرها تكون مختصة باب الغصب بل يمكن الاستدلال على ضمان يوم التلف بما ورد في تقويم العبد المشترك المعتقد من بعض مواليه.

و في صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال من كان شريكا في عبد أو امه قليل أو كثير فأعتق حصته و لم يبعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله و ان لم يكن له سعة من مال نظير قيمته يوم عتق ثم يسعى العبد في حساب ما بقى حتى يعتق «١». و في صحيحة الأخرى قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد بين رجلين فحرر أحدهما نصفه و هو صغير و أمسك الآخر نصفه حتى كبر الذي حرر نصفه قال يقوم قيمة يوم حرر الأول و أمر الأول ان يسعى في نصفه الذي لم يحرر حتى يقضيه. و فيه ما تقدم في دعوى كون قيمة التلف على القاعدة و لا دلالة في الروايتين على اعتبار قيمة ذلك اليوم فان الضمان فيهما من جهة الإلتلاف كما في بعض الروايات المروية في ذلك الباب من تعليل ضمان المعتقد القيمة لباقي الشركاء مع يساره بأنه لما أفسده على أصحابه أو ضيعه عليهم و لا يختلف فيه حدوث الضمان و الإلتلاف في الزمان فيحتمل ان يكون تعيين قيمة يوم الإفساد باعتبار كونه زمان حدوث الضمان فلا يمكن استظهار قيمة يوم التلف في الموارد التي يختلف فيها زمان حدوث الضمان عن زمان التلف كما في التلف في اليد حيث يتحقق الضمان بوقوع المال في اليد و الاستيلاء عليه بنحو لا- يكون المال أمانة مالكية أو شرعية و لا يكون الشخص مأذونا في إلتافه مجانا قبل التلف.

(١) وسائل الجزء (١٦) باب (٣٤) من أبواب العتق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٨٩

توجه إلى النيل (١).

مثل كراء البغل ذاهبا (٢).

لو عطب (٣).

أليس كان يلزم منى (٤).

ان اليوم قيد للقيمة إما بإضافة (٥).

(١) النيل قيل قرية بين البغداد و الكوفة.

(٢) الوجه في حساب الذهاب من الكوفة إلى النيل و من النيل إلى البغداد و حساب الرجوع من بغداد إلى الكوفة تفاوت اجرة المثل بالإضافة إلى الذهاب و الإياب المفروضين.

(٣) عطب و نفق كضرب بمعنى هلك و مات و العقر بمعنى الجرح و الدبر بالتحريك قرحة الدابة.

(٤) من المجرد بمعنى يثبت على.

(٥) ليس المراد إضافة القيمة إلى كل من البغل و يوم المخالفة بحسب التركيب الكلامي بل المراد إضافة القيمة إلى البغل، ثم إضافة البغل إلى يوم المخالفة و لذا ذكر سقوط حرف التعريف من البغل للإضافة، و لو كانت القيمة مضافا و البغل مضافا إليه فقط لم يكن وجه لسقوط الالف و اللام عن الثاني.

و حيث ان المضاف إليه يعني يوم المخالفة لا يصح كونه قيدا للبغل، فان البغل لا ينسب إلى الأيام فيكون اليوم المزبور قيدا للمضاف إلى القيمة، فتنسب القيمة المنسوبة إلى البغل أولا إلى يوم المخالفة ثانيا و المعنى نعم يلزمك قيمة يوم المخالفة للبغل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٠

.....

و هذا مراد من ذكر ان مقتضى الحديث الاعتبار في الضمان بقيمة يوم الغضب و حدوث الضمان، دون يوم التلف أو أعلى القيم. و قيل ان يوم المخالفة ظرف للفعل المستفاد من حرف الجواب يعنى لفظه نعم فإنها بعد السؤال المزبور قائم مقام قوله يلزمك اى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل فيكون الجواب ناظرا لبيان حدوث الضمان يوم المخالفة و ان قبلها لم يكن ضمان لا ان المعتبر في الضمان هي القيمة بحسب يوم المخالفة.

و أورد على ذلك المصنف (ره) ان هذا لا يناسبه ظاهر الرواية و لا الفهم العرفي بل هذا الاحتمال غير صحيح لأن السائل لم يسئل عن حدوث أصل الضمان بمخالفته لمقتضى الإجارة بل كان هذا معلوما عنده و انما سئله عما يلزمه على تقدير تلف الحيوان المفروض ضمانه.

أقول لم يظهر وقوع السؤال عن سائر الجهات بعد الفراغ عن أصل حدوث الضمان يوم المخالفة كيف و لو كان السؤال عن تعيين ما يضمن به بعد الفراغ عن أصل الضمان لكان الأمر كذلك بالإضافة إلى ضمان الوصف ايضا مع انه (ره) تسلم ان قوله عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه بيان لأصل الضمان بالإضافة إلى وصف الصحة و المعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة و اما الأرش فتعيينه بحسب يوم الغضب أو التلف أو الرد فلا نظر له اليه.

و الصحيح ان يقال ان قيد يوم المخالفة راجع الى القيمة لا لأصل الضمان فإن القيمة لا يثبت على العهدة يوم المخالفة مع فرض بقاء العين بل ثبوتها على العهدة يكون زمان التلف و لا وجه لدعوى ان تقييد الضمان بيوم المخالفة للتنبيه بعدم الضمان بقيمة يوم التلف قبلها.

فإنه مضافا الى كونه خلاف الظاهر ينافيه الفقرة الثانية يعنى قوله عليه السلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩١

و لكن يحتمل ان العيب قد تناقص (١).

أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا حيث انه لا ينبغي الريب في ان ظاهره كون حين اكترى قيذا للقيمة و سيأتى انه لا- يختلف في مثل مورد الرواية قيمة زمان الغضب عن قيمة يوم الاكتراء كما ان ظاهره كون المراد بالبغل الإشارة إلى المفروض في السؤال فلا مورد لتوهم ان مدلول الرواية الضمان بقيمة طبعي البغل.

(١) الظاهر ان مع تناقص العيب أو براء الحيوان لا يكون ضمان فإنه لم يتلف على المالك شىء ليكون على الضامن تداركه و لم أظفر على الفتوى التى أشار إليها من ضمان العيب حتى مع براء الحيوان و رده الى مالكة سالما.

و الحاصل يحتمل كون الظرف يعنى يوم ترده ظرفا للعيب و قيذا له بل هذا الاحتمال أظهر فإنه لو كان الظرف متعلقا بعليكم لكان ذكره بلا فائدة مع ان تعلقه بالعيب يوافق ما عليه بناء العقلاء من عدم ضمان مع رد العين كما كانت عليه زمان الأخذ و الاستيلاء عليها و لو مع تخلل العيب بين الأخذ و الرد.

لا يقال لو كانت قيمة العين يوم غضبها عشرة دراهم ثم زادت و صارت معيها عشرين و صحيحها خمسين فيكون على الضامن ثلاثون درهما فإنها تفاوتت قيمة العيب الموجود حال الرد و هذا لا يحتمل بان يكون على الغاصب على تقدير تلف العين عشرة دراهم و على تقدير عيبها ثلاثون درهما.

فإنه يقال اعتبار العيب الموجود حال الرد لا يلزم منه تقويم العيب بقيمة زمان الرد بل مقتضى تبعية ضمان الوصف ل ضمان العين ان

يكون على الضامن في الفرض ستة دراهم من عشرة دراهم بان يكون تقويم العيب الموجود حال الرد بحسب قيمة يوم الغصب و حيث ان التفاوت بين الصحيح و المعيب ثلاثون درهما يعني ثلاث أخماس قيمة إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٢ و يكون السر في التعبير بيوم المخالفة (١).
الا ان يقال (٢).
و يؤيده أيضا (٣).

العين صحيحا فيؤخذ بذلك من قيمة يوم الغصب.

(١) يعني ان يوم المخالفة قيد للقيمة و لكن القيد ليس للاحتراز عن قيمة يوم التلف بل للاحتراز عن قيمة يوم الاثراء حيث يكون المرتكز في ذهن مثل صاحب البغل مطالبه الضامن بقيمة شراء البغل بزعم انه المبلغ الذي خسره.
و بعبارة أخرى يوم المخالفة قيد احترازي للقيمة و لكن لا مطلقا بل بالإضافة إلى قيمة يوم الشراء.
(٢) يعني يقال في تأييد ان الاعتبار بقيمة يوم الغصب و وجه التأييد ان ذكر يوم الاثراء ليس من جهة عدم الاهتمام بيوم المخالفة في تقويم العين بل للتنبية بطريق سهل إلى معرفة قيمة يوم المخالفة للبغل المفروض في الرواية و ان اقامة البيئه على تلك القيمة كتعيينها باليمين سهل حيث ان البغل المزبور يكون يوم الاثراء بمرأى و مشهد من الناس و المكارين و لا يتفاوت عادة قيمته الى يوم المخالفة التي يكون الفصل بينها و بين يوم الاثراء بيوم أو أقل منه.
(٣) يعني يؤيد عدم العبرة بيوم المخالفة في ضمان القيمة ظاهر قوله عليه السلام في الجواب عن كيفية معرفة القيمة بكون الحلف على القيمة حقا لصالب البغل فإنه يصح ذلك بناء على اعتبار قيمة يوم التلف دون ما إذا كان الاعتبار بيوم المخالفة فإنه إذا أحرزت القيمة قبل يوم التلف و كان دعوى الضامن نقصانها عن تلك القيمة يوم تلف العين فيتوجه اليمين الى صاحب البغل باعتبار كونه منكرا لدعوى النقصان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٣

.....

كما ان اقامة صاحب البغل البيئه فيما إذا كان اختلافهما في قيمة البغل بلا اتفاق سابق أقول التأييد عليل فإنه يمكن توجيه توجه اليمين الى صاحب البغل مع كون الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما إذا اتفقا على قيمة البغل سابقا كقبل غضبها بشهر و كان دعوى الضامن نقصان القيمة يوم اكرائه و غضبه بل الظاهر من الحلف هو الحلف المتعارف عند عامة الناس الذي يرضى به المحلوف له ابتداء وردا. و المتحصل من جميع ما ذكرنا ان قوله عليه السلام في الجواب عن السؤال عن تلف الدابة يرجع الى انه لو عطب البغل و نفق فعليك قيمة يوم المخالفة للبغل و حيث ان ظاهر القضية الشرطية كون الجزاء مقارنا لتحقيق الشرط كما هو شأن الشرط المقارن يكون مفادها حدوث الضمان بالقيمة عند فعليه التلف لا حدوثه يوم المخالفة فإن يوم المخالفة قيد للقيمة على ما تقدم فيكون الاعتبار بقيمة يوم الضمان مطلقا إلحاقا للضمان في غير مورد الغصب بالغصب بالتقريب المتقدم.

و اما احتمال ان يكون الجواب بنعم نفيًا لما فرض في السؤال انه لا يضمن البغل بقيمة يوم المخالفة على ما افتي به أبو حنيفة إذ لو كان الجواب إثباتا لذكر الجواب بكلمة بلى على ما ذكره علماء الأدب فلا يمكن المساعدة عليه فان العرف العام لا يفرقون بين الجواب بنعم أو بكلمة بلى في استعمالاتهم و انما يراعى ما ذكر في الكلام الفصيح كالكتاب المجيد و الاخبار الواردة في بيان الأحكام هي على طبق الاستعمالات في العرف العام و لم يلاحظ فيها إعمال الفصاحة و رعاية البلاغة.

وقد ذكر الفقهاء في باب الإقرار انه لا فرق بين الجواب بنعم أو بلى في العرف العام في حمله على الإثبات كما لو سئل أ ليس لزيد عليك درهم فأجاب بنعم فإنه يعتبر من الإقرار بالدين.
و يشهد لما ذكرنا من عدم الفرق بينهما في العرف العام فهم ابى ولاد اشتغال
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٤
و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف (١).
استدلوا على هذا القول (٢).

الذمة بقيمة يوم المخالفة من الكلام المزبور و لذا سئل ثانيا عن طريق إحراز تلك القيمة و تعيينها.
(١) لا- يخفى ان توجيه اليمين الى صاحب البغل باعتبار حمل الجواب على صورة اختلافهما في نقصان القيمة يوم التلف عما كانت عليها يوم المخالفة من الحمل على الصورة النادرة فإنه كما لا يختلف قيمة البغل في خمسة عشر يوما غالبا كذلك اختلاف صاحب البغل و الضامن في النقصان المزبور نادر و إذا فرض جواز حمل الجواب على الصورة النادرة فليحمل على ما ذكرنا من فرض اتفاهما على قيمة البغل سابقا و اختلافهما في نقصان تلك القيمة يوم المخالفة و لا وجه للمناقشة في هذا الحمل دون الأول كما هو ظاهر المصنف (ره) في قوله بعد ذكر الاحتمال الذي ذكرنا (و لا يخفى بعده و أبعده منه حمل النص على التعبد).
(٢) اختار (ره) عدم دلالة الصحيحة على ان الملاك في الضمان بقيمة يوم الضمان بل يرجع في تعيينها إلى القاعدة الأولية و هي قيمة يوم التلف لان ذلك زمان اشتغال العهدة بالقيمة و على ذلك فلا بد من النظر في وجه القول بأن العبرة في الضمان بأعلى القيمة من حين الضمان الى حين التلف حيث يتعين الرجوع الى القاعدة مع عدم المخرج عنها و ما يقال في وجهه أمور:
الأول- ان العين في تمام تلك الأزمنة في ضمان الشخص فإن أدى أعلى القيم فيخرج عن عهده جميع تلك الضمانات لدخول الأقل في الأكثر بخلاف ما إذا أدى قيمة
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٥

.....

زمان التلف أو غيره فإنه لا يخرج بأداء تلك القيمة عن ضمان العين حين كانت قيمتها أكثر.
و أجاب (ره) عن ذلك بأنه ان أريد من ضمان العين في جميع الأزمنة التي منها زمان علو قيمتها انه على تقدير تلفها فيه كانت العهدة مشغولة بتلك القيمة فهذا صحيح و لكن المفروض انها لم تتلف فيه.
و ان أريد اشتغال العهدة بتلك القيمة حتى مع عدم تلفها فيه و فيما بعده بحيث لو رد العين الى مالکها كان اللازم دفعها مع الزيادة فهذا مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان الزيادة مع رد العين.
و ان أريد اشتغال العهدة بتلك القيمة مشروطا بهلاك العين و عدم إمكان رد العين بنفسها فهو أمر معقول و لكن لا بد من قيام الدليل عليه و أصالة البراءة تدفع لزوم دفع الزائد على القيمة يوم تلفها.
نعم حكى في الرياض عن العلامة ان قاعدة نفي الضرر دليل على اشتغال العهدة بتلك الزيادة فإنه لو لم يكن الضامن واضعا يده على العين زمان علو قيمتها أمكن للمالك استيفاء تلك القيمة ببيع العين فيكون عدم ضمان تلك القيمة مع تلف المال ضررا على المالك و مقتضى قاعدة نفيه ضمانها و لكنه (ره) أشار الى ضعف هذا الاستدلال بقوله و فيه نظر.
و وجهه انه قد تقدم ان مفاد قاعدة نفي الضرر نفي الأحكام التي تكون العمل بها موجبا لتضرر الشخص و اما تدارك الضرر الواقع خارجا فلا يثبت بها.

ثم انه (ره) وجه الاستدلال المتقدم على ضمان أعلى القيم بأن مالية العين في كل زمان و منها ماليتها زمان علو قيمتها تكون مضمونة في ضمن النقود أو مال آخر إذ ليست المالية بنفسها امرا قابلا للضمان و على ذلك فان كانت العين باقية و ردها إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٦ و لأجل ذلك استدل العلامة في التحرير (١). فأصالة الاشتغال (٢).

إلى مالكة فلا يكون للمالك مال آخر غير العين لتكون زيادة القيمة مضمونة في ضمنه و إذا تلف العين تكون ضمان الزيادة في ضمن النقود و لو مع عدم تلف العين في زمان تلك الزيادة و ذلك فان الضامن قد حال بين المالك و عين ماله في ذلك الزمان و كما ان إتلاف المال في زمان موجب لضمان قيمة ذلك الزمان كذلك الحيلولة بين المالك و ماله في زمان حتى يتلف ذلك المال. أقول سيأتي انه لا أساس لبديل الحيلولة و انما الثابت بحسب الأدلة بدل التلف و بدل التلف يثبت على العهدة بتلف العين أو كزوال ماليتها رأسا الملحق بالتلف عند العقلاء و لا يثبت في غير ذلك و ليست القيمة السوقية للعين بحسب الأزمنة كالمنافع المتضادة للعين في زمان واحد فلا يقاس الأول بالثاني.

و ذلك فان المنافع المتضادة يمكن استيفاء كل منها بشرط ترك غيره فيفوت على المالك المنفعة التي أكثر في ذلك الزمان بخلاف القيم في الأزمنة المتعددة لأن العين لا تكون تالفة على مالكة ما دامت باقية لتضمن بقيمتها في ذلك الزمان.

(١) يعني حيث ان العين في جميع الأزمنة الى ان تتلف مضمونة بوقوع الحيلولة في كل من تلك الأزمنة بين العين و مالكة علل العلامة ضمان قيمة يوم الغضب بأنه أول زمان أزيلت يد المالك عن عين ماله فإنه لو لم يكن مجرد ازاله يد المالك عن العين موجبا لضمانها بان يتوقف الضمان على التلف لما صح التعليل المزبور.

(٢) ان كان الاشتغال في القيمات بالقيمة كما هو الفرض يكون المرجع عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٧

فالظاهر اعتبار محل التلف (١).

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف (٢).

دوران كون القيمة المضمونة أعلى القيم أو قيمة يوم التلف البراءة عن الزيادة.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من انه لو كان النظر الى الضمان المستفاد من حديث على اليد يكون المقام في مورد استصحاب الضمان لا الرجوع الى البراءة فلعل مراده ضمان نفس العين بكون نفسها على العهدة على ما ذكره السيد اليزدي طاب ثراه و لكن قد تقدم عدم كون ذلك معنى ضمانها.

(١) هذا بناء على كون العبرة في القيمي بقيمة يوم التلف و اما بناء على ما استظهرناه من صحیحه أبي ولاد من اعتبار قيمة يوم الغضب فالمتعين ملاحظة مكان العين في ذلك اليوم فيما إذا كان لمكانها دخل في زيادة قيمتها و لو كان قيمتها في مكان التلف أزيد فيدخل وصف كونها في ذلك البلد في الزيادة العينية الحادثة زمان الغضب.

(٢) إذا لم يكن للحيوان التالف زيادة عينية كالسمن ثم حصلت له هذه الزيادة فإن ظاهر كلماتهم ضمان الزيادة حتى لو فرض عدم تلف العين كما لو ردها بعد زوال تلك الزيادة الحادثة و ذلك فان العين مملوكة فتكون الزيادة الحادثة ملكا لمالكها.

و المفروض ان اليد على العين يد ضمان فيكون الوصف أيضا تابعا للعين سواء كان حادثا من الأول أو أيام غضبها غاية الأمر تكون تلك الزيادة محسوبة بقيمة يوم حدوثها بمعنى انه يعين قيمة العين في ذلك اليوم مع تلك الزيادة كما لو كانت قيمتها في ذلك اليوم

مع الزيادة عشرة دراهم و مع عدمها ثمانية فيكون الوصف المزبور مضمونة بدرهمين.

و لو فرض تلف نفس العين بعد حدوث تلك الزيادة فيها فيلاحظ قيمة العين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٨

و هل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس (١).

بدون الزيادة يوم غصبها فيضمن نفس العين أيضا بتلك القيمة كما هو ظاهر صحيحة أبي ولاد على ما تقدم.

و الحاصل ان غاية ما يستفاد من الصحيحة ضمان ما يوضع اليد عليه مع تلفه بقيمة يوم وضع اليد يعني حدوث الضمان فتكون الزيادة

الحادثة في يد الغاصب داخله في ضمانه بقيمة يوم حدوثها لأنه أول زمان بالإضافة إلى ضمان تلك الزيادة.

و ما ربما يقال بان مقتضى إطلاق صحيحة أبي ولاد ضمان العين بقيمتها عند غصبها و انه لا اعتبار بزيادة قيمتها بعد ذلك سواء كانت

زيادتها باعتبار تغير القيمة السوقية أو حصول الزيادة العينية لا يمكن المساعدة عليه لان الحكم المزبور وارد في البغل المعد للكراء و

حدوث الزيادة العينية الفاحشة الموجبة لتغير قيمته السوقية في خلال خمسة عشر يوما فرض نادر بل غير واقع لان البغل لو لم يخرج

بالمشى إلى المسافة البعيدة في خلالها الى الهزال فلا أقل من عدم زيادته عما كان عليه يوم اكتراه.

(١) يعني هل يقيد ضمان المثل أو القيمة بما إذا حصل الاطمئنان بعدم وصول المالك الى ماله المعبر عن ذلك باليأس عن الوصول

أو لم يكن ظن بالوصول اليه المعبر عنه بعدم رجاء وجدان المال أو يشمل استحقاق المالك المثل أو القيمة ما لو علم وجدان المال

في مدة طويلة أو حتى ما لو كانت قصيرة ظاهر ما ورد في الأمانات المضمونة اختصاص استحقاق المالك بمطالبة المثل أو القيمة

بأحد الأولين أى ما إذا حصل الاطمئنان بعدم وصوله الى المال أو عدم الظن بالوصول.

و يظهر الأخير من إطلاق فتاوى الأصحاب في بعض الموارد كاطلاقهم في اللوح المغصوب في السفينة انه إذا خيف من نزع غرق

مال لغير الغاصب انتقل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ١٩٩

[بدل الحيلولة]

إلى القيمة الى ان يبلغ الساحل فإنهم لا يقيدون ذلك بما إذا كان البلوغ الى الساحل محتاجا الى زمان طويل.

أقول لا موجب لضمان القيمة بمجرد عدم تيسر الوصول إليها ما لم يعد العين تالفه في اعتبار العقلاء كما إذا علم حصولها في اليد بعد

حين خصوصا إذا كانت المدة قليلة فلا يحق للمالك مطالبة الضامن ببدلها.

نعم إذا كانت لها منفعة فيها اجرة فله المطالبة بتلك المنفعة الفائتة كما في مسألة اللوح المغصوب و الاستدلال على استحقاق المالك

ببدل العين بكونه جمعا بين الحقين قد ذكرنا ما فيه سابقا و ان العين بالإضافة إلى قيمتها أو مثلها ليست من قبيل الأكثر إلى الأقل ليرفع

المالك يده عن الزيادة و يطالب بالأقل بل بالإضافة إلى بدلها من المتباينين و لذا لا يحق له المطالبة ببدل العين مع بقائها و تيسر

ردها.

و كذا لا يمكن التمسك في إثبات استحقاق المالك المطالبة بالبدل في مورد عدم تلف العين بحديث الناس مسلطون على أموالهم

فإنه مضاف الى ضعف سنده مدلوله سلطنة المالك على التصرف في ماله و انه ليس محجورا عليه و تغريم شخص آخر بمطالبة البدل

ليس من التصرف في ذلك المال.

و بالجملة لم يثبت للمالك استحقاق مطالبة البدل مع عدم كون ماله تالفا في اعتبار العقلاء كما إذا كان رده عليه محتاجا إلى السعى

في مقدماته فإنه لا يحق له مطالبة الضامن ببدل العين كما هو ظاهر المصنف (ره).

والاستدلال على ذلك بقاعدة نفى الضرر ضعيف فإن قاعدة نفى لا يقتضى تدارك الضرر و على تقديره فتداركه مع بقاء العين و عدم عدها تالفه بتدارك منافعها الفائتة الى ان يحصل رد نفس العين.

والحاصل ما يسمونه ببدل الحيلولة لم يتم عليه وجه يعتمد عليه بل ان كانت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٠

و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على أموالهم (١).

ثم ان المال المبذول (٢)

العين التي يتعذر الوصول إليها بحيث يعد تالفه على مالها فالبديل بدل لها و مع عدم كونها تالفه كذلك فلا موجب لاستحقاق مالها بدلها حيلولة كانت أو غيرها.

نعم لمالكها مطالبة البديل بالإضافة إلى منافعها الفائتة و على ما ذكرنا فيسقط جميع ما يتفرع على الالتزام بالبديل الحيلولة و إذا كانت العين بحيث تعد تالفه يكون للمالك على الضامن البديل و لو أخذ البديل و اتفق الوصول الى العين بعد مدة فلا يستحق المالك الا ما أخذه و ليس له إلزام الضامن باسترجاع البديل حيث يأتي ان إعطاء البديل من قبيل المعاوضة القهرية بينه و بين المبدل.

(١) يعنى ان مقتضى سلطنة الناس على أموالهم جواز امتناع المالك عن بدل الحيلولة و مطالبته بعين ماله و لو بعد حين.

(٢) و حاصله ان ظاهر كلماتهم كون المبذول للمالك بعنوان بدل الحيلولة ملكا له و يقتضيه ما ورد في موارد الضمانات فان ظاهره كون البديل المعطى للمالك في موارد الحيلولة كإعطائه في موارد التلف في صيرورته ملكا له.

نعم لو لم يكن الإجماع المشار اليه و ظاهر أدلة الضمان و الغرامة لأمكن القول بأنه لا يملكه بمجرد الإعطاء بل يجوز التصرف في البديل المزبور الى ان يدخل في ملكه بتلف المبدل و سواء قلنا بدخول البديل في ملك المالك من الأول أو بعد تلف المبدل فلا يدخل ذلك المبدل في ملك الضامن بدفعه البديل.

و نتيجة ذلك اجتماع البديل و المبدل في ملك المالك و لا ضير فيه لان دفع البديل الى المالك ليس من المبادلة بين المالكين ليمتنع اجتماعهما في ملكه بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠١

ثم انه قد تحصل مما ذكرنا (١).

دفعه في المقام نظير دفعه مع تلف المال في عدم المبادلة و الوجه في عدم المبادلة مع التلف ايضا ان المبادلة تقتضى وجود طرفيها و لا تعقل بين الموجود و المعدوم و لكن مع ذلك ناقش المحقق و الشهيد الثانيان في بدل الحيلولة باجتماع البديل و المبدل في ملك المالك.

و أضاف الشهيد الثاني (ره) بأنه لا بد من الالتزام بدخول البديل في ملك المالك و خروج المبدل الى ملك الضامن و لكن متزلزلا الى ان يتلف المبدل أو يقال بان البديل باق على ملك الضامن و انما يجوز للآخر التصرف فيه على ما تقدم.

و دافع المصنف (ره) عن بدل الحيلولة بأن المناقشة ناشئة عن زعم ان البديل في المقام نظير البديل مع تلف العين بدل عن نفس العين و الزعم غير صحيح لان البديل يعطى للمالك بعنوان الغرامة و من الظاهر ان مع تلف العين يكون الغرامة تداركا لما فات عن المالك من نفس العين و الفائت عن المالك في الفرض ليس نفس العين بل السلطنة على التصرفات فيها فلا بد من قيام البديل مقامها في هذه الجهة و القيام كذلك لا يقتضى دخول البديل في ملك مالك المبدل ابتداء بل يقتضى جواز تصرفاته في ذلك البديل.

نعم لو كان التصرف موقوفا على الملكية فلا بد من الالتزام بدخول البديل في ملك المتصرف من ذلك الحين نظير ما تقدم في المعاطاة.

(١) و حاصله ان ما ذكر من بقاء العين على ملك مالكةا و دفع البديل بعنوان الغرامة عما فات من سلطنة المالك ينحصر بما إذا كان الفائت على المالك معظم الانتفاعات حتى يوصف المدفوع بكونه غرامة و اما إذا ثبت البديل مع بقاء سلطنة المالك على معظم الانتفاعات كما في تغريم الواطى الحيوان الذى يركب بقيمته
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٢

.....

فلا يبعد ان يستكشف عن إيجاب دفع البديل دخول المبدل في ملك الغارم بالدفع حيث انه و ان وجب نفى الحيوان عن ذلك البلد و بيعه في بلد آخر الا ان هذا لا يوجب سقوط الحيوان عن المالىة غايه الأمر يكون ذلك عيبا في الحيوان و إذا حكم الشارع بدفع تمام قيمته الى مالكة يستفاد ان دفعها مبادلة شرعية بينها و بين الحيوان.

و هذا بخلاف ما إذا خرج الشىء عن المالىة فإن خروجه عنها موجب لفوت سلطنة المالك على معظم انتفاعه فلا يكون دفع البديل اليه موجبا لخروج المبدل عن ملكه لما تقدم من ان البديل غرامة لتلك السلطنة الفائتة و للخروج عن المالىة.
و يترتب على ذلك انه لو التفت قبل تمام غسل اليدين و قبل المسح فى الوضوء الى كون الماء غصبا لا يرضى مالكة بالتصرف فيه فلا يكون المسح بالبلل الباقي بيديه و لو بعد دفع البديل موجبا لتمام الوضوء لأن غرامة البديل لا يوجب دخول الماء فى ملكه حتى يجوز له التصرف فيه بمسح أعضاء الوضوء بالرطوبة الباقية بيديه.

و ذكر فى شرح القواعد انه لو خاط ثوبه بخيوط الغصب و طلب المالك وجب نزعها و ان أفضى ذلك الى تعيب الخيوط أو زوال مالىتها و معها يجب أيضا غرامة العيب أو المالىة.

أقول خلاصة الكلام فى ضمان التالف ان مجرد التالف حقيقة أو حكما و ثبوت البديل على عهدة الضامن لا يوجب انتقال العين التالفة إلى ملك الضامن حيث ان ثبوت البديل على العهدة تغريم و ليست مبادلة و يترتب على ذلك كون بقايا العين التالفة ملكا للمالك.
نعم إذا دفع الضامن العين التالفة و البديل المزبور يكون الدفع موجبا لدخول تلك العين فى ملك الضامن و كل ذلك بالسيرة العقلانية الذى اعتمدنا عليها فى إثبات الضمان فإنهم لا يرون للمالك استحقاق المطالبة بالبقايا بعد أخذه البديل
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٣

.....

بخلاف ما لم يأخذ البديل فإنه ما دام لم يدفع تكون البقايا ملكا لمالكها الأول حتى مع ملكه البديل على عهدة الضامن.
و يوضح ذلك خير إيضاح ما ورد فى ضمان الواطى قيمة الحيوان الذى يركب و هى موثقة سدير «١» حيث البائع المفروض فيها هو الواطى بعد دفعه القيمة إلى مالكة الحيوان فيكون الحيوان الموطوء ملكا له بدفعه قيمته.
و ما ذكر المصنف (ره) من انه فى صورة تلف المال ايضا لا يكون دفع البديل مبادلة قهرية بين العين التالفة و البديل لاقتضاء المبادلة وجود طرفيها يدفعه ان اعتبار المبادلة حال تلف العين لا بأس به كما يعتبر مثلها فى موارد فسخ المعاملة بالخيار و نحوه مع تلف أحد العوضين.

و يترتب على اعتبارها انه لو رجع المالك فى مسألة تعاقب الأيدي على المال الى من تلف المال بيده فلا يرجع الغارم المزبور الى غيره ممن جرت أيديهم على المال المزبور بخلاف ما إذا رجع الى غيره فإنه يرجع الى من تسلم المال منه الى ينتهى استقرار الضمان

الى من تلف المال بيده فان الدافع بدفعه البديل يملك التالف على من تسلم المال منه على وجه الضمان الى ان ينتهى قرار الضمان على من تلف المال بيده.

و مما ذكرنا يظهر انه لا يجوز لمن توضع غفلة بماء الغير و التفت الى ذلك قبل المسح إتمام وضوئه بالمسح بالرطوبة الموجودة بيديه فإنها ملك الغير كما ذكرنا فلا يجوز التصرف فيها بلا رضاه.

نعم إذا دفع البديل قبل جفاف يديه و استحق الرطوبة فلا بأس بالمسح بها و كذلك لو طالب المالك نزع الخيوط فى فرض جامع المقاصد و انه مع دفع الضامن

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١) من أبواب نكاح البهائم الحديث (٤).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٤

ثم ان هنا قسما رابعا (١).

بديل الخيوط فلا يستحق مالها طلب نزعها لدخولها بدفع البديل فى ملك الضامن.

هذا مع تلف الخيوط و سقوطها عن المالىة بالنزع و اما مع تعيينها بحيث يكون على الضامن أرش العيب فيجب عليه مع عدم رضا المالك نزعها و ردها اليه مع الأرش.

(١) لا يقال ما الفرق بين هذا القسم الذى يسقط العين فيه عن المالىة و الملكية معا و بين القسم الثالث الذى ذكر (ره) ان فوات اجزاء العين و أوصافها يكون موجبا لسقوطها عن المالىة فقط مع بقائها على الملكية.

فإنه يقال الموجب لسقوط العين عن المالىة فى القسم الثالث فوات منافعها المقصودة التى تكون بها مالىتها و مع فواتها فوجود بعض المنافع المحللة لها لعدم كونها مقصودة لا توجب مالىتها كالأوراق الممزقة التى ينفع بها فى الإحراق و بعض الحبات من الحنطة حيث يمكن الانتفاع بها بطحنها فى ضمن سائر الحنطة و لكن مثل هذا الانتفاع يوجب اعتبار الملكية فى العين.

و هذا بخلاف القسم الرابع الذى لا يكون العين فيه قابلا للانتفاع فعلا لا مقصودا و لا غير مقصود و لذا يسقط عن الملكية أيضا كما فى الخل المنقلب الى الخمر.

نعم تكون العين فى الفرض موردا لحق الأولوية الثابتة ببناء العقلاء دون الاستصحاب ليقال بعدم جريانه باعتبار أن الأولوية سابقا كانت بمعنى الملك و بعد الانقلاب الى الخمر لا ملك و الأولوية لا بمعنى الملك ليست لها حالة سابقة و مع ذلك عدم إمكان الانتفاع فعلا موجبا لسقوط الشيء عن الملكية تأمل.

نعم لا اشكال فيه فيما إذا لم يمكن الانتفاع به أصلا و لو فيما بعد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٥

ثم ان مقتضى صدق الغرامة (١) ثم ان ظاهر عطف التعذر على التلف (٢)

(١) فإنه يكون دفع بدل الحيلولة بمنزلة دفع بدل التلف فى كونه تداركا و غرامة و كما يخرج بالثانى عن ضمان العين و منافعها و زيادة قيمتها كذلك بالأول غاية الأمران دفع بدل الحيلولة متزلزل يتصف بالتنجز بتلف العين أو بالانفاسخ بطرو و التمكن على ردها بخلاف بدل التلف فان دفعه من الأول منجز.

و بذلك يظهر ضعف ما عن بعض من ضمان منافع العين حتى بعد دفع بدل الحيلولة و وجه الظهور انه لو كانت المنافع على العهدة حتى بعد دفع البديل فكيف يتصف المدفوع بكونه بدلا و تداركا لما يفوت عن المالك.

(٢) و حاصله انه كما لا يثبت على الضامن زيادة القيمة السوقية بعد زمان تلف العين كذلك لا يثبت عليه زيادتها بعد تعذر ردها فيتعين في بدل الحيلولة قيمة يوم تعذر ردها أو أعلى القيم إليه أو قيمة يوم الغصب و هذا مقتضى إلحاق تعذر رد العين في كلماتهم بتلفها و لكن لا يخفى الفرق بينهما فإنه مع التلف يكون قيمتها دينا على عهدة الضامن فيجرب في أنها قيمة يوم التلف أو يوم الغصب أو أعلى القيم.

و هذا بخلاف صورة التعذر فان العين بنفسها مضمونة بمعنى انه لا تثبت قيمتها بمجرد تعذر ردها و لذا يكون للمالك الامتناع عن قبول البدل و المطالبة بنفس العين فيما بعد نظير ما تقدم في استحقاق المالك المطالبة بالقيمة في المثلى المتعذر مثله.

ثم انه لا يجتمع الحكم بان تعذر رد العين بمنزلة تلفها مع الحكم باستحقاق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٦

و هل الغرامة المدفوعة تعود الى ملكه (١).

المالك اجرة المثل لمنافع العين حتى بعد تعذر ردها الى زمان دفع بدل الحيلولة و كذا ضمان نائها الى ذلك الزمان حيث انه لو كانت تعذر رد العين بمنزلة التلف يكون المنافع بعد تعذر ردها كمنافعها بعد تلفها في عدم الضمان بالإضافة إليها.

نعم إذا قيل بالفرق بين التعذر و الرد بثبوت القيمة يوم التلف في الأول و بقاء نفس العين على العهدة في الثاني تعين الحكم بضمان المنافع و النماء بل زيادة القيمة السوقية للعين الى زمان دفع بدل الحيلولة كما مر.

(١) و حاصله انه لو تجدد للضامن التمكّن على رد العين فيحتمل رجوع بدل الحيلولة بمجرد ذلك الى ملكه فيكون ضامنا للعين بضمان جديد بحيث لو تلفت يثبت بذمته بدل التلف و يحتمل بقاء بدل الحيلولة في ملك المالك الى حين وصول العين بيده بحيث لو تلفت العين قبل وصولها بيده لا يكون ضمان آخر على الضامن بل يملك المالك بدل الحيلولة منجزا بعد ما كان مالكا له متزلزلا كما تقدم و مقتضى الاستصحاب بقاء بدل الحيلولة على حاله و عدم حدوث ضمان جديد بتجدد تمكّن الضامن. لا يقال كان بدل الحيلولة عوضا عن سلطنة المالك على العين و بعد تجدد تمكّن الضامن على رد العين يكون ملك المالك البدل مع ملكه العين من الجمع بين العوض و المعوض.

فإنه يقال تمكّن الضامن على رد العين على مالكها لا- يوجب عود سلطنة المالك على العين و لذا لو امتنع الضامن عن رد العين لا يتمكن مالكها على بيعها أو إجارتها من شخص آخر الى غير ذلك من التصرفات و انما يعود سلطنة المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٧

نعم للمالك مطالبة عين ماله (١)

بعود العين و وصولها بيده فلا يلزم من ملكه للبدل و العين الجمع بين العوض و المعوض.

نعم لو كان ملكه بدل الحيلولة عوضا عن تمكّن الضامن على رد العين على صاحبها لزم الجمع بينهما و لكن من الظاهر ان تمكّن الضامن على رد العين أجنبي عن المالك فلا يأخذ عنه بدلا أصلا و على ما ذكر فلو رد الضامن العين على مالكها يرجع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن فلو كان نفس ذلك البدل باقيا يأخذه و ان كان تالفا أو خارجا عن ملك المالك بعقد لازم أو جائز يأخذ الضامن بدله من المثل أو القيمة و نماء بدل الحيلولة المتخلل بين أخذ المالك و رجوعه الى ملك الضامن للمالك لأن الأصل يعني بدل الحيلولة كان في تلك المدة ملكا له و النماء تابع للأصل.

لا يقال لا وجه لرجوع بدل الحيلولة إلى ملك الضامن أصلا لأن ذلك البدل كان عوضا عن السلطنة الفاتئة عن المالك و لا يتدارك تلك السلطنة بوصول العين بيده ثانيا.

فإنه يقال كان بدل الحيلولة عوضا عن مطلق سلطنته لا خصوص سلطنته الفائتة السابقة فيكون رجوع العين موجبا لعود سلطنته و الفائتة منها كانت متداركة بسلطنته على بدل الحيلولة قبل ذلك.

(١) يعنى حيث ان العين لم تخرج عن ملك المالك فى مورد بدل الحيلولة فيكون له مطالبته بها حين تجدد تمكن الضامن على ردها و جواز المطالبة مقتضى قوله عليه السلام الناس مسطون على أموالهم و ليس بدل الحيلولة فى يد المالك عوضا عن جميع السلطنة المتصورة للمالك ليقال بأنه ليس له سلطان على مطالبه العين لان
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٨
ثم لو قلنا بجواز الحبس (١)

بدل الحيلولة عوض عن هذه السلطنة أيضا و الا- لو كان البديل عوضا عن جميع ذلك لزم خروج العين عن ملكه و جاز للآخرين تملكها بوضع يدهم عليها.

و قد ظهر انه ليس للضامن الامتناع عن تسليم العين حتى يسترجع بدل الحيلولة عن المالك و وجه الطهور انه لو كان بدل الحيلولة عوضا عن نفس العين جاز له الامتناع حيث يجوز لكل من المالكين الامتناع عن تسليم ملك الآخر حتى يتسلم منه ملكه و لكن بدل الحيلولة كما تقدم ليس عوضا عن العين بل عوض سلطنة المالك التى تتجدد له بوصول العين بيده و بعد وصولها بيده يخرج بدل الحيلولة عن ملكه برجوعه الى ملك الضامن ففى ذلك الحين يكون له المطالبة به.

اللهم الا ان يقال يجوز للضامن حبس العين حتى يسترجع البديل من المالك لان حبسه العين يكون حبا لسلطنة المالك التى عوض عنها ببديل الحيلولة و لكن لا يخفى ما فيه فإنه ما دام لم يرجع العين الى يد المالك و لم يتجدد سلطنته عليها لا يرجع البديل الى ملك الضامن ليكون له سلطنة على ماله بالمطالبة أو غيرها.

(١) يعنى إذا قيل انه يجوز للغاصب حبس العين بعد تجدد تمكنه على ردها ليسترجع بدل الحيلولة لا يجرى على العين بيده زمان جواز حبسها حكم الغصب.

نعم يضمن العين لان حبسها يكون لمصلحة نفسه لا للإحسان إلى مالكةا و على ذلك فلو تلفت بيده يتعين عليه دفع قيمة يوم تلفها بناء على ان الأصل فى كل مضمون قيمة ذلك اليوم و بناء على ضمان أعلى القيم يتعين أعلاها من يوم حبسها الى زمان تلفها لان يوم حبسها يوم حدوث الضمان الجديد إذ قبله كان خارجا عن ضمان العين بدفع بدل الحيلولة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٠٩

[شروط المتعاقدين]

[اعتبار البلوغ]

المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي (١)

و يقرب من ذلك قول العلامة فى القواعد انه لو حبس العين فتلفت فعليه ضمان قيمتها الان و ليس المراد من قيمة الان خصوص قيمة حين التلف بل القيمة بعد حدوث الضمان.

فلو قيل فى القيميات بقيمة يوم التلف يتعين فى المقام قيمة يومه و ان قيل بأعلى القيم يتعين أعلاها من حين حبسها الى يوم تلفها فإنه ينقطع حكم الغصب بدفع بدل الحيلولة و بحبس العين يحدث ضمان جديد.

أقول هذا ينافي ما تقدم منه (ره) من ان العين بعد تجدد التمكّن على ردها لا تدخل في الضمان و بدل الحيلولة لا يخرج عن ملك المالك بمجرد التمكّن على رد العين عليه ليكون ضمان البديل عليه و ضمان العين على الغاصب و يجوز لدافع بدل الحيلولة حبس العين لان حبسها يلازم حبس سلطنة المالك على العين، و المالك قد تسلم بدل الحيلولة الذي عوض عن هذه السلطنة و ليس وجه الجواز خروج البديل الى ملك الغاصب بمجرد التمكّن على رد العين ليجوز له حبس العين لاسترداد ملكه عن مالكةا فلاحظ و تدبر.

(١) و يستدل على اعتبار البلوغ في المتعاقدين برفع القلم عن الصبي حتى يحتلم كما في مضمرة ابن ظبيان «١» و أورد المصنف (ره) على الاستدلال المزبور بوجوه: أولا- احتمال ان يكون المرفوع هو قلم المؤاخذه بان لا يكتب عليه سيئه بما يصدر عنه حال صباوته و كذا لا يثبت في حقه نظير القصاص و الحدود من الأحكام المجعولة مؤاخذه على بعض الأفعال و هذا لا يقتضى عدم تعلق الحرمة و الوجوب فضلا عن سائر الأحكام بأفعال

(١) وسائل الجزء (١) باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات الحديث (١١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٠

.....

الصبي و معاملاته بل مقتضى عموم أدلة الأحكام و إطلاقها ثبوتها في حقه ايضا فيستحق الثواب على امتثال تلك الأحكام و لكن لا يثبت في حقه استحقاق العقاب و نظير القصاص و الحد سائر ما يكون من قبيل المؤاخذه.

و بالجملة كما تثبت حرمة شرب الخمر على البالغين تثبت في حق الصبي أيضا و لكن لا يؤخذ على شربها و كذا يثبت في حقه وجوب الصلاة و سائر الواجبات و لكن لا يؤخذ على تركها و هذا يوافق الالتزام بشرعية عبادات الصبي.

و أورد (ره) ثانيا أنه لو فرض رفع الأحكام التكليفية عن الصبي فالأحكام الوضعية نظير الملكية المترتبة على بيعه غير مرفوع. و بتعبير آخر يكون بيعه موجبا لانتقال المبيع إلى المشتري و الثمن إلى البائع غاية الأمر لا يثبت حكم تكليفي على الصبي إلى بلوغه فيجب بعد بلوغه الوفاء بالعقد الذي أنشأه حال صباه كما يجب عليه الاغتسال من الجنابة التي حصلت بوطيه زوجته أو الأجنبية حال صباه و هذا يوافق ما يقال من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين.

و أورد ثالثا انه مع فرض كون المرفوع عنه جميع الأحكام التكليفية و الوضعية فمقتضاه عدم صحة عقد الصبي فيما إذا كان الصبي أحد طرفي العقد و اما إذا كان إنشائه العقد بالوكالة كما إذا وكله الزوجان في إجراء عقد الزواج بينهما أو إجراء عقد البيع بين ماليهما فلا دلالة لحديث رفع القلم على بطلان عقده بمعنى كونه مسلوب العبارة فإنه ليس على الصبي في مورد الوكالة حكم كان عقده صحيحا أم فاسدا و نظير وكالته إجرائه العقد فضلا مع اجازة المالك.

أقول ما ذكر المصنف (ره) من احتمال كون المرفوع عن الصبي هو قلم المؤاخذه غير صحيح بل ظاهر الحديث رفع الأحكام و التكاليف بقريته رفع القلم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١١

.....

عن المجنون و النائم فإنه لا يمكن الالتزام بأن أحكام الشريعة و تكاليفها مجعولة بنحو تعم المجانين و أنه يكون المرفوع عن المجنون خصوصا قلم المؤاخذه و الحديث المزبور ضعيف.

و لكن رفع القلم وارد في موثقة إسحاق بن عمار و مقتضاه عدم جواز استقلال الصبي بالمعاملة لا كون إنشائه لغوا محضا حتى في

فرض وكالته عن الغير و اذنه للصبى فى إجراء عقد أو معاملة تكون موضوعا للحكم على البالغين.

و الحاصل ان المرفوع عن الصبى لا يختص بالأحكام التكليفية بل يعم الوضعية و وجوب الاغتسال عليه بعد بلوغه من الجنابة حال صباه أو وجوب دفع البدل عما أتلغه فى ذلك الحال ليس باعتبار عموم الأحكام الوضعية لغير البالغين بل باعتبار ان الموضوع لوجوب الاغتسال على البالغ هو الوطى و لو كان ذلك قبل التكليف نظير وجوب الاغتسال من الانزال الحاصل حال النوم و الموضوع لوجوب التدارك هو تضييع مال الغير و لو كان ذلك الضياع حال صباه.

نعم عموم الرفع كما ذكرنا لا يوجب أيضا بطلان عقد الصبى أو معاملته فيما إذا لم يكن مستقلا فى إنشائها كما إذا كان باذن الغير بل مثل رواية حمزة بن حمران أيضا لا يقتضى بطلانه قال أبو جعفر عليه السلام فيها و الغلام لا يجوز أمره فى البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك «١».

فتكون صحته مقتضى العمومات و الإطلاقات فى المعاملات حيث ان المعاملة التى أجراها الصبى بإذن وليه أو إجازته، على ماله تكون من أمر الولي و معاملته

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٢) من أبواب الحجر الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٢

و يشهد له الاستثناء فى بعض الاخبار (١)

كما هو مقتضى اضافة المعاملة إلى الموكل و كذا فى مورد وكالته عن الغير و لو بلا اذن وليه أو إجازته فى إجراء عقد نكاح أو غيره للغير مما لا يكون من التصرف فى مال نفسه فان هذا كله يكون من أمر الغير و مقتضى العمومات و الإطلاقات نفوذه على ذلك الغير و اما عبادات الصبى فيستفاد مشروعيتها من أمر الأولياء بترغيب أطفالهم إليها و ظاهر الأمر بالأمر بشيء مطلوبية ذلك الشيء. ثم انه لا- وجه لاستثناء إيصال الهدية و اذنه فى الدخول من معاملات الصبى لأنهما ليسا من المعاملات بل و لا تصرفاته التى تكون موضوعا لحكم شرعى لأن إيصال الهدية من جهة اعتبار القبض فى الهبة و المعبر فيه قبض المتهب و اما نفس الإيصال فلا اعتبار له و لذا يمكن بواسطة حيوان أو غيره و اما الاذن فى الدخول فلان المعبر فى جواز الدخول فى الدار رضا مالكها لا رضا الطفل و اذنه. و عليه فلو كان اذنه موجبا للاطمئنان إلى رضا مالكها كما هو الغالب فهو و الا فلا يجوز التصرف فيها بالدخول أو غيره.

(١) كما فى رواية أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبى عبد الله عليه السلام و وجه الشهادة ان عدم نفوذ أمر السفية عبارة عن عدم مضى معاملته فى صورة استقلاله بها لا كونها لغوا محضا بان يكون السفية مسلوب العبارة و على ذلك فالحكم بعدم جواز أمر الصبى و جواز امره بعد بلوغه الا ان يكون سفية لا يناسب الا ان يكون المراد بالجواز و عدمه هو المضى لا كون عبارته لغوا و عبارة أخرى ظهور الاستثناء فيها فى عدم الانقطاع قرينة على كون المراد بالجواز هو المضى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٣

فالعمدة فى سلب عبارة الصبى هو الإجماع (١) و كذا إجماع الغنية (٢) و يمكن ان يستأنس له أيضا بما ورد (٣)

(١) لا يخفى عدم إمكان الاعتماد على حكاية الإجماع فإنه لو كان إجماعا محصلا لم يصح الاعتماد عليه الاحتمال كون وجه اتفاهم سائر الوجوه المذكورة لسلب عبارة الصبى فكيف فيما إذا كان منقولاً أو مع الخلاف.

(٢) يعنى كما ان الإجماع المحكى عن التذكرة يعم ما إذا لم يكن الصبى مستقلا فى إنشاء المعاملة كذلك إجماع الغنية حيث ان استدلال الغنية على عدم الاعتبار بمعاملته بعد الإجماع بحديث رفع القلم قرينة على العموم المزبور فإنه سيأتى ان مقتضى ذلك

الحديث بطلان معاملة الصبي سواء كان مستقلا في إنشائها أولا.

و ايضا المراد بالإجازة في قول ابن زهرة (عقد الصبي باطل بالإجماع و ان أجاز الولي) ليس خصوص الإجازة المعروفة في باب عقد الفضولي ليقال ان عقد الفضولي عند ابن زهرة باطل حتى و ان لحقه الإجازة فحكمه ببطلان عقد الصبي و لو مع اجازة و ليه، لا يقتضى حكمه ببطلان معاملته مع اذن و ليه بل مراده بالإجازة ما يعم الاذن.

(٣) و فى صحیحہ محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال عمد الصبي و خطائه واحد و ذكر المصنف (ره) ما حاصله ان مثل هذه الصحیحہ و ان وقعت روايتها فى أبواب الجنایات و لكن لا دلالة لذلك على اختصاصها بتلك الموارد.

نعم فى مثل موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٤

.....

يقول عمد الصبي خطأ يحمل العاقلة و حمل الدينة على العاقلة بعد قوله عمد الصبي خطأ قرينه على كون المراد بالعمد و الخطأ مورد الجنایة و لكن لا- يكون ذلك موجبا لرفع اليد عن إطلاق مثل الصحیحة الأولى فإنه لا منافاة بين ثبوت الإطلاق و التقييد معا لعدم وحدة الحكم و كونهما متوافقين و لذا أخذ الشيخ (ره) بالإطلاق فى المبسوط و الحلى فى السرائر فذكر أنه لا يجب الكفارة على الصبي بارتكابه محظورات الإحرام التى يختص وجوبها بصورة التعمد حيث ان عمد الصبي خطأ و على ذلك فإذا كان عمد الصبي و قصده ملغى شرعا يكون جميع انشائاته باطلة لا يترتب عليها أى أثر حتى فيما إذا كان إنشائه بإذن و ليه حيث لا ينبغي الريب فى اعتبار القصد فى ترتب الأثر على العقود و الإيقاعات بل قوامهما به لائن حصول الإنشاء و الاعتبار بلا قصد أمر غير معقول بل يمكن استفادة ذلك أى كون جميع إنشاءات الصبي ملغاه حتى فيما إذا كان الإنشاء بإذن و ليه من حديث رفع القلم عنه.

و بيان ذلك انه قد ورد فى رواية أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام انه كان يقول فى المجنون و المعتوه الذى لا يفيق و الصبي الذى لم يبلغ عمدهما خطأ يحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم فان المذكور فى هذه الرواية أمور ثلاثة:

الأول- الحكم بأن دية جنایة الصبي و المجنون دية خطأ تحمله العاقلة.

و الثانى- ان عمد الصبي و المجنون خطأ.

الثالث- ان القلم مرفوع عنهما و رفع القلم هذا اما معلول للحكم بكون عمدهما خطأ فيختص رفع القلم بالأحكام التى يعتبر فى ترتبها على موضوعاتها التعمد إليها كأحكام المعاملات حيث ان المعاملة لا تكون ذات حكم بل لا تكون الا مع القصد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٥

.....

بها و مقتضى ذلك بطلان معاملة الصبي و لو كانت باذن و ليه إذ لا يحصل القصد من الصبي بالاذن المزبور بل مقتضى إطلاق نفى القصد عنه يعم الصورة المزبورة و اما ان يكون رفع القلم علته لعدم ثبوت حكم العمد و لا شبه العمد لجنایة الصبي و لكون قصده كالخطأ.

و على ذلك ايضا يحكم ببطلان معاملة الصبي و لو مع اذن و ليه حيث ان اقتضاء رفع قلم المؤاخذه عنه إلغاء قصده فى بيعه و إقراره حتى فيما إذا كان ذلك باذن و ليه.

و لكن الصحيح فى معنى الرواية هو الاحتمال الأول يعنى تنزيل عمدته منزلة الخطأ موجب لرفع قلم المؤاخذه عنه فإنه لو كان رفع قلم المؤاخذه علته لتنزيل عمدته منزلة الخطأ لما كان عليه الضمان فى إتلافه حيث ان رفع قلم المؤاخذه كما يقتضى تنزيل عمدته منزلة

الخطأ كذلك يقتضى عدم الضمان فى إتلافه حيث ان الضمان من قبيل المؤاخذه كما لا يخفى.

أقول مثل الصحيحه لا تكون داله على بطلان إنشاءات الصبى و كونها ملغاه حتى مع اذن وليه أو كانت بالوكالة عن الغير و ذلك فان مقتضاها أن كل أثر قد رتب على التعمد الى الفعل لا يترتب على الصادر عن الصبى و لو مع تعمده كما فى ترتيب بطلان الصوم على ارتكاب المفطر و حق القصاص المترتب على القتل، و الكفارة على الارتكاب المحظورات حال الإحرام، فإنه اعتبر فى ترتيب كل واحد من الأحكام المزبوره القصد الى تلك الأفعال.

و الحاصل ان مدلول الصحيحه و مقتضى إطلاقها انتفاء تلك الأحكام و عدم ترتيبها على فعل الصبى و لو مع تعمده و اما الأحكام المترتبة على العناوين التى لا يكون لها تحقق بدون القصد لا من جهة تقييد الموضوع بالقصد كما فى الأحكام السابقه بل لتوقف نفس العنوان و قوامه بالقصد كما فى العناوين القصدية فلا دلالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٦

.....

للصحيحه على نفى تلك العناوين و عدم تحققها عن الصبى.

و هذا كما يقال فى الاستصحاب من انه يثبت به كل اثر يترتب على نفس المستصحب لا على ما يلازمه أو مثل ما يقال فى الرضاع من انه يكون محرما فيما إذا ثبت به نفس العنوان المحرم لا ما يلازم العنوان المزبور و هنا أيضا ظاهر الصحيحه نفى أثر شرعى يكون مترتبا على نفس القصد و التعمد الى الفعل لا- نفى اثر عن عنوان يكون القصد موجبا لحصول ذلك العنوان كما فى العقود و الإيقاعات فإن المعاملات كلها من العناوين القصدية التى يكون القصد مقوما و محصلا لها.

و لذا لا يكون مشروعيه صلاة الصبى و صومه و سائر عباداته و تحيته و غيرها من العناوين القصدية تخصيصا فى حديث عمد الصبى خطأ.

بل يمكن دعوى ان الصحيحه لا تكون مقتضاها نفى الأحكام المترتبة على القصد و التعمد الى الفعل مطلقا بل فى خصوص ما إذا كان الحكم مترتبا على الخطأ أيضا بأن يكون التعمد الى الفعل موضوعا لحكم و الفعل خطأ موضوعا لحكم آخر كما فى مورد الجنائيه فلا يعم ما إذا كان الحكم مترتبا على عنوان التعمد الى الفعل فقط كما فى مورد وجوب الكفارة و بطلان الصوم و نحوهما فان المذكور فى الصحيحه ان عمد الصبى خطأ.

و فرق بين هذا التعبير و التعبير بأنه لا- عمد للصبى فإن الأول يختص بموارد ثبوت حكم آخر للخطأ فى مقابل ثبوت الحكم للعمد بخلاف الثانى فإنه يعم موارد ثبوت الحكم للعمد الى الفعل من غير فرق بين ثبوت حكم آخر للخطأ و عدمه.

و قد تحصل مما ذكرنا أنه لا يمكن الحكم بعدم فساد صوم الصبى بتناوله المفطر أو فساد عباداته أو معاملاته استظهارا من الصحيحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٧

و ان اتهب له الولى (١) و لا لغيره (٢) كما قال ارم حقى فى البحر (٣)

(١) يعنى و لو كان قبول الهبة المزبوره من ولى الصبى حيث ان أخذ الصبى الهبة حتى مع قبول وليه لا يوجب حصول القبض المعبر فيها

(٢) يعنى كما لا- يكون قبض الصبى مفيدا لحصول الملك لنفسه كذلك لا- يفيد قبضه فى حصول الملك لغيره كما إذا كان الموهوب له غيره و يكون قبض الصبى بتوكيل ذلك الغير.

(٣) يعنى كما انه لا يتعين الدين بالقاء المديون مقداره فى البحر فيما إذا قال له مستحقه ارم حقى فى البحر كذلك لا يتعين بقبض

الصبي فيما إذا قال مستحقه سلم حتى إلى هذا الصبي.

نعم إذا كان المال متعينا كما في الوديعة بأن يقول صاحبها سلمها إلى هذا الصبي فسلمها المستودع إليه براء من ضمانها كما يبرء إذا قال له أرمها في البحر فرماها و ذلك فان المال في نفسه متعين لا يحتاج في تعينه إلى قبض صحيح.

نعم لو كانت الوديعة من مال الصبي فلا يجوز دفعها إليه حتى مع اذن وليه فإنه من التعدي فيها ولا يفيد في جواز التعدي و عدم ثبوت الضمان اذن الولي حيث انه لا ولاية له فيما لإصلاح فيه للطفل.

و بالجملة لا يصح توكيل الصبي فلا يكون المدفوع إليه قبضا للمستحق ليتعين به الدين و لكن لا يبعد ان يكون المثلان من توكيل المديون في تعيين الدين فيتعين عند الإلقاء في البحر أو الدفع إلى الصبي.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٨

بل على الصبيين (١) ردها بعدم الثبوت (٢).

اما ما ورد في رواية السكوني (٣).

أقول قد تقدم عدم إلغاء قصد الصبي و عليه فلا بأس بتوكيله في القبض و يتعين به الدين كما يخرج بقبضه وكالته، البائع من ضمان المبيع إلى غير ذلك فلا حظ و تدبر.

(١) لما مر من ثبوت ضمان الإلتلاف على الصبي أيضا.

(٢) يعني قد رد الحكاية بعدم ثبوت الشراء لعدم اعتبار الحكاية المزبورة هذا أولا و ثانيا بأنه لا حجية في شراء أبي الدرءاء حيث ان فعله ليس من فعل المعصوم ليكون كاشفا عن اباحة ذلك الفعل و ثالثا ذكر توجيهها يخرج به الشراء عن معاملة الصبي.

(٣) كأن هذا جواب عن سؤال مقدر و هوان رواية السكوني المزبورة ظاهرة في صحة معاملة الصبي فإن المراد بكسب الصبي فيها المال الذي اكتسبه فيكون مقتضى تقييد الصغير بالذي لا يحسن صناعة أن كسبه لا بأس به مع عرفانه الصناعة بل مقتضى التعليل الوارد فيه كون المال الذي اكتسبه الصبي المزبور مالا مشتبهها و لو كانت معاملته باطلة لكان حرمة المال الذي اكتسبه معلوما.

و أجاب (ره) عن ذلك بان ملك الصبي المال لا يلازم صحة معاملاته حيث يمكن ان يحصل المال من التقاطه حيث يصير المال بالالتقاط ملكا له لما تقدم من عدم إلغاء قصده في مثل الحيازة و السبق إلى الشيء المباح كما يمكن كونها اجرة في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢١٩

مع ان هذا مما لا ينبغي الشك في فساده (١) و اما التصرف و المعاملة بإذن الأولياء (٢)

إجارة أو قعها الولي فإن بإيقاع الولي يملك الصبي الأجرة على المستأجر فيتعين المدفوع إلى الصبي في الأجرة بوصولها إلى يد وليه و يمكن إيقاع الصبي الإجارة فيستحق على المستأجر أجرة المثل أو كان عمل الصبي باعتبار أمر شخص آخر بذلك العمل فيستحق الصبي في الفرض اجرة المثل على العمل و في هذه الصور و نحوها لا يكون ملك الصبي ملازما لصحة معاملته و لو مع اذن وليه كما لا يخفى.

(١) يعني لا ينبغي الشك في فساد سيرتهم في عدم فرقهم بين معاملة المميزين و غيرهم خصوصا الأخير أي سيرتهم على عدم فرقهم بين معاملة الأطفال لأنفسهم بحيث لا يطلع أوليائهم على معاملاتهم و بين المعاملة لأوليائهم.

(٢) كان هذا جواب عما ذكره كاشف الغطاء (ره) من حصول الإباحة من معاملة الطفل الجالس مقام وليه و حاصله ان أراد كاشف الغطاء حصول الإباحة بنفس تصرف الطفل و معاملته بان كانت معاملة الطفل مفيدة للإباحة سواء كانت المعاملة بنحو البيع العقدي أو المعاطاء فهذا خلاف المشهور حتى عند القائلين بعدم اعتبار شرائط البيع في المعاطاء فإنها على ذلك المسلك و ان لم تكن مشروطة

بشروط البيع الا انها تصرف في المال فلا يصح من الصبي و ان أراد ان وصول المال الى يد الأخذ و اذن الولي و رضاه في تصرفه هو الموجب للإباحة و معاملة الصبي تكون كاشفة عن هذا الرضا و يعتمد عليها في الكشف عنه كما يعتمد في كشف رضا مالك الدار و مالك الهدية باذن الصبي في الدخول في الدار و إيصال الهدية كما أوضحه بعض المحققين من تلميذه فهذا مبني على كفاية مجرد وصول المالكين الى يد كل من المالكين مع رضاهما في حصول الإباحة بالمعاطة و قد تقدم الكلام فيه في بحث المعاطة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٠

[يعتبر قصد مدلول العقد]

إشارة

الى المعنى لا بمعنى (١).
و الا وقع لاغيا (٢) و لا دليل على تأثير (٣).

(١) و حاصله أنه يعتبر في المتعاقدين القصد الى اللفظ فلا عقد مع التلفظ بلا قصد كما في الغالط بان كان قصده التلفظ بلفظ فاشتبته و تلفظ بلفظ آخر و يعتبر القصد الى المعنى و ليس المراد من عدم قصد المعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل المراد عدم إرادته جدا لادن المفروض في المقام و ان كان حصول الإنشاء و تحقق الاستعمال الا انه بداع آخر كما إذا لم يكن غرض المستعمل من إنشاء البيع حصوله حقيقة بل الهزل و نحوه.

و ان شئت فلاحظ موارد الأمر الصورى فإنه كما لا يكون الغرض فيه هو البعث الى الفعل كذلك ليس الغرض في المقام من الإنشاء هو البيع خارجا و كما ان في مورد الاخبار هزلا أو كذبا يكون الكلام مستعملا في معناه الموضوع له و يكون القصد الى التلفظ و إحضاره معناه و لكن بداعى الهزل و الإغراء كذلك في مورد البيع هزلة يكون الكلام مستعملا في معناه الإنشائي و لكن بداعى الهزل لا الجدل.

ثم لا يخفى انه ليس اعتبار هذا القصد في المتعاقدين نظير شرط البلوغ و الاختيار فيهما بان يكون هذا الشرط أمرا زائدا على حصول البيع و غيره من المعاملات بل هذا القصد مقوم لعنوان المعاملة حيث لا يكون البيع أو غيره من المعاملة في مثل مورد الإنشاء هزلا.

(٢) يعنى لو لم يكن هناك جهة يصرف إليه الإطلاق كان العقد لغوا

(٣) كأن هذا دفع لما يقال من جواز عدم جهة يصرف إليها الإطلاق و جواز عدم تعيين للمالك في العقد و تعيينه بعد ذلك فلا اشتراط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢١

و في حكم المعين ما إذا عين المال (١) لو باع مال نفسه عن الغير (٢) لو باع مال زيد عن عمرو (٣) و لو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد (٤)

(١) يعنى إذا عين العاقد في عقده المال بكونه بذمة زيد يجرى على هذا المعين على العهدة حكم المعين خارجا في كون التصريح بالخلاف مبطلا أو لا كما لو اشترى لنفسه بثمن بذمة زيد.

(٢) يعنى باع مال نفسه ليكون البيع عن الغير لا عن نفسه بان يدخل الثمن في ملك ذلك الغير.

(٣) يعني باع مال زيد ليكون البيع عن عمرو لا عن زيد بان يدخل الثمن في ملك عمرو.

(٤) بان يكون قصده دخول المبيع في ملكه في مقابل الثمن المعتبر بدمه زيد و ذكر انه على تقدير عدم وكالته عن زيد يقع البيع لنفسه و يثبت الثمن بدمته و بعبارة أخرى يؤخذ بمقتضى إضافة البيع الى نفسه و يترك اعتبار الثمن بدمه زيد فلا يكون البيع فضوليا ليجتاج في تمامه إلى إجازة زيد.

و يظهر من كلامه ان الوجه في ذلك عدم ثبوت المقتضى لوقوعه لزيد و هذا بخلاف صورة وكالته عنه حيث ذكر فيها احتمالات ثلاثة بطلان البيع و عدم وقوعه لواحد منهما لأن المقتضى لوقوعه لكل منهما موجود فالبطلان للتدافع و وقوعه لنفسه لعدم المقتضى لوقوعه لزيد لان التوكيل لا يشمل مثل هذا الاثراء
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٢

[اعتبار تعيين من له البيع]

لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولا (١) و مقتضى المعاوضة و المبادلة (٢)

بأن يقصد دخول المبيع في ملكه مع خروج الثمن عن ملك موكله و لا أقل من ترجيح جانب الأضالة و وقوعه عن زيد لما مر من ان تعيين المال بدمه زيد في حكم الثمن المعين الخارجي في كون التصريح بخلاف مقتضاه لغوا.

(١) يعني لو اشترى لزيد بثمان في ذمته و لم يجز الاثراء زيد فاجازه عمرو فلا يصح لا من زيد فان المفروض عدم أجازته و لا من عمرو لعدم إنشاء المعاملة عنه و عدم اعتبار الثمن في ذمته.

(٢) و حاصل ما ذكر المصنف (ره) في المناقشة على الكلام المزبور هو عدم اعتبار تعيين المالين أصلا بل المعتبر في البيع قصد المعاوضة بل يخرج المبيع الى ملك من يكون خروج الثمن منه إذ لو صار المبيع الى غير ملكه لم يتحقق عنوان المعاوضة بين المالين بل يكون تملك كل منهما مجانيا و على ذلك فلو فرض قصد المعاوضة من المتعاقدين فلا محالة يتعين مالك المبيع و الثمن واقعا بلا حاجة الى التعيين.

نعم لا- بد في موارد كون أحد العوضين كليا في الذمة من تعيين من يضاف الى ذمته المال و لا تكون تعيينه معتبرا بما هو هو بل باعتبار ان الكلي ما لم يكن مضافا الى ذمة معين لا يعتبر مالا ليقع طرفا في المعاوضة فالتعيين لا اعتبار المعاوضة بين المالين.

و يترتب على ما ذكر انه لا- يعتبر تعيين المالين أصلا فيما كان العوضان معينين مع فرض قصد المعاوضة واقعا بل يكون التصريح على خلاف مقتضى المعاوضة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٣

و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة (١)

راجعا إلى فائدة البيع و الشراء كما إذا قال بعث مالي عن زيد فإنه مع قصد المعاوضة يكون المفاد إرجاع فائدة البيع بمعنى تملك الثمن لزيد ثانيا و إذا قال بعث مال زيد عن نفسي فمع قصده المعاوضة يكون قيد عن نفسي لغوا و لذا ذكروا انه لو أجاز زيد البيع يقع له كما انه لو ملك البائع المال فأجاز البيع المزبور يقع له لا من جهة إضافة البيع الى نفسه بل بناء على صحة الإجازة في مسألة من باع شيئا ثم ملك فأجاز فإنه بناء عليها يتم البيع سواء أضافه الى نفسه أم لا بل و حتى مع إضافته إلى المالك الأول.

(١) المراد بتلك المعاملة بيع ماله عن غيره فان قصد كونه عن غيره لغو حيث ان القيد المزبور لإرجاع فائدة البيع الى ذلك الغير اي

تمليك الثمن لذلك الغير قبل تملكه فيكون لغوا لا جعله أحد ركني المعاوضة و حكمهم ببطلان البيع في عكس المسألة أي فيما إذا قال للمرتهن بع مالي لنفسك أو قال للمدفع اليه مالا اشتر لنفسك بهذا المال طعاما لا ينافي ذلك باعتبار ان مرادهم بالبطلان عدم وقوع البيع أو الشراء للمرتهن أو المدفع اليه لا انه لا يصح عن المالك مع أجازته.

(١) كان الكلام إلى الآن في اشتراط البيع بتعيين كل من يقع له البيع و الشراء بان يقصد الموجب من يقع انتقال المبيع عنه و ان لم يذكره للآخر و كذا ان يقصد القابل من يقع له الشراء و ان يذكره للموجب و عدم اشتراطه بمعنى انه لو لم يقصد ذلك بل قصدا مجرد المعاوضة كفي.

و قد ظهر انه لا بد من التفصيل بين موارد تعلق البيع أو الشراء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٤

.....

بالمعين خارجا و بين تعلقه بالكلية على العهدة و الكلام فعلا في أمرين.

الأول- انه لو كان المشتري هو المخاطب بمقتضى تعيين الموجب و قصده فهل يجوز للمخاطب المزبور الشراء و قبول الإيجاب لغيره أم لا.

الثاني انه هل يتعين على كل منهما تعيين الطرف الآخر في المعاملة بأن يعتبر فيها تعيين المشتري للموجب و انه المخاطب أو انه موكله مثلا و كذا يعتبر تعيين البائع للقابل و انه الموجب أو موكله مثلا.

و ذكر (ره) في الأمر الأول ان تعيين الموجب أو القابل يكون متبعا الا- فيما أحرز عدم لحاظ الخصوصية في نظرهما كما إذا كان المراد من ضمير الخطاب في قول الموجب ملكتك المال بكذا المخاطب المتملك للمبيع بالأصالة أو الوكالة.

و بعبارة أخرى إذا كان ظاهر الكلام تعيين خصوص المخاطب في القصد فلا بد من اتباعه باعتبار ان العقود تابعة للقصد.

و يظهر ذلك من كلام التذكرة حيث ذكر ان في صحة بيع الفضولي بإجازة المالك مع جهل الطرف الآخر بالحال اشكالا و وجه الظهور كون الاشكال من جهة ان قصد الجاهل تعلق بتمليك الفضولي أو التملك منه فوقع الملك للمالك المجيز غير مقصود للجاهل و هذا الاشكال و ان كان ضعيفا باعتبار ان تعلق قصد الجاهل بنقل المال إلى الفضولي و انتقاله منه ليس الا لكونه صاحب المتاع أو الثمن لا- لخصوصية له فلا- ينافي هذا القصد وقوع البيع أو الشراء للمالك المجيز بإجازته الا ان المفهوم من كلامه اعتبار تعيين الموجب أو القابل باتباع ظاهر كلامهما.

و يحتمل عدم اعتبار التعيين المزبور بان كان الأصل الاولي في البيع إلغاء قصد الخصوصية في كل من الطرفين بحيث يجوز للقابل المخاطب القبول عن الغير و لو كان إنشاء الموجب تمليك المتاع إياه بإزاء الثمن بان قال ملكتك المتاع بكذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٥

فتأمل حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرنا سابقا (١).

فقال قبلت لزيد تم البيع إلا في مورد تصريح الموجب أو قيام القرينة الخارجية بأنه لا يريد البيع الا من القابل المزبور.

و تعرض (ره) للأمر الثاني بقوله (و قد يقال في الفرق بين البيع و شبهه إلخ) و حاصله انه في الموارد التي يكون من له العقد مقوما لعنوان العقد كما في النكاح فان الزوجين فيه بمنزلة المالكين فلا- بد من التعيين ليكون بين الإيجاب و القبول تطابق و لان عنوان المشتري يصدق على الوكيل أو الولي.

هذا و لكن كلا الوجهين ضعيف.

أما الوجه الأول فلأن مقتضاه لزوم تعيين الزوج و الزوجة في النكاح لا عدم لزوم تعيين البائع و المشتري كيف و لا يكون الموقوف عليه أو الموصى إليه أو المتهب ركنا في الوقف و الوصية و الهبة مع انه لا بد من تعيينهم كالنكاح و الوجه في عدم كونهم ركنا ان كلا من العقود المزبورة نظير البيع تمليك و الملك لا يكون بلا مالك لا محالة و اما الوجه الثاني فإن عنوان المشتري أيضا لا يصدق حقيقته على الوكيل في إجراء عقد الصيغة و قد نص فخر المحققين و غيره بان معنى البيع في لغة العرب جعل المخاطب مالكا و مقتضى ذلك ان مع عدم جعل الملك الا للموكل لا يكون الوكيل القابل مشتريا.

(١) ما ذكر سابقا هو صدق عنوان المشتري على الوكيل في الشراء حقيقته و عدم صدق عنوان الزوج على الوكيل في قبول الزواج. و اعترض (ره) عليه بأنه لا فرق بينهما و ان المشتري بمعناه الحقيقي لا يصدق على الوكيل في قبول الإيجاب كعدم صدق عنوان الزوج على الوكيل في قبول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٦

.....

إيجاب النكاح.

نعم التزم (ره) بقوله و لعل الوجه عدم تعارف إلخ بأنه قد يطلق عنوان المشتري بالعناية على الوكيل في قبول إيجاب البيع كما يتعارف إرادة الأعم من الأصالة من ضمير الخطاب في مثل قوله ملكتك بخلاف الضمير في قول المرأة زوجتك و بخلاف عنوان الزوج فإن الإطلاق بنحو العناية في عنوان الزوج أو إرادة الأعم من ضمير الخطاب في قول المرأة غير متعارف.

و على ذلك فلا بأس بأن يقول البائع ملكتك المال بكذا و يقول القابل قبلت عن فلان بخلاف النكاح فإنه لا يصح في قبول قول المرأة زوجتك نفسى ان يقول المخاطب قبلت عن فلان و جواز الإطلاق و ارادة الأعم من الضمير في البيع بنحو العناية لا ينافى تقديم مدعى الأصالة عند اختلافهما في ان قبول الإيجاب كان بنحو الوكالة أو الأصالة لان مقتضى ظهور العقد أو أصالة عدم النيابة هو التقديم المزبور و تعارف الاستعمال بنحو العناية لا ينافى كونه خلاف الأصل كما ان تعارف المجاز في سائر الألفاظ لا ينافى حملها على الحقيقة مع عدم إحراز العناية في الاستعمال.

أقول قد مر ان مع كون العوضين معينين لا حاجة الى تعيين المالك و تمييز من يكون له البيع أو الشراء بل يكون تمام البيع بقصد المعاوضة بين المالكين و إنشائها بين العوضين و لو اعتقد البائع مثلا ان الثمن المفروض ملك المخاطب و قال له ملكتك مالى بذلك المال و قبله المخاطب عن مالك الثمن بالوكالة أو الولاية تم البيع.

و بالجملة الخطاء و الاشتباه في المال المفروض كونه شخصا لا يوجب انتفاء التطابق المعتبر بين الإيجاب و القبول فان قصد المعاوضة مقتضاه اعتبار النقل و الانتقال عن المالك واقعا.

نعم لو صرح البائع بأنه انما يبيع ماله من المخاطب على شرط كون الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٧

.....

المزبور ملكا له فقال المخاطب قبلت عن مالكه و هو زيد بطل البيع باعتبار عدم التطابق بين الإيجاب المشروط و القبول الخالى عنه فإن الإيجاب المزبور بمنزلة أن يقول البائع بعتك هذا المال على ان الثمن المفروض موصوفا بكذا فيقول القابل قبلت بلا شرط فالطلان باعتبار عدم التطابق من ناحية الشرط فان شرط كون فلان مالكا للثمن المزبور كسائر الشروط و الأوصاف المعتبرة فيه التى يكون إلغائها في القبول موجبا لانتفاء التطابق.

و لو وقع في هذا الفرض بعد تمام العقد الاختلاف في اعتبار خصوصية المالك في ناحية الثمن أو المثلن فالأصل عدم اشتراطها و يكون القول قول منكرها و اما إذا كان العوضان بنحو الكلى على العهدة فاللازم تعيين صاحب العهدة في العقد لما مر من ان الكلى مع عدم إضافته إلى عهده معين لا- يقع عليه المبادلة فإن ما على عهدة المعتبر غير ما على عهدة الآخر فلو قال البائع للوكيل بعثك المال بكذا من الدراهم على عهدة زيد و قبل الوكيل المال بالدراهم على عهدة عمرو لم يتم البيع لعدم تطابق بين الإيجاب و القبول في ناحية الثمن.

نعم لو قال بعثك المال بكذا من الدراهم و قال قبلت لموكلى صح فيما إذا كان المراد بضمير الخطاب الأعم من الأصالة و النيابة و يكون مع الاختلاف في الأصالة و النيابة في هذا الفرض الترجيح لقول من يدعى الأصالة أخذاً بأصالة الظهور. و قد ظهر مما ذكرنا حكم ما لو كان أحد العوضين في المعاملة شخصاً و الآخر كلياً على العهدة فإنه يجري على الكلى ما ذكر للكلى و على الشخصي ما ذكر للشخصي.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٨

[من شرائط المتعاقدين الاختيار]

إشارة

من شرائط المتعاقدين الاختيار (١)

(١) فسر (ره) الإكراه بما يقابل الاختيار الذى يكون المراد به في المقام القصد الى حصول مضمون العقد و طيب النفس به و مقتضى المقابلة ان يكون الإكراه هو القصد الى مضمون العقد عن كراهة و بلا طيب النفس به. و بعبارة أخرى ليس المراد بالاختيار هنا مقابل الجبر الذى لا يكون في مورده قصد من المباشر أصلاً أو يكون مقهوراً في قصده و فعله بحيث لا يصح معه اسناد الفعل الى المباشر حقيقة كفعال العباد على مسلك الجبر. و الحاصل ان الاختيار المعتبر في البيع و غيره من العقود و الإيقاعات أمر زائد على الاختيار المقابل للجبر و استدل على اعتبار هذا الاختيار بقوله سبحانه إلا أن تكون تجارة عن تراض حيث ان تقييد التجارة بكونها عن تراض مقتضاه اعتبار طيب النفس بها و بقوله عليه السلام لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه و بحديث الرفع حيث و رد فيه رفع عن أمتي ما استكروها عليه. و الحديث و ان كان ظاهره بقرينة وحدة السياق نفى المؤاخذه فان نفيها مراد في قوله رفع عن أمتي ما لا يعلمون و الطيرة و الحسد الا انه يرفع اليد عن الظهور بقرينة ما في بعض الروايات كصحيحة البنظي من استشهاده عليه السلام على بطلان الحلف بالطلاق و العتاق بفقرة رفع عن أمتي ما استكروها عليه «١» و المراد بالحلف بالطلاق و العتاق ان يقول الحالف مثلاً ان فعلت كذا فامرأتى طالق أو أمتي حرة و هذه الحلف و إن كان باطلاً و لا يقع به طلاق أو عتاق و لو مع عدم الإكراه الا ان استشهاده عليه السلام لبطلانه بالحديث قرينة على عدم اختصاصه برفع المؤاخذه.

(١) الوسائل - الجزء (١٦) الباب (١٢) الحديث (١٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٢٩

و حكمهم بعدم وجوب التورية (١)

أضف الى ذلك ما ورد في بطلان طلاق المكره بضميمة عدم احتمال الفرق بين الطلاق و سائر العقود و الإيقاعات في البطلان و عدمه مع الإكراه.

ثم تعرض (ره) لما ذكره الشهيدان من كون المكره بالفتح قاصدا للفظ و غير قاصد مدلول العقد فذكر ان مدلول العقد مضمونه و كون المكره غير قاصد له معناه انه لا يقصد حصول ذلك المضمون خارجا بان يثبت لذلك المضمون واقعية.

و ان شئت قلت و لو كان قصد المكره بالفتح بقوله بعث كذا بإنشاء الملكية إلا ان إنشائها لا يكون لغاية حصولها خارجا بل بداعي دفع الضرر المتوقع به و ليس المراد انه لا ينشأ الملكية أصلا كما توهمه بعض من كلامهما فإنه مع عدم الإنشاء لا يكون قوله بعث كذا بكذا يبيح أو قوله هي طالق.

و بالجملة الخالي عن قصد الاستعمال و الإنشاء هو الذي يتلفظ تقليدا أو تلقينا كما في الطفل الجاهل بالمعاني و لا يكون المكره بالفتح كذلك فمرجع كلام الشهيدين الى ان إنشاء المكره ليس بداعي تحقيق الشيء بحيث يترتب عليه الأثر بل لغرض التخلص عن الوعيد فالفرق بين المكره بالفتح و غيره ان إنشاء الملكية في الأول لا يكون بداعي حصولها خارجا بل بداعي التخلص عن وعيد المكره و ضرره بخلاف بيع المختار فإن إنشاء الملكية منه يكون بداعي حصولها خارجا.

(١) ذكر (ره) كما مر ان إنشاء البيع مثلا بداعي التخلص عن الوليد لا لغاية تحقيقه خارجا هو المراد من عدم قصد المكره بالفتح مدلول العقد و كون هذا هو المراد من عدم قصده لا يكاد يخفى على من تأمل في معنى الإكراه لغة و عرفا و على من تتبع فيما ذكره الأصحاب في فروع الإكراه فإن تلك الفروع لا يناسب توهم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٠

.....

خلو المكره بالفتح عن القصد بان لا يستعمل قوله بعث كذا بكذا في إنشاء الملكية ليكون الإكراه مقابلا للقصد اي استعمال اللفظ في المعنى.

و قوله (ره) و حكمهم - بعدم وجوب التورية و بصحة بيع المكره بعد الرضا و استدلالهم على بطلان بيع المكره بالأخبار الواردة في طلاق المكره بضميمة عدم الفرق بين الطلاق و سائر العقود و الإيقاعات و بما ورد انه لا طلاق الا مع الإرادة و استدلالهم ايضا على بطلان بيع المكره بما ورد في بطلان من يكون طلاقه مداراة بأهله بان ينشأ الطلاق لا لحصوله واقعا بل لان يوهم زوجته الأخرى مثلا بأنها زوجته الوحيدة الباقية في علقته لتترك نشوزها - كل ذلك معطوف على ما ذكره الأصحاب في قوله ادنى تتبع فيما ذكره الأصحاب و يكون عطفها تفسيريا فإنها من الفروع التي يكون التبع في المذكور فيها موجبا للجزم بعدم خلو المكره بالفتح عن قصد المعنى و الإنشاء.

بل يكفي في الجزم بذلك ما ذكره الشهيد الثاني من ان المكره و الفضولي قاصدان الى اللفظ دون مدلوله و وجه الكفاية انه لا ريب في تحقق قصد الاستعمال من الفضولي و جعل المكره مثله قرينه جلية على كون المراد من عدم قصد المعنى ما تقدم تفصيله.

أقول ان كانت ملكية العين في إنشاء البيع بنظر العاقد فلا ريب في حصولها من المكره بالفتح فإنه لا يكون إنشاء بدون قصد حصولها أو قصد إبراز حصولها على الوجهين في معنى الإنشاء و على ذلك يتنى ما سيأتي من عدم لزوم التورية على المكره و تمام بيع المكره بلحوق الرضا و ان كانت الملكية بنظر العقلاء أو اعتبار الشرع فهذه الملكية أجنبية عن قصد العاقد فإنها اعتبار الغير يترتب على تمام موضوعها سواء قصدها العاقد أم لا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣١

.....

فإن أراد الشهيدان بقولهما (ان المكره بالفتح قاصد الى اللفظ دون المدلول) الملكية بنظر العاقد فقد ذكرنا انه لا يكون بيع الا مع قصد حصولها أو إبراز حصولها و ان كان مرادهما الملكية في اعتبار العقلاء و الشرع المعبر عنها بالأثر فلا يعتبر في حصول البيع قصد حصولها بل قد لا يكون قصد حصولها في بيع المختار ايضا كما إذا اعتقد فقد شرط صحة البيع و قد يقصدها المكره بالفتح كما إذا اعتقد صحة بيعه و نفوذه كبيع المختار.

و الحاصل ان كلام الشهيدين غير تام بل لا نجد فرقا بين بيع المكره اى إنشائه ملكية المثلن بإزاء الثمن و بين بيع المختار إلا في جهة واحدة و هي انطباق عنوان الإكراه على البيع في الأول دون الثاني.

(لا يقال) الفرق بينهما في حصول طيب النفس و التراضي في الثاني دون بيع المكره.

(فإنه يقال) التراضي المعبر في المعاملات موجود في بيع المكره أيضا فإذا أكرهه الجائر على دفع مقدار من المال و توقف تحصيل ذلك المال على بيع داره يصح البيع و لا يكون ذلك إكراهها على البيع بخلاف ما إذا أكرهه على بيع تلك الدار فإنه لا يصح لوقوعه مكرها عليه مع ان في الرجوع الى الوجدان كفاية بأنه لو لم يكن إكراه الجائر لم يكن البيع في الموردین فإن الداعي إلى بيعها في الفرضين التخلص من وعيد الجائر و ضرره.

و قد بينا في بحث المقدمة من الأصول ان الداعي إلى الإتيان بذى المقدمة بعينه داع إلى الإتيان بمقدمته و إذا كان دفع المال إلى الجائر في الفرض الأول للتخلص من وعيده يكون الداعي إلى مقدمته أيضا يعنى بيع الدار التخلص المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٢

.....

و بهذا يظهر ان ما ذكره المصنف (ره) في توجيه كلام الشهيدين من ان الداعي إلى البيع من المختار لا يكون التخلص من وعيد الغير و ضرره بخلاف صورة الإكراه فإنه يكون داعيه اليه التخلص المزبور غير صحيح كما ان دعوى حصول الرضا و طيب النفس بالبيع في صورة الإكراه على دفع المال الذي يتوقف تحصيله على بيع المكره داره و عدم حصوله في صورة الإكراه على بيع داره تحكم.

و ما ذكر أيضا في الفرق بين مورد الإكراه على البيع و البيع لدفع الضرر بقوله و الحاصل ان الفاعل قد يفعل لدفع الضرر و لكنه مستقل في فعله و مخلى و طبعه بحيث يطيب نفسه به و ان كان من باب علاج الضرر و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه و هذا مما لا يطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان كما ترى فإنه نفرض فرضا ان الفرق بين موارد البيع لدفع الاضطراب الى ثمنه و بين البيع لدفع ضرر إيعاد الغير تام فكيف يصح الفرق بين الإكراه مثلا على بيع داره و الإكراه على دفع مال يتوقف تحصيله على بيع داره بان يقال بحصول طيب النفس و الرضا بالبيع في الثاني دون الأول بل ذكرنا عدم الفرق بينهما في طيب النفس أصلا و انما الفرق بينهما في صدق الإكراه على بيع الدار في الأول دون الثاني و الموجب لصدقه عليه في الأول أمر الجائر ببيعها و وعيده على تركه بخلاف الثاني فإن بيعها فيه لا يكون لأمر الجائر به ليعمه حديث رفع الإكراه بل للتمكن على مال أمر الجائر بدفعه اليه فلا يكون نفس البيع مكرها عليه.

فتحصل مما ذكرنا ان الموجب لصدق الإكراه على البيع أو غيره تعلقه بنفس البيع أو غيره من الإنشائيات فالتفرقة بالحكم بصحة البيع في مورد الاضطراب الى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٣

.....

البيع أو الإكراه على مثل دفع المال الموقوف تحصيله على بيع متاعه و الحكم بالطلاق في مورد الإكراه على البيع باعتبار شمول حديث رفع الإكراه للأخير دون الأولين و ذكر رفع الاضطرار في حديث الرفع لا يقتضى الحكم ببطالان البيع في مورد الاضطرار الى ثمنه، و ذلك فان رفعه كرفع غيره من المذكورات في الحديث للامتنان و التوسعة على الأمة و لا امتنان في نفي البيع و الحكم بفساده في مورد الاضطرار بخلاف الحكم بالفساد في مورد الإكراه على بيع شىء فان فيه توسعة على المكره بالفتح كما لا يخفى.

ثم ان الحكم ببطالان بيع المكره و نحوه من المعاملات لا يحتاج إلى ضميمه صحيحه البنظي المتقدمة ليقال ان استشهاده عليه السلام ببطالان الحلف بالطلاق و العتاق عند الإكراه عليهما بحديث رفع يمكن ان يكون جدليا مبني على اعتقاد العامة بأن حديث الرفع لا يختص برفع المؤاخذه و وجه عدم الحاجة ان المراد بالمكره عليه هو الفعل حيث لا يتعلق الإكراه و الاضطرار الا بالفعل و من الظاهر ان رفعهما يكون في مقابل وضعهما و الوضع فيهما معناه ان يثبت الحكم الثابت بالفعل مع قطع النظر عن طريانهما و إذا كان الفعل المكره عليه من الأفعال الخارجيه يكون المرتفع الحكم التكليفي و إذا كان من المعاملات فالمرتفع الحكم الوضعي يعنى إمضاء الشارع أو هو مع الحكم التكليفي على اختلاف الموارد.

و مما ذكرنا يظهر انه لا يرتفع بحديث الرفع الأحكام التي لا تكون موضوعاتها الأفعال بل يثبت بالأفعال باعتبار حصول موضوعاتها بها بعضا كما إذا أكرهه على إفتار صومه فإنه لا يرتفع بحديث رفع الإكراه و جوب قضائه لأن جوب القضاء موضوعه فوت الصوم لا إفتاره.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٤

.....

نعم قد يفوت الصوم بإفتاره كفوته بنسيان الصوم أو نسيان جنابته أو كون المكلف مريضا أو مسافرا و نحو ذلك مما لا يكون من قبيل الإفتار و هذا بخلاف جوب الكفارة فإن موضوعه الفعل يعنى الإفتار أو الجماع في نهار شهر رمضان فيرتفع وجوبها عند الإكراه عليهما.

لا يقال لا حاجة في الحكم ببطالان بيع المكره و نحوه من المعاملات بحديث الرفع أصلا فإن أدله إمضاء البيع و جوب الوفاء بالعقود منصرف عن مثل البيع المكره عليه فان البيع المزبور لا يكون مورد الإمضاء حتى في اعتبار العقلاء فالحكم ببطالانه لقصور أدله الإمضاء لا لوجود حاكم أو مخصص لها.

فإنه يقال لا وجه لدعوى انصراف أحل الله البيع و نحوه عن بيع المكره لان الموضوع لإمضاء الشرع نفس البيع لا البيع الممضى في اعتبار العقلاء و قد ذكرنا في بحث الصحيح و الأعم أن إمضاء العقلاء كامضاء الشرع غير داخل في معنى البيع و نحوه فان بيع السارقين و الغاصبين لا يكون ممضى حتى عند العقلاء مع صحة إطلاق البيع عليه بلا عناية.

و بعبارة أخرى إذا كان تملكك عين بعوض يباع عند العرف و لكن غير ممضى من ناحيتهم فهو داخل في الموضوع في مثل أحل الله التبيع فلا بد في رفع اليد عن إطلاقه من وجود مقيد نظير قوله لا بيع إلا في ملك و يترتب على كون الموضوع لإمضاء الشرع نفس البيع انه لو باع اللقطة بعد تعريفها سنة و تملكها حتى مع احتمال الظفر بمالكها ثم ظهر المالك فلا يستحق المالك المطالبة بعين اللقطة حتى مع بقائها بيد المشتري فان هذا مقتضى أحل الله البيع و أوفوا بالعقود مع ان العقلاء لا يمضون البيع من البائع في الفرض و لا يفرقون بين هذا البيع و بيع مال الغير اشتباها و اعتقادا بأنه ماله ثم ظهر انه مال الغير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٥

.....

وما ذكر من سيرة العقلاء على عدم لزوم بيع المكروه فتكون هذه السيرة كاشفة عن عدم إمضاء الشرع والردع عنها برادع خاص ولا يكفى فيها الإطلاق والعموم ففيه ان سيرة العقلاء يمكن دعواها في الموارد التي يكون الإكراه فيها من قبيل الجور الشخصي واما إذا كان بنحو الجور العام كما إذا أمر السلطان بان كل أجنبي يلزم عليه بيع داره من أهل هذه البلاد خلال شهرين والى يؤخذ منه داره ففي مثل ذلك لا يرى العقلاء بيع الأجانب دورهم مع اعترافهم بأن أمر السلطان جور عليهم بيعا لغوا بل يرتبون عليه الأثر كما يظهر ذلك لمن تتبع سيرتهم والمتحصل ان العمدة في الحكم بالطلاق في بيع المكروه ونحوه حديث رفع الإكراه. لا يقال كيف يكون التراضى وطيب النفس بالمعاملة في مورد الإكراه مع ان الإكراه مع طيب النفس والتراضى متضادان. فإنه يقال نعم الكره وهو عدم كون الشيء ملائما للطبع مع طيب النفس بمعنى ابتهاجها والرضا القلبي متضادان ولكن طيب النفس أو الرضا القلبي غير معتبر في بيع ولا في غيره حتى في الطلاق الوارد فيه كونه بإرادة القلب كما يأتي ولذا قالوا بصحة الطلاق لعدم صدق الإكراه في مثل ما رأى الزوج أنها لو بقيت في حباله لوقعت عليه وقيعه من أخيها أو أبيها أو غيرها فالتجأ إلى طلاقها ولا تكون كراهته قلبا موجبا لبطلانه.

وبالجملة المعتبر في صحة البيع وغيره من المعاملات التراضى المعاملى وهو موجود في موارد الإكراه فإنه مساوق للإنشاء وقد ذكر المفسرين ان قوله سبحانه عَنْ تَرَاضٍ فِي قَوْلِهِ إِلَّا أَنْ تُكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ خبير بعد خبر وهذا شاهد على ان التراضى المعاملى يعم جميع المعاملات وان التجارة أحد أفرادها ولو كان المدرك لا اعتبار طيب النفس قوله عليه السلام (لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبه نفسه) بدعوى انه يعم تملك مال الغير بالبيع و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٦

.....

نحوه مع ظهور طيبها في الطيب القلبي والرضا الواقعي كما لا يبعد فلا بد من رفع اليد عن عمومها في المعاملات بما تقدم. نعم لا يبعد اعتبار طيب النفس بذلك المعنى في التصرف في مال الغير كما إذا أقام في بيته تعزية كعزاء خامس أهل البيت العصمة سلام الله عليه ودخل في البيت بتلك المناسبة شخص وتصرف فيها بما يكون خارجا عن المتعارف باستعمال الماء الكثير بغسل بعض ثيابه أو المكث في مرحاضها طويلا مع عدم علمه برضا صاحب البيت فهذه التصرفات التي ربما يمتنع المالك عن إظهار عدم رضاه بها للتحفظ على كرامته غير جائز لذلك الشخص فإنه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه.

وهذا بخلاف فرض حصول المعاملة كما إذا وهب المال للسائل تحفظا على كرامته فان دليل نفوذ الهبة أو غيرها مع عدم حاكم في البين من حديث رفع الإكراه أو الاضطراب مقتضاه دخول العين الموهوبة في ملك المتهب فلا يكون الموهوب مال الغير حتى لا يجوز التصرف فيه بلا طيب نفس مالكة وما يتعارف في الألسنة من ان المأخوذ حياء كالمأخوذ غصبا بلا شاهد في مثل المورد المزبور من المعاملات.

لا يقال قد ورد في روايات أنه لا طلاق الا ما أريد به الطلاق ومقتضى تلك الروايات عدم القصد في مورد الإكراه. فإنه يقال لم يظهر أن الروايات المشار إليها قد وردت في طلاق المكروه وبيان بطلانه بل لا يبعد كونها ناظرة الى ما يصدر عن الزوج أحيانا لتخويف زوجته من الإتيان بصورة الطلاق جلبا لطاعتها وفي مثله لا يكون إنشاء الفرقه بينه وبين زوجته حقيقة فمدلول تلك الروايات أن لا أثر للتكلم التخويفي المزبور الذي في حقيقته تلفظ بصيغة أنت طالق ونحوها من غير قصد الإنشاء لمضمونها بل يكون التلفظ بها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٧

حقيقة الإكراه لغةً و عرفاً (١) هل يعتبر في موضوع الإكراه (٢) أو حكمه (٣)

مع إمرار المتكلم معناها إلى ذهن السامع فقط وربما يكون ذلك في مورد الإكراه أيضاً بأن يتلفظ المكره بالفتح بصيغة الإيجاب في الطلاق ونحوه من غير قصد الإنشاء وهذا لا يترتب عليه ما سنذكر من تمام البيع بلحوق الإجازة وغيره من الأحكام. ويشهد لعدم نظر تلك الروايات إلى صورة الإكراه على الطلاق أن صاحب الوسائل (ره) أوردتها في باب اشتراط الطلاق بالقصد لا في باب اشتراط الاختيار في الطلاق بل في حسنة يحيى بن عبد الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول لا يجوز طلاق في استكراه ولا تجوز يمين في قطيعة رحم إلى أن قال وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه (١) وهذه الحسنه قرينة واضحة على أن المراد بإرادة الطلاق غير الطلاق بغير الإكراه.

(١) لا يخفى أن المعبر في صدق الإكراه هو الأمر بالبيع أو غيره بحيث تكون مخالفة الأمر مظنة الضرر بحاله أو بحال متعلقه وقد يكون الفعل من الفاعل لمجرد دفع ذلك الضرر واما الوعيد من الأمر فلا يعتبر اقتتان أمره به كما يظهر ذلك من ملاحظة موارد الإكراه على المعاملة أو غيرها من الأفعال.

(٢) بأن يكون عدم إمكان التفصي بالتورية أو غيرها مقوما لعنوان الإكراه.

(٣) بأن لا يكون البيع أو غيره محكوماً بالفساد مع إمكان التفصي عن إنشائه

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (٣٧) من أبواب الطلاق الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٨

ثم انه هل يعتبر في موضوع الإكراه (١)

بالتورية أو غيرها و لو مع صدق الإكراه عليها.

(١) ذكر (ره) بما حاصله أن ظاهر الروايات و فتاوى الأصحاب عدم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية فإن حمل عموم حديث رفع الإكراه و الروايات الدالة على عدم الأثر للطلاق باستكراه أو العتاق و الحلف كذلك على صورة عدم إمكان التفصي بالتورية من جهة غفلة المكره بالفتح عنها و نسيانها لدهشته أو جهله بكيفيتها بعيد حيث أنه من حمل المطلق على الفرد النادر بل لا يمكن هذا الحمل في مورد بعض الروايات و المراد ما ورد في قضية عمار لما سيأتي أنه لو كان عدم إمكان التفصي بالتورية معتبراً في رفع الإكراه لذكر (صلى الله عليه و آله) لعمار أنه عليه أن يورى فيما إذا ابتلى بمثل الواقعة لا أن يقول له (ان عادوا فعد).

بل يظهر من بعض الروايات عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضاً كرواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال لا يمين في غضب و لا في قطيعة رحم و لا في إكراه و لا في إجبار قلت أصلحك الله فما الفرق بين الإكراه و الإجبار قال الإجبار من السلطان و يكون الإكراه من الزوجة و الام و الأب و ليس ذلك بشيء (١) و وجه الظهور انه يمكن التفصي عادة في إكراه الأم و الأب و قوله عليه السلام على ما في الرواية و ليس ذلك بشيء المراد أن اليمين في الموارد المزبورة لا يكون موجبا لوجوب الوفاء و عدم جواز الحنث و يؤيد عدم اعتبار التفصي بغير التورية أيضاً عدم الفرق بينها و بين التفصي بغيرها فإنه لو كان إمكان التفصي بغير التورية موجبا لانتفاء عنوان الإكراه لكان إمكان التفصي بها كذلك لان المصحح لعنوان الإكراه انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به بارتكاب ما اكراه عليه كما هو الفرض فلا فرق بين

(١) الوسائل الجزء (١٦) الباب (٦) الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٣٩

.....

التخلص بكلام آخر أو فعل آخر أو إرادة المعنى الآخر.

و دعوى ان مع إمكان التورية و ان لا- يكون إكراه حقيقة كإمكان التفصي غيرها الا- ان الشارع قد وسع حكم الإكراه مع إمكان التورية مدفوعة بعدم الشاهد لها.

ثم انه (ره) قد وجه الدعوى المزبورة بأنه يعتبر في صدق الإكراه خوف ترتب الضرر على مخالفة المكره بالكسر و مع إمكان التفصي بغير التورية لا- يحصل الخوف في مخالفة المكره حيث ان الضرر مع إمكان التفصي يترتب على ترك الفعل المكره عليه و ترك التفصي معا و ليس التفصي مكرها عليه و لا بد لا عنه حيث لم يأمر به الجائر لا تعيينا و لا تخيرا ليكون نظير ما إذا أكرهه على شرب الخمر أو فعل القمار بل الفعل المتفصي به مسقط للإكراه يعنى رافع موضوعه و كون التفصي مسقطا للإكراه يجرى في مورد إمكان التفصي بالتورية أيضا الا ان الشارع قد رخص في مورد إمكان التفصي بالتورية في تركها حيث لم يعتبر التورية تفصيا و يستفاد ذلك من إطلاق الروايات الواردة في طلاق المكره و عتقه و مما دل على جواز الحلف بالله كاذبا عند الخوف و الإكراه فإن حمل الإطلاق على صورة العجز عن التورية كما تقدم حمل على الفرد النادر بل لو كان العجز عن التورية معتبرا لأشير إليها في تلك الاخبار خصوصا في قضية عمار فان تنبيه رسول الله صلى الله عليه و آله عمار على التورية و ان لم يكن واجبا الا ان شفقتة (صلى الله عليه و آله) لعمار تقتضى ذلك لما رآه صلى الله عليه و آله من اضطرابه و تأثره من تكلمه بكلمة الكفر لا ان يقول له و ان عادوا عليك فعد.

و لعل وجه عدم وجوب التنبيه ان المورد من قبيل الإرشاد إلى الموضوع مع غفلة المكلف عنه حيث لا بد من فرض ان عمار قد نسي التورية و غفل عنها عند إكراهه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٠

.....

على الاعتراف بالشرك لا ان تركه التورية كان لجهله بالحكم و عدم علمه بوجوب التورية في هذه الموارد كما هو الحال في ترك بعض الناس أو جلهم فان عدم رعاية بعض تكاليف الشرع منهم يكون لجهلهم بها و فرض مثل هذا الجهل لا يناسب شأن عمار و لا تطبيق الإكراه على فعله كما هو مقتضى نزول الآية الا من اكره و قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ.

ثم انه (ره) قد فصل أخيرا بين التورية و غيرها بان التمكّن على التفصي بالتورية لا ينافى صدق الإكراه على العمل بخلاف غير التورية فإن التمكّن على التفصي به يمنع عن صدق الإكراه و ذلك فان ترتب الضرر على مخالفة المكره لا يترتب على المخالفة الواقعية بل على اعتقاد المكره بالكسر بها بمعنى أنه لو أحرز مخالفة المكره بالفتح لأضربه و هذه القضية الشرطية صادقة مع تمكّن المكلف على التورية حيث ان المكره بالكسر لو أحرز ان المكره بالفتح ورى في نفسه و لم ينشأ العقد لا ضربه بخلاف التفصي بغير التورية فان الجائر لا يتمكن على إضرار المكره بالفتح مع تفصيه بغير التورية كما إذا تفصي بالسفر الى بلاد آخر لا يصل اليه فيها يد الجائر و على ذلك لا يعتبر العجز عن التورية في صدق الإكراه و يعتبر العجز عن التفصي بغيرها في صدقه.

(أقول) ما ذكره (ره) من أن حمل رفع الإكراه و ما ورد في بطلان الطلاق و العتاق عن استكراه على صورة العجز عن التورية بعيد لا يمكن المساعدة عليه فان حديث رفع الإكراه لا- يختص بالعقود و الإيقاعات ليقال ان التمكّن على التورية فيهما غالبى فاختصاصه بصورة العجز عن التورية حمل لعموم رفعه على الموارد النادرة بل يعم عموم الإكراه على فعل الحرام و ترك الواجب مما لا دخل

في موردهما للتورية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤١

.....

و عدمها.

أضف الى ذلك أنه لا- يوجب اعتباره حمل المطلق على فرد النادر حتى فيما فيما ورد في بطلان الطلاق أو العتاق أو الحلف كاذبا عن إكراه و ذلك فإن الذى لا يمكن هو حمل المطلق على فرد النادر مع ورود الحكم فى الخطاب على ذلك المطلق كما إذا ورد فى الخطاب اقتلوا الضال المضل فان حملة على خصوص مدعى النبوة مثلا حمل للمطلق على فرد النادر.

و اما بيان الحكم فى الخطاب للمطلق الذى لا يوجد له أفراد كثيرة بل يوجد فرد نادرا كما إذا ورد فى الخطاب اقتلوا المتنبى فالالتزام بمدلوله مع قلته أفراده لا محذور فيه و الأمر فى المقام كذلك لأن الإكراه على الطلاق و العتاق لا يصدق الا مع العجز عن التفصى بالتورية أو غيرها حيث ان المعتبر فى صدق الإكراه على فعل خوف ترتب الضرر على المخالفة و المفروض فى موارد إمكان التفصى انه يترتب على المخالفة و ترك ذلك التفصى معا.

و الحاصل ان ما ورد فى بطلان طلاق المكره و عتاقه و جواز الحلف كاذبا مع الإكراه من قبيل ورود الحكم فى الخطاب على المطلق الذى لا يوجد له فرد الا نادرا.

هذا مع ان العجز عن التورية للغفلة عنها لدهشته و نحوها كثيرة و لا- يكون من الفرض النادر و اما قضية عمار فيمكن ان يقال ان التورية فيها لا يكون من التفصى أصلا و لذا لم يأمر بها رسول الله صلى الله عليه و آله و ذلك فإن إظهار الكفر و الاعتراف به محرم حتى فيما إذا كان بنحو التورية فى مقابل وجوب إظهار الحق و الاعتراف بالتوحيد.

و بعبارة أخرى إذا كان التكلم بكلمة الكفر و الشرك مع نصب القرينة على ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٢

.....

التلفظ بها ليس للإنكار و العناد كما إذا قال يقول اليهود ان محمدا ليس بنبي فلا بأس به فإنه نقل قول و حكاية كفر عن الآخرين. و اما إذا لم ينصب قرينة على ذلك فالتلفظ بها حرام ورى فى نفسه أولا فإن التكلم المزبور إعزاز للشرك و الكفر و إذلال و وهن للإسلام و نظيره موارد السب فان التلفظ بكلمة تكون ظاهرة فى سب المؤمن حرام و لو كان بنحو التورية حيث ان وهن المؤمن و نقص حرمة يترتب على السب ورى فى نفسه أم لا.

و الحاصل لا يخرج الفعل فى مثل هذه الموارد بالتورية عن عنوان الحرام لتجب التورية و لا يكون معها من الإكراه على الحرام و كذا لا يمكن المساعدة على استظهاره (ره) عدم اعتبار العجز عن التفصى بغير التورية أيضا من رواية عبد الله بن سنان و ذلك فإنه مع الإغماض عن سندها ان الإكراه فيها لا- يكون بمعنى الإكراه الوارد فى حديث الرفع و نحوه مما يكون طريانه موجبا لارتفاع حكم الفعل ليجعل شاهدا لعدم اعتبار التفصى فإن الأم و الأب لا يكون فى مخالفتهم خوف الضرر عادة و لذا جعل طلبهم مقابلا لأمر السلطان و عبر عنه بالإجبار باعتبار ترتب خوف الضرر على مخالفته.

و بتعبير آخر إطلاق الإكراه على طلب الزوجة و الام و الأب بضرب من العناية و التجوز.

و ما ذكر (ره) أخيرا من صدق الإكراه حتى مع التمكن على التورية و عدم صدقه مع التمكن على التفصى بغيرها غير صحيح فإنه يعتبر فى صدق الإكراه خوف المكره بالفتح من المخالفة و هذا لا يكون الا مع احتمال اطلاق المكره بالكسر على حاله و إذا علم

عدم إمكان اطلاعه على توريته فكيف يحصل له خوف الضرر المصحح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٣

ثم ان ما ذكرنا من اعتبار العجز (١)

لصدق الإكراه.

و لو كان الميزان في صدق الإكراه مجرد القضية الشرطية المزبورة فلازمها جواز شرب الخمر مثلا فيما إذا أمر الجائر بشربها مع تمكن المأمور بصيها في الأرض أو خارج الفم و إيها الجائر بأنه يشربها فان هذا الفعل نظير التورية في انه لو اطلع الجائر عليه لأوقعه في الضرر.

فتحصل من جميع ما ذكرنا إلى الان انه لا فرق بين الإكراه الرفع للتكليف و الرفع للوضع في انه مع إمكان التفصي بالتورية أو غيرها لا يكون إكراه ليقال بأنه يقتضى رفع التكليف أو الوضع.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٢٤٣

(١) و حاصله ان ما ذكر من اعتبار العجز عن التفصي بغير التورية يختص بالإكراه المسوغ للمحرمات و اما الإكراه في المعاملات فيشمل موارد إمكان التفصي سواء كان بالتورية أو غيرها و ذلك فان الملاك في فسادها فقد طيب النفس و ربما لا يطيب النفس بالمعاملة مع إمكان التفصي كما إذا كان قاعدا في مكان خال عن معاونيه متفرعا نفسه للعبادة و نحوها فجائه من أكرهه على بيع شيء من أمواله و هو مع عدم خروجه من ذلك المكان غير قادر على دفع ضرره و لكن لو خرج و أخبر الحال بمعاونيه و خدمه فهم يدفعون شر المكروه و لكن لا يريد الخروج لثلا يزول الخلوة مع ربه فالظاهر صدق الإكراه على بيعه بمعنى عدم طيب نفسه به بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده و توقف دفع شر المكروه على أمرهم بدفعه فلم يأمرهم فإن هذا لا يتحقق في حقه الإكراه بمعنى عدم طيب النفس و لذا يكذب لو ادعاه بخلاف المثال الأول فإنه يصدق فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٤

.....

هذا في الإكراه على المعاملات و اما المحرمات فإنه لا يحل الحرام لا في المثال الثاني و لا في المثال الأول فإن الإكراه على الحرام لا يتحقق إلا إذا توقف دفع الضرر على ارتكاب ذلك الحرام بان كان المكلف مضطرا الى ارتكابه فيكون الفرق بين الإكراه على الحرام و الاضطرار اليه الوارد كل منهما في حديث الرفع هو ان الإكراه على الحرام هو الاضطرار اليه من جهة أمر الغير به و الاضطرار اليه هو الاضطرار لا من جهة أمر الغير بل من جهة الجوع و العطش و نحوهما.

و الحاصل ان الإكراه على المحرمات أخص من الإكراه على المعاملات حيث قد لا يعد الإكراه على المعاملة كما في مورد إمكان التفصي بغير التورية أكرها في المحرمات و لو لوحظ مناط جواز ارتكاب الحرام عند الإكراه عليه و هو توقف دفع الضرر على ارتكابه و مناط فساد المعاملة عند الإكراه و هو فقد طيب النفس بها لكانت النسبة بين المناطين بحسب الاجتماع و الافتراق العموم من وجه فمورد اجتماعهما الإكراه على المعاملة أو الحرام مع العجز عن التفصي عنهما و مورد تحقق الإكراه على المعاملة فقط هو فرض الإكراه على المعاملة أو الحرام مع إمكان التفصي عنهما فإنه يحصل الإكراه بالإضافة إلى المعاملة و لا يحصل بالإضافة إلى الحرام و مورد

حصول مناط الإكراه على الحرام فقط دون المعاملة ما إذا توقف دفع الضرر إلى ارتكاب الحرام أو على المعاملة كما إذا توقف دفع هلاكة نفسه على شرب الماء المتنجس لدفع عطشه فإنه يحل بذلك بخلاف ما إذا توقف دفع هلاكة نفسه على بيع ماله فإن النفس تطيب بالبيع كما تقدم في مسألة توقف علاج مرضه إلى بيع داره.

ثم انه (ره) استشهد على افتراق ملاك الإكراه المجوز للحرام عن ملاك الإكراه الموجب لفساد المعاملة بأنه لا اشكال و لا خلاف في ان الإكراه على أحد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٥

.....

الفعالين المفروض حرمة كل منهما يكون موجبا لجواز ارتكاب أحدهما بمعنى أي منهما اختاره المكلف دفعا لضرر مخالفة الجائر يكون جائزا و مباحا فالفعل المختار و ان لا يكون بخصوصه مكرها عليه لا ان ملاك جوازه دفع الضرر لا خصوصية عنوان الإكراه. و اما إذا كانا عقدين فاكرهه الجائر على إنشاء أحدهما كما إذا أمره بطلاق إحدى زوجتيه فإنه ربما يستشكل في الحكم بطلان الطلاق باعتبار ان من يختار طلاقها منهما ليس بخصوصه مكرها عليه بل يكون اختيار طلاقها بإرادته و رضاه و لذا أفتى في القواعد بصحة الطلاق في الفرض و ان حمل بعض الأصحاب حكمه بالصحة على ما أكرهه الجائر على طلاق إحدى زوجتيه مبهمه فطلق إحداهما معينة.

و كيف كان فهذا الكلام يعني تصحيح الطلاق في الفرض و ان كان مخدوشا بل ممنوعا الا انه شاهد على ان الملاك في الإكراه الموجب لحلية الفعل غير الإكراه الموجب لفساد المعاملة و الوجه في منعه ان اختيار إحدى الزوجين بطلاقها باعتبار أن الطبيعي المكره عليه المفروض عدم الرضا و طيب النفس بإنشائه لا يكون إلا في ضمن خصوصية و اختيار الخصوصية باعتبار الإكراه على الجامع لا الرضا به و لو كان اختيار الخصوصية في مثل المقام موجبا لخروج المقام موجبا لخروج المعاملة عن الإكراه عليها لما كان في المعاملات مورد للإكراه فإن المعاملة تكون مقارنة بخصوصية لم يتعلق بها الإكراه لا محالة.

و على ما ذكر يكون اختيار المشتملة على تلك الخصوصية بالرضا بها فتكون صحيحة.

أقول قد تقدم عدم الفرق بين الإكراه على الحرام و بين الإكراه على المعاملة في انه لا يتحقق الإكراه عليهما مع إمكان التفصي بالتورية أو غيرها و ان الإكراه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٦

.....

و ان الإكراه الموجب لجواز ارتكاب الحرام و الإكراه الموجب لفساد المعاملة أمر واحد و اما طيب النفس بالمعاملة و عدم طيبها بها بمعناه المعروف غير دخيل في صحة المعاملة و فساده و ان المراد بالتراضي في قوله سبحانه إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ هُوَ التراضي المعاملي من المالكين فيخرج بالقيود ما إذا اشترى متاعا من بايع يبيعه عدوانا و قهرا على مالكة كما في الغاصب أو من بايع يبيعه من غير اذن من مالكة كما في الفضولي الجاهل و الوكيل الخارج عن المقدم المأذون له في تجارته و ذكرنا احتمال ان يكون عن تراض خيرا بعد خبر لا قيلا للتجارة.

و الحاصل لو لا تحقق عنوان الإكراه و صدقه لا يحكم بجواز ارتكاب الحرام و لا بفساد المعاملة المنشأة.

نعم ذكرنا عند التكلم في جواز الكذب و الحلف كاذبا في مورد دفع ضرر الغير به انه لا يعتبر في جوازه العجز عن التورية أو التفصي غيرها لا لصدق الإكراه و الاضطرار إلى الكذب و الحلف ليحرم في المقام أيضا بل ببعض الروايات الخاصة المقتضية لعدم

اعتبار التفصي في الجواز فراجع.

(١) و محصل كلامه في المقام ان الإكراه على الجامع الذي له أفراد متعددة يعتبر اكراها على فرده فيما إذا لم يكن في خصوصية ذلك الفرد المختار محذور آخر و اما إذا كان في خصوصيته محذور كذلك فلا- يعتبر الإكراه على الجامع اكراها على تلك الخصوصية ليرتفع محذورها.

و السر في ذلك ان تلك الخصوصية اختيارية فيستحق الذم و التوبيخ عليها في هذه الصورة بخلاف صورة عدم المحذور في خصوصية الفرد فلا يستحق على ذلك الفرد توبيخا و لا ذما لان المحذور كان في إيجاد الجامع و قد ارتفع بطرو الإكراه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٧

.....

عليه فإذا أكرهه على شرب الخمر أو الماء فان اختار شرب الخمر يستحق العقاب فإنه لا ترتفع حرمة بالإكراه المزبور لأن الإكراه في الفرض لم يتعلق يشرب الخمر الذي حرمة الشارع و الجامع بين شربها و شرب الماء الذي تعلق به الإكراه لم يكن مورد التكليف ليرتفع بالإكراه عليه و كذا الأمر فيما إذا أكرهه على الجامع بين البيع الصحيح و الفاسد فإنه إذا اختار البيع الصحيح لا يحكم ببطلانه بحديث رفع الإكراه لأن الإكراه لم يتعلق بخصوصه بل تعلق بالجامع الذي لا يكون له حكم شرعى ليرتفع بالإكراه.

و من هنا لو أكرهه على بيع ماله أو أداء دينه مع تمكنه على أدائه فإن اختار البيع صح لأن الإكراه بالإضافة إلى أداء دينه لا اثر له حيث انه إكراه بحق و لم يتعلق بخصوص بيع ماله ليحكم ببطلانه.

و ذكر (ره) في المثال انه لو حكم ببطلان البيع في المثال باعتبار ان الإكراه على الجامع إكراه عليه فلا بد من الحكم بالبطلان فيما إذا اختار أداء الدين باعتبار ان الإكراه على الجامع إكراه على أداء الدين.

أقول لا- ملازمة بين الأمرين فإن الإكراه المزبور حتى مع اعتباره اكراها على أداء الدين حيث انه إكراه بحق لا يعمه حديث الرفع ثم ذكر انه لو اكره على بيع ماله أو أداء مال غير مستحق يعتبر البيع كأداء ذلك المال مكرها عليه فأى منهما اختير لدفع الإكراه كان موردا لحديث رفع الإكراه و لو أكرهه على بيع ماله أو شرب الخمر فلا بد من دفع الإكراه بالبيع فإنه لا محذور في إيجاداه فإنه ليس بمحرم تكليفا بخلاف شرب الخمر فإنه محرم و إذا أنشأ البيع يحكم بفساده فان البيع المزبور بالإضافة الى حكمه الوضعي يعتبر مكرها عليه حيث انه إنشاء لدفع ضرر الإكراه مع المحذور في الفرد الآخر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٨

.....

أقول يبقى على المصنف (ره) بيان ان الإكراه على الجامع كيف يعتبر اكراها على فرده مع تعدده فإن الإكراه على الجامع في حقيقته أمر بالجامع.

و من المقرر في محله ان الأمر لا- يسرى من متعلقه الى غيره مثلا ما يختاره المكلف من صلاة الظهر خارجا ليس بمتعلق الوجوب و انما هو مسقط له و انما يتعلق الوجوب بالطبيعي الجامع و على ذلك فلو أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فالجامع بين شرب الماء و شرب الخمر لم يتعلق به التكليف ليرتفع بالإكراه فيبقى شرب الخمر على حرمة و إذا أكرهه على شرب الخمر أو القمار فالجامع بينهما غير متعلق للحرمة ليرتفع بالإكراه بل المتعلق للحرمة كل من خصوص شرب الخمر و قمار و لم يتعلق به الإكراه ليرتفع حرمة.

فالصحيح ان يقال ان رفع الإكراه كما ذكرنا سابقا مقابل وضعه و فيما إذا كان المكروه عليه أحد فعلى كل منهما محكوم بالحرمة كما

إذا أكرهه على شرب أحد الخمرين أو على شرب الخمر و فعل القمار يكون وضعه بثبوت الحرمة لكل منهما كما هو مقتضى حرمة شرب الخمر أو القمار بوجوده السعي الاستغراقي فيكون ما أكرهه عليه موضوعا فمقتضى حديث رفع الإكراه عدم ثبوت الحرمة لكل منهما كذلك و مقتضى الجمع العرفي بين حديث الرفع و بين خطاب حرمة شرب الخمر أو القمار كما ذكر بقريته كون مصلحة رفع الإكراه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر ثبوت الترخيص في أحد الفعلين و تعلق الحرمة بشرب كل خمر أو قمار بوجوده السعي إلا في مورد إكراه على شرب أحدهما أو ثبوت الإكراه على شربها أو فعل القمار فإن الحرمة في موردته تتعلق بشرب أحدهما لا بعينه أو تتعلق بشرب واحد من الخمر أو القمار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٩

.....

و يترتب على ذلك ان المكروه عليه لو شربهما دفعة أو شرب الخمر و قامر دفعة فلا يستحق العقاب على فعل أحدهما لا بعينه و يستحق على فعل الآخر لا- ان الإكراه يتعين في الوجود الأول بما هو الموجود الأول حتى لا يستحق العقاب على ارتكابهما دفعة باعتبار ان ارتكابهما دفعة وجود أول للعنوان المكروه عليه.

و الحاصل كما لا يكون في الفرض لمتعلق الإكراه في مرحلة تعلقه تعين أصلا كذلك لا يكون لمتعلقه في مرحلة موافقته بارتكابهما دفعة تعين.

نعم قد يتعين في مرحلة الموافقة كما في ارتكابهما تدريجا و في كلتا الصورتين المكروه عليه المرخص فيه شرعا بقريته الجمع بين حديث رفع الإكراه و خطاب تحريم الفعل هو صرف الوجود الواحد لأحدهما لا صرف الوجود مطلقا و لا التحديد بالوجود الأول. و بهذا يظهر الحال فيما إذا أكرهه على شرب الخمر أو شرب الماء فإنه لا موجب في الفرض لرفع اليد عن عموم تحريم الخمر بعد ملاحظته ان رفع الإكراه ملا- كه تخلص المكلف من ضرر مخالفة الجائر فلا- يجرى فيه حديث رفع الإكراه لأنه يمكن للمكلف مع موافقته تحريم الخمر التخلص من ضرر مخالفة الجائر باختياره شرب الماء و كذا لو أكرهه على شرب الخمر أو بيع ماله فان بيع ماله بمعنى إنشائه لا محذور فيه تكليفا و بإنشائه يتخلص من ضرر مخالفة المكروه فلا يكون لحديث رفع الإكراه مجال فيؤخذ بعموم حرمة شرب الخمر.

نعم البيع بعد إنشائه محكوم بالفساد لانطباق عنوان الاضطرار عليه فان المكلف إنشائه للتخلص من و زر شرب الخمر الذي منع عنه الشرع و الضرر الذي لا يمكن الفرار منه الا بإنشائه و ليس نفى صحته برفع الاضطرار منافيا للامتنان كما في سائر موارد الاضطرار الى بيع ماله كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٠

ثم ان إكراه أحد الشخصين على فعل بمعنى إلزامه عليهما كفاية (١).

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا انه لا يلزم في موارد رفع الإكراه أو الاضطرار ان يكون العنوان المتعلق به الإكراه أو الاضطرار بنفسه موضوعا أو متعلقا للحكم في الخطاب الشرعي ليرتفع ذلك الحكم عن ذلك العنوان بطريان عنوان الإكراه أو الاضطرار بل كل ما يكون به وضع الإكراه أو الاضطرار يكون بنفيه رفع الإكراه أو الاضطرار و انه إذا أكره على أحد يبيع و كان أحدهما صحيحا لو لا الإكراه دون الآخر فإن اختيار الصحيح لدفع الإكراه يحكم بصحته أخذنا بعموم البيع و بما ان ملاك رفع الإكراه تمكين المكلف للتخلص من ضرر و عيد المكروه فمع تمكن المكلف على دفع ضرره باختيار البيع الفاسد لا مجرى لحديث رفع الإكراه بخلاف ما إذا أكرهه على بيعين يكون كل منهما محكوما بالصحة لو لا- الإكراه أو شرب أحد الخمرين فإنه ليس جواز الارتكاب بشرب أحد

الخميرين أو البطالين للاضطرار بالإضافة إلى ما اختاره فإنه لا فرق في الاضطرار والإكراه في ان متعلقهما في الفرض لا يكون خصوص ما اختاره فتدبر جيدا.

(١) لا يخفى ان إكراه أحد الشخصين بنحو الواجب الكفائي لا يعتبر إكراها بالإضافة إلى من قد أحرز أن الآخر يأتي بالمكره عليه و لو مع فعله فان مع إحرازه ذلك لا يكون ما يأتي به مكرها عليه و لو كان عمله قبل الآخر فإنه يعتبر في صدق الإكراه كما مر خوف ترتب الضرر على مخالفته و مع إحراز أن الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير لا يكون له خوف ضرر في تركه. و كذا لا يجوز له الإتيان بالعمل فيما أحرز انه على تقدير تركه يأتي به الآخر لأنه مع الإحراز المزبور يعلم بأنه لا يتوجه إليه ضرر من تركه و اما إذا لم يحرز ذلك بأن احتمال ترك الآخر حتى على فرض تركه أيضا يكون فعله مضطرا إليه لا محالة لأن الإتيان به لدفع خوف الضرر المترتب على تركه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥١

و اعلم ان الإكراه (١).

لا يقال الإكراه على فعله أو فعل صاحبه يعتبر كالواجب الكفائي فيجوز عليه سقوط الإكراه بصرف وجود الطبيعي من أيهما أولا. فإنه يقال ذكرنا انه يعتبر في صدق الإكراه مضافا إلى الأمر بالطبيعي خوف ترتب الضرر على تركه و مع إحراز أن الآخر يأتي بالعمل على كل تقدير أو على تقدير تركه لا يتحقق الإكراه أو الاضطرار بالإضافة إليه.

و لذا لا يقاس الإكراه في الفرض على الواجب الكفائي فإن المعتبر في الواجب الكفائي صرف الوجود من أيهما أولا فلا يكون الوجود الثاني مصداقا للواجب بخلاف المقام فان الوجود الأول قد لا يكون مصداقا للمكره عليه بما هو مكره عليه كما إذا أحرز أن الآخر يأتي بالعمل المزبور على كل تقدير أو على تقدير تركه حتى فيما إذا سبق الآخر في العمل و لو اتى في الفرض بالعمل أولا ثم الآخر مع اطلاعه بالحال اتى بالفعل ثانيا لا يكون العمل المزبور مرفوعا عنهما أصلا باعتبار عدم صدق الإكراه و الاضطرار على فعلهما أصلا.

(١) اما إكراه المالك دون العاقد كما إذا أكره المالك على التوكيل بان يوكل الجائر أو غيره في بيع داره فوكله فان التوكيل باعتبار الإكراه عليه كالعقد فيكون بيعه عن الوكيل المزبور فضوليا حيث ان الموجب لخروج البيع عن الفضولية انتسابه إلى الموكل و التوكيل على وجه الإكراه لا يصحح الانتساب كما هو مقتضى رفع الإكراه مقابل وضعه بل إكراه المالك على التوكيل يوجب كون البيع على تقدير انتسابه إليه مكرها عليه.

و اما فرض الإكراه في حق العاقد دون المالك كما إذا أكره المالك الآخر على اجراء العقد على ماله و الظاهر صحة هذا العقد فان المعبر من العاقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٢

.....

قصد مضمون العقد بإنشائه و المفروض حصوله.

و اما عدم الإكراه على المالك و رضاه بالمعاملة فالمفروض حصول كل ذلك في المقام و نظير ذلك ما وكل الآخر في طلاق زوجته أو بيع داره و أكره الجائر الوكيل المزبور على العمل بمقتضى التوكيل بإجراء الطلاق أو إنشاء البيع حيث ان المعبر من عدم إكراه المالك أو الزوج حاصل.

لا يقال لا يمكن الحكم بالصحة مع الإكراه على العاقد في الفرضين فان مقتضى حديث رفع الإكراه ان لا يثبت للمعاملة أو الإيقاع

المزبور اثر.

فإنه يقال لا تكون المعاملة ذات اثر بالإضافة إلى العاقد ليرتفع ذلك الأثر بالإضافة إليه بل أثرها المطلوب في المقام انما هو بالإضافة إلى المالك أو الزوج و المفروض ان المعاملة بالإضافة إليهما ليست بالإكراه و يؤيد الحكم بالصحة في الفرضين حكم المشهور بصحة بيع المكره بلحوق الرضا و وجه التأييد أن لحقوق الرضا معناه الرضا بمضمون العقد و الا فالإنشاء لا يمكن تغييره بعد وقوعه عن إكراه و الرضا بالمضمون من المالك أو الزوج حاصل في الفرضين من الأول فيكون الفرضان أولى بالصحة من العقد المكره الذي يلحق به الرضا (لا- يقال) لا يمكن في الفرضين الحكم بتمام المعاملة أو الطلاق فان العاقد و المنشئ مكره فيهما و لا يمكن للمالك أو الزوج إحراز ان العاقد قد قصد إنشاء المعاملة أو الطلاق فإنه من المحتمل ان لا يقصدهما بان يتلفظ بالإيجاب و القبول أو بصيغة الطلاق بلا- قصد الإنشاء أو بقصد المعنى الآخر (فإنه يقال) فرض عدم قصد العاقد أو احتمال خارج عن مورد الكلام فان الكلام انه لا يمنع صدور العقد عن العاقد اكراها عن صحته مع رضا المالك به و عدم إكراهه عليه و اما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٣

فإنه عبارة مسلوقة لعارض تخلف القصد (١) و الظاهر وقوع الأول مكرها عليه دون الثاني (٢)

احتمال عدم صدور العقد بعدم قصد العاقد فهو فرض آخر يمكن إحراز قصده بأصالة القصد فان بناء العقلاء على أصالة القصد في كل فعل يصدر عن العاقل الملتفت و لا يختص باعتبارها بصورة عدم الإكراه و لذا يقتنع المكره بالكسر بسماع الإيجاب و القبول و لو لم يكن البناء المزبور لم يكن يقتنع بمجرد سماعها كما لا يخفى.

(١) المراد بالقصد الاختيار المقابل للإكراه كما فسره (ره) بذلك عند التعرض لقوله من ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله و المراد ان الفرق بين عبارة المجنون و المكره بالفتح ظاهر فإن عبارة المجنون لا تكون إنشاء لانه يتكلم لاغيا بخلاف المكره فان عبارته إنشاء و لكن لا يكون مختارا في الإنشاء و الاختيار غير معتبر في العاقد بل يعتبر في المالك و هو حاصل في الفرض كما لا يخفى.

(٢) فيحكم ببطلان الأول فقط فيما إذا كان ذلك البيع للتخلص عن ضرر و عيد المكره و في غير ذلك يحكم بصحة كلا البيعين على الأصح.

و بيان ذلك انه مع الإكراه على بيع أحد عبديه فان باع أحدهما للتخلص عن ضرر و عيد المكره فلا يمكن الحكم بصحته لأن إمضاء الشارع ذلك البيع وضع للإكراه المزبور على المالك فحديث نفى الإكراه ينفي ذلك الوضع فيرفع اليد عن إطلاق حل البيع بالإضافة إليه و لو باعه لقصده الى بيعه مع قطع النظر عن الإكراه فيحكم بصحته لأن الإكراه على البيع انما يكون رافعا لحكمه و موجبا لبطلانه فيما إذا كان إنشائه بالإكراه على المالك لا بإرادة المالك و قصده اليه مع قطع النظر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٤

.....

عن الإكراه فإذا كان المالك بصدد بيع ماله و صادف ذلك أمر الجائر به فهذا الأمر من الجائر لا يوجب الحكم ببطلان البيع المزبور لان حديث رفع الإكراه و ما هو بمضمونه مقتضاه ان الرفع للامتنان و الامتنان في عدم إمضاء الشارع معاملة يريد المالك مع قطع النظر عن أمر الجائر بها.

ففي الفرض لو باع أحد العبدین أولا- لقصده الى بيعه ثم باع الثاني يحكم بصحة كلا البيعين اما البيع الأول فلما تقدم و اما الثاني باعتبار عدم الإكراه عليه فان الإكراه ببيع أحدهما قد سقط بتحقيق البيع الأول فلا يكون للجائر أمر به.

وقد تقدم ان الأمر مقوم لعنوان الإكراه فما ذكره المصنف (ره) من احتمال الرجوع الى المالك في تعيين المكروه عليه ضعيف جدا. (١) و حاصله ان مع وقوع بيعهما دفعه يكون الواقع خارجا خلاف المكروه عليه حيث ان المكروه عليه كان بيع أحدهما لا بيعهما فيكون ظاهر بيعهما كونه بطيب نفس المالك و رضاه و يحتمل بطلان البيع بالإضافة إلى الجميع لان البيع بالإضافة الى كل من المالكين لا يمكن صحته لوقوع الإكراه على أحدهما و بما انه لا معين للبطل فيكون ترجيح أحدهما بالحكم بصحته بلا مرجح.

أقول إذا كان ذلك في الموارد التي لا يمكن للمالك إبقاء أحدهما في ملكه و بيع الآخر لكون ذلك ضررا أو حرجا عليه كما في الحيوان و ولده أو كأحد مصراعى الباب فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار ان الحكم ببطلان بيع أحدهما مقتضى رفع الإكراه و الحكم ببطلان الآخر مقتضى رفع الاضطرار إليه لأنه لو لم يقدم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج بل يمكن ان يقال ان الإكراه على بيع أحدهما في الفرض يعتبر اكراها على بيع الآخر أيضا و ان كان بيعهما لمجرد التخلص عن ضرر و عيد المكروه باعتبار ان مع بيعهما أيضا لا يتوجه اليه ضرر و عيده فلا يمكن الحكم بصحة البيعين معا لان الحكم بصحتهما كذلك وضع للإكراه على المالك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٥

.....

و اما بالإضافة إلى صحة أحدهما فربما يقال انها مقتضى الجمع بين خطاب حل البيع على نحو العموم و بين حديث رفع الإكراه نظير ما تقدم في الإكراه على شرب أحد الخمرين فيرجع في تعيين بيع الصحيح إلى القرعة لأنها لكل أمر مجهول أو مشكل و تمييز الصحيح عن الفاسد في المقام كذلك.

و لا- يعتبر في مورد القرعة ان يكون للمجهول أو المشكل تعين واقعي كما يظهر ذلك لمن راجع الموارد التي حكم الأصحاب فيها بالقرعة كما إذا كان له زوجات ثلاث و تزوج بامرأتين اخرتين أحدهما مباشرة و الأخرى بتزويج و كيله و كان التزويجان في زمان واحد فإنه ذكر جماعة انه يرجع في تعيين الرابعة إلى القرعة.

بل ذكر السيد الخوئي طال بقاءه انه في المقام لا حاجة الى القرعة بل تعيين المبيع يكون بتخيير المالك و تعيينه فان المورد من موارد البيع الكلي في المعين لان البيع بالإضافة الى ما يطيب نفس المالك به من الكلي في المعين فيعين بتعيينه.

أقول الصحيح الحكم بالبطلان بالإضافة إلى بيع كل من العبدین فان عموم حل البيع لا يمكن الأخذ به بالإضافة إلى بيع كل منهما فإنه مقتضى وضع الإكراه و شموله لأحدهما المعين بلا مرجح و بيع أحدهما بنحو الكلي في المعين غير منشأ ليكون مقتضى الجمع بين خطاب عموم حل البيع و حديث رفع الإكراه إمضاءه و مجرد طيب نفس المالك ببيع أحدهما كذلك لا يصح إنشائه.

و بهذا يفرق مسألة شرب الخمرين دفعه مع الإكراه على شرب أحدهما عن بيع العبدین مع الإكراه على بيع أحدهما.

و اما الرجوع الى القرعة فمرجعه الى ان الإخراج بالقرعة معين لما يعمه عموم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٦

و لكن في سماع دعوى البائع (١) و عن سبطه في نهاية المرام انه نقله قولا (٢)

حل البيع بعد الإخراج و هذا لا يستفاد من عمومات الرجوع الى القرعة في كل مجهول أو مشكل بل يحتاج الى النص في المورد كبعض موارد الرجوع إليها فإن قبل الإخراج لا- يعم حل البيع شيئا من البيعين ليكون ذلك المشمول داخلا في عنوان المجهول و المشتبه فان شموله لأحدهما معينا ترجيح بلا مرجح و اما بيع المردد الخارجى فلان المردد الخارجى غير موجود أصلا ليصح بيعه، و اما بنحو الكلي في المعين فلان بيعه غير منشأ.

و لذا ذكروا انه لو تزوج بالأمر و بنتها بعقد واحد بطل النكاح بالإضافة الى كل منهما فراجع.

(١) لا- يبعد كون الإكراه المزبور اماراً على صدور البيع لدفع ضرر الوعيد بعد فرض ان متعلق الإكراه يعم بيع كل نصف في بيع مستقل كما هو ظاهر بيع الشيء بالإضافة إلى بيع أجزائه المشاعة.

و نظير المقام ما إذا أكرهه على بيع داره و طلاق زوجته، و باع الدار فقط برجاء اقتصار الجائر به في رفع يده عن إضراره.

(٢) يعني نقل عدم وقوع الطلاق في الفرض قولاً و استدلال على القول المزبور بعموم رفع الإكراه، و الإجماع، و ذكر بعض الأجله و هو كاشف اللثام ان الزوج إذا كان ملتفتاً إلى انه لا- يلزم عليه إنشاء الطلاق و انه يمكن له الاكتفاء بالتلفظ بصيغته فقط، و مع ذلك إنشائه، فيمكن الحكم بصحته، و اما إذا لم يلتفت إلى ذلك سواء اعتقد لزوم الإنشاء، أو احتمله، يكون الطلاق المزبور مكرهاً عليه، فيبطل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٧

.....

و ذكر صاحب الجواهر (ره) ان حكم العلامة بصحة الطلاق فيما إذا نواه المكره بالفتح، مبني على ان المكره بالفتح لا يقصد الإنشاء، و انه لا يتلفظ الا بالألفاظ المجردة عن الاستعمال، و إذا استعملها في إنشاء الطلاق فالأقرب صحته، و لكن المبني غير صحيح، و ان المكره كالمختار يستعمل الألفاظ في الإنشاء فيكون الحكم على الطلاق المزبور بالصحة ضعيفاً.

و ذكر المصنف (ره) في توضيح الفرع المزبور ستة فروض.

١- ان لا يكون الإكراه دخيلاً في طلاق زوجته لا بنحو الداعي المستقل و لا منضمماً إلى غيره من الدواعي، و لا ريب في الفرض في صحة الطلاق، و لا يكون الفرع المزبور من التحرير محمولاً على هذا الفرض.

٢- ان يكون الإكراه دخيلاً- في الطلاق المزبور، و لكن منضمماً إلى غيره، بان يكون المجموع من الإكراه و غيره من حيث المجموع داعياً.

و جعل (ره) هذا الفرض كأول في الحكم بصحة الطلاق.

أقول لا يبعد شمول حديث رفع الإكراه على الطلاق في الفرض باعتبار ان رفعه يناسب الامتنان، حيث ان المفروض عدم وقوعه لولا الإكراه.

٣- ان يكون قصد الطلاق و الداعي إليه دفع الضرر المتوجه إلى المكره بالكسر، كما إذا قال الولد لوالده طلق زوجتك، و الا قتلتك أو قتلت نفسي، مع إحراز الوالد، ان الولد لا يتمكن على قتله، بل يقتل نفسه أو يقتل الولد شخصاً آخر عند إرادته قتل والده.

٤- كون الداعي إلى الطلاق شفقةً المكره بالفتح على المكره بالكسر أو على الزوجة التي يطلقها من جهة وقوعهما في معصية الزنا و استشكل (ره) في الحكم بصحة الطلاق في الفرض، و سابقه، من جهة طيب النفس فيهما و عدمه، و لكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٨

و أضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد (١) و أضعف من الكل (٢)

الأظهر الحكم بالصحة، لعدم كون الإكراه فيهما من قبيل الضرر اللاحق على المكره بالفتح.

نعم في مثل المثالين مما يعد الضرر على الولد أو على الزوجة ضرراً على الوالد و الزوج يتحقق عنوان الإكراه، و لو قال الأجنبي طلق زوجتك و الا قتلت نفسي فلا يعد هذا إكراهاً بل لا يجب الطلاق حفظاً لحياته.

٥- إذا كان الإكراه موجباً لتوطين نفسه على الطلاق لتخليه ان الخلاص من ضرر المكره بالكسر لا يكون إلا بإنشاء الطلاق فيطلق كطلاق المختار.

٦- ما إذا كان الإكراه موجبا لتوطين نفسه عليه لاعتقاده حصول الطلاق شرعا حتى في موارد الإكراه عليه، و استشكل في الحكم في الفرض، و سابقه، و لكن مع ترجيح وقوع الإكراه.

أقول- لا- ينبغى الريب في حصول الإكراه لان الموجب لحصوله كما تقدم ليس فقد الرضا و طيب النفس، بل باعتبار حصول المعاملة بداعى الخوف عن مخالفة أمر الجائر و هذا حاصل في الفرضين كما لا يخفى.

(١) يعنى دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس من مالك المال في تحقق عنوان العقد، و لازم ذلك ان لا يكون العقد الفضولى عقدا، فإنه لا يكون فيه طيب نفس المالك مقارنة لإنشاء العقد.

(٢) يعنى الأضعف من دعوى اعتبار مقارنة طيب نفس المالك في صحة العقد، و من دعوى اعتبار مقارنة طيب نفس المالك في تحقق عنوان العقد، دعوى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٥٩

و يؤيده فحوى صحة عقد الفضولى (١)

اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده، و لازم ذلك ان لا يكون بيع المكره بحق بيعا حقيقه، بل بيعا تعبديا أى صورة بيع يكون موضوعا لأكل ماله و تملكه لا- لتأثيره في النقل و الانتقال، كسائر العقود و البيوع، و الوجه في كونها أضعف انه لا موجب لاعتبار طيب نفس العاقد في صحة العقد، فان الدليل انما اعتبر الرضا و طيب نفس المالك، لا- طيب نفس الأجنبى الذى منه العاقد في الفرض.

(١) يعنى يؤيد الحكم بالصحة في المقام فحوى الحكم بصحة عقد الفضولى بإجازة المالك، و وجه التأييد بالفحوى ان قصور عقد الفضولى في جهتين، عدم استناد العقد الواقع الى المالك، و عدم طيب نفسه بمضمونه، و القصور في عقد المكره يكون في جهة واحدة، و هى عدم طيب نفس المالك بمضمون العقد، و اما استناد العقد الى المالك، فهو موجود من الأول بإنشاء المالك البيع و لو مكرها و إذا كانت الإجازة يتدارك بها الجهتان في عقد الفضولى، فالجهة الواحدة في العقد المكره اولى بالتدارك بها، و اجازة المالك في عقد الفضولى لا تكون عقدا جديدا بل هى إمضاء و رضاء بمضمون العقد الواقع سابقا و هذا حاصل في اجازة المالك بل لو كانت عقدا جديدا جرى مثله في اجازة العقد من المكره كما لا يخفى.

هذا و يستدل على عدم كفاية لحوق رضا المالك المكره بوجهين آخرين أشار إليها المصنف (ره).

الأول- دعوى اعتبار صدور العقد عن رضا المالك. كما هو ظاهر قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) و اجازة المالك المكره لا يوجب انقلاب العقد الى كونه عن تراض.

و الجواب عن ذلك انه لا ظهور للآية في ذلك فان الاستظهار منها ان كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٠

.....

بلحاظ الحصر فيها يعنى حصر جواز تملك مال الغير بالتجارة الصادرة عن رضاه، فهذا الحصر لا يستفاد منها، لان الاستثناء في الآية منقطع، حيث ان النهى عن أكل مال الغير و تملكه بوجه باطل لا يعم المعاملات الدارجة عند العقلاء، و منها التجارة عن تراض ليكون النهى عن التملك بالباطل مع استثناء أحدها إدراجا لباقيها في النهى في المستثنى منه، بل حمل الآية على الحصر يوجب تخصيص الأ-كثر، فإن التجارة هو البيع و الشراء بقصد حصول الربح و انحصار سبب تملك مال الغير بها، فضلا عن انحصاره بما إذا كان صدورها برضا المالك، غير محتمل، حيث أن أسباب التملك عند العقلاء و الشرع كثيرة.

و الحاصل أن المستفاد من الآية حكمان عدم جواز تملك مال الغير بالوجوه التي تكون في بناء العقلاء من الأكل بالباطل، و جواز التملك بالتجارة عن تراض و اما سائر المعاملات، و منها التجارة مع لحوق التراضى بها، فلا تعرض في الآية لها نفيا و إثباتا، و اما احتمال اتصال الاستثناء في الآية بدعوى ان المنهى عنه هو مطلق أكل المال و المراد بالباطل هو الباطل الشرعى، فتكون التجارة عن تراض خارجة عن الأكل، فإنه لو لا إخراجها لدخلت فيه و المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم فان أكلها باطل شرعا الا ان يكون الأكل تجارة عن تراض كما عن السيد اليزدى و تبعه السيد الخوئي طال بقاءه لا يمكن المساعدة عليه فان الباطل قيد للأكل كما مقتضى دخول الجار عليه و تعلقه بالأكل، و ليس حكما على الأكل، و لو كان المراد بالباطل مع كونه قييدا للأكل، الباطل الشرعى، لكان الكلام لغوا بخلاف ارادة الباطل في اعتبار العرف و العقلاء، فإنه يكون مدلوله بمقتضى كون النهى عن المعاملة إرشادا إلى فسادها، ان أكل الأموال بالنحو الباطل عند العقلاء و اعتبار العرف باطل عند الشرع أيضا فلا يدخل فيه التجارة عن تراض فيكون الاستثناء منقطعاً لا محالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦١

.....

و ان كان استظهار بطلان عقد المكره مع لحوق الرضا به من مفهوم الوصف يعنى تقييد التجارة بكونها عن تراض، فلا دلالة للوصف على ذلك فان المراد من التجارة تجارة المالك و تجارته تكون غالبا برضاه و الوصف في مثل ذلك من موارد الإتيان به لرعاية الغلبة لا يوجب رفع اليد عن الإطلاق أو العموم المقتضى لثبوت الحكم لفاقد القيد أيضا.

و الحاصل القيد المزبور لا- يكون موجبا لرفع اليد عن إطلاق أحل الله البيع و عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بل مقتضى مفهوم الوصف ان لا تكون التجارة على إطلاقها موجبة لجواز التملك، و اما كونها موجبة له مع القيد الآخر و لحوق الإجازة بها مثلا، فلا ينافيه الوصف على ما ذكرناه في بحث مفهوم الوصف من علم الأصول.

الوجه الثانى فى الاستدلال على بطلان عقد المكره رأسا و عدم كونه قابلا- للحقوق الإجازة حديث رفع الإكراه، فإن مقتضاه ان لا يترتب على المعاملة المكره عليها أثر من حصول الملك و لو بعد لحوق الرضا و اجازة المالك. و أجاب المصنف (ره) عن ذلك أولا- بان كون الإكراه رافعا معناه عدم ترتب الأحكام الإلزامية و المؤاخذية على الفعل المكره عليه الثابتة له لولا الإكراه و كون المعاملة المكره عليها بحيث يحصل بها الملك بإجازة المالك، ليس من إزام المكره بالفتح، و مؤاخذته، بل هذا من ثبوت الحق له، و إزامه بإلغاء المعاملة أو إجازتها من تأخيرها و تهاونها فى اختيار أحدهما، ليس إزاما عليه مترتبا على المعاملة المكره عليها لولا الإكراه ليرتفع بحديث الرفع، بل هو اثر ثبوت الحق له، و قد فرض عدم ارتفاع هذا الحق بحديث الرفع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٢

اللهم الا أن يقال ان الإطلاقات (١)

لا يقال المعاملة المزبورة موضوع لأثر إلزامى بالإضافة إلى الطرف الآخر فإنه لو اكراه على بيع داره و باعها من زيد فالبيع المزبور على تقدير كونه قابلا للحقوق الإجازة، لازم من ناحية المشتري كما هو مقتضى قوله عز من قائل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) الجارى فى حق المشتري المزبور حيث يجب عليه الوفاء به لتتمام العقد من ناحيته، فيكون مقتضى حديث الرفع عدم ترتب الإزام.

فإنه يقال نعم الوفاء بالعقد لازم على المشتري حتى يرضى المكره بالفتح أو يفسخ الا ان حديث رفع الإكراه لا يرفع هذا الإزام، فإن مقتضاه رفع الإزام عن المكره، لا رفعه عن طرفه المختار، كالمشتري فى المثال.

و أجاب ثانيا بما ذكر فى بحث البراءة من الأصول ان الحديث المزبور انما يوجب ارتفاع الآثار المجعولة للافعال مع قطع النظر عن

العناوين الرافعة، واما الآثار الثابتة لها بتلك العناوين، فلا يقتضى ارتفاعها، فان تلك العناوين موجبة لثبوتها فكيف ترتفع بطريان الإكراه، و السببية الناقصة يعنى حصول الملك بها بإجازة المالك أثر للمعاملة بوصف كونها مكره عليها فلا يرتفع.

(١) مراده انه يمكن ان يقال انه لا- مجرى لحديث الرفع فى بيع المكره، و لا يكون الحكم ببطلانه مبنيًا على رفع الإكراه، و ذلك فان مثل قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** المستفاد منه كون البيع تمام السبب للنقل و الانتقال، مقيدة بالأدلة الأربعة الدالة على حرمة أكل أموال الناس بالباطل، و حرمة أكلها مع عدم التراضى، بالبيع المرضى به سابقاً أو لاحقاً، فيكون تمام السبب للحل هو البيع مع الرضا به سابقاً أو لاحقاً و من الظاهر ان البيع كذلك لا- يتعلق به الإكراه لينتقى الحل بطريانه اما عدم إمكان تعلق الإكراه بالبيع المرضى به سابقاً فظاهر، و اما المرضى به لاحقاً فإن الإكراه يتعلق بنفس البيع، لا بالرضا اللاحق، و المفروض ان نفس البيع لا يكون سبباً تاماً للنقل و الانتقال.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٣

.....

و الحاصل بعد فرض الرضا بالبيع سابقاً أو لاحقاً يعمه قوله سبحانه **(أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ)** و بما ان المركب إذا كان موضوعاً للنقل و الانتقال يكون بعض اجزائه سبباً ناقصاً، فهذه السببية الناقصة لا يعقل نفيها بحديث الرفع، فإنها ثابتة للبيع بوصف كونها مكرها عليه. ثم انه لا يفرق فى عدم كون نفس البيع سبباً مستقلاً بين الالتزام بكون الرضا اللاحق ناقلاً أو كاشفاً فان عدم كون نفس البيع سبباً تاماً للنقل و الانتقال على القول بالنقل ظاهر، و كذا على الكشف فإنه بناء عليه يكون السبب التام، هو البيع بوصف تعقبه بالرضا، فالإكراه يتعلق بنفس البيع لا بوصف تعقبه للرضا.

أقول ما ذكر (ره) من عدم جريان حديث رفع الإكراه فى بيع المكره مبنى على ما تقدم من اعتبار الرضا القلبي و طيب النفس فى صحة البيع فان بيع المكره بناء عليه من الأول غير داخل فى موضوع حل البيع إذا الموضوع لحله، البيع بتراضى المالك و طيب نفسه، و هذا الموضوع يتم بعد إجازة المالك و رضاه فيعمه عموم الحل و ما ذكر (ره) من ان السببية الناقصة، موضوعها، البيع بوصف كونه مكرها عليه، غير صحيح على مسلكه، فان تلك السببية ثابتة لنفس البيع، فالصحيح على ذلك المسلك فى عدم ارتفاع هذه السببية بحديث رفع الإكراه هو القول بأنها ليست أثراً شرعياً، قابلاً للرفع، بل هى حكم قهري يحصل بجعل السببية التامة للكل الذى لا يعمه حديث رفع الإكراه.

و لكن قد ذكرنا فيما تقدم ضعف المسلك المزبور، و ان المعتبر فى المعاملات و هو التراضى المعاملى الحاصل بإنشاء المالك موجود فى بيع المكره ايضاً و الحكم بفساده انما هو لرفع الإكراه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٤

[وجوب الالتزام بالعقد على الطرف الآخر قبل فسخ المكره أو إجازته]

و على ما ذكرنا فربما يقال بأنه إذا خرجت المعاملة المكره عليها عن عموم الحل و لوجوب الوفاء بالعقد فكيف يمكن التمسك بهما بعد لحوق الإجازة بتلك المعاملة فإن المقام من موارد التمسك باستصحاب حكم المخصص لا التمسك بالعموم و الإطلاق و لا يقاس المقام بإجازة بيع الفضولى، فإن ذلك البيع لم يكن داخلًا فى عموم حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد، فان خطابهما متوجه الى الملاك و من حين الإجازة يستند البيع الى المالك فيعمان ذلك البيع و بتعبير آخر كان خروج بيع الفضولى عن عمومهما

بالتخصيص، لا- بالتخصيص، وهذا بخلاف بيع المكره، فان بيعه باعتبار استناده الى المالك، كان خارجا عن عموم الخطابين بالتخصيص، و يتردد الأمر بين كون التخصيص إلى الأبد و بين كونه ما دام لم يلحق به الرضا، و لأجل ذلك لا يستلزم صحة لبيع الفضولي بإجازة المالك صحة بيع المكره بلحوق الرضا فضلا عن كون الثاني أولى بالصحة.

و لكن لا- يخفى ما فى الفرق، فانا قد ذكرنا فى الأصول صحة التمسك بالإطلاق و العموم عند الشك فى الخارج من الفرد و كون خروجه إلى الأبد أو الى زمان، بلا فرق بين كون العموم و الإطلاق بالإضافة إلى الأزمان أفراديا أو استمراريا، و فى المقام يؤخذ بعد لحوق الرضا بالمعاملة المكره عليها، بحلها و وجوب الوفاء بها، و لا تصل النوبة إلى استصحاب حكم المخصص، و تمام الكلام فى بحث الأصول.

بقى فى المقام شىء و هو انه يستفاد من كلام المصنف (ره) انه يجب على الطرف الآخر الالتزام بالعقد قبل فسخ المكره أو إجازته، و ان العقد من ناحيته لازم و ذكر ان حديث رفع الإكراه إنما يرفع الأحكام الإلزامية التى تعد مؤاخذه عن المكره بالفتح، لا عن طرفه الآخر الذى لم يكن إكراه عليه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٥

مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير (١).

و لكن لا- يخفى عدم إمكان المساعدة عليه لما ذكرنا فى أول البيع انه لا يمكن تبعض المعاملة فى الصحة و الفساد بالإضافة إلى طرفيها بان يكون البيع صحيحا بالإضافة إلى المشتري و لا يصح بالإضافة إلى البائع فإن صحته بالإضافة إلى المشتري فرض لدخول المبيع الى ملكه و كيف لا يخرج معه الثمن الى ملك البائع و لو باع داره بالإكراه فكما لا يدخل المبيع الى ملك المشتري كذلك لا يدخل الثمن الى ملك البائع فيكون تصرف المشتري فى الثمن المزبور قبل لحوق الإجازة من البائع المكره تصرفا فى ملكه و نافذا. و الحاصل إذا فرض ان وجوب الوفاء بالعقد موضوعه العقد لا عن إكراه فما دام لم يتم هذا الموضوع لا يترتب عليه حكمه و هو لزوم الوفاء به، و عليه فالغاء المشتري قبل إجازة البائع المكره نظير إلغاء الموجب إيجابه قبل قبول المشتري يوجب ان لا يحصل عنوان العقد لا عن إكراه.

(١) أقول مقتضى استصحاب عدم حدوث ملكية الثمن و المثلن الى الطرفين الى زمان الإجازة هو النقل و اما حديث عدم حل مال الغير الا بطيب نفسه فظاهر المصنف (ره) ان مقتضاه ايضا النقل لانه يدل على عدم جواز التصرف فى المال تكليفا الى زمان الإجازة و لكن لا- يمكن المساعدة على ذلك فان عدم جواز التصرف تكليفا الى زمان الإجازة يجتمع مع الكشف الحكيم أيضا حيث ان التصرفات الواقعة قبل اجازة المالك كلها محكومة على الكشف الحكيم أيضا بعدم الجواز و اعتبار الملكية و جعل مبدئها من السابق بعد اجازة المالك لا يوجب خروج تلك التصرفات الواقعة قبل ذلك من الحرمة. تكليفا الى الجواز.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٦

الا ان الأقوى بحسب الأدلة النقلية (١) و ربما يدعى أن مقتضى الأصل (٢)

(١) يأتي استظهار الكشف من صحیحته ابى عبيدة الحذاء الواردة فى نكاح الصغیرین الذین زوجهما غیر ولیهما و مات أحدهما بعد بلوغه و أجازته ثم أدرك الآخر فإن الحكم بثبوت الميراث للآخر مع أجازته و حلفه على إرادة إجازته لا يكون الام مع كون الإجازة كاشفة، بل لا يمكن فى المورد المزبور الإجازة بنحو النقل، حيث ان حدوث علقه الزوجية بين الميت و الحى، لغو محض، و نظيرها فى الدلالة صحیحته محمد بن قيس الواردة فىمن باع وليده أبيه فضولا «١» حيث ان سقوط عوض البضع عن مشتري الجارية الذى وطأها مع جهله بكون بائعها فضوليا، لا يكون الام مع الكشف و بما ان الفرق بين اجازة المالك فى بيع الفضولى، و بين إجازته فى بيع

المكره، غير محتمل يثبت الكشف في المقام أيضا.

(٢) أقول الظاهر صحة الدعوى فانا قد ذكرنا ان المعاملة بلحوق الإجازة بها تدخل في أدلة الإمضاء حيث يتم بالإجازة الموضوع للحلية و النفوذ و اللزوم و مقتضى ذلك ثبوت مدلولها شرعا بعدها.

نعم الكشف الحقيقي مخالف لظاهر تلك الأدلة لأن ظاهرها كون البيع لا- عن إكراه، و العقد لا عن إكراه، هو الموضوع للحل و اللزوم، و معنى الكشف الحقيقي ثبوت هذه الأحكام قبل تمام الموضوع و اما الكشف الحكمي بأن يثبت بعد الإجازة الملكية التي مبدئها حين اعتبار العاقد فهو يناسب الأدلة فإن الإجازة تتعلق بمضمون العقد، و إمضاء الشارع العقد يتبع اجازة المالك.

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٨٨) أبواب نكاح العيب الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٧

.....

و بعبارة أخرى بالإجازة يتم الموضوع لاعتبار الشارع الملك، و الملك يمكن جعل مبدأه الماضي، كما يمكن جعل مبدأه المستقبل، كما في الوصية التمليلية و لا يجب اتحاد زمان الاعتبار مع زمان المعبر، بل يمكن التفكيك بينهما بحسب الحال و الماضي كما وقع التفكيك بينهما بحسب الحال و المستقبل، فان الاعتبار مع المعبر من قبيل الإيجاب و الوجوب، لا من الإيجاد و الوجود.

لا يقال ليس مدلول العقد الملك من حين العقد لتكون اجازة المالك إثباتا لذلك المدلول و يتبعه إمضاء الشارع.

فإنه يقال الملكية التي تكون منشأة بالعقد لا يمكن كونها مهملة من جهة مبدئها في اعتبار العاقد، فان العاقد يعتبر في إنشائه الملكية للطرف من حين فعلية ما يأخذه قيدها، كحصول القبول، أو القبض، أو غير ذلك.

لا يقال كيف يكون مبدء الملكية المعبرة في البيع مثلا حين تمام العقد، مع أنهم ذكروا عدم دلالة الإنشاء على الزمان.

فإنه يقال عدم دلالة إيجاب البيع على الزمان مثلا لا ينافي الدلالة عليه ببدل آخر و هو في المقام عدم إمكان الإهمال في الملك المجعول من جهة المبدء و اما تنظير المصنف (ره) الإجازة بالفسخ فهو غير صحيح فان الفسخ يقابل الإمضاء، فامضائه عبارة إقرار العقد و عدم قطع استمراره، كما يفعله ذو الخيار، كما ان فسخه إزالته و قطع استمراره و هذا بخلاف الإجازة فإنها تقابل رد العقد، كما في المالك المجيز حيث انه يرد البيع تارة، و يجيزه أخرى، و حيث ان رده عبارة عن إلغائه من الأول، فيكون أجازته إقرارا له من الأول، و هو المراد بالكشف الحكمي، و يأتي توضيحه في بيع الفضولي.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٨

[بيع الفضولي]

إشارة

فقد الفضولي لا يصح (١)

بقي في المقام أمر و هو أنه هل يكفي في صحة بيع المكره مجرد لحوق رضاه به باطنا أو لا يكفي بل يعتبر إظهار رضاه بذلك البيع المعبر عن ذلك بالإجازة، و لا يعد اعتبار الثاني و ذلك لان البيع حال حدوثه كان مستندا إلى إكراه المالك فلا بد في شمول دليل

الإمضاء من ان يستند بقاء الى المالك لا عن إكراه عليه، و لم يحرز تحقق الاسناد كذلك بمجرد لحوق الرضا باطنا. نعم لو كان هذا الرضا من الأول بحيث كان داعى المالك الى إنشائه رضاه به، لم يكن ذلك البيع شمولاً لدليل رفع الإكراه، كما تقدم، و لكن بعد إنشائه بداعى الإكراه لا- يحرز خروجه عن كونه بيعاً مكرهاً عليه، الا- بإظهار الرضا به، و كان الإجازة في اعتبار العقلاء إلغاء لذلك الاسناد الحاصل من قبل، و الله سبحانه هو العالم.

(١) ذكروا من شرائط المتعاقدين كونهما مالكين أو مأذونين منهما كما في موارد الوكالة أو من الشارع كما في موارد الولاية فلا يصح بيع الفضولى، يعنى لا يترتب عليه ما يترتب على بيع المالك أو المأذون، لا انه يكون لغوا بحيث لا يفيد لحوق الإجازة به و لذا ذكر العلامة في القواعد ان من شرط البيع كون العاقد مالكا، أو مأذونا و فرع عليه وقوف بيع الفضولى على الإجازة فإن التفرغ المزبور ظاهر فيما ذكرنا فما ذكره في جامع المقاصد من الاعتراض على عبارة القواعد، من ان تفرغ وقوف بيع الفضولى على الإجازة على اشتراط الملك، غير صحيح- في غير محله.

ثم ان الفضولى وصف للعاقد، و المراد به من لا- يكون مالكا للتصرف سواء كان مالكا للمال، كما في مثال بيع الراهن و السفينه و العبد، أم لا، و قد يوصف به

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٦٩

.....

العقد و لعله تسامح من باب توصيف الشيء بوصف متعلقه و كيف كان فلا خلاف عندهم في بطلان الإيقاع فضولا و عدم صحته بلحوق الإجازة أصلا و قد يقال ان البطلان في الإيقاعات على القاعدة، و لا يقاس أمرها بالعقود، و ذلك فان العقود بما انها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء، و لذا يتعلق بها الفسخ، مع انه حل للعقد في جهة بقاءه كما تقدم، و عليه في إجازة المالك يتم تمام الموضوع لوجوب الوفاء بها، و اما الإيقاع فإنه فعل واحد فيعتبر امرا آنيا، فان حصل ممن له سلطنة على ذلك الأمر، فهو، و الا فلا يحصل ذلك الأمر أصلا و لا يخفى ان ما ذكر لا يخرج عن حدود الدعوى المحضه، فإنه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتبارا دون الإيقاع مع انه لو لم يكن للإيقاع بقاء فكيف يجوز للزوج في الطلاق الرجعي إلغاء طلاقه، فان الرجوع في الطلاق كالرجوع في الهبة إلغاء. نعم لو صح ان الصحة في العقود على خلاف القاعدة و الالتزام بها للروايات الخاصة لأمكن ان يقال ان النصوص كلها واردة في العقود، و لا تعم الإيقاعات، و لكن يلزم على ذلك الاقتصار في الحكم بالصحة، بالعقود التي وردت الروايات في موردها. و الحاصل انه يبقى في التفرقة بين العقود و الإيقاعات مجرد دعوى الإجماع كما لا يخفى.

ثم ان المصنف (ره) قد تعرض أولا لكون مجرد رضا المالك بحصول العقد دون إظهاره ذلك و اذنه فيه غير موجب لخروج العقد عن الفضولية موضوعا أو حكما بان لا يحتاج ذلك العقد في تمامه الى لحوق الإجازة به، و ذكر في وجه عدم الخروج ان مجرد رضا المالك و حتى العلم به، لا يوجب كون العاقد مالكا للتصرف و يظهر ذلك من كلماتهم، حيث اعتبروا كون العاقد مالكا أو وكلا أو وليا، و مجرد رضا المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٠

.....

لا- يوجب حصول شيء من هذه العناوين و كذا يظهر من ذكر رواية عروة البارقي دليلا على تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة، مع فرض تحقق رضا المالك في موردها.

و استقرب في آخر كلامه، خروجه بالرضا المزبور عن عقد الفضولى حتى فيما إذا لم يظهر المالك رضاه، فيجب على المالك بينه و

بين ربه الوفاء بالعقد، و استدل على ذلك بإطلاق حل التجارة عن تراض، و عموم وجوب الوفاء بالعقد، و بحديث لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة نفسه، حيث ان مقتضاه، حل مال الغير و جواز تملكه برضا المالك و طيب نفسه، و بما دل على ان سكوت المولى على نكاح العبد مع علمه به، إمضاء و رضاء به و بما يظهر من رواية عروة البارقي، من تمام البيع و جواز ترتيب الآثار عليه بمجرد إحراز رضا المالك، كما هو مقتضى إقباض العروة أحد الشاتين من المشتري و أخذ الدينار منه فإنه لا يجوز في بيع الفضولي للعائد القبض و الإقباض و تقرير النبي صلى الله عليه و آله للعروة شاهد لجواز فعله أضف الى ذلك ظاهر كلمات بعض الأصحاب من ان الوجه في عدم تمام بيع الفضولي و وقوفه على اجازة المالك فقد رضاه فان مقتضى ذلك عدم احتياجه إلى الإجازة فيما كان مقارنا لرضا المالك، بل لو فرض إطلاق عقد الفضولي عليه فلا دليل على احتياج كل عقد فضولي إلى الإجازة مع ان علم المالك بحصول العقد و رضاه به و بقاء هذا الرضا الى ما بعد و لو آنا ما اجازة للعقد المزبور.

أقول- ما ذكره قده لخروج عقد الأجنبي بمقارنته رضا المالك عن الفضولية من الوجوه ضعيف اما التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد أو إطلاق التجارة عن تراض فان مدلولهما بمناسبة الحكم و الموضوع وجوب وفاء كل بعقده و جواز إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧١

.....

الأكل بتجارته و لا يكون عقد الأجنبي عقد المالك و تجارته بمجرد الرضا باطنا، بل لا بد في إضافة العقد و التجارة إليه، من إنشاء رضاه و إمضائه و اما حديث عدم الحل فمفاده دخالة رضا المالك و طيب نفسه في حل ماله للغير، و ان الحل لا يكون بدونه، و اما ان الطيب و الرضا تمام الموضوع للحل فلا لا- حظ قوله عليه السلام لا صلاة إلا بطهور، فان مقتضاه عدم حصول الصلاة بدون الطهارة، لا ان الطهارة تمام ما يحصل بها الصلاة.

و بما ذكر يظهر الجواب عن الاستدلال لكفاية الرضا باطنا بقوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم لا تشتريها الا برضا أهلها) «١» حيث ان مدلولها دخالة رضا المالك في نفوذ الشراء، و اما انه يكفي مجرد الرضا فيه، فلا هذا مع احتمال ان يراد بالرضا إبرازه كما لا يخفى.

و اما ما دل على ان سكوت المولى على نكاح العبد إقرار و رضاه به، فلا يدل على ما ذكر، فان كون العقد فضوليا تارة باعتبار عدم رضا من يعتبر رضاه في ذلك العقد، لا لفقد استناده الى المالك، كما في نكاح الرشيدة الباكرة، فإنها هي التي تجعل نفسها زوجة للآخر غاية الأمر يعتبر في هذا الجعل رضا أبيها أو جدتها ففي مثل ذلك يتم العقد بمقارنته الرضا أو لحوقه.

و من هذا القبيل نكاح العبد و لحوق رضا مولاه به، و هذا بخلاف ما إذا كان فضوليا باعتبار عدم استناد العقد الى المالك كما في بيع الأجنبي مال شخص من آخر حيث ان رضا المالك واقعا ما دام لم يكن إظهار و إمضاء لا يوجب استناد العقد اليه. و مما ذكرنا يظهر ان ما ذكره (قده) من ان بقاء رضا المالك الى ما بعد العقود

(١) الوسائل- الجزء (١٢) الباب (١) من أبواب عقد البيع الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٢

.....

و لو آنا ما اجازة له مدفوع بان الرضا الواقعي ما لم يكن إظهار من المالك لا يكون مصححا للاستناد حتى ما لو بقي إلى الأبد و قد يقال كما عن بعض الأجلة (دامت شوكته) بأنه لا يعتبر في صحة البيع و غيره من العقود الانتساب بالمعنى المذكور بان يكون العقد

عقد المالك وبيعه وكون المراد بقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) أوفوا بعقودكم أو كان الأكل بتجاركم غير صحيح فإنه كيف يكون البيع الصادر عن الغير يبيعا للمالك بالإجازة مع ان الإجازة مفهومها العرفي تنفيذ للفعل الصادر عن الغير فهي بنفسها تدفع انتساب الفعل الى المجيز بل الأمر في موارد الوكالة والاذن السابق كذلك، فان البيع لا يكون منتسبا الى الموكل والاذن حقيقة ولذا لو سئل الموكل عن انك بعت دارك فيقول لا بل باعها وكيلي ومن الظاهر ان الأحكام الواردة في الخطابات على العناوين ظاهرها ثبوت تلك الأحكام على أفرادها الحقيقة.

والحاصل انه لا- يعتبر في صحة البيع أو نحوه من العقود الا- كونه مع اذن المالك أو رضاه أو إجازته و لو لم ينتسب ذلك البيع الى المالك وقد تقدم بيان المراد بالتجارة عن تراض ان مقتضى مقابلتها بالأكل بالبطل اعتبار كونها أكلا بحق لا لخصوصية لصدورها عن تراض و كون التجارة أكلا بحق يعم البيع الفضولي مع لحوق الإجازة به أو تقارنه برضا المالك انتهى.

أقول الجواب عما ذكر تارة بالنقض و أخرى بالحل.

اما الأول فإن القول المزبور يستلزم محاذير و لا أظن الالتزام بها.

منها ما إذا أخبر المحرم بأن الأجنبي قد أجرى في حقه نكاحا و انه قد زوج بنت فلان منه و ان له ان يجيزه و ذلك المحرم قد أخرج إجازته الى ما بعد إجماعه مع فرحته و ابتهاجه باطنا من سماع الخبر فلا بد من ان يلتزم بان البنت المزبور قد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٣

.....

حرمت عليه مؤبدا فإن فرحته بالنكاح المزبور قلبا موجب لتحقيق النكاح فيعمه قوله عليه السلام (من تزوج امرأة في إجماعه فرق بينهما و لا تحل له ابدا).

و منها انه لو أنشأ إيجاب البيع أو قبوله و كيله في مجرد إنشاء بيع الحيوان أو غيره فلا- يكون له خيار المجلس و لا خيار الحيوان لأن البائع أو المشتري حقيقة هو الوكيل و قد ذكر في الروايات ان البيعان بالخيار ما لم يفترقا و ان مشتري الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام و الموكل لا يكون بايعا و لا مشتريا في الحقيقة.

و منها انه لو أخذ أظافير المحرم باستدعاء من المحرم أو حلق رأسه كذلك فلا بد من ان يلتزم بان المحرم لم يفعل حراما و ليس عليه شيء لأن قوله عليه السلام من قلم أظافيره في إجماعه أو أخذ شعره لا ينطبق على المحرم فان التقليل في الفرض فعل غير المحرم الى غير ذلك و اما الحل فلان إجازته و ان تتعلق بفعل الغير و عقده الا انه عقد الغير و يبيعه مع قطع النظر عن الإجازة و ينتسب الى المجيز بإجازته و هذا الانتساب و لو كان اعتباريا الا ان الخطابات الشرعية قد يكون بمناسبة الحكم و الموضوع ناظرة إلى بيان الحكم بهذا الانتساب و يجري ذلك حتى في الأفعال الخارجية كقوله من بنى مسجدا بنى الله له بيتا في الجنة و الدعوى ان هذا الانتساب لا يعتبر و لا يصححه مجرد الرضا الباطني من المالك بل لا بد من إبرازه و إنشائه بالإذن أو بالإجازة فتدبر.

و اما رواية عروة البارقي فالظاهر ان شراء الشاتين لا يكون من شراء الفضولي حيث ان توكيل النبي صلى الله عليه و آله في شراء شاة بدینار بفحواه توكيل و اذن في شراء الزائد عن الواحدة بالمبلغ المزبور و اما يبيعه واحدة منهما بدینار فلا بعد في كونه يبيعا فضوليا يحتاج إلى الإجازة و لكن يجوز معه القبض و الإقباض فإن عدم جوازهما من الفضولي باعتبار كونهما تصرف خارجي في مال الغير و مع إحراز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٤

و اما القول بان البيع الذي يعلم بتعقبه (١).

لكن الظاهر أول الوجهين (٢).

رضا المالك بهما فلا حرمة بل قد يكون اجازة العقد بعد ذلك اجازة لذلك القبض أو الإقباض كما لا يخفى.

(١) يعني ان يقال بأن الإجازة معتبرة على نحو الكشف الحقيقي، و حيث كان عروءة عالما بحصولها و تعقب العقد بها وقع منه القبض و الإقباض باعتبار إحرازه انتقال المالكين و كون الشاء ملكا للمشتري و الدينار ملكا للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله واقعا لكن اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي ضعيف جدا كما سيأتي.

أقول- و أضعف منه احتمال كون عروءة معتقدا لاعتبار الإجازة في عقد الفضولي بهذا النحو.

(٢) المراد أول الوجهين الأخيرين و هو كون هذا النحو من العقد المقرون برضا المالك خارجا عن الفضولي و المراد برضا المالك الأعم الشامل لرضاه التقديرى أى بحيث لو التفت إلى العقد لرضى به.

أقول لم يظهر جهة ظهور هذا الوجه مع قوة احتمال كون بيعه احدى الشاتين فضوليا و حصول القبض و الإقباض باعتبار علمه برضا النبي (ص) و اطلاع المشتري بحال المعاملة و هذا هو الوجه الرابع فى كلام المصنف (ره) و اما ما ذكره (ره) من ان الظاهر وقوع معاملة إحدى الشاتين على وجه المعاطاة فعجيب فإنه ان أراد حصول المعاطاة بإقباض عروءة الشاء و أخذه الدينار و ان هذا القبض و الإقباض كان بعنوان المعاملة المعاطاتية و لم يكن فى البين إيجاب و قبول لفظا فلا سبيل لنا إلى إحراز ذلك و ان أراد أن وصول الشاء إلى المشتري المزبور بإقباض عروءة و وصول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٥

[الاستدلال على صحة عقد الفضولى]

إشارة

قال فى الدروس و فيها دلالة (١).

و لا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال (٢).

الدينار إلى النبي (ص ع) مع تراضيهما محقق للمعاطاة فليس فى البين بيع فضولى ليجتاز إلى الإجازة ففيه أولا أنه يعتبر فى حصول المعاطاة من إنشاء الملك بالقبض و لا يكفى مجرد وصول المالكين كما مر فى بحث المعاطاة. و ثانيا نفرض كفاية ذلك فى حصولها و لكن المعاطاة لا يصحح قباض عروءة و قبضه حيث أنهما من التصرف فى مال الغير بلا رضاه. ثالثا ان قول النبي (ص ع) بارك الله فى صفقة يمينك ظاهره حصول المعاملة من العروءة لا أنه كان مجرد واسطة فى وصول المالكين إلى الطرفين.

(١) اما دلالتها على صحة بيع الفضولى فلان المفروض فيها وقوع البيع على مال الغير و قد حكم بتمام ذلك البيع بإجازة المالك و اما دلالتها على اعتبار الإجازة بنحو الكشف فإنه مقتضى استحقاق المشتري استرداد الغلام و سقوط قيمته عن عهده إذ لو كانت الإجازة معتبرة بنحو النقل لم يكن وجه لسقوطها حيث ان قيمة الولد تدارك لمنفعة البضع التى أتلفها المشتري على المالك و لا يعتبر هذه المنفعة ملكا للمشتري على مسلك النقل حتى لم يكن عليه ضمانها كما لا يخفى.

(٢) قيل لا يمكن الحكم لأب البائع باستحقاقه الوليدة و ابنها بمجرد دعوى ملكها و بعدم اذنه لابنه فى بيعها بل يحتاج الدعوى إلى الإثبات فإنها على خلاف مقتضى يد البائع عليها و فيه أنه ليس فى الرواية عدم إثباته دعواه و أنه كان حكم على عليه السلام بأخذه الوليدة و ابنها بمجرد الدعوى كما ان حكمه عليه السلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٦

فإنها لا تزيد على الأشعار (١)

بإسكات الولد يمكن كونه لحبسه على قيمته.

و ما ذكره المصنف (ره) من ظهور الرواية في كون الإجازة فيها مسبوقة بالرد أيضا لا يمكن المساعدة عليه فان- المخاصمة و دعوى أن الوليدة ملك له فعلا لوقوع البيع عليها بغير اذنه و أنه يريد أخذها من مشتريها- لا تكون قرينة على (رد) البيع و إلغائه بالقول أو الفعل بل غايتها أنه لا يجزيه فعلا و كذا إطلاق حكم الامام عليه السلام فإنه باعتبار عدم حصول الإجازة و لا يلزم من ذلك إنشاء الرد و إلغاء العقد الواقع.

و بعبارة أخرى حكم الامام عليه السلام بأخذه الوليدة و ابنها باعتبار عدم تمام المعاملة فعلا لا لإلغاء إنشائها.

و بهذا يظهر أن أخذ أب البائع و إمساكه الوليدة و ابنها لا يكشف الا عن عدم إمضائه المعاملة فعلا لا عن إلغائها قولاً أو فعلاً من أولها كما هو المراد بردها و عدم اجازة المالك فعلا كاف في إلحاح المشتري على الامام عليه السلام و مناشدته في خلاص الابن و أمه.

و المتحصل ان ما ذكر السيد اليزدي (ره) من أن الصحيحة تدل على نفوذ الإجازة حتى بعد رد المالك المعاملة برد فعلى و انه يمكن الالتزام بذلك فإن الإجماع على عدم نفوذ الإجازة بعد الرد دليل لبي و المتيقن منه عدم نفوذها بعد الرد القولي- لا يمكن المساعدة عليه لما ذكر من عدم الدلالة في الرواية على حصول الرد من مالك الجارية فعلا أو قولاً فلاحظ.

(١) و الوجه في ذلك ان الحكم المذكور في الرواية حكم الواقعة خاصة لا- إطلاق في الحكم المزبور و لا عموم و لو لم يكن في الرواية فرض سبق الرد لكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٧

.....

التعدى منها إلى سائر موارد اجازة بيع الفضولي متعينا باعتبار عدم احتمال الخصوصية في المفروض فيها و لكن ظاهرها لحوق الإجازة بالبيع بعد رده و الحكم بنفوذ الإجازة في الفرض يتعين توجيهه بمثل أن الأب كان كاذبا في نفيه الاذن في بيع ابنه فقول على عليه السلام للمشتري خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع تعليم حيلة له حتى يصل الى حقه الواقعي.

و الحاصل ان الإجازة في فرض الرواية ليست مصححة للبيع واقعا ليتمكن التعدى منها.

نعم تعليق نفوذ البيع المزبور على إجازة الأب في قوله عليه السلام (حتى ينفذ لك البيع) من تعليق الحكم على الوصف و فيه اشعار بكون اجازة المالك مصححة للمعاملة الواقعة على ماله فضولا.

أقول- قد ظهر مما ذكرنا عدم المجال لما ذكره المصنف (ره) من انه ان كان النظر في الاستدلال على صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة إلى نفس القضية الشخصية فالإجازة فيها باعتبار كونه مسبقا بالرد لا يفيد صحة العقد و لا بد من توجيه الحكم فيها بأن البائع كان كاذبا في دعواه فعلم الامام عليه السلام للمشتري حيلة حتى تصل بها الى حقه الواقعي و لا- يمكن استفادة الحكم في البيوع الفضولية بلحوق الإجازة بها.

و اما إذا كان النظر الى قوله عليه السلام للمشتري (خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع) و قول ابى جعفر عليه السلام في مقام الحكاية (فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع) فيمكن استفادة الحكم في سائر البيوع الفضولية و انها تتم بلحوق الإجازة بها.

و الوجه في عدم المجال انه لم يذكر في الجواب حكم لمطلق بيع الفضولي ليؤخذ بإطلاقه و يقال ان تطبيق ذلك الحكم الكلى على

المفروض في السؤال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٨

.....

مع كونه غير مورده باعتبار تعليم الحيلة لوصول المشتري الى حقه.

بل الجواب حكم لخصوص الواقعة المفروضة التي لا- يصححها الإجازة و لا تفيد فيها شيئا فكيف يمكن استفادة الحكم في سائر البيوع الفضولية الا بالاشعار الذي ذكرنا خروجه عن قسم الدلالات.

ثم ان في الرواية من جهة فقهاء إشكالين سواء قيل باستفاده حكم بيع الفضولي بلحوق الإجازة منها أولا.

الأول- انه كيف حكم سلام الله عليها بان السيد الأول يأخذ ابن الوليدة مع ان الولد المزبور حر لا يدخل في الملك و الوجه في كونه حرا قول المشتري (لا- أرسل ابنك حتى ترسل ابني) و انه لو كان المشتري عالما بان بيع الوليدة فضولي لكان الولد باعتبار كونه من زنا رقا لسيد الوليدة و لما كان اعتناؤه عليه السلام بمناشدة المشتري و الحاحه مناسبا بل الأنسب ان يجرى عليه الحد باعتبار كونه زانيا. و الحاصل انه لا- موجب لأخذ الولد الحر حتى مع فرض امتناع المشتري عن دفع قيمته و لو فرض جواز حبس الولد لقيمته لكان المتعين ان يحكم بأخذ الولد و لكن معلقا على امتناع المشتري عن دفع قيمته لا مطلقا.

و الثاني- انه كيف حكم للمشتري بأنه يأخذ البائع الابن و- ما قيل من ان أخذه لحبسه على استرداد ما أخذه من المشتري بعنوان ثمن الوليدة حيث ان المديون الممتنع يحبس لدينه- يدفعه قوله عليه السلام: أخذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع فإنه على الاحتمال المزبور يلزم ان يحكم خذ ابنه حتى يسترد هو الثمن الذي أخذ منك أو يغرّم أبوه ذلك الثمن لا ان يجعل غاية الأخذ إنفاذ البيع.

و لكن لا يخفى ان عجزنا عن فهم هذا الأمرين لا يضر بالاستدلال بها على ان بيع الفضولي يتم بلحوق الإجازة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٧٩

و ربما يستدل ايضا بفحوى صحة عقد النكاح (١).

(١) و يستدل على صحة بيع الفضولي و تمامه بإجازة المالك بفحوى ما ورد في تمام النكاح فضولا بلحوق الإجازة به كما إذا زوج الصغير غير وليه فأجاز النكاح بعد بلوغه أو تزوج العبد بغير اذن مولاه فجازاه المولى فإن صحة النكاح بلحوق الإجازة به مع ما فيه من الاهتمام من كونه تحليل فرج و تمليك بضع أى إنشاء حق الاستمتاع و يكون منه الولد يستلزم صحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة به بالأولوية.

و أشار الى هذا الفحوى في غاية المراد و استدلال بها في الرياض و ذكر انه لولاها لكان الحكم بصحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة به مشكلا من جهة الإجماعات المنقولة على بطلان البيع المزبور.

و كيف كان فقد ذكر المصنف (ره) ان هذه الفحوى حسن الا انه ربما يضعفها ما ورد في رد العامة في مسألة تصرف الوكيل قبل بلوغ عزله إليه فإن العامة قالوا ان تصرف الوكيل في النكاح قبل بلوغ عزله اليه باطل لبطلان الوكالة فيه بالعزل واقعا بخلاف تصرف الوكيل في المعاوضة المالية فإنه محكوم بالصحة حيث لا يبطل و كالتة فيها الا ببلوغ العزل و عللوا الفرق بان المال له عوض فلا مانع من نفوذ التصرف فيه، بخلاف النكاح فإنه لا- عوض فيه بان تقع المعاوضة بين البضع و المال، فيقتصر في ثبوت ملك البضع على الأقل، و قد تصدى الإمام عليه السلام في معتبرة علاء بن سيابة لإنكار هذا التفصيل (و أنه ما أجوره و أفسده فإن النكاح اولى بالاحتياط فيه فإنه يكون منه الولد) و المستفاد من رده سلام الله عليه ان الحكم بالصحة في البيع يستلزم الحكم بها في النكاح

بالأولوية دون العكس و على ذلك فما ورد في صحة نكاح الفضولي بلحوق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٠

.....

الإجازة به لا يدل على الصحة في البيع الفضولي بالفحوى.

ثم تعرض (ره) لما استفاد من الرواية من كون الحكم بصحة نكاح الوكيل قبل بلوغ عزله إليه احتياطاً مع ان في دوران المرأة بين كونها زوجة أو أجنبية لا يكون ترتيب آثار الزوجية من الاحتياط كما انه لا يكون ترتيب آثار الملك في مورد دوران المال بين كونه ملكه لصحة البيع و ملك غير لفساد البيع من الاحتياط و وجه (ره) ذلك بان المراد منه الاحتياط بالإضافة أى ما يكون محذور مخالفة الواقع فيه أخف لا- الاحتياط المطلق، يعنى التحفظ على الواقع على كل تقدير و ذلك فان الحكم ببطلان النكاح في مورد تردده بين الصحة و الفساد قد يكون تفريقاً بين الزوجين فيتزوج الزوجة من آخر فيحصل الزنا بذات البعل بخلاف ما إذا حكم بالصحة فإنه على تقدير عدم ثبوت الزوجية واقعا يكون الوطى بالشبهة بغير ذات البعل و هذا أهون من الأول.

أقول: لا- يخفى ان حكم العامة بصحة البيع لم يكن للاحتياط ليكون قوله عليه السلام (فان النكاح اولى و أجدر أن يحتاط فيه لانه الفرج) ناظراً الى ان الاحتياط في النكاح يحصل بالحكم بصحته في مورد دورانه بين الصحة و الفساد، فان لازم ما ذكر البناء على صحة النكاح و رفع اليد عن أصالة الفساد في كل مورد تردد النكاح بين الصحة و الفساد حيث يكون البناء عليها أخف محذورا من البناء على الفساد و عدم ثبوت الزواج و لا أظن أحدا يلتزم بذلك مع ان المورد ليس من دوران الأمر بين المحذورين حتى لا يمكن فيه الاحتياط المطلق و التحفظ على الواقع على كل تقدير فان مقتضى كون النكاح فرجا يحتاط فيه لزوم إيقاع الطلاق أو تجديد العقد عند الشك في العقد السابق.

و الظاهر بقريته حكاية الوجه الاستحسانى المنقول عن العامة في حكمهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨١

و يحصل الزنا بذات البعل (١)

ببطلان النكاح و صحة البيع و بقريته نقل الامام عليه السلام قول على عليه السلام في مسألة نكاح الوكيل قبل عزله إليه ان مراده عليه السلام بالاحتياط في الصحيحة هو طرح الوجه الاستحسانى المزبور و الأخذ بقول على عليه السلام حيث ان قوله عليه السلام لا يقصر عن قول ابن عباس و عبد الله بن عمر و غيرهما مما يأخذون به و يرفعون به اليد عن الوجوه الاستحسانية.

و بعبارة أخرى الحكم بصحة النكاح في مسألة عزل الوكيل احتياطاً من جهة طرح الاستحسان فيها و الأخذ بقول على عليه السلام فلا تمنع ذلك عن الفحوى المتقدمة.

اللهم الا- ان يقال بمنع الفحوى فإن- أهمية النكاح و ترغيب الشارع الناس إليه لقوام العالم بالتوالد و التناسل الموقوف عليه مع النهى عن مقابله يعنى الزنا و السفاح- يقتضى التوسعة في سببه حتى لا يكون ضيق السبب حائلاً بين الناس و الوصول إليه.

و هذا بخلاف البيع و الشراء فان لتحصيل المال أسباب أخرى كالمصالحة و الهبة المعوضة و غير ذلك و عليه فلو حكم الشارع بصحة النكاح فضولاً بلحوق الإجازة فيحتمل كون ذلك للتوسعة في السبب في خصوص النكاح و لا يمكن مع هذا الاحتمال التعدي إلى البيع.

(١) هذا فيما إذا أحرز المرأة أو زوجها الثانى صحة النكاح السابق أو تردده عندهم بين الصحة و الفساد من غير معين للفساد أو الصحة و الا فلا يتحقق عنوان الزنا كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٢

[الروايات الواردة في المضاربة]

وعد هذا خارجا عن بيع الفضولي بالنص (١)

(١) يعنى مقتضى القاعدة الأولية ان لا يكون لبيع الفضولى صحة فعلية بدون اجازة المالك و يستثنى من ذلك ما يكون من العامل فى المضاربة كما إذا اشترط عليه فى المضاربة شراء جنس فخالف و اشترى جنسا آخر فان هذا الشراء و لو مع ظهور الربح فضولى و لكن محكوم بالصحة الفعلية حتى مع عدم اجازة المالك و ذلك استيناس لحكم بيع الفضولى حيث يظهر منه انه لا يعتبر فى صحة بعض البيوع الاذن السابق.

أقول- لا يرتبط هذه الاخبار بحكم بيع الفضولى و لا استيناس فيها و ذلك فان شراء العامل الجنس الآخر و صحة ذلك الشراء بظهور الربح حتى مع عدم لحوق اجازة المالك لا- يوجب أنسا لبيع الفضولى الذى يكون مصححه لحوق الإجازة به بل فى هذه الاخبار استيناس للموارد التى يكون التصرف فيها فى مال الغير نافذا بلا اذن ذلك الغير أو إجازته كنفوذ التصديق بالمال المجهول مالكة و كبيع الوكيل قبل بلوغ عزله اليه.

و لو قيل بدلالة الاخبار على نفوذ شراء العامل مع ظهور الربح باعتبار لحوق اجازة المالك حيث ان المالك مع ظهور الربح يرضى بمعاملة العامل عادة، و إظهار هذا الرضا و لو بمطالبة الربح اجازة فلا يرتبط ايضا مدلولها بصحة الفضولى بإجازة المالك، فان مقتضى صحة البيع و الشراء فضولا انتقال تمام الربح الى المالك بل و لا يستحق العامل المزبور فى الفرض حتى اجرة المثل باعتبار وقوع عمله بلا أمر المالك و اذنه.

و قد يقال فى توجيه هذه الاخبار و تطبيق مدلولها على القواعد و جهان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٣

.....

الأول- ما عن الإيروانى (ره) من ان اشتراط المالك على العامل جنسا أو عدم إخراج المال الى بلد أو بيع المال نقدا و غير ذلك يكون باعتقاد المالك دخالة هذه الأمور فى الربح و كان المالك اشترط على العامل المعاملة التى فيها ربح فيكون الشراء المزبور داخلا فى المضاربة و يستحق العامل الحصة المعينه له من الربح.

أقول اعتقاد المالك دخالة أمر فى حصول الربح و اشتراطه على العامل لا يكون من اشتراط المعاملة التى فيها ربح، و لذا لو اشترى الوكيل ما عينه موكله و لم يحصل الربح كان شرائه نافذا و لو اشترى غير ما عينه كما إذا وكله فى شراء حيوان و اشترى الكتاب و كان الربح فى شراء الكتاب دون الحيوان كان الشراء فضوليا، و إذا وكلته الزوجة فى تزويجها من زيد فزوجها الوكيل من عمرو باعتبار كون عمرو أصبح وجها و املى مالا- لا يمكن الالتزام بلزوم هذا التزويج على المرأة و السر فى ذلك ان الاعتقاد بدخالة شىء فى حصول الربح يكون داعيا الى اشتراط ذلك الشىء و تخلف الداعى و عدم صواب الاعتقاد لا يسقط الاشتراط، هذا أولا.

و ثانيا لم يفرض فى الرواية ان المال الذى شرط المالك على العامل شرائه لم يكن فيه ربح أو كان أقل ربحا مما اشترى العامل ليقال بان صحة شراء العامل مقتضى اشتراط المعاملة التى فيها ربح أو ما يكون ربحه أكثر.

و ثالثا ربما لا يكون غرض المالك مجرد انماء المال حتى لو كان فى انماؤه و قيعه عرفيه كما فى اتجار عامله مع الكفار، أو بشراء ما فيه حضاضه عرفيه بل قد يكون غرضه الإنماء بتجارة لا تكون فيها هذه الوقيعه و لو كانت ربحها أقل. الثانى كما عن السيد اليزدى

(ره) و أوضحه بعض الأجلة (دامت شوكته) ان هذه الروايات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٤

.....

بعضها ظاهرة في موافقة القاعدة كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل يعطى المال مضاربةً و ينهى عن يخرج فخرج قال يضمن المال و الربح بينهما «١» و بعضها الأخرى محمولة على موافقتها كصحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل ما لا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربةً فذهب فاشترى به غير الذي أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط «٢» و بيان ذلك ان شرط عدم الخروج إلى بلد فلان، في الصحيحة الأولى شرط خارج عن أصل المضاربة التي مقتضاها الشركة في الربح و الاشتراط المزبور، مقتضاه ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفة الشرط و ليس في ذلك أمر مخالف لمقتضى المضاربة و لا مقتضى الاشتراط و يحمل الصحيحة الثانية على صورة اشتراط شراء ضرب من المتاع بنحو يكون زائداً على أصل المضاربة لا أخذه في أصل المضاربة بنحو التقييد.

و لو قال ضاربتك بهذا المال لشراء الغنم على المناصفة في الربح كان شراء الغنم مأخوذاً بنحو التقييد و لو قال ضاربتك بهذا المال لتتجر به على المناصفة في الربح و على ان تشتري غنماً فشراء الغنم يكون من الشرط الخارجي و لا يوجب مخالفته إلا ضمان العامل لرأس المال و هذه الروايات و ان تكون مضمونها موافقة للقاعدة إلا انها أجنبية عن تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة و قد ذكر ان الشاهد لحمل الاخبار على صورة الاشتراط الخارجي هي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح و ليس عليه من الوضعية شيء إلا ان يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (١) من أبواب المضاربة الحديث (١)

(٢) الوسائل الجزء (١٣) الباب (١) من أبواب المضاربة الحديث (٩).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٥

.....

به مضاربةً و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذا كبد رطبةً فإن خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن للمال «١» حيث فسر مخالفة أمر صاحب المال الوارد في المستثنى بما عن العباس من الشرط الخارجي.

و الحاصل ان المفروض في هذه الروايات ليس تقييد الاذن للعامل في التجارة كما هو مقتضى نفس عقد المضاربة بل إلزام خارجي على العامل بان لا يشتري متاعاً خاصاً أو ان لا يسافر أو ان لا يشتري من شخص و يترتب على مخالفة هذا الإلزام ضمان العامل لرأس المال على تقدير مخالفته ما اشترط عليه.

و لذا وقع في حكاية قول عباس لعامله فان خالفت شيئاً مما أمرتك به فأنت ضامن المال.

و المتحصل انه يجب تكليفاً على العامل موافقة الشرط لعموم قوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم) و على تقدير المخالفة يترتب عليه الضمان.

أقول لا يخفى ما فيه اما أولاً فإنه يكون اشتراط عمل على أحد المتعاقدين خارجاً عن المعاملة فيما إذا كان مدلول المعاملة أمراً مغايراً لإلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل كما إذا باع المتاع من زيد و اشترط عليه ان لا يملك ذلك المتاع من شخص آخر أو من عمرو

فان بيع المتاع عبارة عن تملكه بعوض و اما تصرف زيد فيه بعد تملكه بالإبقاء أو تملكه من آخر فهو خارج عن مدلول البيع فيجوز لباعه ان يلزم المشتري حين بيعه بالالتزام بعدم تملكه من شخص آخر أو من عمرو.
و اما إذا كان مدلول المعاملة أمرا لا يجتمع إطلاقه مع إلزام الطرف بالالتزام بذلك العمل كما في العقود الإذنية فإنه إذا أعار ثوبه من زيد و اشترط عليه ان لا يلبسه

(١) وسائل الجزء (١٣) باب (١) من أبواب المضاربة الحديث (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٦

.....

أيام المطر فهذا الشرط لا يجتمع مع إطلاق الإذن للمستعير في لبسه بمعنى ان الاذن في لبسه كما هو مدلول عاريتة لا يكاد يعم اللبس أيام المطر و لذا لا يصح ان يصرح المعير بأني أذنت لك في لبسه حتى أيام المطر و لكن عليك الالتزام بترك لبسه أيام المطر في مثل ذلك لا- بد من ورود القيد على متعلق الاذن فيكون المأذون فيه هو لبسه في غير أيام المطر سواء اتى ذلك في عقد العارية بصورة التقييد بان يقول أعرتك الثوب و اشترط عليك ان لا يلبسه أيام المطر و يفصح عن ذلك انه لو سئل المعير عن انك أذنت له في لبسه أيام المطر يقول لإبل نفيت الاذن فيه صريحا.

و السر في ذلك ان إلزام الطرف بترك فعل لا يجتمع مع الترخيص فيه بل لا بد من رفع اليد عن الإلزام و عقد المضاربة من العقود الإذنية حيث ان مدلولها الاذن للعامل في التجارة برأس المال على نحو المشاركة في الربح و إذا اشترط على العامل متاعا خاصا بأن يقول أذنت لك في التجارة بهذا المال على نحو المناصفة في الربح على ان لا تشتري الحيوان فهو في الحقيقة الاذن في التجارة بغير الحيوان لأن إلزام العامل بالالتزام بترك تجارة غير الحيوان لا يجتمع مع الاذن في تجارة الحيوان.

و لذا لا يفرق بين ان يقول ضاربتك هذا المال لتتجر غير الحيوان أو يقول ضاربتك بهذا المال على ان لا تتجر بالحيوان.

فقد ظهر مما ذكرنا ان ما في قول عباس من اشتراطه على عامله بان لا يشتروا ذا كبد رطبة لا يمكن حمله على الشرط الخارجي فضلا ما في صحيحة جميل و غيرها.

و اما ثانيا فإنه فرق بين التفسير و الاستشهاد على الحكم فإن الأول من قسم الحكومه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٧

.....

يوجب سقوط الإطلاق عن المفسر بالفتح بخلاف الثاني فإنه لا يوجب تقييدا أصلا فإنه يصح الاستشهاد على الحكم العام ببعض موارد ثبوته المعروف من قبل.

و ما في صحيحة الحلبي من قوله عليه السلام (الا ان يخالف أمر صاحب المال) مطلق يعم المخالفه فيما إذا كان امره بنحو التقييد في متعلق المضاربة و فيما كان امره بنحو الاشتراط و قوله عليه السلام فان العباس إلخ استشهاد على الحكم و ان مخالفه أمر مالك رأس المال يوجب ضمان المال و لا فرق في الضمان بين اشتراط الترك أو تقييد متعلق المضاربة و لعله لذلك ذكر السيد الزدى (ره) بان في الاستشهاد إشارة إلى صورة الشرط الخارجي لا انه ظاهر في إرادته بخصوصه.

و اما ثالثا فنفرض ان الروايات كلها ناظرة إلى صورة الاشتراط الخارجي و ان الشرط في المقام لا يوجب تقييدا في متعلق المضاربة فالحكم الوارد ايضا لا ينطبق على القاعدة فإنه بعد كون العامل مأذونا في شراء ما شرط عليه ترك شرائه يقع الشراء لمالك رأس

المال فكيف يكون خسارته على العامل فان النقص قد حصل في رأس المال باذن مالكة فلا موجب لكونه على العامل فان الشرط مقتضاه انقلاب يد العامل على رأس المال بالمخالفة إلى يد ضمان فيضمن تلفه و هلاكه و الخسارة غير التلف و في صحيحة الحلبي الأخرى عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الرجل يعطى المال فيقول له انت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما فقد ذكر سلام الله عليه الخسارة في مقابل هلاك المال و حكم بأنهما على العامل.

و الحاصل ان ما ورد في هذه الروايات حكم تعبدى و مع صحة إسنادها و تمام دلالتها يتعين الأخذ بمقتضاها و الله سبحانه هو العالم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٨

و النهى عن أكل المال بالباطل (١)

[الأخبار في الاتجار بمال اليتيم]

و من هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي (٢)

(١) لا- يخفى ان روايات الباب حاكمه على النهى عن تملك مال الغير بالباطل فان مع ترخيص الشارع في التملك المزبور، لا يكون الأكل أكلا بالباطل كما أنها بالإضافة الى ما دل على عدم حل المال بغير رضا صاحبه أخص مطلق فيرفع اليد بها عن إطلاقه و الوجه في كونها أخص ما تقدم من ان مقتضى اجازة المالك لمعاملة العامل انتقال تمام الربح الى المالك فيكون تملك العامل الحصة من الربح، تملك مال الغير بلا رضاه كما ان مقتضاها انه يجوز لمن انتقل إليه رأس المال تملكه و لو بلا اجازة مالكة فيرفع بذلك عن إطلاق حديث عدم حل المال بغير رضا مالكة.

(٢) و هذه الروايات لا- تعم ما إذا اتجر الولي للطفل فان تجارته نافذة في حق الطفل و ليس على الولي ضمان كان مليا أولا فإن التفصيل في تلك الروايات بين كون العامل له مال أولا قرينة على ذلك لان اعتبار كون العامل مليا لأجل أن يعوض عن مال الطفل في صورة تلفه أو الخسارة، و هذا لا يجرى في صورة اتجار الولي لمصلحة الطفل لعدم الموجب لضمائه بل يجرى الضمان في صورة اتجار الولي بمال الطفل لنفسه باستقراضه أو كان العامل بمال الطفل أجنبيا لم يكن له ولاية على مال الطفل أو وكاله فيه.

و بتعبير آخر إذا كان ولي الطفل مليا يجوز له الاستقراض بمال الطفل و الاتجار لنفسه و في صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ولي مال يتيما يستقرض منه فقال انه على بن الحسين قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٨٩

.....

في حجره فلا بأس بذلك «١» و يرفع عن إطلاقها بمثل صحيحة ربيعي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل عنده مال اليتيم فقال ان كان محتاجا و ليس له مال فلا يمسه ماله و ان هو اتجر فالربح لليتيم و هو ضامن و في رواية منصور الصيقل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به قال فقال إذا كان عندك مال و ضمته فلك الربح و أنت ضامن للمال و ان كان لا مال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال «٢».

و كذا يجوز للولي المضاربة بمال الطفل فيما إذا رأى ذلك صلاحا للطفل و هذا مقتضى ولايته على الطفل و ماله و ذكرنا ان الروايات الواردة في كون الربح لليتيم و الخسارة و الضمان للعامل لا تكون ناظرة الى هذه الصورة بقريته اعتبار كون الولي مليا فان ملائته و عدمها لا دخل لهما في جواز المضاربة للطفل و في رواية أبي الربيع قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في

يديه مال لأخ له يتيم و هو وصيه أ يصلح له ان يعمل به قال نعم كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا إذا كان ناظرا له فان ظاهرها عدم الضمان للولى فيما إذا كان فى اتجاره مراعىا لمال الطفل.
 و اما رواية أسباط قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام كان لى أخ و هلك و اوصى الى أخ أكبر منى و أدخلنى معه فى الوصية و ترك ابنا صغيرا و له مال أ يضرب به أخى فما كان من فضل سلمه لليتيم و ضمن له ماله فقال ان كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا- بأس و ان لم يكن له مال فلا- يعرض لمال اليتيم فإنها غير ظاهرة فى اعتبار الملائة فى الولى فى صورة تجارته للطفل بل ظاهرها اعتبارها فى صورة استقراض الولى و لا يكون فرض دفع الربح الى اليتيم قرينه على كون تجارته

(١) الوسائل الجزء (١٦) باب (٣٤) من أبواب العتق.

(٢) الوسائل الجزء (٦) الباب (٢) من أبواب من يجب عليه الزكاة الحديث (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٠

.....

لليتم مع ان الرواية ضعيفة سندا و لا يمكن الاعتماد عليها فى رفع اليد عن القواعد العامة.
 لا يقال يظهر من بعض الروايات جواز استقراض الولى من مال الطفل و لو مع عدم الملائة و فى رواية البيهقي قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه و ينوى أن يردّه فقال لا ينبغي له ان يأكل إلا القصد و لا يسرف فان كان من نيته ان لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا.
 (فإنه يقال) مع ظهورها فى الترخيص فى الاستقراض لقوته لا- للتجارة و نحوها و معارضتها بما هو من قبيل الحاكم بالإضافة إليها كرواية زرارة و محمد بن مسلم معا عن أبى عبد الله عليه السلام قال (مال اليتيم ان عمل به الذى وضع على يديه ضمن و لليتم ربحه قال- قلنا له قوله وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ قال انما ذلك إذا حبس نفسه عليهم فى أموالهم فلم يجد لنفسه فليأكل بالمعروف من مالهم لا يمكن الاعتماد عليها لضعف سندها.

و الحاصل ينحصر ضمان مال الطفل و كون تمام الربح لليتم بموردتين:

أحدهما- ما إذا كان العامل أجنبيا يعمل بمال الطفل من غير ولاية و وكالة عن وليه و ثانيهما- ما إذا لم يكن وليه مليا و قد استقرض مال الطفل و اتجر به لنفسه و فى صحیحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى مال اليتيم قال العامل به ضامن و لليتم الربح إذا لم يكن للعامل مال و ان عطب أده.

فإنه يرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى الولى الملى المستقرض مال الطفل و التجارة به لنفسه بما تقدم و قد ذكر كون الربح لليتم فى صورة عدم ملائة الولى فى صحیحه ربعى المتقدمة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩١

و ربما يؤيد المطلب أيضا برواية ابن أشيم (١).

ثم انه لا- فرق فى كون تمام الربح لليتم بين كون الاتجار بعين مال اليتيم أو أدى العامل به ما عليه من ثمن ما اشتراه بذمته و فى صحیحه زرارة و بكير معا عن أبى جعفر عليه السلام قال ليس على مال اليتيم زكاة الا ان يتجر به ففيه الزكاة و الربح لليتم و على التاجر ضمان المال فان هذه ايضا تعم ما إذا كان التاجر بمال الطفل وليا أو غيره.

فتحصل من جميع ذلك ان مفاد هذه الروايات أجنبى عن بيع الفضولى بل و لا استيناس فيها له و أن الحكم الوارد فيها تعبدى و هو

الحكم على المعاملة بكون ربحها للطفل حتى فيما إذا كان ذلك على خلاف القواعد كما إذا اشترى غير الولي بضمن بدمته و دفع ما عليه من مال الطفل أو اشترى الولي غير الملى كذلك.

و بذلك يظهر أن ما قيل من أن حكم الشارع بثبوت الربح لليتيم اجازة للمعاملة الفضولية غير صحيح، فان مقتضى الإجازة فى المثاليين وقوع المعاملة للمتجر لا- للطفل كما ظهر انه لا- يمكن تطبيق الروايات على القاعدة بدعوى أنه إذا لم يجز للولى الاستقراض بمال الطفل و كان القرض محكوماً بالبطلان تكون المضاربة واقعة على مال الطفل فيكون الربح له فان ظاهرها كون تمام الربح لليتيم و هذا لا- يناسب صحة المضاربة كما ان كون الخسران على الذى وضع يديه بمال الطفل لا يناسبها. أضف الى ذلك انه إذا كان اشترى العامل بدمته و دفع مال اليتيم أداء لما عليه لا تقتضى القاعدة إلا بطلان الأداء لا دخول الربح فى ملك اليتيم.

(١) أقول يحتمل كون العبد المأذون مأذونا حتى من قبل الورثة بالبيع و الشراء لهم بان كان لهم عنده مال غير الألف الذى دفع اليه مورثهم و على ذلك فمطالبتهم باب العبد المأذون، ليس من اجازة شراء الفضولى ليؤيد بهذه الرواية
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٢

.....

صحة عقد الفضولى بلحوق الإجازة به و يحتمل كون دعوى الورثة من جهة ان العبد المعتقد بالكسر كان وكيلا من قبل أبيهم لا وصيا عنه حيث لم يصرح فى الرواية بأنه أوصى الى العبد المدفوع اليه المال و بما ان الوكالة تبطل بموت الموكل فدعواهم ان الشراء كان بعين مالهم بمنزلة اجازة لشراء الفضولى.

ثم ان الحكم بعود المعتقد بالفتح رقاً لمولاه الأول باعتبار ان الورثة و مولى العبد المأذون و مولى العبد الحاج لا دعوى لهم على العبد المأذون بان يطالبوه بحق لازم عليه بل المخاصمة تكون بين ورثة الميت و مولى العبد المأذون و مولى العبد الحاج و كل من الورثة و مولى العبد المأذون يدعى مالكية العبد الحاج بالشراء وكالة أو بإجازة شراء الفضولى و ينكر ذلك عليهم مولاه يعنى مالكة الأول و الأصل المعتبر و هو استصحاب عدم الانتقال مقتضاه كون مالكة الأول منكرة.

(لا يقال) لا مجال للاستصحاب المزبور حيث ان أصالة الصحة فى الشراء تكون حاكمة عليه فإنه يقال إنما تجرى أصالة الصحة مع إحراز تحقق أصل الشراء كما إذا شك فى بعض شروط صحته و اما مع عدم إحراز وجود أصل المعاملة و تحقق عنوانها فلا مورد لأصالة صحتها و المقام كذلك فإنه على إنكار مولى المعتقد بالفتح لا يحصل الشراء أصلا.

(لا يقال) يؤخذ بإقرار العبد المأذون بأنه اشترى أباه بما دفعه اليه الرجل كما هو مقتضى قاعدة من ملك شيئاً أى تصرفاً ملك الإقرار بذلك التصرف.

(فإنه يقال) لا مجرى فى المورد للقاعدة أيضاً حيث يقبل إقرار المالك بالعمل أى اخباره عن وقوعه أولاً و وقوعه مع إحراز أنه سلطان للعمل المزبور فى زمان اخباره لا بعد انقضاء زمان سلطنته على ذلك التصرف مثلاً إذا أخبر الزوج بالرجوع فى زمان عدة زوجته فان كان اخباره فى زمان العدة يقبل منه و بعد انقضائه لا يقبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٣

.....

و فى المقام إقرار العبد المأذون بأنه اشترى بالمال الذى دفعه اليه الرجل إقرار بعد انقضاء زمان وكالته عن المورث فلا يسمع. أضف الى ذلك ان القاعدة المزبورة موردها اختلاف الوكيل مع موكله لا مورد دعوى موكله على الآخر أو بالعكس بان يكون اخبار الوكيل موجبا لثبوت حق موكله على الآخر أو العكس كما إذا قال موكله باع و كيلى المتاع بمائة و قال المشتري بل اشتريته بثمانين

فان اعتراف الوكيل بكون الثمن مائة لا يوجب تعيين الثمن بل يحسب الوكيل على تقدير عدالته شاهداً و تفصيل الكلام موكول الى محله.

نعم في الرواية إشكال آخر و هو انه كيف حكم الامام عليه السلام بصحة الحج مع اشتراط الحج بكون الحاج حراً أو يكون حجة بإذن مولاه و كيف يستحق الأجره مع ان المال المدفوع اليه ملك الورثة.

و (الجواب) عن ذلك بان الرواية غير ناظرة إلى صحة الحج بل ظاهرها ان العبد الحاج قابل للرد الى مواليه و لكن حجه لتصرمه و انقضائه غير قابل للرد ضعيف فان ظاهر مضي الحج صحته و ظاهر عدم رده عدم جواز استرداد ما دفع اليه بعنوان الأجره على الحج.

و الحاصل ان عدم جواز حج العبد من غير اذن مولاه ليس من جهة حرمة تصرف العبد في ملك مولاه ليقال بأنه لا تثبت هذه الحرمة مع غفلة العبد عن بطلان عتقه فيعم الحج ما دل على مشروعية حج الإنسان عن نفسه أو غيره بل عدم جوازه باعتبار اشتراط اذن مولاه في حجه كما هو ظاهر قوله سبحانه عَيْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و ظاهر الروايات الواردة في حج العبيد و الإمام فلا حظ و الذي يسهل الأمر ضعف الرواية سندا فان الشيخ (ره) رواها بإسناده عن الحسين بن سعيد عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٤

و مما يؤيد المطلب صحيحه الحلبي (١).

ابن محبوب عن صالح بن رزين عن ابن أشيم و صالح بن رزين و ان وقع في اسناد تفسير علي بن إبراهيم الا ان ابن أشيم ضعيف. (١) رواها الشيخ (ره) بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي و ظاهر أخذ الثوب بوضيعة الا قاله بتنقيص من ثمنه فيكون النهي عن الأخذ المزبور كما هو مقتضى النهي عن المعاملة إرشادا إلى بطلانها و على ذلك فإذا باعه البائع ثانياً يكون بيعه من المشتري الثاني فضولياً و حيث ان مشتريه الأول المالك للثوب واقعا كاره للثوب يكون أخذه التفاوت عنده رده عليه اجازة للبيع الثاني.

و ربما يقال ان الرواية لا ترتبط ببيع الفضولي أصلاً فإنه لم يفرض في الرواية ان المشتري الأول قد أجاز البيع الثاني و لعله لا يرضى بالبيع الثاني بعد وقوعه لزيادة القيمة السوقية للثوب بعد إقالته و لو كان الحكم بصحة البيع الثاني باعتبار كونه فضولياً قد لحق به الإجازة لزم رد تمام الثمن فيه، على المشتري و استرداد المدفوع إليه بالإقالة الفاسدة بل الظاهر ان البيع الثاني بيع تام يقع للمشتري الأول حيث ان رده الثوب على بائعه بوضيعة إبراز منه لرضاه ببيعه بأكثر من ثمنه و مع هذا الإبراز يقع البيع الثاني من البائع مقارنة لرضاه المبرز فيصح.

(أقول) كيف يكون مع غفلة البائع و المشتري الأول عن بطلان الإقالة إبراز من المشتري الأول و الاذن منه للبائع ببيعه بأكثر من ثمنه نظير ما إذا باع متاعه ببيع فاسد شرعاً فإنه كيف يمكن الالتزام ان البيع المزبور مع الغفلة عن فسادة توكيل للمشتري ببيعه بأزيد من الثمن المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٥

و يمكن التأيد له ايضاً (١).

نعم في مثل ما وكل الغير في بيع متاعه بالأقل باعتقاد ان متاعه لا يساوي أكثر من ذلك يكون ذلك توكيلاً بأكثر من المقدار المزبور و قد ذكر نظير ذلك في توكيل رسول الله صلى الله عليه و آله عروءة بشراء شاة واحدة بدينار فاشترى شاتين فان التوكيل المزبور يدل بالفحوى على توكيله في شراء شاتين بالمقدار المزبور.

و الحاصل الظاهر وقوع المعاملة المزبورة بنحو الفضولي و كراهة المشتري الثوب المزبور و أخذه ما زاد على المقدار المدفوع اليه عند

رده عليه اجازة عملية للبيع المزبور كما ان أخذ ذلك التفاوت مبادلة معاطية بين المدفوع إليه أولاً و مقدار مساويه الباقي بيد البائع و يتعين الالتزام بها سواء كان البيع الثانى من البيع الفضولى أو من البيع التام باعتبار الرضا المبرز بالإقالة.

(١) لا يخفى ان حمل الوثيقة على صورة كون شراء السمسار فضولياً لجيره دافع الورق فيما أراد و يرده فيما لم يرد ضعيف غاية فإنه ان فرض ان مالك الورق قد اذن له فى شراء المتاع فشرائه يخرج عن الفضولى لا محالة و ان لم يأذن له فى شرائه فالشراء و ان يكون فضولياً الا ان لازم ذلك ان لا يكون للسمسار حق المطالبة بالأجرة على شرائه حتى بعد اجازة مالك الورق فان الموجب لاستحقاق الأجرة توكيله أو الاذن فى الشراء و المفروض عدمهما.

و كذا لا تحمل على شراء السمسار لنفسه بان يكون الورق المدفوع اليه قرضاً عليه فيشترى به المتاع لنفسه أو يوفى به دينه أى الثمن الكلى بذمته فان هذا لا يناسب توصيف السمسار بأنه يشتري بالأجر فان توصيفه به بمنزلة ذكر انه فى فرض السؤال أيضاً يشتري بالأجر و الا لم يكن للتوصيف المزبور معنى فان السمسار و هو الدلال شأنه أخذ الأجرة على شرائه و بيعه للغير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٦

[الأخبار الواردة فى تحليل الخمس]

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة (١)

و أيضاً ان السمسار مع شرائه لنفسه ثم يبيعه لصاحب الورق، لا يستحق على الشراء المزبور أجره أصلاً غاية ان له ان يبيع ما اشتراه بالأكثر، فيتعين فى فرض الرواية الشراء لصاحب الورق مع جعل الخيار له، و لعل نظر السائل ليس السؤال عن جواز هذا النحو من الشراء، بل عن عدم إعطاء صاحب الورق الأجرة على شراء السمسار فى فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

و حاصل الجواب انه لا بأس بذلك بعد المقابلة بأنه لا يعطى أجره على شراء متاع لا يريد أخذه، و الله سبحانه هو العالم.

(١) و توضيحه ان مجرد اجراء النكاح و عقده، لا يكون محرماً على العبد تكليفاً فان إجرائه كسائر تكلمه لا يكون من المحرمات و لو مع عدم اذن صاحبه، و المراد من معصية السيد عدم حصول رضاه مع اعتبار حصوله فى نفوذ نكاحه، و الاستفادة من تلك الاخبار انه كلما كان نقص المعاملة و عدم نفوذها من جهة معصية أحد يعنى من جهة فقد رضاه من يعتبر فى نفوذها رضاه، فتتم تلك المعاملة بحصول ذلك الرضا و لو بعد زمان، و هذا بخلاف المعاملات التى يكون عدم نفوذها باعتبار عدم رضاه الشارع بها كالنكاح فى العدة، فإنه لا يحتمل عروض الصحة له.

و مما ذكرنا يظهر ان هذه الاخبار تفيد فيما كان نقص المعاملة من جهة اعتبار الرضا فقط كبيع الراهن بدون رضا المرتهن، و اما إذا كان عدم نفوذه من جهة عدم إضافته أيضاً الى المالك كما هو مورد كلامنا، فلا.

و يستدل على صحة بيع الفضولى بروايات تحليل الخمس للشيعة مطلقاً أو فى خصوص المناكح و المساكن و المتاجر فان المراد بالمناكح الجوارى التى تدخلن فى الرق بالأسر، فهن اما ملك الامام عليه السلام كما إذا وقعن فى الأسر فى الحرب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٧

.....

بلا اذنه عليه السلام أو ان له عليه فيهن الخمس، كما إذا كان الحرب باذنه عليه السلام فيكون شرائهن ممن عنده من الشراء فضولاً و تحليلهن للمشتري فيما إذا كان شيعياً من لحوق الإجازة بالشراء المزبور فينتقل الخمس الى بدلهن و هو الثمن الذى يأخذه البائع.

و كذا الأراضى التى تكون ملكاً للإمام عليه السلام، كالتى تؤخذ من الكفار بالحرب من غير اذنه عليه السلام أو تكون له فيها الخمس

كالأرض المشتراة من الذمي فيما إذا تملكها باسئرائها من المسلم فإنه إذا باعها الذمي من الشيعي يكون الشراء فضوليا بالإضافة إلى خمس الأرض و تحليل تلك الأرض للمشتري اجازة لشرائها، والمراد بالمتاجر الأموال المشتراة المتعلقة بها الخمس بيد من لا يعتقد بالخمس، فان شرائها من البائع المزبور يكون من الشراء الفضولي و تحليلها للمشتري الشيعي اجازة لشرائها، كما ذكر.

بل ذكرنا في محله ان ظاهر اخبار التحليل هو تحليل الخمس مطلقا سواء كان من قبيل المناكح و المساكن أو المتاجر بالمعنى المزبور أولا، و مقتضى الجمع بينها و بين مثل صحيحه على بن مهزيار الدالة على ان الخمس في كل ما يفيد الرجل الى ان قال (ان يبلغ مواليه بإيصال حقه عليه السّلام اليه أو وكيله) هو ان الذي يتعلق الخمس بالمال في يده مكلف بإيصاله إلى أربابه و انه لم يتعلق بالخمس المزبور حل بالإضافة اليه و اما الذي يقع هذا المال بيده قبل إخراج خمسه لا يجب عليه إخراج الخمس السابق، و انه يحل له تمام ذلك المال.

و على ذلك فلو اشترى متاعا تعلق به الخمس في يد بايعه، يملك تمام ذلك المتاع كما هو مقتضى شمول اخبار التحليل للمشتري و ينتقل الخمس بثمنه المدفوع كما هو مقتضى عدم تحليل الخمس للبائع و إذا وصل الى يد الشيعي من غير معاوضة كما إذا
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٨

.....

دفع المشتري ما فيه الخمس إلى البائع وفاء لما عليه من الثمن الكلي فيمكن أن يقال بضمان المشتري الخمس حيث ان دفعه اليه وفاء لما عليه من الثمن مع تحليل الخمس للبائع إتلاف منه للخمس فيضمن و كذا في موارد دفعه الى المشتري مجانا بخلاف ما إذا كان انتقال ذلك المال إلى الشيعي بحكم الشارع فقط كما في موارد إرث المال الذي تعلق به الخمس بيد المورث، فان مقتضى تلك الاخبار حل ما فيه الخمس للمورث، و المورث لا يضمن الخمس حيث انه لم يدفعه ليضمن إتلافه، و هكذا.
و يشهد أيضا على ان من بيده تعلق الخمس بالمال، مكلف بإخراجه صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام في الرجل من أصحابنا يكون في لوائهم و يكون معهم فيصيب غنيمه قال يؤدي خمسا و يطيب له و صحيحه حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السّلام قال خذ مال الناصب حيثما وجدته و ادفع إلينا الخمس و في موثقه عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام انه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل قال لا الا ان لا يقدر شيء بأكل و يشرب و لا يقدر على حيلة فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت و في صحيحه ابن ابي نصر قال كتبت الى ابي جعفر عليه السّلام الخمس أخرجه قبل المؤنة أو بعد المؤنة فكتب بعد المؤنة، الى غير ذلك.

نعم ورد في بعض الروايات التحليل بالإضافة الى من تعلق الخمس بيده و لكن مدلولها تحليل شخصي لا يمكن التعدي أو استفادة الحكم الكلي، كروايتي مسمع بن عبد الملك و على بن مهزيار.

ثم ان الروايات الواردة في تحليل الخمس للشيعه قد تذكر شاهده لتتمام شراء الفضولي بلحوق الإجازة به بل قيل ان التحليل اجازة بنحو الكشف كما هو مقتضى قول علي عليه السّلام (الا و ان شيعتنا من ذلك و آبائهم من حل) و ربما يذكر انه قد
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٩٩

.....

تقدم عدم خروج البيع عن الفضولية بمجرد مفارنته برضا المالك واقعا بل لا بد من إبراز الرضا و عليه فيقل الكلام في ان مجرد إبراز الرضا كاف في خروجه عن الفضولية و ان لم يصل ذلك الإبراز إلى العاقد كما إذا باع مال الغير قبل وصول إبراز المالك رضاه اليه أو انه يعتبر في خروجه عن الفضولية وصول ذلك الإبراز إلى العاقد قبل عقده المعبر عن ذلك بالاذن الظاهر هو الثاني لأنه لا يصح

استناد البيع إلى المالك وانه قد باع ماله مع حصول العقد من العاقد قبل وصول ذلك الإبراز إليه فيكون الإبراز المزبور من الإجازة اللاحقة للبيع الفضولي أقول هذا الكلام عجيب فإنه إذا لم يكن الإبراز المزبور مصححا لاستناد البيع إلى المالك، فكيف يعتبر ذلك الإبراز اجازة مع انه يعتبر في الإجازة كونها مصححة لاستناد العقد إلى المميز.

و بعبارة أخرى كما يعتبر في صحة الاستناد وصول إبراز الرضا من المالك إلى العاقد كذلك يعتبر فيها وصول خبر البيع إلى المالك و إظهار رضاه به بعد الاطلاع المعبر عن ذلك بالإجازة.

و الحاصل انه لا يعقل ان يكون إبراز الرضا من على عليه السلام توكيلا للشيعة في الشراء أو اجازة منه لذلك الشراء حيث لا يعقل الوكالة لما بعد موت الموكل أو الإجازة للعقد الواقع بعد موته و الصحيح ان التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولي و لا بالتوكيل فيه ليقال انه كيف يصحح استناد الشراء إلى الامام عليه السلام بل هو من قبيل إعطاء الولاية لمن ينتقل إليه ما فيه الخمس على المعاملة عليه نظير إعطاء الموصى الولاية على الوصى على التصرف في ثلثه بإجارته أو بيعه أو بيع منافعه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٠

و فيه ان دلالة على الحصر ممنوعة (١)

و قد تقدم نظير ذلك في شراء الخراج و تقبل الأرض من السلطان حيث ذكرنا ان تحليل الخراج المأخوذ منه و تحليل تلك الأرض، إعطاء ولاية للمشتري و المتقبل في الشراء و التقبل.

(لا يقال) تحليل الخمس للشيعة لا يلزم الحكم بصحة شراء الخمس ليتكلم في انه بنحو التوكيل أو الإجازة أو من إعطاء الولاية بل مقتضاه أن يجوز للشيعة تملك ما فيه الخمس فإذا اشترى متاعا تعلق به الخمس بيد بايعه، فمقتضى اخبار التحليل، انتقال ذلك المتاع بتمامه إلى المشتري و لو تملك البائع تمام الثمن يكون ذلك تحليلا للخمس له فلا بد من القول بأنه لا يملك من الثمن المقدار الواقع مقابل خمس المتاع بل يبقى ذلك المقدار من الثمن في ملك المشتري فيجوز له الامتناع من دفعه إلى البائع على تقدير تمكنه على الامتناع و كذا في مورد اشتراء المتاع بثمن فيه الخمس فإنه يكون تمام الثمن ملكا للبائع، و اما المتاع فخمسه يبقى في ملك البائع فيجوز له الامتناع عن دفعه إلى المشتري و على تقدير دفعه لا يدخل في ملك المشتري.

(فإنه يقال) لسان اخبار التحليل ان التحليل لتسهيل الأمر على الشيعة في معاملاتهم و مناكحهم و معاشراتهم، و هذا يناسب إمضاء المعاملة الجارية على مال الخمس أو إعطاء الولاية على تلف المعاملة لا الاذن في تملك كل ما وقع بيده مما فيه الخمس و لو كان ذلك الوقوع عدوانا على من تعلق الخمس بالمال في يده أو على أرباب الخمس.

(١) قد تقدم في بيان صحة بيع المكره بلحوق الإجازة به بيان كون الاستثناء في الآية منقطعا فلا دلالة فيها على الحصر و ان مقتضى

تقييد التجارة بكونها عن تراض، عدم كونها بإطلاقها موجبة لتملك مال الغير و اما كون التجارة ناشئة عن التراضي بحيث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠١

.....

لا ينفع لحوق الإجازة بها فلا يعتبر باعتبار ان القيد كما ذكر غالبى لا يمنع عن التمسك في صحتها مع لحوق الإجازة بها بإطلاق حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقد.

لا يخفى ان المنسوب إلى أهل الكوفة قراءة تجارة بالنصب و الباقي بالرفع و على قراءة رفعها يكون عن تراض قييدا للتجارة أو خبرا عنها و الخبر في معنى القيد لها و اما على قراءة النصب فيحتمل ان يكون عن تراض خبرا بعد الخبر فمفاد الآية لا تملكوا أموال الناس بالباطل و تملكوها بالتجارة و بالتراضي و المصالحه، و على ذلك فلا يكون في الآية، تقييد التجارة بكونها ناشئة عن التراضي و لكن

غلبه توصيف النكرة و منها التجارة في الآية يوجب كون الظرف قيذا لا خبرا بعد خبر.

ثم انه (ره) قد قرب شمول الآية للعقد الفضولي بلحوق الإجازة به و ان مقتضى الآية صحته حتى على تقدير كون القيد قيذا غير غالبى و ان له مفهوما كسائر القيود و وجه التقريب ان خطاب النهى متوجه الى الملاك و انهم قد نهوا عن يأكل بعضهم مال بعض آخر بالوجه الباطل بل يجوز التملك بتجارة الملاك الناشئة عن رضاهم و من الظاهر ان التجارة قبل اجازة المالك لا تكون تجارته بل يتم استنادها اليه بإجازتها فتكون تجارته عن رضاه كما لا يخفى.

وقد ذكر اليزدى (ره) الصحيح فى الجواب عن الاستدلال بالآية على بطلان بيع الفضولى هو كون خطاب النهى متوجه الى الملاك بالتقريب المزبور و الا فدعوى ان الاستثناء فيها منقطع فلا يدل على الحصر غير صحيحة لأن الاستثناء المنقطع فى نفسه مستحيل فإنه لا يصح ان يقال ما رأيت من العلماء أحدا إلا بطيخا و ما جئنى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٢

.....

زيد الا عمرو و من الظاهر انه لو كان إلا فى موارد الاستثناء المنقطع بمعنى (لكن) لصح كلا الاستعمالين و عدم صحتهما كاشف عن أن إلا فى جميع موارد استعماله يستعمل فى الاستثناء.

غاية الأمر يكون المراد من المستثنى منه ما يعم الاستثناء ادعاء بان يراد فى قوله ما جئنى من العلماء الا خادمهم العلماء و من يتعلق بهم و على ذلك ففى قوله سبحانه **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ** لا يكون المستثنى منه شيئا من المذكورات فيها من الأكل و الأموال و الباطل بل المستثنى منه محذوف و هو بشىء من الأسباب و المعنى لا تأكلوا أموالكم بينكم بشىء من الأسباب فإنها باطله الا ان يكون ذلك السبب تجارة عن تراض فقد حذف المستثنى منه و أقيم علته مقامه نظير قوله سبحانه **وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ** و **إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ**.

(أقول) لا يقاس آية النهى عن الأكل بشىء من الآيتين فى حذف الجزاء و قيام تعليقه مقامه فان المذكور فيهما لا يصلح ان يكون جزاء مترتبا على الشرط الوارد فيهما و لكن الأمر فى آية النهى عن الأكل ليس كذلك و ليس فيها تلك القرينة و لم يذكر فيها لا تأكلوا أموالكم بينكم فان أكلها باطل بل قوله سبحانه بالباطل فى نفسه ظاهر فى كونه متعلقا بالأكل الوارد عليه النهى و انه عنوان لسبب الأكل لظهور الباء فى السببية فيكون المنهى عنه هو الأكل الخاص و هو الأكل بسبب الباطل فيكون التجارة عن تراض من الاستثناء المنقطع فإنه لو لا الاستثناء لما تدخل فى المستثنى منه.

و ما قيل فى وجه استحالة استثناء المنقطع و عدم كون الا بمعنى لكن و الاستشهاد بالمثالين المتقدمين غير صحيح غاية الأمر ان لا يكون إلا فى موارد استثناء المنقطع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٣

[الاستدلال على بطلان البيع فضولا]

و اما السنة (١)

بمعنى لكن بل بمعنى الاستثناء و لو ادعاء و هذه الادعاء صحيحة فيما كان المستثنى مناسبا للمستثنى منه و لا يستلزم ان يكون المراد بالمستثنى منه معناه المجازى ليعم المستثنى فإذا قيل ما جئنى من العلماء الا خادمهم فالمستثنى مع المستثنى منه يعد فى العرف عائلة

و الأكل بالتجارة مع الأكل بالأسباب الباطلة يعد تملكا بالسبب و هكذا و هكذا فلاحظ و تدبر.

(١) الروايات التي ذكرها في المقام على طوائف:

الأولى- ما تضمن النهي عن بيع ما ليس عنده و في النبوي المحكى في اخبار العامة قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك و في رواية سليمان ابن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام و رواية حسين بن زيد عن الصادق عن آبائه في مناهي النبي صلى الله عليه و آله قال و نهى عن بيع ما ليس عندك و عدم حضور المبيع عند البائع كناية عن عدم تمكنه على تسليمه لعدم ملكه حال البيع و ذلك للجزم بعدم اعتبار وجود المبيع في مكان يكون البائع فيه حال البيع.

و على ذلك فتكون هذه مساوية للطائفة الثانية و هي- ما تضمن نفى البيع إلا إذا تعلق بملكه كقوله في النبوي الآخر لا بيع الا فيما يملك بعد قوله لا طلاق إلا فيما يملك و لا عتق الا فيما يملك و هذا كما يظهر من الروايات المتعددة «١» إلغاء للبيع قبل الملك و إلغاء للطلاق قبل الزواج و العتق قبل الملك و لو بان يقول لو تزوجتك فأنت طلاق أو لو تملكتهك فأنت حر.

الثالثة ما تضمن نفى الجواز عن بيع غير الملك و في التوقيع لا يجوز بيع ما ليس يملك

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (١٢) أبواب مقدمات الطلاق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٤

.....

و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١) و لكن لا يخفى ان ظاهره عدم نفوذ بيع ما لا يملكه بايعه.

و اما انه لا يتم أيضا لملكه بإجازته فلا تعرض له في الصحيحة بقريته الحكم في ذيلها بوجوب البيع و لزومه فيما يملك فإن المقابلة المزبورة مقتضاها ان النفي و الإثبات بالإضافة إلى البائع فقط.

الرابعة صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال سئل رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هي أرضهم و أهل الأسنان يقولون هي من أرضنا فقال لا تشتريها الا برضا أهلها «١» و رواية الحميري انه كتب الى صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه الشريف الى ان قال فأجابه الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها أو بأمره أو رضى منه «٢» و الرواية مرفوعة لعدم ذكر الطبرسي سنده إلى الحميري و المراد برضا المالك هو الرضا المحرز بإظهاره و الا فلا عبرة بالرضا المعلوم بغيره و لا يخرج العقد به عن الفضولية كما مر بيانه عند التعرض لقضية عروة البارقي و كذا الحال في الرضا الوارد في صحيحة محمد بن مسلم و اعتبار رضا أهل الأرض في تلك الصحيحة باعتبار انهم ذوى اليد عليها.

و الحاصل مدلول الروايتين دخالة رضا المالك في تمام البيع و الشراء و هذا مما يقبله القائل بتمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة به فان اجازة المالك إظهار لرضاه.

بالبيع و الشراء كما تقدم.

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٢) أبواب عقد البيع الحديث (١).

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب (١) أبواب عقد البيع الحديث (٣-٨-٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٥

الظاهر من الموصول (١).

الخامسة- رواية محمد بن القاسم الفضيل قال سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها قال قل له ليمنعها أشد المنع فإنها باعته ما لم تملكه «١» و لا يخفى ضعف الرواية سندا لعدم ثبوت توثيق لأبي عبد الله البرقي مع انها لا ترتبط بصحة بيع الفضولي بلحوق الإجازة و عدمها فان مدلولها عدم جواز القبض و الإقباض للبائع غير المالك و هذا أمر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به و بين المنكرين له.

(١) المراد بما الموصولة في قوله صلى الله عليه و آله العين الخارجى بقريته ما ورد في صحة بيع الكلى على الذمة حالا أو سلما و لو مع عدم تملك شىء منه حال البيع و قد ورد في بعض الروايات الرد على العامة حيث انهم يجوزون بيع الكلى سلما و لا يجوزون بيع الكلى حالا من غير ان يكون البائع مالكا له حال البيع كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال ليس به بأس قال قلت انهم يفسدونه عندنا قال و أى شىء يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا إلى أجل فإذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال إذا لم يكن إلى أجل كان أجود «٢».

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (١) أبواب عقد البيع الحديث (٣-٨-٢)

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب أحكام العقود الحديث (١) ص ٣٧٤.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٦

و من البيع البيع لنفسه (١).

و هذا الرد منه عليه السلام مبنى على مسلك العامة من أخذهم فى الأحكام بالاستحسان و القياس الى موارد النص و بما ان جواز السلم مورد النص عندهم و ان تسليم المبيع منه يكون بعد مدة لا يعلم تمكن البائع فيه عليه فيكون بيع الكلى حالا مع إحراز التمكّن على تسليمه اولى بالجواز.

و بعبارة أخرى لو كان النهى عن بيع ما ليس عنده أو ليس ما يملكه مطلقا فلا بد من رفع اليد عن إطلاقه و حمله على صورة كون المبيع عينا خارجيا أو بنحو الكلى فى الخارج.

(لا يقال) هذه الروايات مع ضعف إسنادها معارضة بما دل على جواز بيع الكلى على الذمة حالا فتحمل على رعاية التقيّة لوقوعها مورد التكذيب.

(فإنه يقال) ليس فى الروايات المشار إليها ما يدل على تكذيب المنقول عن النبي صلى الله عليه و آله بل مدلولها جواز بيع الكلى على الذمة حالا أو سلما فتكون مقيدة للنهى المنقول و لا تصل النوبة مع الجمع العرفى بين المتعارضين الى طرح أحدهما أو حمله على رعاية التقيّة كما هو المقرر فى بحث التعارض.

(١) و الوجه فى ظهوره فى ذلك هو السؤال الوارد فيه حيث سأل الحكيم النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الشىء ثم اشترائه و تسليمه الى مشتريه.

و على ذلك فالمحتمل فيه أحد أمرين: الأول- كون النهى إرشادا إلى فساد البيع الذى إنشائه البائع غير المالك لنفسه و كونه لغو لا يقع له و لا- لمالكة حتى بالإجازة و يناسب ذلك للاستدلال به على بطلان بيع الفضولى و عدم صحته بالإجازة الثانى- كون النهى

إرشادا الى عدم وقوع البيع المنشأ عن بايعه الفضولى بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٧

.....

يعتبر في وقوعه ان يبيعه بعد ان يملكه و هذا يناسب السؤال الوارد فيه و لا- تعرض فيه لعدم وقوعه عن مالكة بإجازته و يرجع الى الاحتمال الثاني ما في روايتي خالد و يحيى الآيتين في مسألة بيع الفضولي لنفسه أى مسألة وقوع بيع الفضولي لبائعه كما إذا باع ثم ملك و أجاز حيث ان الخبرين يذكرا في تلك المسئلة وجها سابعاً من الوجوه المقتضية لبطلان ذلك البيع.

(لا يقال) خصوص المورد في النبوى لا يكون موجبا لتخصيص عموم الجواب أو إطلاقه و ظاهر النهى عن بيع ما ليس عندك أو نفى البيع عنه عدم تمام ذلك البيع لا عن بايعه الفضولى و لا عن مالكة و لو بإجازته.

(فإنه يقال) لو سلم هذا الإطلاق أو العموم لزم رفع اليد عنه بالأخبار الخاصة الواردة في عقد الفضولى و الدالة على ان المعاملة الفضولية تتم للمالك مع أجازته و ليس المراد حمل إطلاق النهى أو عموم نفى البيع على ما ذكر بقريئة و جوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع فإن النهى أو النفي في النبوى بالإضافة إلى دليل وجوب الوفاء بالعقود أو دليل حل البيع خاص أو مقيد و من المقرر في محله ان إطلاق المخصص أو المقيد يكون مقدما ما على عموم العام و إطلاق المطلق بل القرينة على حمل النبوى تلك الأخبار الخاصة الدالة على تمام بيع الفضولى لمالكة مع أجازته.

و ذكر المحقق الإيروانى في تعليقه ان النسبة بين الطائفتين اى الاولى و الثانية و بين ما دل على تمام البيع فضولا بلحوق الإجازة به عموم من وجه فإن الطائفتين ظاهرتان في فساد البيع لنفسه سواء اجازته المالك أولا فهاتان خاصتان من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه و عامتان بلحوق الإجازة به عدمه و ما دل على تمام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٨

و اما الروايتان فدالتهما على ما حملنا (١).

و ان أبيت إلا عن ظهور الروايتين (٢).

بيع الفضولى بلحوق الإجازة به خاصة من جهة لحوق الإجازة به و عامة من جهة قصد الفضولى البيع لنفسه أو لمالكة فيجتمعان فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه مع لحوق الإجازة به فمقتضى الطائفتين بطلانه و مقتضى ما ورد في تمام بيع الفضولى بلحوق الإجازة صحته فيتساقطان.

أقول لا- يخفى ان الكلام في المقام في المسألة الاولى من مسائل بيع الفضولى و هى ما إذا قصد الفضولى البيع عن مالكة مع لحوق الإجازة به و إذا كان ذلك محكوما بالصحة كما هو مقتضى كونه أحد موردى الافتراق، فيحكم بصحته بلحوق الإجازة به فيما إذا قصد الفضولى البيع لنفسه لعدم احتمال الفرق بين المسألتين على ما سيأتى مع انه بعد تساقط الإطلاق من الجانبين يكون المرجع إطلاق حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقود.

أضف الى ذلك ان النبوى مفاده عدم وقوع البيع للبايع الأجنبى سواء اجازته المالك أم لا- و اما وقوعه للمالك بإجازته سواء باع الفضولى لنفسه أو لمالكة فهو مفاد الروايات الخاصة الواردة في تمام بيع الفضولى بإجازة المالك فلا تعارض بينها و بين النبوى أصلا حيث ان المنفى في النبوى و هو وقوع البيع للبايع الفضولى لم يكن مورد الإثبات في تلك الروايات أصلا.

(١) المراد بهما روايتا خالد و يحيى.

(٢) المراد بهما مكاتبة الحميرى و صحيحة محمد بن مسلم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٠٩

و الجواب ان العقد (١).

(١) ذكر (ره) أولا- بأن إجراء العقد على مال الغير إذا لم يقصد ترتيب الأثر عليه بلا- اجازة مالكة لا يكون تصرفا في ذلك المال خارجا ليكون محرما تكليفا وقد مر سابقا ان إجراءاته لا يزيد على التكلم الذي لا يكون المتكلم متصرفا إلا في لسانه. نعم إذا كان البيع علة تاممة لترتيب الأثر عليه كما في بيع المالك أو الغاصب كان جواز العقد و حرمة تابعين لجواز ذلك الترتيب و حرمة.

أقول لا يكون بيع الغاصب أو المالك علة تاممة أصلا فإن القبض والإقباض أمر اختياري للمتعاقدين قد يترتب على البيع سواء كان صحيحا أو فاسدا وقد لا يترتب عليه و إذا كان ذلك القبض أو الإقباض تصرفا في ملك الغير فلا تكون حرمة موجبة لحرمة نفس العقد الذي لا- يخرج في حقيقته عن التكلم بالألفاظ و قصد المعاني منها نعم إذا كان البيع بنحو المعاواة يكون نفس القبض أولا إقباض بقصد حصول البيع تصرفا في ملك الغير فيكون المحرم نفس القبض والإقباض لا أحدهما بعنوان العقد كما لا يخفى. و ذكر ثانيا انه لو فرض كون إجراء العقد على مال الغير تصرفا و لكنه من قبيل الاستثناء بضوء الغير و الاصطلاء بناره من قبيل التصرف الجائر عقلا.

(أقول) الاستثناء و الاصطلاء من قبيل الانتفاع بمال الغير الذي لا يكون فيه تصرف و هذا الانتفاع محكوم في الشرع بالجواز لعدم الدليل على حرمة و مجرد إجراء العقد على مال الغير فضولا لا يكون من التصرف و لا من مجرد الانتفاع بمال الغير كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٠

.....

و ذكر ثالثا بأنه لا ملازمة بين العقد فضولا و بين حرمة حتى ما لو قلنا بحرمة التصرف و الانتفاع بمال الغير فإنه قد يعلم من الخارج و بالقرائن رضاء المالك بإجراء العقد على ماله و هذا لا يخرج عن الفضولية كما مر في التكلم في قضية عروة البارقي و على ذلك فلا يمكن الحكم بفساد العقد فضولا في كل مورد بدعوى انه محرم.

و ذكر رابعا انه على تقدير الملازمة بين فضولية العقد و حرمة فلا- يمكن الحكم بفساده فإن النهي عن المعاملة تكليفا لا يقتضى فساده.

و ذكر خامسا انه على تقدير استفادة الفساد من الحرمة فالمستفاد فساد العقد من ناحية البائع الفضولي بمعنى عدم كونه سببا مستقلا للنقل و الانتقال لا الفساد حتى من جهة مالكة و لو مع إجازته بأن يكون العقد جزء السبب فيتم بإجازة المالك.

و بما ذكر ظهر انه لو كان قصد العاقد الفضولي ترتيب الأثر على العقد و فرض سراية قبح هذا التجري إلى الفعل الخارجى يعنى العقد فلا يكون قبح ذلك العقد أو حرمة من جهة التجري مقتضيا لفساده الا بمعنى عدم كونه سببا تاما.

أقول: ما ذكره- من ان حرمة بيع الفضولي على تقديرها لا تلازم فساده كما هو المقرر في محله من ان النهي عن معاملة تكليفا لا تقتضى فساده- صحيح و اما- ما افاده من انه على تقدير اقتضاء حرمتها فساده لا يحكم ايضا بفساد العقد الفضولي و انه لا يتم بلحوق اجازة المالك لان مقتضى حرمة البيع فساده بمعنى عدم كونه سببا تاما في حصول النقل و الانتقال و هذا مما يعترف به القائل بصحة بيع الفضولي، فإنه يترتب عنده النقل و الانتقال على البيع المزبور مع لحوق الإجازة به- لا يمكن المساعدة عليه فان تمام السبب للنقل و الانتقال ليس هو نفس العقد، بل هو مع رضا المالك،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١١

.....

فتعلق النهى بنفس العقد في مورد مقتضاه انه لا يتم السبب بالعقد المزبور و لو مع لحوق رضا المالك به، و هذا هو المراد بفساد بيع الفضولي.

و عن النائيني (ره) ان النهى عن معاملة انما لا- تقتضى فسادها فيما إذا تعلق النهى بالسبب كما في النهى عن البيع وقت النداء فان مبعوضيته الإتيان بالإيجاب و القبول بما هو مفوت لصلاة الجمعة لا يقتضى مبعوضيه ملكية المتاع للمشتري بإزاء الثمن و اما إذا تعلق النهى بالمسبب كالنهى عن بيع السلاح من أعداء الدين و بيع المصحف من الكافر فمقتضى تعلق النهى بالمسبب عدم تمكن المكلف على إيجاده بالسبب و يعتبر في صحة البيع سلطنة البائع على جعل ملكية المتاع للمشتري و عدم كونه محجورا في هذا التصرف. و لذا ذكر الفقهاء بطلان الإجارة في الواجبات المجانية فإن إيجاب الشارع العمل على المكلف يوجب عدم سلطنته على ذلك العمل و كونه محجورا بالإضافة اليه و كذا ذكروا بطلان بيع مندور الصدقة فإن إيجاب الوفاء بالندر و التصديق بذلك المال يوجب عدم كون المالك سلطانا على التصرف و انتقاله إلى الآخر بالبيع و نحوه.

و الحاصل ان النهى عن المسبب باعتبار اقتضائه الحجر على المالك في جعل ملكية المتاع للغير يوجب بطلان البيع. (أقول) المنع عن البيع بمعنى المسبب حقيقته المنع عن اعتبار ملكية المتاع للمشتري و هذه الملكية أمر يعتبرها البائع و مبعوضيتها من المالك كما هو مدلول النهى عن المسبب لا ينافي إمضاءها على تقدير حصولها. و دعوى ان النهى يقتضى عدم تمكن المالك على إيجاده بالسبب فإن أريد إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٢

.....

عدم تمكنه حقيقة فبطلانه أوضح من ان يذكر. و ان كان المراد عدم التمكّن شرعا فلا معنى له الا مبعوضيته كما هو فرض حرمة تكليفها. نعم إذا كان النهى وضعيا فمفاده عدم إمضاء المسبب و هذا خارج عن مورد الكلام. و بالجملة النهى عن معاملة بمعنى النهى عن السبب أو المسبب لا يقتضى فسادها نعم إذا كان متعلق النهى التحريمي عملا يترتب على تمام البيع كحرمة القبض و الإقباض كما في بيع السلاح لأعداء الدين، حيث ان إقباضه شوكة لهم على المسلمين فيمكن دعوى ان حرمة الإقباض تنافي صحة البيع المزبور، فإنه لا يمكن ان يعمه دليل حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد فتأمل. و اما مسئلة نذر التصديق بالمال فان وجوب الوفاء بالندر و التصديق بذلك المال لا يوجب خروجه عن ملك الناذر كما انه لا يوجب النهى عن سائر التصرفات المنافية للتصدق به لأن الأمر بشيء لا يقتضى النهى عن ضده الخاص. و عليه فيبيع المال المزبور و ان يلزم ترك الوفاء بالندر الا ان البيع المزبور لم يتعلق به نهى فضلا عن كونه موجبا لفساده و المنسوب الى الفقهاء من التزامهم بفساد البيع المزبور خلافه محرز كما يظهر ذلك بالمراجعة إلى كلماتهم. نعم إذا كان نذر الصدقة بمفاد نذر النتيجة لما صح بيع المال المنذور، لخروجه عن ملك الناذر بالندر و دخوله في ملك المنذور لهم.

و اما مسئلة الإجارة على الواجبات فقد ذكرنا في ذلك البحث انه لا مانع من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٣

و ان الفضولي غير قاصد حقيقة (١) ان يسبقه منع المالك (٢).

أخذ الأجرة على الواجب إلا إذا كان متعلق الوجوب الإتيان بالعمل مجانا بمعنى إلغاء المالية عن ذلك العمل فإنه مع الإلغاء لم يصح

أخذ الأجرة عليه حتى لو كان مستحبا فضلا عن كونه واجبا.

(١) قد نسب هذا الوجه إلى السيد بحر العلوم أيضا ولعل مراده أنه يعتبر في صحة البيع إنشاء الملكية حقيقة بان يرى العاقد بنظره ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن، كما إذا كان العاقد مالكا أو وكيلًا أو وليا على المالك و أما إذا كان العاقد فضوليا و يبيع المال للمالك متوقعا لإجازته كما هو الفرض في المقام فلا ريب في أنه لا يرى ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن فيكون كبيع الهازل في كونه لغوا.

و الجواب أنه ان أريد أنه يعتبر في صحة العقد ان يرى العاقد ملكية المبيع للمشتري بإزاء الثمن مطلقا فاعتبار ذلك في حقيقة الإنشاء ممنوع فإنه كيف يعتبره ملكا للمشتري بإزاء الثمن و لو مع عدم قبول المشتري و ان أريد اعتبارها و لو معلقا فهو موجود في العاقد الفضولي أيضا فإنه يرى ملكية المبيع للمشتري معلقا على قبوله و اجازة المالك و مثل هذا التعليق لا يضر بصحة البيع فإنه تعليق على ما يتوقف حصول البيع عليه كما لا يخفى.

(٢) المسئلة الثانية ما إذا سبق منع المالك بيع الفضولي و عن فخر الدين ان هذا البيع ممنوع عند بعض من قال بتمام بيع الفضولي بلحوق اجازة المالك و يشير إلى ذلك كلام والده في التذكرة حيث حمل النبوي (أيا عبد تزوج بغير اذن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٤

.....

مولاه فهو عاهر أى زان) بعد تضعيف سنده على تزوجه بعد كراهة مولاه و منعه، و مقتضى إطلاقه عدم اعتبار لحوق الإجازة و رضا مولاه و إذا كان النكاح مع سبق المنع عنه كذلك يثبت هذا في غيره أيضا حيث ان الفرق بين النكاح و غيره من هذه الجهة ضعيف و يظهر اعتبار عدم سبق منع المالك من المحقق الثاني أيضا حيث ذكر في بطلان بيع الغاصب وجود القرينة العامة و هى الغصب على عدم رضا المالك ببيعه.

و كيف كان و قد ذكر المصنف (ره) في وجه عدم تمام هذا البيع بلحوق الإجازة أمرين: الأول- ان الدليل على صحة عقد الفضولي و تمامه بالإجازة رواية عروة البارقي و هى لا تشمل صورة سبق المنع.

أقول مقتضى ذلك ان يعتبر أيضا في صحته بلحوق الإجازة رضا المالك به حال العقد واقعا كما هو المفروض في قضية عروة البارقي.

الثاني- ان بقاء النهي إلى ما بعد البيع و عدم نسخة إلى حصوله بمنزلة رد البيع و فيه ان النهي السابق كاشف عن عدم رضا المالك بالعقد بمعنى كراهته له و سيأتى إنشاء الله تعالى ان مجرد عدم الرضا بالبيع و كراهته له لا يكفى في رده بل لا بد فيه من إلغاء إنشائه حتى لا ينفع لحوق الإجازة به و استظهار كفايته من بعضهم في مسئلة حلف الموكل بعدم اذنه للوكيل في الشراء و بطلان الشراء بهذا الحلف ممنوع لان بطلان الشراء انما هو فيما إذا كان للحلف ظهور في إلغاء الموكل الشراء فعلا و الا فالشراء المزبور أيضا، قابل للحقوق الإجازة.

و الحاصل ان ما دل على تمام بيع الفضولي بلحوق الإجازة به في المسئلة الأولى جار مع مؤيداته في هذه المسئلة أيضا و التفصيل بين المسئلتين بلا وجه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٥

مضافا إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس (١) الصريح في منعه عما عداه (٢) كما هو مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة (٣) و فحوى الصحة في النكاح (٤)

(١) حيث ان الوارد فيها ان وليدتي باعها بغير اذني و الدعوى المزبورة أى بيعها بغير اذنه يصدق مع النهى السابق عنه و بدونه و ترك الاستفصال فى الجواب مقتضاه، عدم الفرق بين الصورتين و تمام البيع بلحوق الإجازة به، و لكن لا يخفى انه لو كان قد نهى ابنه عن بيع الوليدة لكان الأنسب أن يذكره فى دعواه لا ان يدعى ان ابنه باعها بغير اذنه.

(٢) يعنى اشتراط رب المال على العامل صريح فى منع العامل عن غير ما اشترط عليه كما لو اشترط عليه ان يشتري غير الحيوان فإنه صريح فى منعه عن شراء الحيوان

(٣) حيث كان المفروض فيها اقالة البائع مع جهله بفسادها و معه يكون بيعه المتاع المزبور من المشتري الآخر بقصد كون البيع له.

(٤) كان مراده ما ورد فى نكاح العبد حيث يجعل نفسه فى إنشائه طرفا فى النكاح مع كونه فضوليا و لكن فيه ان الفضولية فى النكاح لعدم رضا مولاه بالنكاح، و طرفا النكاح العبد و المرأة و المولى خارج عن طرفيه، و انما يعتبر رضاه فى حصوله، و بعد الإجازة تثبت الزوجية المفروضة، بخلاف المقام، فإن الملكية المنشأة تكون للبائع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٦

مع ظهور صحيحة محمد بن قيس (١) لتوقع الإجازة (٢).

و هذا ليس بيعا (٣) مع اختصاصه ببيع الغاصب (٤)

الفضولى، و بعد الإجازة تثبت للمالك، فلا يستفاد صحة هذه من فحوى النكاح.

(١) لم يظهر وجه ظهورها فى ان بيع الوليدة فيها من ابن مولاهما كان بدعوى انها ملكه، بل من المحتمل كون بيعه بدعوى الاذن و الوكالة من أبيه.

نعم لا بأس بالتمسك بإطلاقها بمعنى ترك الاستفصال فى الجواب.

(٢) متعلق ببيع الغاصب يعنى قد يرضى المالك ببيع الغاصب الذى باع المال لرجاء ان يجيزه مالكة و يتملك ذلك المالك الثمن و هذا يتصور فى بعض صور الاستيلاء على مال الغير على وجه الضمان.

(٣) يعنى تمليك مال الغير للطرف مجانا، و تملك الثمن لنفسه من حقيقة البيع المفروض كونه نوعا من المعاوضة.

(٤) يعنى ما ذكر من عدم قصد المعاوضة حقيقة يكون فى بيع الغاصب، حيث مع علمه بان المتاع ملك الغير لا يمكن له، إنشاء المعاوضة و القصد بتملك الثمن لنفسه و إعطاء مال الغير، بل يكون تمليكه المتاع من الهبة فضولا، و تملكه الثمن من المشتري تملكا مجانيا، و اما غير الغاصب كالجاهل بفساد الإقالة فى صحيحة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٧

قصد المعاوضة الحقيقية مبنى (١)

الحلبى المتقدمة فهو يقصد دخول الثمن فى ملك من يخرج المتاع عن ملكه، غاية الأمر يكون مشتبهها فى تعيين مالك المتاع، فيكون كما إذا باع الولي مال أحد الطفلين باعتقاد انه للطفل الفلانى فبان بعد ذلك انه كان للآخر منهما، فان مثل هذا الاشتباه لا يمنع عن قصد المعاوضة حقيقة.

(١) يعنى كما ان فى مورد الاستعارة يكون اللفظ مستعملا فى معناه الحقيقى و يكون تطبيق ذلك المعنى بالعناية و الادعاء كذلك فى مورد بيع الغاصب يكون إنشاء المعاوضة و قصدها بصيغة بعث أو غيرها حقيقيا و يكون الغاصب قاصدا دخول أحد المالكين فى مورد خروج الآخر الا ان هذا الإنشاء منه بعد تنزيل نفسه و اعتباره مالكا للمبيع، و هذا التنزيل و النبأ هو المصحح لإنشاء المعاوضة، حيث يكون إنشائها بعد البناء المزبور، كإنشاء المالك من غير فرق بينهما.

نعم لو باع مال غيره لنفسه من دون البناء على كونه مالكا لم يحصل البيع لا له ولا للمالك حتى مع لحوق الإجازة و لذا ذكروا انه لو اشترى بماله لغيره بان يقصد تملك الغير المبيع من بائعه بإزاء ثمن يدفعه المشتري الى البائع بطل باعتبار ان مع القصد كذلك لا يتحقق المعاوضة.

و ربما ذكر بعض المحققين ان بيع الغاصب مال الغير لنفسه عكس ما ذكروه فيكون باطلا و لكن الأمر ليس كما ذكر فان عكسه ما إذا أعطى مال الغير و يقصد تملك الثمن من دون بناء أولا على كونه مالك المبيع فان هذا لا ينفعه الإجازة بخلاف صورة البناء على ملك المبيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٨

لان المفروض (١)

(١) هذا تعليل لعدم كون بيع الغاصب عكسا لما ذكروه و بيانه ان عكس ما ذكروه هو بيع مال الغير لنفسه بلا تنزيل نفسه أو اعتبار كونه مالكا للمبيع، بان يقصد خروج المبيع عن ملك آخر و دخول الثمن في ملك نفسه و هذا محكوم بالبطلان، و لا ينفعه اجازة المالك و لو فرض صحته بإجازته فرضا، يكون الثمن فيه ملكا للبائع لا المالك، كما انه لو فرض صحة شراء المال للغير بمال نفسه كان المال للغير، مع ان الكلام في بيع الغاصب في وقوع البيع للمالك مع أجازته، فلا بد من ان لا يكون المفروض في المقام عكس المسئلة المذكورة.

أقول قد يورد على ما افاده المصنف (ره) كما عن المحقق الإيرواني من ان المعاوضة المنشأة إذا كانت مبنية على الادعاء و التنزيل لا تكون المعاوضة حقيقة و خطاب حل البيع أو وجوب الوفاء بالعقد ناظر الى ما كان يباع حقيقة و عقدا واقعا و بتعبير آخر بناء الغاصب على تملك المتاع الذي باعه اما واسطة في العروض بان يبيع المتاع لعنوان مالكة و ادعى انطباق ذلك العنوان على نفسه. و هذا خلاف الوجدان، لما سيأتي من ان المتاع ملك للشخص، لا للعنوان، و لا يحصل الإنشاء على العنوان المزبور، و اما واسطة في الثبوت بان يبيع المتاع لنفسه بدعوى انه مالك و يرد عليه ان هذا بيع صوري و في الحقيقة يخرج المتاع عن ملك مالكة و قد قصد دخول العوض في ملك الغاصب، فيرجع المنشأ الى تملكين مجانيين فلا يعمه خطاب حل البيع و لا خطاب وجوب الوفاء بالعقد، اي العقد البيعي.

و لكن لا يخفى ما في الإيراد فإن بناء الفضولي على تملك المتاع لا واسطة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣١٩

.....

العروض و لا- واسطة في الثبوت و ذلك فان دخول العوض في ملك معطي المعوض من لوازم البيع و مقتضاه و ليس بداخل في حقيقة البيع حيث ان البيع عبارة عن تملك المال بالعوض و إذا قصد خلاف مقتضى البيع بان يكون معطي المعوض هو زيد، و يدخل العوض في ملك عمرو، فلا- يتمشى من العاقد مع هذا القصد إنشاء البيع نظير ما ذكروه في اعتبار ان لا يكون الشرط في المعاملة على خلاف مقتضى العقد حيث مع كونه مخالفا لمقتضاه يبطل الشرط بل العقد و ذلك فإنه إذا باع المتاع من الآخر مثلا و اشترط عليه ان لا يكون له حق المطالبة بالمبيع و التصرف فيه أصلا فإن حق المطالبة بالمبيع و التصرف فيه و ان لا يدخل في مدلول البيع الا ان البناء على عدم حق المشتري في مطالبته بالمبيع و التصرف فيه الى الأبد، لا يجتمع مع قصد تملك المتاع منه، فان جعل ملكيته له مع القصد المزبور بلا معنى.

و على ذلك فان باع الفضولي المتاع من زيد بقصد ان يتملك الثمن من زيد بلا بناء على تملك المتاع أولا، فلا يكون في البين

إنشاء البيع حقيقة، حيث ان مع قصد خلاف مقتضى البيع، لا يحصل قصد البيع، بخلاف ما إذا قصد تملك المتاع و يأخذ ثمنه فان مع البناء المزبور، يمكن إنشاء البيع، و الحاصل ان البناء المزبور أمر زائد على مدلول البيع و لكن قصد خلافه لا يجتمع مع إنشاء البيع. ثم ان تملك الغاصب المتاع و الثمن أمر لا يمضه الشرع فإن أجاز المالك البيع المنشأ من الغاصب يترتب عليه مقتضاه الواقعي و هو دخول الثمن في ملك مالك المتاع نظير بيع المتاع في الإقالة الفاسدة كما هو مورد صحيحة الحلبي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٠

.....

المتقدمة فإن بناء البائع على كونه مالكا للمتاع و الثمن المأخوذ من المشتري الثاني غير ممضى شرعا فيترتب على إجازة المشتري الأول البيع المزبور مقتضاه الشرعي و هو دخول الثمن في ملكه لأنه يعطى المعوض كما لا يخفى.

ثم انه ربما يذكر انه لا- يعتبر في البيع دخول العوض في ملك من يخرج منه المعوض و ما ذكره العلامة (ره) من ان مقتضى البيع دخول الثمن في ملك من يخرج منه المضمن غير صحيح بل حقيقة البيع ليس إلا- الإعطاء اللامجان و لو اعطى زيد المتاع للمشتري ليدخل الثمن في ملك شخص ثالث صح البيع و لذا يصح بيع الكلي على الذمة سلما أو حالا مع عدم كون ذلك الكلي ملكا للبائع و كذا يصح بيع الأوقاف و الزكوات و أمثال ذلك.

ثم ذكر هذا القائل الجليل انه إذا باع السارق متاع الغير من دون بناء على كونه مالكا لذلك المتاع بثمن يتملكه و اجازة المالك، وقع البيع للمالك و يدخل الثمن في ملكه، و مجرد اقتران البيع بقصد لغو لا يمنع عن الصحة.

أقول اما جواز بيع الكلي على الذمة فلا شهادة فيه على انه لا يكون البيع هو التمليك بعوض و انه ليس مقتضاه دخول الثمن في ملك من يعطى المعوض للمشتري و انما يكون شاهدا على انه ليس البيع في حقيقته إنشاء المعاوضة و المبادلة بأن يعتبر في البيع كون المبيع ملكا لبائعه و لكن لا شهادة في بيع الزكوات و الأوقاف أصلا فان في بيع الزكاة أو الوقف العام بل الخاص ايضا يدخل العوض في ملك من يخرج عن ملكه المعوض و لو كان المخرج عن ملكه هو الجامع المنطبق على كل من الأصناف الثمانية أو العنوان العام أو الأشخاص المعبر عنها بالموقوف عليهم في الوقف العام أو الخاص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢١

كان منافيا لصحة العقد (١).

و اما ما ذكر أخيرا من انه لو أجاز المالك البيع فيما إذا قصد السارق تملك الثمن لنفسه من دون بناء منه على تملك المضمن صح البيع و مجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة، ففيه انه قد تقدم ان البناء على كون المتاع مال الغير و القصد الى تملك الثمن من المعطى له لا يجتمع مع قصد إنشاء البيع فكيف يتم بإجازة المالك.

و اما ما هو المتعارف من ان المشتري يقول لمالك المتاع سلمه الى فلان بهذا الثمن فهو من الحقيقة توكيل للبائع في تمليك المتاع الى ذلك الشخص بعد دخوله في ملك المشتري، و كذا الحال فيما إذا قال للغير اشتر بمالي هذا كتابا لنفسك، فإنه أيضا في الحقيقة توكيل للعاقد في تمليك المبيع لنفسه بعد الاثراء أو تمليك ذلك المال منه على ان يصرفه في شراء الكتاب.

(١) يعني إجازة ما قصده الفضولي تكون منافية لصحة العقد لان معنى صحة العقد بالإجازة وقوع المعاملة للمالك بدخول الثمن في ملكه، و عقد الفضولي مدلوله دخول الثمن في ملك الفضولي لا المالك، و ان فرض تعلق الإجازة بغير المقصود، بان يكون مقتضى الإجازة دخول الثمن في ملك المالك لا الفضولي، فلازمه كون الإجازة عقدا مستأنفا، لا إمضاء للعقد المنشأ سابقا، حيث ان دخول الثمن في ملك المالك لم ينشأ لا أصالة و لا فضولا.

و أجاب عن الاشكال المحقق القمي في أجوبة بعض مسائله ان اجازة المالك في هذه الصورة تكون مصححة للعقد السابق و لا تكون مجرد إمضاء لمضمونه كما في المسئلتين الاولى و الثانية و التصحيح هو صرف البيع عن الفضولي و إضافته
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٢
فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجز (١).

إلى المالك نظير ما في مسئلة من باع شيئاً ثم ملك فإنه كما تكون الإجازة في تلك المسئلة صرفاً للبيع المزبور عن مالكة السابق الى العاقد، كذلك في هذه المسئلة تكون، صرفاً لمضمون العقد عن العاقد فضولاً و اضافة له الى المالك.
و هذا التصحيح كما صرح المحقق المزبور في موضع آخر في حقيقته، عبارة عن إنشاء تبديل في مضمون العقد، و لذا أورد عليه المصنف ان لازم ذلك ان تكون اجازة المالك عقداً مستأنفاً يتضمن الإيجاب و القبول لا إيجاباً مستأنفاً لينضم الى القبول السابق فيلتم العقد ليتمكن احتمالاً كما حكاه كاشف الرموز عن شيخه، و ذلك فان قبول العقد السابق انما يتضمن تملك المبيع من العاقد و تمليك الثمن إياه و هذا القبول كما ترى لا يتضمن تملك المبيع من المالك و تمليك الثمن منه ليكون اجازة المالك، إيجاباً متأخراً للقبول المتقدم، و كون الإجازة بمنزلة العقد المستأنف و قيامها مقام الإيجاب و القبول، خلاف الإجماع و خلاف العقل الحاكم بعدم تمام المركب و منه العقد الا باجزائه و هي في المقام الإيجاب و القبول المفروض كون أحدهما فعلاً للبائع و الآخر للمشتري.
(١) و حاصله ان ما قصده الفضولي أمران: أحدهما- إنشاء البيع و حقيقته تمليك المال بعوض لا مجاناً و مقتضى ذلك ان يكون الثمن داخل في ملك من يعطى منه المبيع و ثانيهما- دخول الثمن في ملك العاقد الفضولي سواء كان غاصباً أو معتقداً بكونه مالكا للمبيع خطأ و قصد الأمر الثاني لا ينافي الأول حيث ان قصد المعاوضة كما تقدم لا يجتمع مع قصد دخول الثمن في ملك العاقد فيما إذا لم يكن العاقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٣

.....

بانيا على كونه مالكا للمبيع عدواناً أو اعتقاداً، و اما مع البناء أو الاعتقاد، فلا ينافي إنشاء المعاوضة، و اجازة المالك انما تتعلق بالأمر الأول دون الثاني و إذا تمت المعاوضة بإجازة المالك، يترتب مقتضاها الواقعي، لا الادعائي و لا الاعتقادي كما لا يخفى.
و لكن هذا الجواب يجري في خصوص ما إذا قصد الفضولي فيه أمرين و اما إذا كان المنشأ المقصود واحداً و هو تملكه الثمن بإزاء المال المفروض كونه للغير أو قال المشتري الفضولي للبائع الأصيل تملك منك الثوب بهذه الدراهم مثلاً فقال البائع ملكتك أو قال البائع ابتداء ملكتك الثوب بهذه الدراهم فقال المشتري تملكك فبالمنشأ في هذه الصورة أمر واحد و هو تملك الفضولي و هذا لا يصح للمالك بإجازته.

و أجاب (ره) عن ذلك بان إنشاء تملك الثوب لنفسه انما هو باعتبار كونه مالكا للدراهم اعتقاداً أو بناء و الا لم يثبت عنوان البيع و المعاوضة.

و بتعبير آخر كونه مالكا للدراهم جهة تقييدية في تملكه الثوب فيكون تمليك الثوب بعنوان كونه مالكا للدراهم في الحقيقة تمليكا لعنوان مالكا للدراهم حيث ان الثابت لشيء من جهة تقييدية ثابت لنفس تلك الجهة، و على ذلك فتمت المعاملة لمالك الدراهم بإجازته.

أقول إنشاء الملك لعنوان مالك الثمن و لو كان عنوانه جهة تقييدية قابل للمنع فإنه لا ينشأ في البيع المزبور الملكية إلا للأشخاص لا للعنوان الطبيعي ليقال بانطباقه على مصداقه الواقعي، و ان شئت قلت كل من المالكين في الفرض ملك للشخص، لا الكلي و العنوان،

فلا بد من ان يجعل الملكية للشخص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٤

.....

و المتعين في الجواب ان يقال ان إنشاء المشتري الفضولي تملك الثوب مثلا- بالدراهم المفروضة، ملازم لإنشاء البيع بين الثوب و الدراهم، وهذه المعاوضة المستفاد من إنشاء تملكه، مورد لإمضاء المالك.

و الحاصل انه لا فرق بين كون المنشأ ابتداء هي المعاوضة بين المالكين و يستفاد قصد الفضولي من القرينة كما في قول البائع الغاصب للمشتري بعث هذا المال بكذا و بين ان يكون المنشأ تملك الغاصب المال من الأصيل و يستفاد إنشاء المعاوضة بالتبع كما في قول المشتري الغاصب تملك الثوب بهذه الدراهم.

بقي في المقام أمر لا بأس بالتعرض له و هو انه قد يقال ان البيع في حقيقته فعل البائع و ركنه الوحيد هو الإيجاب المتضمن لتمليك المال بعوض و اما القبول فلا- يكون ركنا للبيع و لا العقد بل إمضاء لإيجاب البائع و تمليكه المال بعوض و بتعبير آخر الإيجاب من المالك يتضمن التمليك بعوض و يكون أصليا بالإضافة الى مال المالك و فضوليا بالإضافة إلى المشتري فقبول المشتري إجازة للإيجاب بالإضافة إلى الثمن.

و لذا لو لم يكن الإيجاب فضوليا من ناحيتي الثمن و المثلن فلا يحتاج الى القبول أصلا كما إذا باع الولي على الطفلين مال أحدهما بمال الآخر فإنه حيث لا فضولية في الإيجاب أصلا فلا يحتاج الى القبول الذي في حقيقته اجازة للإيجاب.

و على ذلك فإذا اشترى الأصيل مال الغير بثمن و قال تملك المال بكذا فهذا في الحقيقة إيجاب و اجازة المالك بعد ذلك، قبول لذلك الإيجاب، و اما إنشاء الفضولي قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٥

.....

ذلك و قوله: بعث المال بكذا فهو أمر لغو لا يكون إيجابا و لا قبولا و المتحصل من هذا الكلام أمران أحدهما ان البيع فعل البائع فقط و حقيقته الإيجاب المتضمن لتمليك المال أو تملكه بعوض و اما القبول فهو إجازة للإيجاب فلا- يحتاج اليه الا إذا كان الإيجاب فضوليا من ناحية الثمن أو المثلن و الثاني انه لا يعتبر الموالاة بين الإيجاب و القبول فاجازة المالك المجيز يعتبر قبولا لإيجاب الأصيل الذي يكون فضوليا من جهة الثمن أو المثلن فيكون الإيجاب المزبور أصليا من جهة كلا العوضين فيعمه إطلاق حل البيع أو عموم و جوب الوفاء.

أقول لا ينبغي الريب في انه لا يصدق عنوان البيع على الإيجاب و لو مع عدم حصول القبول من المشتري فلا يقال لزيد انه باع داره ما لم يحصل القبول من المشتري و لا بعد في ان يكون صدق عنوان على فعل شخص موقوفا على صدور فعل عن شخص آخر و نظير ذلك في غير المعاملات ما ذكرناه في عنوان غيبة المؤمن فإن غيبته عبارة عن كشف ما ستره الله عليه للناس و إذا لم يكن للمخبر عن سوء المؤمن مستمع لا يحصل عنوان كشف عيوبه و لكن الكشف عند وجود المستمع يستند إلى القائل و يطلق عليه المغتاب بالكسر.

و الحاصل انه بعد حصول الشراء من المشتري يطلق عنوان البيع على إيجاب الموجب و يقال انه باع داره أو غيرها من أمواله. ثم ان تمييز فعل البائع عن فعل المشتري يكون بالعرف فإنه ليس للشراء حقيقة غير ما عند العقلاء و لا ينبغي الريب في ان الاشتراء عندهم الذي يحصل بالقبول ليس بمعنى اجازة الإيجاب فان اجازة الإيجاب في مقابل رده يقوم مقام الاذن في الإيجاب و لذا يحصل اجازة الإيجاب و رده في مورد لم يكن للموجب فيه سلطنة على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٦

.....

الإيجاب فمفاد القبول عندهم المصحح لإطلاق عنوان الاثراء عليه في باب البيع عبارة عن إنشاء تملك المثلثين بإزاء الثمن الا ترى انه لم يعهد من أحد القول بان انتقال الثمن الى ملك البائع و انتقال المثلثين الى ملك المشتري يحصل من حين تمام الإيجاب بل كلهم متفقون على ان حصول النقل و الانتقال بعد تمام القبول.

وقد ذكرنا ان الأمر كذلك حتى في نظر المتعاقدين حيث ان الموجب يجعل ملكية متاعه للطرف من حين إنشاء الطرف تملكه و لكن المشهور في بيع الفضولي يلتزمون بالكشف و ان مبدء النقل و الانتقال يكون من حين تمام العقد لا من حين حصول الإجازة على ما سيأتي و لو كانت الإجازة من المالك الفضولي مساويا للقبول من المشتري في المفاد لما أمكن ذلك الا بالتعبد.

و الحاصل ان الناظر في المعاملات الدارجة بين العقلاء يمكن له الجزم بان اعتبار القبول في المعاملات ليس باعتبار انه اجازة لجهة فضولية في الإيجاب، الا ترى الهبة و هو تملك المال للغير مجانا يحتاج الى القبول مع انه ليس في الهبة تصرف في مال الغير أصلا. وقد ظهر مما ذكر انه لا يمكن حصول البيع بالإيجاب فقط حتى فيما كان الموجب و كيلا أو وليا بالإضافة إلى مالك المثلثين و مالك الثمن، فان قوله بعث هذا بكذا إنشاء لتملك المال بالعوض و ذكرنا ان مجرد ذلك لا يكون بيعا بل لا بد في صدق عنوانه من إنشاء تملك المتاع بالثمن، و هذا الإنشاء لم يحصل من الوكيل أو الولي على الفرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٧

مع انه ربما يلتزم صحة أن تكون الإجازة لعقد الفضولي (١)

(١) كان الكلام في المسئلة الى هنا مبني على ان صحة العقد بإجازة المالك مقتضاها وقوع المعاملة له بان يكون الثمن مثلا داخلا في ملكه بإجازته و قد نوقش في ذلك كما مر بأن الصحة بهذا المعنى مخالف لمضمون العقد، حيث ان مضمونه راجع الى تملك العاقد فضولا- كما هو مقتضى بيعه لنفسه، و إرجاعه إلى المالك بإجازته التزام يكون الإجازة عقدا مستأنفا، لا انها إمضاء لمضمون العقد السابق.

و الكلام فعلا- راجع الى ان صحة عقد الفضولي يمكن ان تكون على طبق مضمون العقد بان تكون اجازة المالك موجبة لوقوع المعاملة و تمامها للعاقد.

و تقرير ذلك بوجهين:- أحدهما- ان العاقد الفضولي يعتبر المال ملكا لنفسه أولا ليكون بيعه باعتبار ذلك موجبا لدخول العوض في ملكه، و كما ان الاذن في هذا النحو من البيع في الحقيقة، توكيل له في تملكه المال أولا ثم بيعه ليدخل العوض في ملك المأذون بأن يقول له بع مالي لنفسك أو اشتر لنفسك بمالي كذلك الحال في الإجازة حيث ان الإجازة، تفيد فائدة الإذن السابق.

و الوجه الثاني المنع عن كون لازم المعاوضة دخول أحد المالكين في ملك من يخرج المال الآخر عن ملكه بل يكفي في تملك الثمن كون العاقد مأذونا في بيع مال الغير لنفسه كما يكفي في تملك المبيع كونه مأذونا في الشراء لنفسه بمال الغير و الفرق بين الوجهين انه لو فرض فسخ البيع بأحد موجباته يرجع المال الى مالكة المجيز على الوجه الثاني لعدم صيرورته ملك العاقد قبل البيع بخلاف الوجه الأول،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٨

و يملك المثلثين المشتري (١).

التزام تملك البائع الغاصب للثمن مطلقا (٢).

فإنه عليه، يرجع المال إلى العاقد، باعتبار أنه كان مالا له قبل المعاوضة.

و أورد المصنف (ره) على الوجه الأول بأن بناء العاقد وقصده تملك المال قبل بيعه، لا يفيد شيئا ولا يدخل بذلك المال في ملكه حتى فيما إذا كان باذن المالك فإنه لا بد في تملك المال من إنشاء تملكه قولاً أو فعلاً ولو بمثل ما إذا أنشأ ذلك بقوله بعت هذا المال لنفسى بكذا بان قصد به جعل المال له أولاً ثم تملكه للآخر ولكن المفروض في مثل الغاصب أنه يعتبر المال ملكاً قبل بيعه و يكون بيعه مجرد التصرف في ماله.

و بالجملة فالإذن السابق لا يفيد في هذا النحو من التملك الذي يكون بمجرد البناء و القصد فكيف إذا كان بالإجازة اللاحقة. و بهذا يظهر الحال في مسألة ما إذا قال له بع مالى لنفسك أو اشتر لنفسك بمالى فإنه إذا حصل من المأذون إنشاء تملك المال لنفسه و لو مقارنا للتصرف فيه ببيعه من الغير فهو و الا فلا يفيد الاذن المزبور شيئا و يكون بيعه واقعا عن المالك لا محالة. و أجاب (ره) عن الوجه الثانى بما تقدم من انه لا يمكن فى المعاوضة دخول أحد العوضين فى ملك من لا يخرج المال الآخر عن ملكه و الا كان تملك كل من المالكين مجانياً.

(١) المشتري بصيغته المفعول صفة للمثمن.

(٢) المراد بالإطلاق تملك الغاصب الثمن من الأول فى مقابل تملكه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٢٩

يظهر اندفاع اشكال آخر (١)

أنا ما قبل التصرف فيه.

(١) لا- يخفى ان هذا الاشكال لا يدفع بالالتزام بجعل ملك العوضين لعنوان مالك الثمن و المثمن بل يجرى حتى بناء على الالتزام المزبور، فان حاصل الاشكال انه فى مورد بيع البائع الفضولى المال لنفسه و قبض الثمن من المشتري العالم بالحال لا يمكن ان تكون اجازة المالك نافذة لاستنزام نفوذها كون البيع بلا ثمن.

و بيان ذلك انه قد أورد على صحة البيع فى المسئلة الثالثة بإجازة المالك بوجه آخر و هو ان المنسوب إلى الأصحاب عدم جواز رجوع المشتري الأصيل إلى البائع الغاصب بالثمن المدفوع اليه مع العلم بالحال فيما إذا رد مالك المبيع المزبور و هذا الحكم، كاشف عن صيرورة الثمن ملكاً للغاصب.

و على ذلك فاجازة المالك لا تفيد شيئا و لا يدخل الثمن فى ملكه، لان البيع فى الفرض بلا ثمن، و لعل نظر العلامة (ره) الى ذلك، حيث قال بعد الإشكال فى صحة الفضولى مع جهل المشتري (ان الحكم فى الغاصب مع علم المشتري أشكال) و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بما توضيحه ان ملك الثمن للغاصب لا- يحصل بمجرد العقد بل بالعقد يجعل ملك الثمن لمالك المبيع و ملك المبيع لمالك الثمن غاية الأمر يكون المشتري العالم بالحال دفعه الثمن الى الغاصب تسليطاً للغاصب على الثمن مجاناً فان اجازة المالك البيع و قلنا بكون الإجازة كاشفة يكون الثمن المزبور ملكاً للمالك دون الغاصب لأن الإجازة تكشف عن دخول الثمن فى ملك المالك المجيز قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٠

.....

دفعه الى الغاصب فيكون دفعه الى الغاصب تسليطاً للغاصب على مال غيره فلا يدخل فى ملك الغاصب.

و الشاهد على ذلك أى تسليط الغاصب على الثمن يكون بالدفع دون العقد انه لو لم يدفع الثمن الى الغاصب لا يكون للغاصب انتزاعه سواء أجاز المالك البيع المزبور أم لا.

نعم للإشكال وجه بناء على كون الإجازة ناقلة و لكن يمكن القول ان تسليط الغاصب على الثمن، يكون مراعى بعدم اجازة المالك خصوصا إذا كان الشراء من الغاصب بتوقع اجازة المالك.

أقول لا يخفى انه لو كان المراد بالتسليط هو تملك المال مجانا فكونه مراعى بعدم الإجازة يوجب بطلانه لانه من التعليق فى الهبة فلا بد من ان يكون المراد منه هو الاذن فى كل تصرف حتى الموقوف على الملك بان يملك المال أولا ثم يتصرف فيه و ان بطلان تسليط المشتري الغاصب على الثمن، يبتنى على الكشف الحقيقى فى الإجازة، و لو بان يكون الشرط فى صحة عقد الفضولى وصف تعقبه بالإجازة فإن هذا الوصف يحصل للعقد من الأول على تقدير الإجازة، فيكون الثمن منتقلا فى علم الله الى المالك المجيز من حين إنشاء عقد الفضولى، فتسليط المشتري الغاصب على الثمن المزبور يكون فى الواقع تسليطا على مال الغير، فلا يصح.

نعم على القول بالكشف الحكمى و اعتبار ملكية المثلث و الثمن لطرفى العقد حين الإجازة من زمان العقد يكون التسليط المزبور حينه نافذا لكون الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣١

الكلام فى صحة بيع الفضولى (١) إذ المال مردد فى باب الفضولى بين مالكة الأصل و من وقع له العقد (٢)

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٣٣١

ملكا للمشتري فى ذلك الحين و بعد حصول الإجازة يعتبر التسليط المزبور إتلافا على المالك المجيز، فيضمن له المشتري بدله على ما سيأتى.

هذا مع ان أصل دعوى تسليط المشتري الغاصب على الثمن مجانا غير صحيح لان دفعه اليه كان بعنوان كونه بدل المثلث، و كما ان الغاصب كان بانيا على ملك المبيع و قد قصد تملك الثمن بإزائه كذلك يكون المشتري أيضا بانيا عليه و لذا قد دفع الثمن إلى البائع المزبور، فأين التسليط أو التملك المجانى.

(١) ذكر فى الرياض ان بيع الفضولى لنفسه باطل إجماعا كما صرح به جماعة كالعلامة فى جملة من كتبه كالمختلف و التذكرة مدعى عدم الخلاف فيه و ذكر المصنف (ره) ان الحكم بالبطلان فى المسئلة الثالثة فى الرياض و نسبة دعوى عدم الخلاف فيه الى العلامة اشتباه و ذلك فان الكلام فى المسئلة الثالثة فى وقوع البيع لمالك المال مع أجازته و قد تقدم ان البيع مع أجازته يقع له على المشهور الأقوى و لم يخالف فيه العلامة فضلا عن ذكره عدم الخلاف فى بطلانه.

و اما فيما إذا باع مال الغير ثم تملك البائع ذلك المال و أجاز بيعه السابق فهذا باطل لا يقع للبائع و هذا هو الذى ذكر العلامة عدم الخلاف فى بطلانه، و لا يرتبط بالمسئلة الثالثة، فما ذكر فى الرياض اشتباه الا ان يريد البطلان فى مسئلة وقوع البيع للبائع بعد تملكه، و لكن ظاهر عبارته لا يساعد على ذلك.

(٢) المراد بمالكة الأصل الذى ينتقل منه المال بتمام العقد كما ان المراد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٢

بمن وقع له العقد من ينتقل إليه المال بتمامه و لا فرق فيما ذكر من وقوع العقد عن المالك المجيز بإجازته و بطلانه مع رده بين كون المال المزبور ملكا قبل عقد الفضولي كما في مورد جريان البيع على العين الخارجية أو الكلي الثابت على الذمة من قبل أو ملكا بذلك العقد كما في مورد بيع الكلي الذي يثبت على الذمة بتمام البيع المزبور.

نعم قد يستشكل في جريان الفضولية في الكلي الذي يثبت على العهدة بالبيع و وجه الاشكال ان العوضين في باب البيع يعتبر ان يكونا مالين قبل وقوع المعاملة حيث انه تمليك مال بعوض و إذا باع الأصيل الكلي بذمته يكون عرضه الكلي المزبور للبيع موجبا لصيرورته مالا فإنه يبذل العقلاء بإزائه المال، فيقع البيع على ما صار مالا بعرضه للبيع، بخلاف ما إذا كان البائع فضوليا و اعتبر الكلي على عهدة الغير فضولا، فإنه لا يكون الكلي بذلك مالا، فلا يكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض.

و ربما يجاب عن ذلك بان تملك الفضولي الكلي على عهدة الغير و ان لا يكون من قبيل تملك المال بالعوض قبل اجازة ذلك الغير الا- انه بإجازته يصير مالا، و هذا المقدار يكفي في تمام البيع و قد أورد على هذا الجواب بعض الأعظم و هو الخميني العزيز (دامت شوكته) بان اجازة المالك لا يصحح كون الكلي المزبور مالا لأن الإجازة إنشاء واحد و صيرورة الكلي مالا و تملكه بعوض أمران متربان حيث يتعين ان يكون المثلن و الثمن مالين قبل إنشاء ملكية الأول بإزاء الثاني.

و ذكر ان المتعين في الجواب عن الاشكال هو الالتزام بأن الكلي مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمة أحد في نفسه مال فإنه يصح ان يقال ان الكر من الحنطة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٣

.....

يساوي عشرين دينارا و المثقال من الذهب يساوي كذا من المال، و هذا شاهد لكون الكلي مع قطع النظر عن إضافته إلى ذمة الأصيل أو الأجنبي في نفسه مال يصح تقويمه و يكون تملكه بعوض من تملك المال بالعوض و الا فالإضافة لا توجب المالية، بل اعتباره في الذمة يوجب سلب ماليته، فإنه بالاعتبار في الذمة يكون من الكلي العقلي الذي لا موطن له في الخارج.

(أقول) لا يخفى ان اضافة الكلي إلى ذمة أحد ليس بمعنى تقييد الكلي الطبيعي الذي يصح اتصافه بالوجود و العدم بوجوده الذهني ليقال انه بهذا الاعتبار كلي عقلي لا موطن له في الخارج الا ترى ان الثمن في بيع النسيئة أو البدل في مورد القرض كلي بالذمة من غير خلاف و ان إعطاء الفرد منه للبائع أو الدائن خارجا بقصد إفراغ ذمته أداء لذلك الثمن وفاء للدين الذي على عهده و لو كان المال على الذمة معناه تقييده بالوجود الذهني لما كان ما ذكر أداء و وفاء حيث انه لا موطن للموجود الذهني الا الذهن بل المراد من الذمة هو تعهد الشخص بذلك الكلي بأن يطبقه على الخارج بأداء فرده و لو لم يكن لفرد وجود فعلا، و هذا في مقابل اجراء المعاملة على الكلي في المعين، بان يكون مورد المعاملة الكلي الذي يصلح تطبيقه على أحد الأفراد المعينة المملوكة فعلا لبائعه.

ثم ان الكلي القابل للاتصاف بالوجود و العدم لا يكون مالا حيث لا يساوي مالا في اعتبار العقلاء بل اتصافه بالمالية الفعلية و تساويه بالمال على تقدير الوجود فعلا- كما هو الحال في بيع الفرد الفعلي أو الكلي في المعين أو على تقدير الالتزام بإعطائه و الوفاء به و لو مستقبلا و ان لم يكن موجودا بالفعل و عليه فان مع الترام البائع في بيع الكلي بإعطائه و تسليمه كما هو معنى اعتباره على ذمته يكون بيعه بالعوض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٤

.....

من تمليك المال بالعوض و ان اعتبر الكلى فى عهده الغير فضولا و ملكه بعوض فهذا الكلى على تقدير اجازة الغير يصير مالا حيث معنى أجازته الالتزام بإعطائه.

وقد ذكرنا سابقا انه لا يعتبر فى صدق عنوان البيع كون المبيع أو الثمن مالا قبل إنشاء البيع أو حين إنشائه و ان ما ذكر فى تعريفه من أنه مبادلته مال بمال من قبيل شرح الاسم بل اعتبار المالىة فيهما باعتبار ان لا يكون تملك أحدهما بإزاء الآخر من أكل المال بالباطل و على ذلك فإجازة من اعتبر العاقد، الكلى بذمته، يكون المبيع مالا و قد ملك بعوض كما هو الفرض فيخرج التمليك المزبور عن كونه أكلا للثمن بالباطل، و ليس اجازة البيع فى بيع الكلى على الذمة إلا الالتزام بإعطاء ذلك الكلى فيدخل الثمن فى ملكه لما تقدم من ان مقتضى البيع دخول الثمن فى ملك من يعطى عنه المعوض و المال فى جميع ذلك مردد بين بقائه على حالته الأولى كما فى فرض عدم اجازة من ينتقل منه المال أو انتقاله الى من ينتقل اليه كما فى فرض أجازته و اما العاقد الفضولى فهو خارج عن طرفى المعاملة.

نعم لو وقع بينه و بين الأصيل منازعة فى كون العقد لنفسه أو لغيره بان كانت دعوى العاقد انه قد باع أو اشترى للغير و أنكرها عليه الأصيل و قال بعث و اشترت لنفسك حلف الأصيل على عدم علمه بدعوى العاقد، و يثبت المال على ذمة العاقد، لأصالة العاقد و صحة العقد.

و الحاصل ان مع اجراء البيع على مال الغير أو مع اعتبار المال على ذمة الغير أو اضافة البيع للغير فان كان فى البين اجازة من ذلك الغير فهو و الا يقع العقد باطلا واقعا غاية الأمر على تقدير منازعة الأصيل و العاقد يثبت العقد للعاقد ظاهرا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٥

.....

و لكن المنسوب الى ظاهر جماعة فى بعض فروع المضاربة وقوع العقد للعاقد واقعا، قال فى الشرائع فى باب المضاربة انه لو اشترى من ينعق على رب المال فان كان باذنه صح الى ان قال و ان كان بغير اذنه و كان الشراء بعين المال بطل و ان كان فى الذمة وقع الشراء للعامل، الا ان يذكر رب المال، و ظاهر ذلك وقوع الشراء للعاقد واقعا لانه لم يفرض فى البين تنازع ليحمل العبارة على الحكم الظاهرى، و ربما يذكر انه إذا اتفق البائع و القابل على وحدة قصدهما و لكن قال البائع بعتك المال و قبلت لنفسك، و قال المشتري بعث المال بثمان على عهده زيد و اشتريته له يكون المورد من موارد التحالف، و اما إذا لم يتفقا على ذلك بان قال البائع بعتك المال، و قال المشتري نعم، و لكن قصدت الشراء لزيد، يكون المورد من موارد الدعوى و الإنكار، فإن المشتري لادعائه خلاف مقتضى ظهور الشراء يكون مدعيا، فلا بد من ان يحلف البائع على نفى دعوى المشتري.

و انه لم يقصد ذمة زيد لا على نفى علمه بالقصد المزبور، كما هو ظاهر الشيخ (ره) لان نفى علمه لا ينافى دعوى المشتري، و حيث لا يمكن للبائع هذا الحلف لعدم طريق له الى العلم بقصد المشتري، فيرد الحلف على المشتري، و إذا حلف على قصده، يحكم ببطلان البيع، لكون البيع المزبور فضوليا لم يلحقه اجازة زيد، و فى النتيجة يكون البيع كمورد التحالف محكوما بالبطلان.

(أقول) ظاهر كلام المصنف (ره) و جماعة انه يكفى فى صحة البيع فيما إذا كان أحد العوضين كليا فى الذمة تعيين العاقد صاحب الذمة بقصده فقط و ان لم يعينه عند إنشاء العقد بقريته حالية أو مقالية، كما إذا قال البائع بعتك المال بعشرة دراهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٦

.....

و قال قبلت مع قصده كون عشرة دراهم على ذمة زيد أو كون الشراء له الذى يكون بمعنى ان زيدا صاحب الذمة فإن هذا مقتضى

دخول المبيع إلى ملكه، و لكن صحة هذا البيع لا- يخلو عن تأمل، بل منع، لما ذكرنا من ان الكلى ما لم يضاف إلى ذمة شخص لا يصلح جعله عوضا.

و ايضا المحتاج الى تعيين الذمة هو ذمة الغير لا ذمة العاقد فان قول البائع بعث المال بعشرة دراهم و ان يعم بيعه بالعشرة سواء كانت بذمة العاقد أو شخص آخر و لذا يصح للمشتري ان يقول فى قوله قبلت لزيد أو ما هو بمعناه الا ان مع عدم تعيين الغير ينصرف إطلاق القبول المتضمن لإضافة القابل تملك المتاع الى نفسه الى كون الثمن بعهدته و المفروض ان الذى ينصرف إليه الإطلاق غير مقصود و لم يجعل عوضا و ما قصده العاقد من كون الثمن بعهدته زيد لم يذكر فى العقد و لم ينصب عليه قرينه فالشراء باعتبار عدم تعيين العوض باطل.

و على ذلك فلو اختلف البائع و القابل فقال البائع بعثك المال بعشرة على عهدتك فقال المشتري اشتريته و لكن قصدت كون الثمن على عهدته زيد فيقدم قول البائع لكون قوله على طبق ظهور القبول و قول المشتري قصده الى كون الثمن على عهدته زيد على خلاف ظهور المزبور فيكون مدعيا، فيتوجه إلى البائع الحلف على عدم علمه بقصد القابل ان ادعى علم البائع بقصده، و لا يتوجه إلى البائع حلف أصلا إذا لم يدع القابل علم البائع بقصده و على التقديرين يحكم بكون الثمن على عهدته المشتري، و لا دليل فى مثل الفرض على لزوم الحلف على المنكر، فضلا عن رده الى المدعى، و تفصيل ذلك موكول الى بحث القضاء، و لو قيل بكفاية تعيين القابل صاحب الذمة بقصده فى صحة الشراء و وقوعه لزيد يكون الأمر فى مقام الاختلاف ايضا كذلك، بل الأمر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٧

ظهر من ذلك التنافى (١).

كذلك فيما إذا اختلفا فى صورة العقد و قال البائع بعثك المال و اشتريته، و قال المشتري بل اشتريته لزيد بإضافة شرائى إليه، أو بتعيينه صاحب الذمة فيقدم قول البائع، لموافقته لأصل لفظى معتبر، و هى أصالة عدم ذكر المشتري القرينه على خلاف ظهور الشراء الذى أشرنا إليه، فيكون المشتري مدعيا لادعائه خلاف الأصل المزبور و يحلف البائع على نفي تعيين القابل كما لا يخفى.

(١) قد تقدم ان وقوع الشراء للغير يكون بإضافته إلى الغير تارة، و باعتبار الثمن فى عهدته أخرى، و على ذلك فيقع الكلام فيما إذا جمع العاقد بين المتنافين و للجمع صورتان: الأولى- بأن أضاف الشراء الى الغير و اعتبر الثمن بذمته و الثانية- ان يضيف الشراء الى نفسه و يعتبر الثمن على عهدته الغير.

و قد ذكر المصنف (ره) فى الصورة الاولى انه يحتمل بطلان الشراء لان قصد إنشاء الشراء لا يحصل من العاقد مع اعتباره العوض على عهدته الغير و قصده دخول المعوض الى ملكه، و يحتمل إلغاء أحد القيدين بالالتزام بحصول قصد إنشاء الشراء اما بان يكون قصده الشراء للغير لغوا فيصح الشراء للعاقد، و اما ان يلغى اعتبار المال على عهدته فيكون الشراء فضوليا.

و ذكر فى الصورة الثانية انه لا يحتمل بطلان الشراء لحصول قصد إنشائه و يحتمل وقوع الشراء للغير لانه مع اعتبار الثمن على عهدته الغير يكون قصده الشراء لنفسه، مبني على بنائه بان ما على عهدته الغير، ملك له عدوانا أو اشتباها، و هذا هو الفرق بين هذه الصورة و الصورة الاولى.

و يحتمل وقوع الشراء لنفسه لأن إضافته إلى نفسه أولا، مقتضاه اعتبار المال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٨

يقع للمشتري لكل حال (١) و ان كان فى الذمة لغيره و أطلق اللفظ (٢)

على عهدته، فيكون قصده ثانيا الثمن على عهدته الغير لغوا.

(أقول) لا فرق بين الاشتهار للغير بمال في ذمته كما هو الحال في الصورة الأولى و بين الشراء لنفسه بمال في ذمته الغير، كما هو الحال في الصورة الثانية في انه لا يمكن فيهما قصد إنشاء الشراء حقيقة، فإن مقتضاه كما تقدم دخول أحد العوضين في ملك من يعطى العوض الآخر.

و ما ذكر (ره) في الصورة الثانية من احتمال وقوع الشراء للغير باعتبار ان كون الغير صاحب الذمة، مقتضاه دخول المعوض الى ملكه و اضافة العاقد الشراء الى نفسه مبنى على تملك ما في ذمته الغير غير صحيح، فإنه مع انه لا يخرج عن الاحتمال ان البناء على تملك ما بذمة الغير لا معنى له، و لا يقاس على الاستيلاء بعين خارجي مملوكة للغير كما لا يخفى.

و الحاصل ان الشراء حقيقة في صورتين غير محقق فيحكم ببطلانه إلا إذا قيل بعدم كون مقتضاه دخول المعوض في ملك من يعطى عنه المعوض و لا تحتاج المسئلة إلى تأمل زائد.

(١) لعل المراد بكل حال وقوع البيع للمشتري سواء أجاز الشراء مالك الثمن أم لا، و وقوعه له مع اجازة المالك بمعنى دخول المبيع في ملك المشتري مع خروج الثمن من ملك المجيز، و وقوعه له مع عدم اجازته ثبوت بدل ذلك الثمن على المشتري.

(٢) يعنى لو اشترى المتاع بثمن بذمته و قصد كون الشراء للغير من غير ذكر ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٣٩

و يؤيده رواية البارقي (١)

في العقد كما إذا قال بعد قول البائع بعث المال بعشرة دنانير قبلت فإن أجاز ذلك الغير وقع الشراء لذلك الغير، فيدخل المبيع في ملكه، و يثبت الثمن بذمته، و ان رد ذلك الغير نفذ الشراء على القابل، و يثبت الثمن بذمته، و الوجه في نفوذ اجازة الغير هو اضافة الشراء إليه في القصد، فيلغى اعتبار العاقد كون الثمن بذمته، كما ان الوجه في نفوذ الشراء على العاقد على تقدير رد ذلك الغير، هو كون الثمن بذمته فيلغى قصد كون الشراء للغير، و لا يضر في وقوعه عن العاقد بين وفاء العاقد ما بذمته بمال ذلك الغير أم لا.

(١) قد ذكرنا سابقا انه ليس في تلك الرواية ما تكون قرينة على ان بيع الشاة أو شرائها كان بالمعاطة و التمسك بإطلاق قوله (ص) فيها بارك الله في صفقة يمينك و عدم استفصاله عن عروءه بأن بيع الشاة الواحدة بدينار كان بالإيجاب و القبول اللفظيين أو بالمعاطة، و مقتضى ذلك، تمام المعاطة الفضولية بالإجازة، يمكن دفعه بأنه يحتمل ان يكون عروءه كان ملتفتا الى ان يبيعه الشاة بدينار فضولي، يحتاج إلى اجازة النبي (ص) و حيث كان عالما بأنه لا بد في تمام بيع الفضولي بالإجازة وقوعه بغير المعاطة فباعها بالإيجاب و القبول اللفظيين، و مع احتمال ذلك يكون حمل بيعه على الصحيح من غير جهة الإجازة، مغنيا عن الاستفصال، و لذا لم يسئل رسول الله (ص) عن حصول سائر شرائط البيع و عدمه.

نعم لا- يجرى ذلك في صحيحة محمد بن قيس لان المفروض فيها عدم علم المشتري بكون البيع فضوليا و مقتضى حمل فعله على الصحة من غير جهة اجازة المالك لا يقتضى الشراء بغير المعاطة، و لو كان في تمام بيع الفضولي وقوعه بغير المعاطة معتبرا لكان الاستفصال عنه في الجواب متعيانا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٠

لدل على عدم ترتب الأثر المقصود (١)

(١) قد تقدم سابقا ان النهي عن عقد الفضولي لو كان مقتضيا فساده، لما يتم ذلك بإجازة المالك و ذلك فان العقد لا يكون بنفسه سببا تاما للنقل، بل هو مع رضا المالك و النهي لا يتعلق برضا المالك، و انما يتعلق بنفس العقد، و معنى صحته كونه جزء السبب للنقل و إذا حكم بفساده باقتضاء النهي يتنفى كونه جزء السبب، فلا يثمر معه اجازة المالك.

و ذكر النائيني (ره) وجها آخر لعدم جريان تمام عقد الفضولي بإجازة المالك في المعاطاة الفضولية و هو ان إنشاء البيع بالإيجاب و القبول، يكون له بقاء، و يتعلق الإجازة بذلك الأمر الباقي، حيث ان تبديل المالكين في الإضافة الحاصلة بإنشاء البيع المعبر عن ذلك بالمعنى الاسم المصدرى، أمر مغاير لإنشائه المعبر عنه بالمعنى المصدرى الذى ينقضى بانقضاء التكلم، و يتعلق الإجازة بذلك الأمر الاسم المصدرى و هذا بخلاف إعطاء المالكين فإنه ليس للإعطاء اسم مصدر الا العطاء المتحد مع الإعطاء خارجا و الإعطاء عبارة أخرى عن تبديل المالكين من حيث المكان و تبديل المالكين من حيث المكان، لا يتعلق به الإجازة.

و لكن لا يخفى ما فيه فإنه ليس المعاطاة مجرد الإعطاء و تبديل المالكين مكانا، بل بقصد تبديلهما فى الملكية، و المفروض ان هذا التبديل أمر اعتبارى منشأ بالفعل و يتعلق به الإجازة كالتبديل المنشأ باللفظ.

هذا مع ما تقدم من ان البيع بمعنى اسم المصدر عين البيع بمعنى المصدر و تغايرهما بالاعتبار و ان البيع بهذا الاعتبار، قابل للبقاء اعتبارا، و لذا يتعلق به الفسخ بالخيار أو بالإقالة كما ذكرنا تفصيل ذلك فى تعريف البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤١

و قد يستدل على ذلك بان المعاطاة منوطة (١) و اما على القول بالإباحة (٢)

(١) و حاصله انه يعتبر فى المعاطاة التراضى بالملك بناء على كونها مفيدة للملك أو التراضى بإباحة التصرف بناء على كونها مفيدة للإباحة، و من الظاهر ان التراضى بالملك أو الإباحة من شئون المالك، و لا معنى لحصوله من غير المالك.

و لذا ذكر الشهيد الثانى ان المكروه و الفضولى قاصد ان اللفظ دون المدلول و ايضا يعتبر فى المعاطاة حصول القبض و الإقباض مقارنا بالتراضى على الملك، أو التراضى على الإباحة، و من الظاهر ان التراضى عليهما لا اثر له الا إذا صدر عن المالك أو بإذن منه.

و أجاب عن ذلك المصنف (ره) من ان اعتبار القبض و الإقباض فى المعاطاة عند من اعتبرهما فيها لإنشاء الملك أو الإباحة كما يكون باللفظ، كذلك يكون بالفعل و كما ان فى صورة إنشائهما باللفظ، يمكن الإنشاء من غير المالك و الوكيل فضولا كذلك فى صورة إنشائهما بالفعل، و كما انه لا يعتبر رضا المالك مقارنا لإنشاء المالك أو الإباحة باللفظ، كذلك لا يعتبر مقارنته لإنشائهما فيما إذا كان بالفعل، و دعوى اعتبار مقارنته لإنشاء الفعلى دون الإنشاء القولى تحكّم.

(٢) لا يخفى ان الإباحة فى المعاطاة على تقديرها شرعية، لا مالكية، فإن المفروض فى المعاطاة قصد الملك، لا الاذن لصاحبه فى التصرف فى ماله، فالقائل بالإباحة لا بد من ان يلتزم بورود التقييد فى دليل إمضاء البيع، و نفوذه بالإضافة إلى البيع المعطاتى قبل حصول أحد الملزمات، و يكون حصول أحدها فى ذلك البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٢

مع ان حصول الإباحة قبل الإجازة (١)

كالقبض فى بيع الصرف و السلم شرطا لحصول الملك، و قبل حصول أحدها يكون كل من المالكين مباحا للآخر، و مقتضى ذلك الاقتصار فى التقييد على مورد اليقين، و هى صورة تعاطى المالكين، و فى غيرها يرجع الى إطلاق حل البيع و نفوذه، فتكون النتيجة ان المعاطاة فضولا كالباع اللفظى فضولا فى حصول الملك بالإجازة فى كشفها عن الملك السابق.

و الحاصل لا تكون فى مورد المعاطاة فضولا الا حصول الملك لا الإباحة، و دعوى ان الإباحة فى المعاطاة مالكية، لأنها و ان تكون بقصد الملك الا انها تتضمن الإباحة المالكية الضمنية، أمر لا أساس لها، حيث انه لا معنى للإباحة المالكية الا الاذن فى التصرف فى ماله. و من الظاهر ان جعل المالك ملكية ماله للطرف، لا يجتمع مع الاذن له فى التصرف فى ماله، فان معنى البيع نقل المال و معنى الإباحة إبقاء المال فى ملكه.

(١) هذا هو الوجه الثاني في عدم جريان الفضولي في المعاطاة على القول بالإباحة، و تقريره ان الإجازة معتبرة في بيع الفضولي بنحو الكشف، فتكون كاشفة عن صحة كل تصرف وقع من الأصيل في مال المالك قبل أجازته، وهذا الكشف بناء على الإباحة غير ممكن، إذ لا- يعقل الكشف في الإباحة المالكية، و لا- في الإباحة التي من الحكم التكليفي، فإن الأحكام التكليفية تكون للأفعال المستقبلية لا الماضية التي انتهت أمرها بالوجود أو العدم، مثلا إذا باع الأصيل مال الآخر قبل إجازته فإنه بعد أجازته البيع الأول يحكم بصحة البيع الثاني أيضا لاعتبار وقوعه في ملك الأصيل، وهذا على القول بالملك.

و اما بناء على حصول الإباحة فلا يحكم بصحة البيع الثاني حتى بعد إجازة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٣

[الإجازة و حكمها]

إشارة

و استدل عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة (١)

المالك لما ذكرنا من ان الإجازة لا تكشف عن اباحة تصرفات الأصيل التي منها البيع الثاني لتكون الإباحة بالإضافة إلى التصرفات الموقوفة على الملك ملازمة لحصول الملك للمتصرف قبل تصرفه أو مقارنا له.

و الحاصل لا تعقل في الإجازة على القول بالإباحة في المعاطاة إلا النقل أي الالتزام بحصول الإباحة من زمان الإجازة و لعله إلى ذلك أشار (ره) بقوله فافهم بعد احتمالها تمام البيع الثاني من الأصيل مع الإباحة الواقعية المكشوفة بالإجازة اللاحقة.

نعم هذا مبني على ما هو الصحيح من كون الإجازة معتبرة بنحو الكشف الحكمي و اما بناء على الكشف الحقيقي فلا مانع عن كشف الإجازة عن كون تلك التصرفات مباحة من حين وقوع المعاطاة فضولا.

(١) يستدل على اعتبار الإجازة في عقد الفضولي بنحو الكشف بوجوه:

أولها ما عن المحقق و الشهيد الثانيين من ان الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد، و يقتضى وجوب الوفاء به حصول الملك، و يعلم تمام العقد الموضوع لوجوب الوفاء، بإجازة المالك، و أورد عليه المصنف (ره) بان العقد أي الإيجاب و القبول لا- يكون تمام الموضوع لوجوب الوفاء و تمام السبب لحصول الملك، بل تمامه هو العقد مع صدوره برضا المالك، و لا يعلم ذلك بإجازة المالك حيث لا- تكشف الإجازة، عن مقارنة رضا المالك بصدور و العقد لا عن رضاه الفعلي في ذلك الزمان، و هذا ظاهر و لا عن رضاه التقديري بمعنى انه لو كان ملتفتا بالعقد لكان راضيا به، فإنه يمكن ان تكون أجازته لحصول البداء له و تغير اعتقاده إلى صلاح العقد بعد كونه جازما بعد صلاحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٤

.....

نعم لانزم القول بصحة الفضولي، هو الالتزام بان اجازة المالك يقوم مقام رضاه المقارن لصدور العقد و ان الإجازة أحد القيدتين المعبرتين في العقد على سبيل التخيير. و على ذلك فكما يتم بالرضا المقارن الموضوع لوجوب الوفاء، و يحصل به الملك. كذلك بالإجازة اللاحقة.

و بعبارة أخرى الإجازة يكون بها تمام الموضوع لا ان تكون كاشفة عن تمام الموضوع و السبب قبلها.

اللهم الا- ان لا- تكون الإجازة بنفسها شرطا، بل الشرط لوجوب الوفاء تعقب العقد بها، وهذا التعقب يحصل من الأول على تقدير حصول الإجازة في المستقبل، و يكون حصولها كاشفا عن اتصاف العقد به زمان صدوره و لكن هذا خلاف الظاهر حيث ان الشرط في تمام العقد نفس الرضا و طيب نفس المالك لا لحوقه.

لا يقال المراد بالشرط في المقام ما يكون لحوقه بالعقد موجبا لحصول الملك بإطلاق الشرط على الرضا باعتبار ان المؤثر في الملك الحاصل بالعقد لحوقه لا انه بنفسه دخيل.

فإنه يقال إطلاق الشرط على شيء مقتضاه كون ذلك الشيء بنفسه دخيلا و كون المراد بالشرط ذلك ظاهر الأدلة فإن ظاهرها كون رضا المالك و طيب نفسه معتبرا في التجارة و حل أكل مال الغير أو التصرف فيه و وجوب الوفاء بالعقد و لازم ذلك ان لا يحصل شيء من ذلك قبل حصول الإجازة و لا يفيد فيه وصف لحوق الإجازة في العقد كما احتمل كفاية وصف لحوقها صاحب الفصول، و التزم به بعض المعاصرين و يتفرع على دخالة وصف لحوق الإجازة و كونه شرطا في تمام العقد انه لو علم الأصيل حصول الإجازة فيما بعد لجاز له التصرف في مال الطرف حتى الموقوف على كون المتصرف مالكا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٥

.....

ثم انه لا بأس بالالتزام بما ذكر و ان المراد بالشرط لحقوقه في مثل اشتراط صوم المستحاضة بغسلها بعد الفجر أو للعشائين بان يقال بان المعتمر في صحة صومها عند طلوع الفجر اتصاف إمساكها عند الفجر بلحوق الاغتسال و لو في الليلة الآتية و يقال في الغسل يوم الخميس ان اتصاف المكلف بكونه لا- يتمكن على الاغتسال يوم الجمعة دخيل في استحباب الغسل له يوم الخميس و اتصافه بكونه يدرك مستقبلا هلال الشوال دخيل في وجوب الزكاة عليه من أول شهر رمضان.

و لكن مع ذلك قد يقال بامتناع تحقق وصف التعقب فعلا قبل حصول ذلك اللاحق و انه لا يمكن تصحيح مذهب الكشف بالالتزام بان الشرط في حصول الملك بالعقد تعقبه بالرضا و ان وصف التعقب حاصل حال العقد على تقدير حصول الإجازة فيما بعد فان المتضايفين متلازمين في القوة و الفعلية فاتصاف أحد بالأبوة لا ينفك عن اتصاف الآخر بالبنوة و اتصاف شيء بالعلية لا ينفك عن اتصاف الآخر بالمعلولية و عنوان التعقب و التقدم و التأخر من الإضافات.

و الحاصل ان اتصاف شيء بأحد الوصفين المتضايفين في زمان مع عدم اتصاف الآخر بالوصف الآخر في ذلك الزمان أمر غير معقول فلا يعقل ان يقال بحصول وصف التعقب بالإجازة للعقد قبل حصول الإجازة.

أقول الأوصاف الإضافية التي يوصف بها الشيء ليست في حقيقتها الا- باعتبار العقل و قياس أحد الموجودين بالآخر فان كن الموجودان متحدين زمانا يكون اتصاف أحدهما بوصف ملازما لاتصاف الآخر بالوصف الآخر المقابل لا محالة لفعلية الموجود الآخر في ذلك الزمان ايضا على الفرض كما في وصفي العلية و المعلولية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٦

.....

أو الأبوة و البنوة و نحوهما و ان كان الموجودان في زمانين كما في الموصوفين بوصفي التقدم و التأخر فلا يمكن اتصاف أحدهما بوصف في زمان ملازما لفعلية الموجود الآخر أو فعلية وصفه في ذلك الزمان فضلا عن لزومها لان تحققه فيه خلف.

نعم لا- بأس بتوصيف ذلك الآخر بالوصف المقابل بلحاظ طرف وجوده و لو بملاحظته بالعنوان الإجمالي و يكفي في انتزاع وصف التقدم للموجود المتقدم ملاحظة المتأخر بعنوانه الإجمالي و لو ادعى في فعلية وصف التقدم للمتقدم أو وصف التعقب له لزوم فعلية

المتأخر لزم ان لا- يوجد الموصوف الحقيقي بالتقدم و التأخر أصلا لأن الموصوف بالتأخر في ظرف وجود المتقدم معدوم و الموصوف بالتقدم في ظرف فعلية المتأخر قد انقضى عنه الوجود فأين فعلية الموصوفين و فعلية وصفيهما هذا بالإضافة إلى الاعتبار العقلي.

و اما جعل المتأخر موضوعا لحكم مقدم فهو أمر ممكن لا- استحالة فيه كما يأتي فتصوير الملكية للطرفين من زمان العقد و جعل موضوعها تحقق الإجازة مستقبلا لا يوجب محالا فان المراد بشرط الحكم قيد الموضوع و لا يفرق في ذلك بين موارد كون ذلك الحكم وضعيا كالملكية كما في المقام أو كونه حكما تكليفيا و قد يعبر عن قيد موضوع الحكم في الأحكام التكليفية بالسبب كقولهم دخول الوقت سبب لوجوب الصلاة و الجنابة سبب لوجوب الغسل و طلوع الفجر سبب لوجوب الصوم.

و قد يعبر عنه بالشرط كقولهم الاستطاعة شرط لوجوب الحج و بلوغ المال حد النصاب شرط لوجوب الزكاة كما انه يعبر عن قيد الحكم الوضعي بالشرط كما يقال رضا المالك أو معلومية العوضين شرط في صحة البيع و حصول النقل و الانتقال
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٧

.....

و قد يعبر عنه بالسبب كما يقال التقاء الختانيين أو خروج المنى سبب للجنابة و خروج البول أو غيره سبب للحدث الى غير ذلك. و لكن كما ذكرنا ان ذلك مجرد تعبير و المراد في جميع ذلك قيد الحكم و موضوعه تكليفا كان أو وضعيا و من الظاهر ان قيد الموضوع و منه اجازة المالك ليس شرطا باصطلاح الفلسفي في مقابل السبب و المانع من اجزاء العلة ليقال بعدم إمكان تقديم المشروط على شرطه، فإنه من تقدم المعلول على علته زمانا، بل الشرط في المقام و هو قيد الموضوع، تابع لجعل الحكم. فإنه قد يكون الحكم متقدما على موضوعه زمانا، و عليه فيمكن ان تكون اجازة المالك العقد شرطا في حصول الملك بنحو الشرط المتأخر بأن يجعل الشارع ملكية المال للطرف الأصيل بالعقد مراعى بحصول الإجازة، بحيث تكون الإجازة مع كونها بنفسها شرطا لحصول الملك كاشفة عن حصول الملك للأصيل بحصول العقد، و لكن اعتبار قيد للموضوع في خطاب الحكم أو غيره ظاهره، نحو الشرط المقارن، و اما المتقدم و المتأخر فاعتبارهما و ان كان ممكنا الا انه يحتاج إلى قرينة خاصة.
لا- يقال إذا كان أمر شرطا للحكم يكون له دخل في ذلك الحكم لا محالة و الا لكان جعله شرطا بلا ملاك و إذا فرض دخالته فيه فكيف يحصل ذلك الحكم قبل حصوله.

(فإنه يقال) كما ذكرنا في بحث الأصول ان الحكم المجعول، غير جعله، كما هو شأن كل إنشاء مع منشته، بخلاف الإيجاد، و الوجود فإنهما أمر واحد، و يختلفان بالاعتبار و ذلك الأمر، بلحاظ نفسه وجود و بلحاظه الى فاعله إيجاد، و اما الإنشاء و المنشأ، فهما متعددان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٨

.....

مثلا- الملكية التي يعتبرها العاقد بعنوان البيع أو غيره منشأ و قصد إبرازه بقوله بعث أو آجرت و نحوهما إنشاء و إذا كان في ملكية المال للطرف من حين العقد صلاح على تقدير اجازة المالك فيما بعد فيعتبرها الشارع كذلك، فلا تكون ملكية على تقدير عدم حصولها فيما بعد فدخالة الإجازة في الملكية ليست نظير دخالة الشرط الفلسفي في مشروطه، لان حصول الملكية يكون بالجعل و الاعتبار على الفرض، و الداعي للجعل الى جعلها، اعتقاد الصلاح في المجعول، كما يأتي توضيحه.

و الحاصل ان دخالة الشرط و هي الإجازة في المقام عبارة عن كونها قيدا لموضوع الملكية المجعولة من الشارع و هذا في الأحكام

الوضعية.

و اما في الأحكام التكليفية كالوجوب و الحرمة فإنهما أيضا أمر إنشائي يحصل بالإبراز و الإنشاء و الجعل فالاستطاعة في وجوب الحج مثلا لا تكون دخيلة في حصول الوجوب نظير دخالة الشرط الفلسفي بل باعتبار كونها قيذا لموضوع وجوب الحج و الداعي إلى جعل وجوبه اعتقاد الجاعل الصلاح في الحج عند حصول الاستطاعة و حيث ان الصلاح و الفساد في موارد الوجوب النفسى و الحرمة النفسية يكون في متعلقهما فلا محذور في ترتب الصلاح أى الغرض على الفعل على تقدير مقارنته، بأمر يعبر عن ذلك الأمر بالشرط المقارن أو على تقدير تقدم أمر على ذلك الفعل أو تأخره عنه و يعبر عنهما بالشرط المتقدم أو المتأخر.

و بهذا يظهر ان ما ذكره صاحب الكفاية من ان الدخيل في شرط الحكم مقارنا كان أو متقدما أو متأخرا لحاظ ذلك المقارن و المتقدم و المتأخر خلط بين الدخالة في الجعل أى الداعي اليه و بين الدخيل في المجعل حيث ان الدخيل في الجعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٤٩

و بان الإجازة متعلقة بالعقد (١)

هو لحاظ ذلك الأمر المقارن أو المتأخر أو المتقدم و لكن الدخيل في الحكم المجعل أى المأخوذ في موضوعه نفس ذلك الأمر كما لا يخفى.

و المتحصل من جميع ما ذكرنا انه لو تم دليل على ثبوت الملكية شرعا قبل حصول الإجازة فيلتزم به مع التحفظ على كونها شرطا في حصول الملكية، و لو بنحو الشرط المتأخر و لا يلزم من ذلك أى محذور.

(١) الوجه الثانى للقول بالكشف ذكره ايضا الشهيد و المحقق الثانى، و حاصله ان تعلق الإجازة بالعقد الصادر سابقا رضاء بمضمون ذلك العقد، و مضمونه نقل العوضين من حينه لا من حين الإجازة.

و أورد عليه المصنف (ره) بأمور الأول- ان الإجازة و ان تكون متعلقة بالعقد السابق الا ان مضمونه نفس النقل لا المقيد بكونه من حين العقد و بتعبير آخر يقع العقد فى ذلك الزمان باعتبار ان العقد زمانى لا ان معنى بعث بنحو الإنشاء هو النقل من ذلك الزمان، و ان شئت فلاحظ القبول بالإضافة إلى الإيجاب فإن القبول رضا بمضمون الإيجاب و لكن لا يحصل الملك بعد تمام الإيجاب و قبل القبول و ليس هذا الا- باعتبار ان معنى الإيجاب هو نفس النقل، و فى أى زمان يتم العقد يحصل الملك من ذلك الزمان و كما ان تمام العقد من المالكين يكون بعد القبول فيحصل الملك بعده كذلك تمام عقد الفضولى يكون بعد الإجازة فيكون الملك بعدها.

و أيضا بما ان مدلول العقد نفس النقل لا النقل من حينه، لم يكن الفسخ و إبطال مضمونه إلغاء للنقل من حين العقد بل يكون إلغاء لنفس النقل فى أى زمان حصل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٠

.....

الإلغاء، يبطل النقل من ذلك الزمان.

أضف الى ذلك انه لا ينبغي الإشكال فى حصول الإجازة بقول المالك قد رضيت بكون مالى لزيد بكذا مع ان المالك المجيز لم يتعرض فى القول المزبور لبيع ماله فضولا من زيد فضلا عن تعرضه بزمان نقله و قد ذكروا ان تمكين الزوجة من الزوج فيما إذا زوجها الآخر منه فضولا- اجازة لنكاح الفضولى باعتبار ان التمكين كاشف فعلى عن رضاه بالزوجية المنشأة من غير نظر الى زمانها من حيث المبدء.

أقول الإيراد المزبور على الاستدلال غير صحيح و ذلك فإن الملكية أمر اعتبارى و إنشائها ليس من الإيجاد الحقيقى الذى يكون عين

الوجود حقيقةً و يتحد زمانهما لا محالة. بل الإنشاء كما تقدم توضيحه غير المنشأ و بينهما تعدد.

ولذا يمكن التفكيك بينهما فيمكن إنشاء الملكية المستقبلية بأن يكون الإنشاء فعلياً، و المنشأ أمراً استقبالياً، كما في الوصية التمليلية، و على ذلك فاللازم على العاقد في اعتبار ملكية المبيع للمشتري من تعيين المبدء فيكون الزمان المزبور قيماً للنقل أى الملكية، و لا يقاس الإجازة بقبول الإيجاب، فإن الموجب في إيجابه لا يجعل ملكية المبيع للمشتري مطلقاً، حتى و لو لم يقع منه قبول بل الظاهر ان اعتبارها له معلق على قبوله بنحو الشرط المقارن، و هذا بخلاف اجازة المالك فإن الملكية المنشأة بالعقد لا تكون معلقة عليها كما يظهر الحال بملاحظة بيع الغاصب و على تقدير التعليق يكون بنحو الشرط المتأخر، كما إذا باعه لتوقع اجازة المالك.

و الحاصل ان الإجازة تتعلق بمدلول العقد الذى هو الملك من حينه و يدخل العقد بها فى موضوع الإمضاء و لزوم و قبل الإجازة لا يكون إمضاء و لا لزوم و اما قضية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥١

.....

الفسخ فإنه إلغاء للعقد بقاء فيكون إلغاء الملكية أيضاً فى بقائها و لا منافاة بين ان يكون مبدء الملكية فى الإجازة حين العقد و مبدءها فى الإلغاء حين الفسخ، فان الفسخ لا يقابل الإجازة بل مقابل الإجازة، هو الرد و هو عبارة عن إلغاء العقد من أصله، و لا فرق فيما ذكر كله بين ان تكون الإجازة بالقول أو بالفعل كتمكين الزوجة المزوجة فضولاً، و لا يخفى ان مرادنا بمدلول العقد، ليس مدلوله بالدلالة الوضعية ليقال بان بعت مثلاً إنشاء لا يدل على الزمان فكيف تكون دالاً على مبدء الملكية، بل المراد الدلالة و لو بالقرينة التى أشرنا إليها من لزوم المبدء للمنشأ لا محالة.

و لا يخفى ان ما ذكره المصنف (ره) فى الإيراد على الاستدلال الثانى على الكشف بقوله (و بتقرير آخر ان الإجازة من المالك قائمة) ليس تقريراً آخر للإيراد المزبور بل التقرير يناسب الرد على الاستدلال الأول الذى ذكر فيه ان العقد سبب تام للنقل و الانتقال و اجازة المالك كاشفة عن كون عقد الفضولى عند حدوثه تاماً.

ثم انه (ره) ذكر الإيراد الثانى على الاستدلال المتقدم بقوله (و ثانياً لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً) و حاصله ان القول بالكشف لا يساعد عليه دليل بان يكون المبيع ملكاً للمشتري شرعاً و الثمن ملكاً للمالك المجيز من حين العقد و لو قيل بتعلق الإجازة بالعقد السابق الذى مدلوله النقل من حينه أو ان الإجازة اللاحقة تجعل العقد السابق كأنه سبب تام للنقل و ذلك فان العقد الفضولى ما لم ينتسب الى المالك، لا يعمه دليل وجوب الوفاء به و خطاب حل البيع فإنه يصير بإجازة المالك عقده، و البيع بيعاً برضاه، و لازم ذلك ان لا يكون نقل و انتقال قبل حصول الإجازة لأن حدوث ملكية المبيع للمشتري و انتقال الثمن إلى البائع يلازم حدوث وجوب الوفاء الذى يحدث بالإجازة كما ان حل البيع بمعنى حل التصرفات المترتبة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٢

و ثالثاً سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع (١)

على البيع تحدث بالإجازة و من الظاهر ان حدوث الحلية المزبورة، ينتزع عنها النقل و الانتقال.

أقول هذا الإيراد أيضاً غير صحيح و ذلك فان العقد و ان يكون بالإجازة منتسباً الى المالك المجيز من حين الإجازة و ان البيع بالإجازة يكون بيعاً برضا المالك فيدخل العقد المزبور من حين الإجازة فى موضوع الخطابين الا ان خطاب وجوب الوفاء بالعقد ليس حكماً تكليفاً بالإضافة إلى البيع و نحوه حتى لو فرض ان البائع إذا أمسك بالمبيع و لم يسلمه إلى المشتري فقد عصى بعضيانيين أحدهما التصرف فى مال المشتري بإمساكه بالمبيع، و الثانى عدم وفائه بالعقد، بل هو إرشاد إلى لزومه، و عدم كونه قابلاً للفسخ كما

ان خطاب حل البيع ليس ناظرا إلى الحلية التكليفية بل إلى الحل الوضعي أى الإرشاد إلى إمضاء الشرع، البيع من حيث المدلول، وإذا فرض ان مدلول البيع المزبور، ملكية المبيع للمشتري من حين تحقق العقد، يكون إمضائه بمدلوله عبارة عن اعتبار الشرع الملكية على طبق إنشاء العاقد. ورضا المالك المجيز به وقد ذكرنا فى محله ان الملكية ونحوها من الأحكام الوضعية، قابلة للجعل بنفسها، والالتزام بانتزاعها من التكليف بلا وجه.

(١) وهذا هو الإيراد الثالث على الاستدلال المتقدم. وحاصله لو سلم إمضاء الشارع عقد الفضولى على طبق اجازة المالك المفروض كونها رضا بالعقد بمدلوله وهو النقل من حينه ولكن حكم الشارع وإمضائه يحدث عند حصول الإجازة. ولازم ذلك ان يكون ملكية المبيع للمشتري وملكته الثمن للمالك المجيز بالإضافة إلى الأزمنة بعد الإجازة حقيقية و بالإضافة إلى الأزمنة السابقة على الإجازة تنزيلية، بمعنى انه يترتب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٣

.....

بعد الإجازة الآثار الممكنة بالإضافة إلى تلك الأزمنة، كما إذا حصل للمبيع نماء بعد العقد وقبل الإجازة فإنه يحكم بعد الإجازة، بأن النماء المزبور ملك المشتري وهذا فى الحقيقة قول بالنقل يشترك مع القول بالكشف فى بعض الآثار، والوجه فى عدم كون الملكية بالإضافة إلى الأزمنة قبل الإجازة حقيقة هو عدم كون العقد فى تلك الأزمنة سببا تاما للملكية حيث لم يكن معه رضا المالك الذى جزء السبب أو شرط له.

أقول و أنت خبير بأنه لا يمكن المساعدة على هذا الإيراد أيضا و انه يتعين الالتزام بكون الملكية كما أنها بالإجازة واقعية بالإضافة إلى الأزمنة اللاحقة كذلك انها واقعية بالإضافة إلى الأزمنة السابقة حيث ان التنزيل بجعل الآثار يكون فى الموارد التى لا يمكن فيها جعل الموضوع بنفسه حقيقة كما فى تنزيل الفقاع منزلة الخمر و اما الموضوع القابل للجعل بنفسه كالملكية التى لها آثار فلا موجب لجعل آثارها بل تجعل نفسها فيترتب عليها تلك الآثار.

و دعوى ان العقد لم يكن سببا تاما للملك فى الأزمنة التى قبل الإجازة فقد تقدم انه لا سببية و لا مسببية فى الملكية الشرعية بمعناها المصطلح عند الفيلسفى بل العقد مع رضا المالك بنحو الشرط المقارن أو بنحو الشرط المتأخر موضوع للملكية الشرعية. والمتحصل الى هنا ان الاستدلال الثانى على الكشف مقتضاه الكشف الحكمى بخلاف الاستدلال الأول فإن مقتضاه كان الكشف الحقيقى.

لا- يقال لا- يمكن الالتزام بالكشف الحكمى فإنه كيف يعقل جعل ملكية متاع لزيد مثلا فى زمان انقضى و قد كان المتاع فيه ملكا للآخر كما إذا اشترى زيد متاع عمرو فضولا فإنه ما لم تحصل الإجازة فالمتاع باق على ملك عمرو و لو صار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٤

.....

المتاع بعد الإجازة ملكا لزيد حتى فى الأزمنة التى انقضت قبل الإجازة لزم كون المتاع المزبور فى تلك الأزمنة التى قد انقضت ملكا لكل من عمرو و زيد مستقلا بل لا يمكن جعل ملكية المتاع لزيد فى تلك الأزمنة إلا بإعادة الأزمنة المنقضية أو الالتزام ببقائها فى الأزمنة اللاحقة و كل من الإعادة و بقاءها أمر غير معقول اما الأول فظاهر و اما الثانى فلاستلزامه كون الزمان فى زمان.

و الحاصل ان المتاع المزبور كان ملكا لعمرو و فى زمان واقعى قد انقضى و لا يمكن ان يكون المتاع المزبور لزيد فى ذلك الزمان الواقعى لانقضائه و اما جعل الملكية بفرض ذلك الزمان الماضى فهو فى الحقيقة ملكية فى زمان فرضى موهوم مستلزم لكون كل من

عمرو و زيد مالكا مستقلا لذلك المتاع في زمان واحد.

فإنه يقال الحل ما تقدم من الإنشاء و المنشأ غير الإيجاد و الوجود فإن الإيجاد و الوجود في الحقيقة واحد و اختلافهما بالاعتبار فقط و إذا كان الإيجاد في زمان يكون الوجود في ذلك الزمان لا محالة.

و إذا انقضى زمان فارغا عن وجود الشيء فيستحيل إيجاد ذلك الشيء في ذلك الزمان الماضي بأن يكون الإيجاد في الزمان اللاحق و الوجود في الزمان المنقضى الا ان يقع المستحيل و هو عود ذلك الزمان الماضي و كذا الحال في إيجاد شيء استقبالي بأن يكون الإيجاد في الحال و الوجود في المستقبل فإنه أيضا لا يمكن الا ان يقع المستحيل و هو جر الزمان الاستقبال الى الحال و اما الإنشاء و المنشأ فلا- استحالة في التفكيك بين زمانى الإنشاء و المنشأ فان الموصى لداره للغير بالوصية التملكية يحصل إنشائه حال حياته و لكن منشئه و هي ملكية داره تحصل من زمان موته و كما ان الموصى حين الوصية يعتبر ملكية داره مثلا للغير و لا تكون إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٥

.....

الملكية المعبرة مطلقه بل مقيدة بالزمان المستقبل و يكفي في الوصية ان يلاحظ الموصى ذلك الزمان و يعتبر الملكية المقارنة له كذلك يمكن للمنشئ لحاظ الزمان الماضي و يعتبر الملكية المقارنة لذلك الزمان فان الاعتبار ليس من الإيجاد الحقيقي و المعبر شبيه بأمر خيالي لو لم يكن عينه يجعله العقلاء و الشرع تنظيما لأمر معاش العباد و معادهم.

و من الفروع التي توضح المقام ما إذا اختلف الوارث مع الآخر في عين كانت مملوكة للمورث باعترافهما فقال الآخر قد تملكها من المورث بالهبة و قال الوارث بل العين من تركه مورثه و انه لم يملكه لأحد في حياته فإنه لا ينبغي الريب في تقديم قول الوارث أخذا باستصحاب بقائها في ملك المورث الى زمان موته و من الظاهر ان هذه عبارة أخرى عن التعبد في الزمان اللاحق بالملكية السابقة و التعبد بها معناه جعل الملكية بالإضافة إلى الزمان السابق بعنوان الحكم الظاهري و اما قضية كون ملكية المتاع في زمان واحد لمالكين مستقلا فلا محذور فيه فيما إذا كان زمان الاعتبار متعددا و اى محذور في ان يعتبر ملكية المتاع لعمرو في زمان سابق بان يكون زمان الاعتبار سابقا على زمان المعبر لغرض ثم يعتبر بعد انقضاء زمان المعبر ملكيته في ذلك الزمان الماضي لزيد لغرض آخر و قد ذكرنا سابقا ان الأحكام الوضعية و منها الملكية لا تقاس بالتكليفية حيث ان الأحكام التكليفية لا يمكن تعلقها بالأفعال الماضية لأن الأفعال الماضية بانتهاؤها أمرها بالوجود أو العدم لا يفيد فيها النهي و الأمر و الترخيص و هذا بخلاف الأحكام الوضعية فإنها لا تتعلق بالأفعال ليست من سنخ البعث أو الزجر أو الترخيص و تقبل اعتبارها للأمر الماضي و المستقبل كاعتبارها للأمر الحالي كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٦

.....

فتحصل مما ذكرنا ان ما ذكره الثائني (ره) في وجه استحالة الكشف الحكمي من ان اعتبار ملكية مال لعمرو في زمان معين ثم اعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان بعينه غير ممكن لان المصحح للتعدد تعدد زمان المعبر لا تعدد زمان الاعتبار و ان مع وحدة زمان المعبر يكون الحال من قبيل الحكم بوجوب فعل في زمان ثم الحكم بحرمة ذلك الفعل في ذلك الزمان و لذا لا يمكن في مسئلة التوسط في الدار المغصوبة الحكم بحرمة التصرف فيها بالخروج قبل الدخول فيها و الحكم بوجوبه بعده لما ذكرنا في ان الفعل بعد انقضاء زمانه لا يقبل البعث اليه أو الزجر عنه أو الترخيص فيه و ان تعلق الحرمة بفعل مقتضاه وجود المفسدة الملزمة الخالصة فيه و تعلق الوجوب مقتضاه وجود المصلحة الملزمة الخالصة و الترخيص مقتضاه عدم ثبوتها و لا يمكن حصول الملاكين في فعل واحد في زمان واحد بخلاف ملكية المال في زمان واحد فيمكن ان يتعدد الغرض فيها باعتبار تعدد زمانى الاعتبار لأن المصلحة كسائر

الأحكام الوضعية تكون في نفس اعتبارها.

لا يقال إذا كان كل من ملكية المال لعمرو في زمان و ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان مورد الغرض فيمكن اعتبارهما و لو مع وحدة زمان الاعتبار أيضا.

(فإنه يقال) لا يمكن ذلك فان معنى اعتبار ملكية المال لعمرو في زمان مقتضاه استقلال عمرو في التصرف في ذلك المال في ذلك الزمان دون غيره و اعتبار ملكية ذلك المال لزيد في ذلك الزمان معناه استقلال زيد في ذلك الزمان للتصرف دون غيره و لا يمكن ذلك مع وحدة زمان الاعتبار بخلاف ما إذا كان زمان الاعتبار متعددا فان اعتبار الملكية لعمرو في زمان أو لا مقتضاه انه يجوز له في ذلك الزمان التصرف في ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٧

فالظاهر من صحيحة قيس الكشف (١).

المال و بالإضافة إلى التصرفات الخارجية يكون الجواز بمعنى الترخيص و الإباحة تكليفا و بالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى نفوذها و صحتها و انه لا يجوز لغيره زيدا كان أو غيره التصرف في ذلك المال و عدم الجواز بالإضافة إلى التصرفات الخارجية هي الحرمة و بالإضافة إلى التصرفات المعاملية بمعنى عدم نفوذها.

ثم بعد اجازة عمرو المعاملة الفضولية و اعتبار ذلك المال لزيد في ذلك الزمان يكون مقتضى الاعتبار إمضاء تصرفات زيد في ذلك الزمان و كون نماء المال في ذلك الزمان له لا لعمرو كما لا يخفى.

و اما ما استدل به فخر المحققين على القول بالكشف بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في الموجود باعتبار ان المؤثر في الملكية هو العقد و لو قلنا بان اجازة المالك كاشفة عن حصول الملكية من زمان العقد فلا محذور و اما إذا قلنا بحدوث الملكية حين الإجازة لزم تأثير العقد المعدوم في ذلك الزمان في الملكية فلا يخفى ما فيه فإنه بعد الإحاطة بما ذكرنا من ان العقد لا يؤثر في الملكية الشرعية بل تلك الملكية حكم شرعي مجعول للشارع يمكن ان يكون موضوعه الأمر المقارن للحكم زمانا و يمكن ان يكون تمام الموضوع أو بعض قيوده الأمر المتأخرين عن الحكم و ليس للموضوع أى تأثير خارجي في الحكم بل ثبوته على تقدير الموضوع لتحقق الجعل في ذلك الفرض و عدم تحقق الحكم مع عدم الموضوع لعدم الجعل مع عدمه و ان شئت الاستيناس للمقام فلاحظ الملكية شرعا في بيع الصرف و السلم فإنها تحدث حين حصول القبض في المجلس و العقد في ذلك الحين معدوم.

(١) وجه ظهورها في الكشف هو ما تقدم من دلالتها على سقوط قيمة الولد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٨

.....

عن عهدة المشتري بإجازة المولى البيع الواقع على وليدته فضولا و اما التفرقة بين صحيحة ابي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا- و بين سائر الأخبار بدلالاتها على الكشف الحقيقي بخلاف سائر الأخبار فباعتبار انه لم يذكر في تلك الاخبار حكم يناسب خصوص الكشف الحقيقي بخلاف الصحيحة فإن الوارد فيها و هو لزوم عزل نصيب الصغيرة و هو يناسب خصوص الكشف الحقيقي فقط كما يأتي توضيحه في التعليق الآتية و الحاصل ان الحكم لأب البائع بأخذ ابن الوليدة لا يصح الا إذا كان الأخذ المزبور لقيمة الولد فقط أو مع قيمة ما استوفاه المشتري من سائر منافع الجارية.

ثم لا يكون إرساله بعد اجازة البيع الأعلى مذهب الكشف دون النقل فإنه على النقل لا يسقط قيمة الولد أو قيمة سائر منافعها التي استوفاه عن عهدة المشتري ليتعين على أب البائع إرسال الولد بخلاف القول بالكشف حقيقيا كان أو حكما.

و اما وجه تعلق المشتري بالبائع الفضولى فلعله باعتبار ضمانه الثمن المدفوع إليه فأية كما كان يبعه فضوليا كان قبضه الثمن فضوليا سواء كان المدفوع اليه نفس الثمن أو وفائه و انه إذا أجاز مولى الوليدة يبعها كانت إجازته إجازة للقبض المزبور أيضا و قد سأل المشتري هذه الإجازة عنه بقوله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني.

و احتمال ان البائع كان مديونا للمشتري ببدل الثمن بمقتضى ضمانه و المشتري كان مديونا للمولى بقيمة الولد و قيمة منافع الجارية ففعل الإجازة معتبرة بنحو النقل و ان إرسال المولى ولد المشتري و إرسال المشتري البائع أى ابن المولى كان لإسقاط المولى دين المشتري فى مقابل دين الابن البائع لا يمكن المساعدة عليها لان هذا الاسقاط لا يحتاج إلى إجازة بيع الجارية و ظاهر الرواية ان إرسال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٥٩

فإطلاق الحكم بالعزل منضمنا الى عموم الناس مسلطون (١).

الولدين كان علاجه بإجازة البيع و لا تكون أجازته علاجا إلا إذا اعتبر الإجازة بنحو الكشف و ان تكون بحيث تعم اجازة قبض الثمن أيضا.

(١) المراد من إطلاق الحكم بالعزل عدم تقييده بصورة رضا الورثة و هذا الإطلاق بانضمامه الى عموم الناس مسلطون على أموالهم المقتضى لسלטنة سائر الورثة لجميع حصصهم من تركة الزوج الميت يفيد مسلك الكشف الحقيقى حيث بناء على هذا المسلك لا يكون لزوم عزل نصيب الزوجة تخصيصا لعمومه بخلاف مسلك النقل أو الكشف الحكمى فإنه بناء عليهما يكون المقدار المعزول ملكا لسائر الورثة واقعا و قد منعوا عن التصرف فى ملكهم بتعين العزل عليهم.

(أقول) لا يمكن المساعدة على الاستظهار المزبور و ذلك لما تقرر فى الأصول من بحث العام و الخاص انه إذا علم عدم شمول حكم العام لشيء و دار أمر عدم الشمول بين ان يكون بنحو التخصيص أو بنحو التخصيص فلا يمكن التمسك بعموم العام فى إثبات كون الخروج بنحو التخصص لا- التخصيص كما إذا قام دليل على عدم لزوم الاجتناب عن غسله الاستنجاء و دار أمر الغسالة بين كونها تخصيصا فى خطاب كون الماء المتنجس منجسا و بين ان يكون خروجها عن الخطاب المزبور بالتخصص بان تكون الغسالة المزبورة طاهرة فإنه لا يمكن إثبات طهارتها بالأخذ بعموم خطاب كون الماء المتنجس منجسا هذا أولا.

و ثانيا انه على الكشف الحقيقى يكون تعيين عزل سهم الزوجة أيضا تخصيصا فى خطاب اعتبار الاستصحاب فالمتعين ان العزل حكم ظاهرى و احتياط فى الواقعة التى من الشبهة الموضوعية كوجوب عزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يحتمل عادة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٠

.....

و الحاصل ان الحكم بتعين عزل نصيب الزوجة مع احتمال إجازتها بعد بلوغها منضمنا الى عموم خطاب الاستصحاب مقتضاه عدم الكشف الحقيقى و قد أورد بعض الأعظم على دلالة الصحيحة على اعتبار الإجازة بنحو الكشف أو غيره بأنه لم يظهر منها ان الترويج المفروض فيها فضولى و ان رضا الصبى و الصبية به بعد بلوغها اجازة لذلك الترويج الفضولى بل ظاهرها ان النكاح المزبور قد وقع من الوليين و ان ذلك النكاح جائز أى صحيح و لكن يكون لكل منها بعد بلوغها الخيار فى فسخه و إقراره و ان من شرط التوارث بين الزوجين المفروضين رضا كل منهما بالنكاح المزبور أى فسخه و إقراره و إذا مات أحدهما بعد رضاه به و قبل بلوغ الآخر يكون الإرث مشروطا برضا الآخر بعد بلوغه و هذا ظاهر الرواية أى ظاهر جواز النكاح و فرض صدوره من الوليين و لا موجب لحملها على نكاح الفضولى ثم حمل الرضا الوارد فيها على الإجازة و الاستظهار يكون اعتبارها بنحو الكشف نعم قوله عليه السلام فى ذيلها (فان

كان أبوها هو الذي زوجها) ظاهر في ان نكاح الأب لا يكون كنكاح غيره ولا يعتبر في نكاحه خيار الفسخ بل يلزم و ثبت التوارث و لو قيل بأن الأب يعم الجد أى أب الأب يكون نكاح الجد كنكاح الأب فيختص صدرها بنكاح غير الأب و الجد هذا مع ان الذيل معارض بصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن الصبي يزوج الصبية قال إذا كان أبوهما اللذان زوجها فنعيم جائز و لكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فان المهر على الأب قلت فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره قال لا «١».

(١) الوسائل الجزء ١٤ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح الحديث (٨).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦١

اما الثمرة على الكشف الحقيقي (١).

و كذا معارض بذيل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال اما تزويجه صحيح الى ان قال فان ماتت أو مات يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه الى أخذ الميراث الا الرضا بالنكاح «١».

أقول إذا تسلّم أطال الله بقائه ان قوله عليه السلام في ذيل صحيحة ابي عبيدة الحذاء يكون دالا على نفوذ نكاح الأب و ثبوت التوارث معه و ان الأب يعم الجد فيلزم عليه ان يحمل الوليين في صدرها على غير الأب و الجد و من الظاهر ان غير الأب و الجد لا يكون وليا شرعيا فيكون نكاحه فضوليا لا محالة و حمل الوليين على خصوص الوصي مع ان ولايته على النكاح الصغيرة غير محرزة حمل بعيد و أبعد منه حملة على نكاح الحاكم الشرعي لضرورة الطفل و اما معارضة ذيلها بصحيحة محمد بن مسلم و صحيحة الحلبي فلا يضر بالاستدلال فإنه لا يمكن العمل بمثلها في مقابل غير واحد من الروايات الدالة على نفوذ نكاح الأب و الجد و عليه شهرة قديما و حديثا و تمام الكلام في ذلك موكول بكتابي النكاح و الإرث.

(١) لا تظهر الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون الشرط في صحة المعاملة تعقبها بالإجازة أو تكون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا و انه يجوز لكل من المالك المجيز و الأصيل التصرف فيما انتقل اليه قبل حصول الإجازة على تقدير إحراز حصولها فيما بعد سواء كان التصرف أمرا خارجيا أو اعتباريا و يأتي الاعتراف بذلك من المصنف في بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي و الكشف الحكمي.

(١) الوسائل الجزء ١٧ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج الحديث (٤).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٢

[و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي]

و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي (١).

(١) إذا وطأ المشتري الجارية التي اشتراها من الفضولي قبل اجازة المالك فأولدها ثم أجاز الشراء مالكةا فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون الوطى المزبور حلالا واقعا لوقوعه في لملك واقعا كما انه حرام واقعا على الكشف الحكمي و تكون الجارية المزبورة أم ولد للمشتري على الكشفيين و هذا بناء على الكشف الحقيقي ظاهر لحدوث الوطى في الملك الواقعي للمشتري و على الحكمي باعتبار انه بعد الإجازة يملك المشتري الجارية حتى بالإضافة إلى الأزمنة السابقة و منها زمان الوطأ و احتمال (ره) عدم كونها أم ولد بذلك لان الاستيلاء لم يحدث في الملك و ان حكم بملكية الجارية في ذلك الزمان للمشتري و لكن لا يخفى ما في الاحتمال من

الضعف فان مقتضى اعتبار الجارية ملكا للمشتري زمان الاستيلاء مقتضاه كون الجارية أم ولد. و ذكر السيد الخوئي أطال الله بقاءه انه لا يحكم على الأمة بناء على الكشف الحكمي بأنها أم الولد لان ظاهر ما دل على انها لا يباع أو غيره من الأحكام ترتبها على أمه يحدث استيلادها في ملك الواطي و على الكشف الحكمي يكون الاستيلاء بقاء في ملكه نظير ما شرع في صلاته بقراءة سورة ثم تركها في الأثناء بالعدول إلى سورة أخرى فإنه بالعدول و إتمام السورة الثانية و ان تكون الأولى زائدة الا- انها لا- تحسب زيادة في الصلاة و لا- تعمه قوله عليه السلام من زاد في صلوته فعليه إعادتها فان ظاهره احداث الزائد لا جعل الحادث سابقا زائدا فيما بعد.

أقول إذا فرض مبدء الملكية المجعولة هو الزمان السابق يكون الاستيلاء بحدوثه محكوما بوقوعه في الملك لا محالة و لا يقاس بمسئلة الزيادة في الصلاة فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٣
و لو نقل المالك أم الولد عن ملكه (١).

مبدء اتصاف القراءة السابقة بالزيادة من حين العدول إلى السورة اللاحقة نظير ما أخبر القائل بأنه يفعل كذا صباح الغد مع بنائه على الفعل المزبور ثم بدا له صباح الغد فلم يفعله يكون اتصاف الكلام المزبور بالكذب بحسب نظر المتكلم من حين البداء له بل يقاس بما إذا اغتسل المكلف بماء مشكوك طهارته أخذاً بأصالة طهارته.

ثم بعد الاغتسال و الصلاة علم بان الماء المزبور كان متنجسا قبل الاغتسال و شك في وقوع المطهر عليه قبل اغتساله فإنه لا إشكال في ان الماء الى حين حصول هذا العلم و الشك كان محكوما بالطهارة و بعد حصولهما يحكم على الماء المزبور حتى بالإضافة إلى حين الاغتسال بالنجاسة مع انه يلزم عليه طال بقاء الحكم بصحة الاغتسال و لا أقل بعدم وجوب قضاء صلاة صلاها بذلك الغسل لأنهما مقتضى قاعدة الطهارة السابقة أو أصالة عدم وجوب قضائها.

(١) و حاصله انه لو اشترى الأمة فضولا فأولدها و نقلها مالكة عن ملكه ثم أجاز الشراء المزبور فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان النقل المزبور و بصحة الشراء لأن الإجازة تكشف عن وقوع نقله في ملك المشتري واقعا و يحتمل بطلان اجازة الشراء لان النقل سابقا بمنزلة رده الشراء المزبور و سيأتي ان من شرط نفوذ الإجازة عدم سبقها بالرد هذا على الكشف الحقيقي.

و على الكشف الحكمي فيحكم بصحة النقل المزبور و على المالك المجيز أداء عوض الأمة أي قيمتها إلى المشتري جمعا بين صحة النقل المزبور و بين المعاملة مع الجارية المزبورة بعد الإجازة معاملة ملك المشتري بالإضافة إلى الأزمنة الماضية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٤

.....

و يكون المقام نظير ما إذا فسخ ذو الخيار العقد مع نقل المال عن ملكه قبل ذلك فان بعد فسخه عليه بدل المال جمعا بين نفوذ نقله و رجوع ذلك المال بالفسخ الى مالكة الأول.

و الحاصل ان ضابط الكشف الحكمي انه يترتب آثار الملكية بالإضافة إلى الأزمنة السابقة بعد حدوث الإجازة فإن كان الجمع بين تلك الآثار و تصرف المالك قبل أجازته ممكنا فهو و الا كما إذا ألتف المالك المال حقيقه أو شرعا كالتعق بطلت الإجازة لفوات محلها و ان يحتمل الرجوع اليه بالبدل مع الإلتلاف أيضا جمعا بخلاف الكشف الحقيقي فإنه بالإجازة ينكشف كون المال ملكا للغير واقعا من حين عقد الفضولي فيبطل كل تصرف من المالك لاحق بالعقد المزبور.

أقول مجرد تلف المال أو العتق لا- يوجب التنافي بينه و بين اجازة عقد الفضولي فإنه بعد أجازته يرجع الأصيل إلى المالك المجيز

يبدل المال المتلف أو المعتق كما في مسألة البيع بشرط الخيار للمشتري فإنه إذا تلف المبيع في يد المشتري أو أعتقه فيرجع إليه البائع بعد الفسخ ببذل التالف أو المعتق بل التنافي بين الإجازة والتصرف من المالك المجيز يتصور في موارد لا يكون فيها الرجوع إلى المالك المجيز بالبدل كما إذا زوج الفضولي المرأة من زيد ثم المرأة مع جهلها بالحال زوجت نفسها من عمره فإنه لا يمكن الجمع بين نفوذ النكاح الثاني و إجازة النكاح الأول و في مثل ذلك لا ينبغي الريب في نفوذ النكاح الثاني و فساد النكاح الأول و ذلك فان النكاح الثاني بحصوله يعمه ما دل على مشروعية النكاح و نفوذه و مع هذا الشمول لا تفيد إجازتها النكاح الأول حيث لا يمكن ان يعمل ذلك الدليل بل يمكن ان يقال الأمر كذلك حتى على الكشف الحقيقي لا لكون النكاح الثاني ردا للنكاح الأول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٥

.....

حيث نفرض وقوع النكاح الثاني غفلة عن النكاح الأول بل لأن الإجازة المصححة للنكاح الأول إجازة الخلية لا إجازة ذات البعل. و اما إذا لم يكن تصرف المالك المجيز منافيا لصحة عقد الفضولي بإجازته فقد يقال كما عن المصنف (ره) و غيره بأنه يجمع بين التصرف الثاني و عقد الفضولي بإجازته برجوع الأصل إلى المالك المجيز ببذل ذلك المال نظير رجوع من عليه الخيار إلى المشتري بعد فسخ الشراء ببذل المبيع التالف حقيقة أو حكما.

و لكن لا يخفى انه لا يمكن المساعدة على الجمع بذلك في المقام بل المتعين هو الالتزام بان تصرف المالك في المبيع و نقله الى الغير أو إتلافه يوجب ان لا يبقى مورد للإجازة لا- لكون التصرف المزبور ردا فعليا لعقد الفضولي ليقل بان تصرفه مع غفلته عن جريان العقد فضولا- على ماله لا- يكون من الرد الذي من الإنشائيات و لا يحصل بدون القصد سواء كان بالفعل أو بالقول بل لان المعترف في الإجازة ان تكون موجبة لاستناد عقد الفضولي إلى المالك المجيز بان يصح ان يقال انه باع ماله أو آجره أو صالحه الى غير ذلك و لا- تكون الإجازة مع التصرف المزبور مصححة لذلك لان نفوذ ذلك التصرف يوجب كون المالك أجنبيا عن المال المزبور و لا تكون أجازته موجبة لان يقال انه باع داره و آجرها أو صالحها الى غير ذلك.

و هذا هو السر فيما يأتي من ان من شرط الإجازة ان يكون المجيز مالكا للمال الذي جرى عليه العقد فضولا لولا أجازته و بتعبير آخر المصحح لاستناد عقد الفضولي إلى المجيز بإجازته كونه مالكا للمال لولاها و المفروض انه مع التصرف المزبور لا- يكون مالكا لتكون جازته باعتباره مصححة للاستناد بل الأمر كذلك في صورة تلف المال فان المال بعد تلفه في يد مالكة لا يعتبر ملكا له و لا يقاس بما إذا اشترى متاعا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٦

[الثمره بين الكشف و النقل]

و للشهيد الثاني في الروضة عبارة توجيه المراد منها (١).

بشرط الخيار له و تصرف في ذلك المال بالنقل أو تلف في يده فإنه يكون له فسخ الشراء و يرجع البائع إليه ببذل المبيع و ذلك فان الخيار حق له متعلق بالعقد الواقع و التصرف في المبيع إذا لم يكن بقصد إسقاط الخيار لا يوجب سقوطه فيكون له فسخه و يتعين عليه بعد الفسخ دفع البدل و الإجازة في المقام ليست من قبيل الحق المتعلق بالعقد و لذا لا يكون للمالك المجيز إسقاطها بل اعتبارها لكونها مصححة لاستناد عند الفضولي اليه و وجه التصحيح ما ذكرنا من كونه مالكا للمال لولا الإجازة.

فتحصل مما ذكرنا انه على الكشف الحكمي يكون تلف المال أو تصرف مالكة بنقله الى الغير أو عتقه موجبا لانقضاء مورد الإجازة

فيصح تلك التصرفات و يلغو عقد الفضولي.

بل يمكن ان يقال ان الحال كذلك حتى على الكشف الحقيقي فإن المعقول منه هو الالتزام بكون الإجازة شرطا متأخرا أو ان الشرط تعقب العقد بالإجازة و ما هو شرط متأخرا و لحوقه شرط هي اجازة المالك لولاها لا مجرد اجازة المالك حال العقد و يأتي بقية الكلام في ذلك في بحث اشتراط كون المجيز مالكا.

(١) قال في الروضة و تظهر الفائدة يعني فائدة القولين الكشف و النقل في النماء فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل للمبيع المتخلل بين العقد و الإجازة للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز انتهى.

و ذكر المصنف (ره) ان توجيه المراد من هذه العبارة بأن تحمل هذه العبارة على خلاف ظاهرها اولى من الأخذ بظاهرها و التكلف في تطبيق ذلك الظاهر على القواعد و توضيح ذلك ان نماء المبيع المتخلل بين العقد و الإجازة للمشتري و نماء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٧

و منها ان فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل (١).

عين الثمن للبائع على الكشف الحقيقي أو الحكمي و النماء المزبور يكون للمالك الأصلي على النقل و مراد الشهيد من المالك المجيز هو المالك الأصلي الشامل لمالك المبيع و مالك الثمن مع فرضه الفضولية في العقد من الطرفين فيصح ان يقال انه بناء على النقل يكون نماء كل من المبيع و الثمن للمالك المجيز اي لمالكهما الأصلي و هذا الحمل اولى من الأخذ بظاهرها بان يقال إذا كان العقد فضوليا من طرف البائع مثلا يكون نماء المبيع و الثمن له على النقل اما نماء المبيع فظاهر حيث ان المبيع لا يخرج عن ملكه قبل الإجازة على الفرض و اما نماء الثمن له فلان الأصيل بإقدامه على المعاملة الفضولية قد رفع يده عن الثمن و عن نمائه من حين العقد. و الاولى المذكور في كلام المصنف (ره) من قبيل الاولى في آية إرث اولى الأرحام و ذلك فان تعليل ظاهر كلام الشهيد الثاني بما ذكر ضعيف غايته و مجرد إقدام المشتري الأصيل على المعاملة الفضولية لا يوجب خروج الثمن عن ملكه حين العقد حتى يتبعه نمائه بل قد لا يعلم المشتري بأن البيع من البائع المزبور فضولي.

(١) يعني إذا فسخ الأصيل العقد ثم اجازته المالك فعلى الكشف الحقيقي يحكم ببطلان فسخ الأصيل فإنه بناء عليه يعلم بوقوع فسخه بعد تمام العقد بخلاف ما إذا قيل بالنقل فإنه بناء عليه يحكم ببطلان الإجازة و كونها لغوا لان لكل من المتعاقدين إلغاء إنشائه قبل تمام العقد جزءا أو شرطا بالإجماع.

أقول ينبغي ان يذكر هذه ثمره بين الكشف الحقيقي المبني على كون الشرط في تمام العقد تعقبه بإجازة المالك و بين غيره سواء قيل بالنقل أو بالكشف الحكمي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٨

.....

أو الحقيقي المبني على كون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا فإنه بناء على جميع ذلك يكون تمام العقد بنفس الإجازة فيكون الفسخ المزبور قبل تمامه فلا تفيد الإجازة بعده.

و لكن نوقش في الثمرة كما تعرض لها المصنف (ره) بما حاصله انه لا اثر لفسخ الأصيل و انه يتم العقد بلحوق الإجازة على الكشف و النقل و ذلك فان العقد سبب للنقل مع حصول شرطه و الشرط في المقام بناء على النقل أو الكشف على بعض فروضه هي الإجازة و إذا حصلت يترتب الأثر على العقد السابق لتتمام السبب معها و ترتب الأثر على تمام السبب من أحكام الوضع يعني غير موقوف على إرادة أحد المتعاقدين ليكون فسخه موجبا لبطلان هذا الترتب و لكن المناقشة ضعيفة لان من شرط صحة العقد و ترتب الأثر عليه عدم

تخلل الفسخ قبل تمام السبب و مع تخلل الفسخ كما ذكر لا يتم العقد بشرطه ليرتب عليه أثره. اللهم الا ان يمنع عن هذا الاشتراط بعدم ثبوت الإجماع المدعى و مقتضى الإطلاقات عدم اعتباره. مثلا إذا أنشأ البائع البيع و فسخه قبل قبول المشتري أو قبل حصول شرطه، فمقتضى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بطلان الفسخ المزبور. و ذكر النائيني (ره) انه فرق بين فسخ الإيجاب قبل القبول و بين الفسخ بعد الإيجاب و القبول و قبل حصول سائر الشرائط فإن فسخ الإيجاب قبل القبول لا- بأس به حيث لا- يتم عنوان العقد الا- بعد القبول بخلاف الفسخ بعد الإيجاب و القبول و قبل حصول سائر الشرائط فإن الفسخ المزبور غير جائز كما هو مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

نعم إذا قام في مورد دليل خاص على جواز الفسخ قبل حصول سائر الشرائط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٦٩

.....

أيضا يلتزم به كما في الهبة و الوقف قبل القبض و اما مع عدم قيامه فمقتضى خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وجوب إنهاء العقد و عدم جواز فسخه و هذا حكم تكليفي انحلالى يتعلق بكل من البائع و المشتري و ليس من النقل و الانتقال الذى من قبيل الحكم الوضعى و الحكم التكليفي المزبور يترتب على العقد و ان لم يترتب عليه الحكم الوضعى باعتبار عدم حصول بعض الشرائط و الإجازة فى المقام شرط للحكم الوضعى حيث لا يحصل النقل و الانتقال بدون حصولها.

و الحاصل وجوب الوفاء و عدم جواز الفسخ موضوعه العقد الذى يحصل بالإيجاب و القبول و على ذلك فلا يجوز للأصيل فسخ العقد قبل اجازة المالك المجيز سواء قيل بأن إجازته كاشفة عن تمام العقد قبله أو قيل بالنقل و لا يقاس الفسخ على القول بالنقل بفسخ الموجب إيجابه قبل قبول المشتري.

أقول وجوب الوفاء بالعقود لا يمكن ان يكون حكما تكليفيا بالإضافة إلى مثل البيع و الإجازة من المعاملات، فان الوفاء بالعقد بمعنى عدم فسخه لإيراد من تحريمه حرمة مجرد التكلم بلفظ فسخت و نحوه مع قصد انحلال العقد مع بقاء العقد بحاله فتحريم الفسخ يمكن فيما إذا كان الفسخ مقدورا و حاصلًا بالإنشاء المزبور و إذا فرض حصول الفسخ فى موارد حرمة لا يكون خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دالا على لزومها و عدم انحلالها بالفسخ كما يتمسك هو (ره) و غيره بالخطاب المزبور لا ثبات لزوم المعاملات فالمتعين ان يكون وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى مثل البيع حكما وضعيا و إرشادا إلى لزومها و من الظاهر ان العقد المحكوم باللزوم فى مثل البيع و الإجازة مما يكون من العهد المشدود هو العقد المنتسب الى المالكين و ما لم تحصل الإجازة لم يتحقق ذلك العهد و لا يترتب الحكم باللزوم سواء قيل بأن الإجازة ناقله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٠

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل (١).

أو كاشفه بكشف حكى أو حقيقى بمعنى كون الإجازة بنفسها شرطا متأخرا.

نعم إذا قيل بعدم كون الإجازة بنفسها شرطا بل الشرط تعقب العقد بالإجازة فيمكن ان يقال انه لا يكون لفسخ الأصيل أثر لوقوع ذلك الفسخ بعد تمام العقد لان وصف التعقب يحصل للعقد من حين إنشائه فتحصل عما ذكرنا ان مع تخلل الفسخ بين العقد و الإجازة لا تحصل بالإجازة عنوان العقد المشدود المنسوب الى المالكين نظير تخلله بين إيجاب مالك المبيع و قبول المشتري بل الأمر كذلك فيما إذا تخلل الفسخ بعد حصول العقد المشدود و قبل حصول بعض الشرائط المعترية فى ترتب الأثر على ذلك العقد كما إذا فسح البائع بيع الصرف قبل حصول القبض فى المجلس فان الحكم على العقد باللزوم باعتبار مدلوله الممضى شرعا و ما لم يحصل

إمضاء مدلوله بحصول ذلك الشرط لا يحكم عليه بالزوم و إذا حصل الفسخ قبل حصوله لا يحصل العقد المشدود بحصول الشرط لان المفروض إلغائه قبل حصوله.

(١) هذه أيضا ثمره بين القول بالكشف الحقيقي و بين غيره من النقل و الكشف الحكمي فإنه بناء على النقل أو الكشف الحكمي يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و لو بتصرف ينافي انتقال المال عنه و ذلك فان المال بناء عليهما قبل الإجازة ملكه فيجوز له ترتيب آثاره تكليفا و وضعا فلو باع جاريه من فضولي للبايع الأصيل وطبها قبل الإجازة و ان استولدها صارت أم ولد فيفوت محل الإجازة باعتبار انه لا يجوز بيع أم الولد و كذا إذا زوجت نفسها من آخر فضولا يجوز لها التزويج من غيره و يخرج نكاح الفضولي عن جواز لحوق الإجازة به الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧١

.....

و الحاصل انه بناء على النقل و الكشف الحكمي لا يحصل تمام الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد قبل الإجازة ليمنع وجوبه على الأصيل عن ترتيب آثار بقاء ملكه فلا يصح ما يظهر من المحقق الثاني من عدم جواز هذا النحو من تصرف الأصيل حتى بناء على النقل حيث ذكر في بيع العين بالثمن المغصوب انه لا يجوز تصرف البائع الأصيل و لا المشتري الغاصب في تلك العين لاحتمال حصول الإجازة سيما على القول بالكشف انتهى.

و ربما يقال بجواز التصرفات للأصيل ظاهرا حتى على الكشف باعتبار انه لا يعلم حصول الإجازة و انتقال المال عنه واقعا و مقتضى أصالة عدم انتقاله و بقاءه في ملكه جوازها.

نعم حصول الإجازة فيما بعد كاشف عن بطلان تلك التصرفات فيأخذ المالك المجيز العين مع بقائها و بدلها مع تلفها. و لكن منع المصنف (ره) عن ذلك و ذكر انه بناء على الكشف أي الحقيقي منه لا يجوز للأصيل التصرف المنافي للإجازة حتى مع علمه بعدم حصول الإجازة و ذلك فإنه بناء على هذا الكشف يكون الموضوع لوجوب الوفاء و هو نفس العقد حاصلًا فيجب على الأصيل الوفاء به و هذا الوجوب يمنعه عن ترتيب آثار بقاء الملك الى ان يحصل الرد من المالك المجيز حيث يكون إلغاء العقد و إبطاله برده فقط.

لا- يقال كيف لا يجوز الأصيل التصرف في المال المحتمل بقاءه في ملكه و لا يجوز له التصرف في المال الآخر مع أنه لو لم يجز له التصرف في الأول واقعا لجاز التصرف في الآخر بمقتضى المبادلة بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٢

.....

فإنه يقال لا يجوز له التصرف المنافي فيما كان ملكا له كما لا يجوز له التصرف في المال الآخر مطلقا و ذلك فان العقد الموضوع لوجوب الوفاء به و ان كان بمعنى مطلق العهد الحاصل بالإيجاب و القبول الا ان التكليف بالوفاء قرينه على ان المراد هو العهد على نفسه و ما هو عهد المكلف على نفسه هو انتقال ماله الى ملك المشتري أي صاحب الثمن و التكليف بالوفاء به يمنعه عن التصرف في ماله بما ينافي الإجازة المتوقعة و التصرف في المال الآخر لا يعمه وجوب الوفاء و لا يناسبه حيث انه لا يكون من العهد على نفسه.

لا يقال قد تقدم جواز هذه التصرفات للأصيل بناء على النقل و الكشف الحكمي مع ان العهد على نفسه موجود عليهما أيضا. فإنه يقال قد مر ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء هو نفس العقد بناء على الكشف الحقيقي فلا يجوز للأصيل نقضه بخلاف النقل أو الكشف الحكمي فإن الموضوع له لا- يكون العقد فقط بل العقد مع قيد الإجازة حتى لو قيل في تصحيح الكشف الحقيقي بكون

الشرط تعقبه بالإجازة و يجب الوفاء به مع الشرط المزبور لكان مقتضى أصالة عدم حصول الشرط في صورة الشك في الإجازة جواز التصرف ظاهرا بخلاف ما لو قيل بأن الإجازة في المستقبل كاشفة عن كون العقد من الأول تمام الموضوع لوجوب الوفاء. لا يقال انتقال المال عن الأصيل ودخوله في ملك الآخر و ان كان عهدا على نفسه الا انه مشروط بحصول أمر و هو انتقال الثمن عن الآخر إليه بإزاء ماله و لا يعلم هذا الشرط غالبا لاحتمال عدم حصول الإجازة فيكون المقام نظير النذر المشروط في ماله حيث ذكروا أنه يجوز للنادر التصرف في المال المزبور قبل حصول الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٣

.....

فإنه يقال فرق بين النذر المشروط و المقام فان العهد في باب النذر كما هو قضية الشرطية في قول النادر معلق و مراعى بخلاف المقام حيث يكون احتمال الإجازة و انتقال المال اليه داعيا له الى تمليك ماله بإزاء المال الآخر كما هو ظاهر قول البائع بعتك هذا المال المزبور بذلك فلا يكون حصول الشراء من الآخر و لو احتمالا شرطا و تقديرا في الإيجاب المزبور.

أقول ما ذكر (ره) من انه على الكشف لا يجوز للأصيل التصرف المنافي للإجازة حتى مع إحرازه عدم الإجازة مستقبلا بدعوى ان وجوب الوفاء بالعقد يمنع عن التصرف المزبور ضعيف و ذلك فان كون الإجازة كاشفة عن الملكية و تعلق الوفاء بالعقد من الأول مرجعه الى اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر بأن يكون الموضوع لوجوب الوفاء و هو العقد، له قيد و ظرف تحقق ذلك القيد، هو الاستقبال و إذا لم يحرز حصولها في المستقبل فأصالة عدم حصولها مقتضاها جواز تصرف الأصيل في ماله و لو حصلت بعد ذلك تكون كاشفة عن بطلان ذلك التصرف و وقوعه على ملك الغير كما مر.

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر في القواعد من ترتب أحكام المصاهرة على الترويج فضولا هذا أولا.

و ثانيا ان وجوب الوفاء بالعقد اما تكليف بعدم جواز نقضه عملا بان يتصرف في المال الذي ملكه الغير و هذا التكليف من جهة حرمة التصرف في مال الغير و الإمساك به و لا يكون الا بعد حصول الملكية لذلك الغير و اما إرشاد إلى لزوم العقد و عدم نفوذ فسخه و الموضوع في اللزوم و عدم لزوم الفسخ هو العقد المنسوب الى المالكين الذي لا يحصل الا بعد الإجازة و بعبارة أخرى وجوب الوفاء حتى على القول بكونه تكليفا انحلاليا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٤

.....

يعم كلا- من الأصيل و المالك الآخر و يكون الموضوع لحكم كل منهما العقد المنسوب إليهما فقبل اجازة الطرف الآخر لا يتم الموضوع حتى في حق الأصيل و على ذلك فيجوز لكل منهما التصرف المنافي قبل الإجازة بل يجوز لهما التصرف المنافي بعد تمام الإيجاب و القبول المنتسبان المالكين و قبل حصول تمام شرائط صحته كالتصرف في بيع الصرف و السلم قبل القبض و ذلك فان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ظاهره لزوم العقد و عدم جواز نقضه بعد الفراغ عن تمامه فما لم يحصل الشرط المعتبر فيه فلا يتم العقد.

لا- يقال على ذلك لا يمكن الحكم بلزوم العقد فيما إذا لم يكن في البين خطاب آخر دال على تمامه و إمضائه حدوثا مثلا مقتضى قوله أَيْلَ اللَّهُ أَلْبَيْعَ ظَاهِرَهُ إِمْضَاءُ كُلِّ بَيْعٍ فِيمَكُنْ عِنْدَ الشَّكِّ فِي لَزُومِ بَيْعٍ وَ جَوَازِهِ كَالْمَعَاظَةِ التَّمَسُّكِ بِعُمُومِ وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ وَ الْحُكْمِ بِلَزُومِهَا وَ أَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ خِطَابٌ عَلَى إِمْضَاءِ عَقْدٍ فَلَا يَمَكُنُ التَّمَسُّكُ الْمَزْبُورِ.

و الحاصل يلزم على ما ذكر ان لا يصلح خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ للتمسك به في صحة عقد و فساده.

فإنه يقال لا بأس بالتمسك بخطاب وجوب الوفاء لا ثبات صحة عقد و لزومه فان الموضوع لوجوب الوفاء و إن كان هو العقد التام الا

ان المراد هو التام بحسب اعتبار العقلاء كما ان الموضوع للحلية في خطاب حل البيع هو البيع بحسب اعتبار هم حيث انه ليس للعقد و البيع حقيقة شرعية و إذا كان العقد التام بحسب نظرهم محكوما باللزوم يكون محكوما بالصحة أيضا لا محالة.
غاية الأمر إذا ثبت شرط لتام العقد شرعا كاعتبار القبض في بيع الصرف
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٥
إلا إذا فسخت على اشكال في الأم (١).

يكون ذلك تقييدا لموضوع وجوب الوفاء و لو بلسان الحكومة بمعنى ان تمام العقد في مورده يكون بعد القبض.
و المتحصل مما ذكرنا انه يجوز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه على النقل و الكشف الحكمي و يخرج عقد الفضولي مع التصرف المنافي عن القابلية للحقوق الإجازة و لا يجوز على الكشف الحقيقي سواء كان الشرط تعقب بالإجازة أو نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر فيما إذا علم الإجازة فيما بعد و اما إذا لم يعلم يكون جواز التصرف حكما ظاهريا.
و اما الفسخ فيجوز للأصيل سواء كان قوليا أو فعليا حتى على الكشف الحقيقي الذي يلتزم فيه بكون الإجازة شرطا متأخرا كما تقدم.
لا يقال كيف يمكن على الكشف استصحاب عدم الإجازة و الحكم للأصيل بجواز تصرفه فيما انتقل عنه و لو بما ينافي الإجازة مع ان الاستفادة من صحيحة عبيدة الحذاء المتقدمة الإمرة بعزل حصة المزوجة فضولا من زوجها المتوفى عدم الاعتبار باستصحاب عدم الإجازة.

فإنه يقال الاستفادة من الصحيحة المشار إليها عدم الاعتبار بالاستصحاب لتجوز تصرف سائر الورثة في جميع التركة و اما عدم الاعتبار به بالإضافة إلى تصرفات الأصيل في نكاح الفضولي فضلا عن تصرفات الأصيل في سائر العقود فلا دلالة لها عليه كما لا يخفى.
(١) يعني يجوز للمباشر أي للأصيل نكاح الخامسة و أخت المنكوحه فضولا و أمها بعد رد المنكوحه و لكن في جواز نكاح أمها إشكال و وجه ان نكاح البنت
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٦
و في الطلاق نظر (١).

في زمان ما و لو مع عدم الدخول بها كاف في حرمة أمها إلى الأبد بخلاف نكاح الخامسة أو نكاح أخت المنكوحه فإن حرمة الخامسة أو الأخت ما دام زواجته الأربع أو الأخت في حباله و مع رد المنكوحه فضولا لا يكون دخول كما انها تخرج عن حباله فلا يحرم عليه بنتها.

(١) يعني لو ارد الزوج الأصيل طلاق المنكوحه فضولا قبل إجازتها أو ردها ليجوز له بالطلاق المزبور نكاح الخامسة أو التزويج بأختها أو بنتها أو أمها ففي الطلاق المزبور اشكال حيث انها إزالة علقه الزوجية فيكون بعد تمام النكاح لا قبلها نعم لو كان النكاح فضوليا من ناحية الزوج دون الزوجة فلا يجوز للزوجة نكاح نفسها من شخص آخر قبل رد الزوج أو إجازته و لو أراد الزوج المزبور طلاق الزوجة المزبورة فلا إشكال في صحته لان طلاقه كاشف عن أجازته النكاح فيكون الطلاق بعد تمام النكاح و حصول الزوجية كما لا يخفى.

بقي الكلام في مسألة النذر المشروط فنقول ان كان الشرط المفروض فيه قيذا لأصل النذر و التعهد كما إذا قال ان جاء ولدي من سفره فله على التصديق بمالي هذا فلا- ينبغى الإشكال في جواز تصرف الناذر في نذره قبل حصول الشرط لانه ما دام لم يحصل الشرط لم يجب عليه التصديق بالمال المزبور حتى لا يجوز ضده الخاص و بعد حصوله لا يكون التصديق المزبور مقدورا حتى يجب عليه من غير فرق بين ان يكون حال التصرف عالما بحصول الشرط فيما بعد أو عدمه و دعوى عدم جواز التصرف قبل حصول الشرط

مع العلم بحصوله مستقبلاً لكونه تفويتاً لملاك ملزم لا يمكن المساعدة عليها فإنه لا طريق لنا إلى تحصيل العلم بالملاك الملزم غير إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٧

.....

الأمر بالفعل و مع عدمه قبل حصول الشرط كما هو الفرض لم تصح دعوى تفويته و بتعبير آخر يكون التصديق بالمال المزبور نظير سائر الواجبات المشروطة أو الموقته في عدم وجوب حفظ القدرة عليها قبل حصول الشرط و الوقت. و ان كان الشرط قيذا للمنذور بان كان النذر فعلياً و التقدير للمنذور نظير الواجب المعلق كما إذا قال الله على التصديق بمالي هذا عند مجيء ولدى يكون وجوب الوفاء بالنذر فعلياً و مقتضى فعليته إبقاء المال مع العلم بحصول الشرط و اما إذا احتمله لم يجب عليه الا بقاء بل يجوز التصرف أخذا بأصالة عدم حصول الشرط فان القيد الاستقبالي في الواجب المعلق على ما هو التحقيق يرجع الى شرط الوجوب بنحو الشرط المتأخر و أصالة عدم حدوثه في ظرف يثبت عدم وجوب ذلك الفعل نعم إذا كان في هذه الصورة و في الصورة السابقة قصد الناذر إبقاء المال الى زمان يحتمل حصول الشرط لزم الوفاء بنذره على ما هو عليه قصده.

ثم انه إذا تصرف في المال المنذور بما ينافي الوفاء بالنذر فان كان في موارد جوازه فلا إشكال في صحته ذلك التصرف و نفوذه و اما إذا تصرف فيه في مورد كون وجوب الوفاء فعلياً أو لزم إبقاء المال يكون التصرف المنافي غير جائز تكليفاً لا لحرمة نفسه لعدم اقتضاء الأمر بالنذر النهي عنه بل باعتبار ترك الوفاء بالنذر معه و لكن المعاملة نافذة و ضعا لأن النهي عن معاملة لا يقتضى فسادها فضلاً عما إذا لم يتعلق بها نهى كما ذكرنا و دعوى فسادها باعتبار تعلق الحق بالمال أو لعدم التمكن على تسليم ذلك المال الى الطرف مع وجوب الوفاء بالنذر لا يمكن المساعدة عليها فإنه لا يوجب النذر حقاً للمنذور له بالإضافة إلى المال و لذا لا يسقط وجوب الوفاء بالنذر بإسقاط المنذور له مع انه لا دليل على ان تعلق كل حق بالمال يمنع عن التصرف فيه فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٨

ثم ان بعض متأخري المتأخرين (١).

ما في كلمات الأصحاب في شرائط العوضين كون ملكهما طلقاً تعبير عن موارد خاصة قد تعلق النهي فيها بالبيع كما في بيع الوقف و أم الولد و نحوهما فلا- يجرى في موارد لم يكن فيها ذلك النهي و انه بعد التصرف لا مانع من شمول خطابي حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد لذلك التصرف لسقوط وجوب الوفاء بالنذر بخروج المال عن ملك الناذر كما هو مقتضى الخطابين.

و الحاصل ان القدرة على التسليم المعترية في ظرفه و هو تمام المعاملة حاصل في المقام أيضاً لأن تسليم المال المنذور الى مشتريه كبيعه منه لا- يكون في نفسه محرماً و انما الحرام ترك الوفاء بالنذر و لذا لا يفرق في فرض ترك الوفاء بالنذر بين ان يبيع المال من الغير و يسلمه إليه أو ان لا- يبيع أصلاً بل لو كان يبيعه حراماً كما إذا حلف على ترك بيعه لم يكن حرمة البيع تكليفاً موجبا لفساده و انتفاء القدرة على تسليمه فإنه يكفي في صحة البيع التمكن على التسليم و لو بنفس إنشاء البيع و إمضائه كما لا يخفى.

(١) حكى عن كاشف الغطاء انه ذكر ظهور الثمرة بين القول بالكشف و النقل في موارد: الأول- ما إذا خرج أحد المتبايعين و نفرضه الأصيل بعد العقد و قبل الإجازة عن قابلية كونه مالكا لموته أو عروض الكفر كما إذا ارتد سواء كان ارتداده عن فطرة أو غيرها مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً فيصح على الكشف دون النقل و كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً قيد للارتداد غير الفطري فقط و كان المرتد الفطري لا يملك شيئاً بعد ارتداده و ينتقل أمواله التي كانت له قبل ارتداده الى ورثته فخروجه عن قابلية كونه مالكا يعم كل مبيع و اما المرتد غير الفطري فلا يملك العبد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٧٩

.....

المسلم و المصحف و يملك سائر الأموال و احتمال رجوع القيد الى مطلق الارتداد ضعيف و الا لكان الأنسب أن يقول بعروض كفر كما إذا ارتد مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا لا كون عدم القابلية لتملك المصحف أو العبد المسلم من أحكام الكفر معروف فلا حاجة الى التصريح بالتعميم لقسمى الارتداد فالتصريح بالتعميم قرينه على التفصيل المزبور.

و لكن ذكرنا في كتاب الإرث ان غاية ما دلت عليه الروايات انتقال أموال المرتد الفطرى إلى ورثته بارتداده و اما ما يملك و يكسبه بعد ارتداده فلا- دلالة لها على حكمه و مقتضى عموم أدلة إمضاء المعاملات و إطلاقاتها جواز التكسب له و ضعفا و تكليفا كسائر الناس.

ثم ان بطلان البيع على النقل فى فرض موت الأصيل مختص بما إذا كان العوض كليا بدمته و الا فلو كان كلا العوضين عينا خارجية يكون العقد قابلا للإجازة غاية الأمر على الكشف تثبت المعاملة لمن كان مالكا حال العقد و على النقل تقع على ملك الورثة فتحتاج إلى إجازتهم و كذا الحال فى الخروج عن القابلية بالارتداد الفطرى فإنه إذا كان الثمن كليا بدمته يصح البيع له بناء على كون الإجازة كاشفة و لا- يمكن ان يصح له و لا- للورثة على النقل بخلاف ما إذا كان العوض عينا خارجية فإنه يكون معه البيع بناء على النقل فضوليا حتى بالإضافة إلى الورثة فيحتاج إلى إجازتهم.

نعم لا- يعتبر كون الثمن كليا على العهدة فى غير الفطرى لأن الثمن الشخصى لا ينتقل بارتداده الى ورثته فيكون بيع المصحف منه بإزاء الثمن المزبور غير قابل للإجازة على مسلك النقل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٠

ربما يعترض على الأول بإمكان ظهور الأدلة (١).

المورد الثانى ما إذا خرج أحد العوضين بعد العقد و قبل الإجازة عن قابلية المعاملة عليه فبناء على الكشف يصح البيع السابق بالإجازة حيث يثبت الملك بالإضافة إلى زمان كان فيه العين قابلة له بخلاف مسلك النقل.

و الثالث ما إذا طرأ القابلية على أحد العوضين أو على أحد المتبايعين بعد ما كان غير قابل فى زمان العقد كما إذا أسلم الكافر الذى اشتري العبد المسلم أو المصحف حال كفره فإنه يصح بالإجازة على النقل دون الكشف و مثل ذلك ما إذا قارن العقد فقد بعض شرائط الصحة و تجدد الشرط المزبور قبل الإجازة.

(١) المعترض هو صاحب الجواهر (ره) فإنه اعترض على الثمرة فى الموارد الثلاثة بأنه يحكم ببطلان البيع فيها على كلا المسلكين اما فى المورد الأول فإن ظاهر الأدلة اعتبار استمرار قابلية الأصيل للتملك الى حين الإجازة لتكون كاشفة عن حصول المالك له من حين العقد الى حينها و اما فى المورد الثانى فإنه يعتبر ايضا بقاء العوضين قابلا للملك الى حين الإجازة حيث يعتبر فى اجازة المالك ان يكون مالكا لو لا الإجازة و مع خروج المال عن قابلية الملك لا تكون الإجازة عن المالك المزبور و اما فى المورد الثالث فان العقد المزبور غير قابل للإجازة على الكشف و النقل لفقده شرط صحة العقد مع قطع النظر عن رضا المالك على الكشف و كون إنشاء العقد فى مورد غير قابل له على النقل.

و تسلم المصنف (ره) الاعتراض على المورد الثالث و منعه فى الأولين حيث قال فى المورد الأول انه ليس فى البين ما يدل على اعتبار بقاء قابلية المتبايعين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨١

.....

للمالكية إلى حين الإجازة بل الأمر بالعكس فان بعض الروايات ظاهرة و بعضها صريحة في عدم اعتبار بقاء القابلية و المراد من بعض الروايات الظاهرة ما ورد في اتجار العامل في المضاربة بغير متاع اشترط مالك رأس المال الاتجار به حيث لم يستفصل فيها بين بقاء الطرف في تجارة العامل على الحياة حين الإجازة و عدمه و نحوها ما ورد في الاتجار بمال اليتيم و مراده من بعض الصريح رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي اشترى أباه و أعتقه و يدل على عدم الاعتبار فحوى الخبر الوارد في تزويج الصغيرين و ذلك فان كلا من الزوجين في النكاح كالعوضين و البيع ركن و إذا دلت الرواية على عدم اعتبار بقاء الركن الى حين الإجازة كان عدم اعتبار بقاء المتبايعين على القابلية أولى لعدم كونهما ركنين في البيع.

و ايضا يدفع اعتبار كون الإجازة كاشفة عن تملك الممتلك و استمراره الى حين الإجازة ما ذكره في مسألة ترتب العقود على مال المالك من ان اجازة السابق من العقود تكون موجبة لصحته و صحة اللاحق فان تملك الأول في الفرض المكشوف عنه بالإجازة غير باق الى حينها كما هو مقتضى صحة العقود المترتبة عليه.

أقول يمكن ان يقال دعوى صاحب الجواهر اعتبار بقاء الأصيل على قابلية المالكية لتكون الإجازة كاشفة عن تملكه المال المنقول اليه و استمرار ذلك التملك الى حينها لو لا- نقله الى الغير و في فرض ترتب العقود على مال المجيز يكون عدم البقاء لنقل الأصيل لا لسقوطه عن قابلية المالكية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٢

الذي يصلح ردا لما ذكر في الثمرة الثانية (١).

مضافا الى إطلاق رواية عروة (٢).

(١) الموصول مع صلته وصف لخبر تزويج الصغيرين لا للفحوى يعنى الخبر المزبور صالح لرد ما ذكر صاحب الجواهر في اعتراضه على الثمرة في المورد الثاني و وجه صلاحه له أن الزوجين في عقد النكاح بمنزلة العوضين في عقد البيع و إذا دل الخبر المزبور على صحة النكاح بالإجازة في فرض خروج أحدهما بالموت عن قابلية الزواج كان مقتضاه صحة البيع أيضا بالإجازة في فرض خروج أحد العوضين عن قابلية الملك بالتلف و نحوه.

(٢) و هذا وجه ثان لرد ما ذكر صاحب الجواهر (ره) في اعتراضه على الثمرة الثانية من اعتبار بقاء العوضين على المالية إلى حين الإجازة و وجه الرد ان إطلاق رواية عروة البارقي يعنى عدم استفعال النبي صلى الله عليه و آله منه حين أجازته عن بقاء الشاة التي باعها عروة بدينار واحد أو تلفها دليل على عدم اعتبار بقائها حال الإجازة.

أقول ما ذكر (ره) من ظهور بعض الروايات و صريح بعضها الأخرى غير تام و لا دلالة كما تقدم في ما ورد في المضاربة و الاتجار بمال اليتيم على حكم بيع الفضولي أصلا كما ان رواية ابن أشيم المفروض فيها دفع المال الى العبد المأذون لم يفرض فيها موت الأصيل الذي هو مولى العبد المعق بالفتح و لا موت المالك المجيز الذي هي الورثة و اما الدافع فلم يكن طرفا في عقد الفضولي أصلا.

و رواية عروة البارقي واردة في قضية خاصة فعل النبي صلى الله عليه و آله كان يعلم بقاء الشاة المبيعة فضولا و لبعد تلف الشاة في تلك المدّة القصيرة و خبر تزويج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٣

الصغيرين باعتبار تضمينه لحكم تعبدى و هو لزوم الحلف على المجيز بان إجازتها لا تكون لأجل الميراث غير صالح للتعدى منه الى غير مورده فضلا إلى سائر العقود.

ثم انه اعترض النائيني (ره) على الثمرة فى المورد الثانى بأنه يحكم بفساد عقد الفضولى و عدم صحته بالإجازة سواء على الكشف أو النقل اما على النقل فظاهر و اما على الكشف فإنه مقتضى فساد البيع بتلف المبيع قبل القبض و لكن لا يخفى ما فيه فان تلف أحد العوضين قبل الإجازة لا يلازم كونه قبل القبض حيث يمكن كون العين المبيعة فضولا عند مشتريها بنحو العارية أو إجازتها من مالكةا ثم اشترائها من بائعها فضولا و تلفها قبل اجازة مالكةا و يصح هذا الشراء بإجازته على الكشف دون النقل.

فقد تحصل من جميع ما تقدم انه لا يمكن الأخذ بالأخبار الخاصة فى إثبات الثمرة فى الموارد الثلاثة المتقدمة أو عدم ثبوتها و الصحيح انه يمكن إثبات الثمرة بين النقل و الكشف فى الموردین الأولین بالأخذ بإطلاق حل البيع و أوفوا بالعقود فان مقتضاها تمام بيع الفضولى بالإجازة على الكشف الحقيقى و لا يمكن تصحيحه بها على النقل و الكشف الحكمى لأن مع سقوط الأصيل عن قابلية المالكية لا يمكن جعل الملكية له حال الإجازة و لو كان مبدء الملكية من السابق و كذا فى صورة سقوط الشىء عن قابلية الملك.

و بتعبير آخر الموضوع للحلية أو وجوب الوفاء هو البيع و العقد المنتسب الى المالكين و مع سقوط الأصيل عن صلاحية الانتساب أو سقوط أحد العوضين عن المالية لا يكون حال اجازة العقد المنتسب إليهما أو تملك مال بعوض و اما المورد الثالث فالثمره غير تامه بإطلاقها فإنه لا يعتبر فى جميع الشروط حصولها من حين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٤

بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات (١) و حق الشفعة (٢) و احتساب مبدء الخيارات (٣).

العقد بل الشرائط مختلفه و يكفى فى بعضها حصولها بعد العقد فلا بد من ملاحظه اعتبار كل منها سواء قيل بالنقل أو الكشف. (١) كما إذا تغيرت القيمة السوقية أو تعيب المبيع بعد العقد و قبل الإجازة و لم يعلم به المشتري الأصيل حتى أجاز المالك فإنه على النقل يثبت له خيار الغبن أو خيار العيب لكون المبيع عند تحقق البيع معيوباً أو مشتريه مغبوناً بخلاف القول بالكشف الحقيقى بمعنى كون الشرط فى تمام البيع تعقبه للإجازة كما لا يخفى.

(٢) كما إذا باع الفضولى نصف الأرض المملوكة للغير من زيد بنحو المشاع ثم باع مالكةا نصف تلك الأرض من آخر ثم أجاز بيع الفضولى فإنه بناء على مسلك الكشف لا يثبت حق الشفعة لمن اشترى نصفها المشاع من مالكةا حيث ان تملك المشتري من البائع الفضولى نصف الأرض كان قبل تملكه بل يثبت حق الشفعة للمشتري من البائع الفضولى بخلاف القول بالنقل فإنه عليه يثبت الشفعة للمشتري من المالك.

(٣) اما خيار الحيوان فإن مبدءه على النقل حين الإجازة لأن مشتري الحيوان يصبر حينها صاحباً له بخلاف الكشف الحقيقى فإن كونه صاحبه من زمان العقد و اما مبدء خيار المجلس أو القبض المعبر فى بيع الصرف أو السلم فبناء على ان الإجازة شرط متأخر يكون تحقق البيع بشرائطه حين الإجازة كما هو الحال على النقل و الكشف الحكمى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٥

و الايمان و النذور (١) ان الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى (٢)

و الحاصل أن مجلس البيع أو القبض مجلس حصول الإجازة الا- على الكشف الحقيقى بمعنى كون الشرط فى تمام البيع هو تعقبه للإجازة فإنه على ذلك الكشف يكون مجلس البيع مجلس العقد كما لا يخفى.

(١) فإنه إذا حلف المشتري الأصيل التصديق بالمبيع قبل الإجازة ثم أجاز المالك فإنه يبطل الحلف المزبور على النقل و يصح على

الكشف.

(٢) و حاصله ان الخلاف فى كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس خلافا فى معنى قول المالك أجزت العقد أو رضيت به أو نحوهما بل الخلاف فى ان الملكية و غيرها من أحكام المعاملة تترتب من حين العقد لكون الإجازة معتبرة بنحو الكشف أو أنها تترتب من حين الإجازة و يرجع ذلك الى البحث عن نحو اعتبار رضا المالك و انه معتبر بالنحو الشرط المقارن أو الأعم منه و من الشرط المتأخر أو ان المعتبر تعقب العقد بالإجازة و كيفية الاعتبار يظهر بملاحظة أدلة اعتبار الرضا و وجوب الوفاء بالعقود و الروايات الخاصة التى مداليلها لا يرتبط بمعنى الإجازة.

بل يمكن ان يقال انه على الكشف يترتب تلك الأحكام من حين العقد حتى فيما إذا كان مراد المالك من قوله أجزت و نحوه الرضا بالعقد من حين الإجازة و على النقل يترتب تلك الأحكام من حين الإجازة حتى فيما إذا أراد المجيز الرضا بالعقد من حين العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٦

ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية (١).

و الظاهر ان الفعل الكاشف (٢).

فيه نظر (٣).

أقول الصحيح هو التفصيل و ذلك لما ذكرنا سابقا ان العقد مدلوله النقل من حينه و لو بضميمة قرينة خارجية و هى عدم إمكان الإهمال فى الأمر الاعتبارى من جهة المبدء و حيث ان الإجازة عبارة عن إظهار الرضا بالنقل المزبور يكون مقتضى أدلة الإمضاء هو الكشف الحكمى و لو أظهر المالك رضاه بالنقل من حين إظهاره الرضا لا من حين العقد فلا يكون ذلك رضاه بمضمون ذلك العقد ليكون موجبا لتماجه و شمول أدلة الإمضاء له.

و الحاصل أن الإجازة لا تصح عقد الفضولى إلا إذا تعلق بمضمون العقد و مدلوله نعم بناء على ان مضمونه مطلق النقل أو من حين تمام ماله الدخل فى المعاملة كما هو مقتضى مسلك النقل تكون اجازة العقد من حين العقد رضاه بمضمونه بالإضافة الى جميع الأزمنة التى منها زمان حصول الإجازة فيصح.

(١) المراد بالكناية ذكر شبهه اللازم و ارادة الملزوم أو بالعكس و فى قوله (ص) للعروة (بارك الله) تبريك له فى بيعه و هذا لا يكون الا بعد فرض وقوع البيع و تمامه.

(٢) بان يكون الفعل المزبور كاشفا نوعيا عن ارادة المالك ثبوت العقد و تمامه فيكون من الأمانة المعتبرة من باب الكشف النوعى.

(٣) يعنى فى تمامية الاستقراء المزبور تأمل بل لو لا شبهة الإجماع على اعتبار الإنشاء فى الإجازة لكان الأقوى كفاية رضا المالك بأى وجه علم حصوله.

أقول قد ذكرنا سابقا ان العقد ربما يكون فضوليا باعتبار عدم رضا من يعتبر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٧

.....

رضاه فى صحة العقد و تمامه و هذا القسم يكفى فيه إحراز الرضا بأى وجه كان نظير رضا السيد بنكاح عبده أو رضا العمه و الخالة بنكاح بنت الأخ أو بنت الأخت بل لو انكشف الرضا بوجه معتبر قبل العقد لم يكن فضوليا و ربما يكون العقد فضوليا باعتبار عدم انتساب العقد الى من يعتبر فى شمول دليل الاعتبار له انتسابه اليه و هذا القسم لا يكفى فيه العلم بحصول الرضا مطلقا بل يعتبر إنشاء رضاه بالعقد ليتم انتسابه اليه سواء كان الإنشاء بفعله أو قوله و ليس فيما ذكر المصنف من الوجوه دلالة على كفاية مجرد إحراز الرضا

فى هذا القسم.

و يظهر ايضا حال الفسخ أو الرد و انه لا يكفى فيهما مجرد إحراز عدم الرضا بل يعتبر الإنشاء و إلغاء العقد بفعل أو قول عمن له ولاية الفسخ أو الرد.

لا يقال كيف يعتبر فى الفسخ أو الرد أو الإجازة الإنشاء و لا يكفى فيها مجرد عدم الرضا مع أنهم ذكروا أنه لو حلف على نفى الاذن فى المعاملة التى أوقعها الوكيل انفسخت المعاملة حيث ان غاية ما يدل عليه الحلف المزبور عدم الرضا بتلك المعاملة و لا يدل على قصد الحالف بإلغائها و ذكر سلام الله عليه فى بعض اخبار خيار الحيوان فإن أحدث المشتري حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضى منه فلا شرط قيل و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء حيث ظاهره ان مجرد الرضا ببقاء العقد مسقط للخيار و لا يحتاج معه الى قصد الاسقاط و فى صحيحة ابن بزيع قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا فى سكرها ثم أفادت فأنكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج إحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للزوج عليها فقال إذا أقامت معه بعد ما أفادت فهو رضا
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٨

[الأمور المعتبرة فى الإجازة]

الثالث من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد (١).

منها قلت و يجوز ذلك التزويج عليها فقال نعم «١» فإنه يتعين حملها على صورة التزويج بالوكالة حيث ان إنشاء العقد لا يتحقق من السكران الفاقد للقصد فيكون توكيلها فى حال السكر موجبا لكون الزواج فضوليا و رضاها بعد إفاقتها بالنكاح إجازة.
أقول اما قولهم بانفساخ البيع بحلف الموكل فلا بد من أن يراد عدم تمام تلك المعاملة فتكون فضولية و الا فلا مورد للانفساخ حقيقة فى الفرض حيث أن حقيقته بطلان المعاملة بقاء بعد تمامها حدوثا و اما ما ورد فى خيار الحيوان فلا نضائق بأن إظهار الرضا ببقاء العقد الى تمام الثلاثة بالفعل كإظهاره بالقول عبارة أخرى عن إسقاط الخيار على كلام يأتى التعرض له فى بحث الخيارات و اما صحيحة ابن بزيع فالمفروض فيها إظهار الرضا بالفعل كما لا يخفى.

(١) و حاصل ما ذكره (ره) فى هذا الأمر هو أنه يعتبر فى نفوذ الإجازة و تمام العقد بها ان لا يسبقها الرد و الوجه فى ذلك مع ظهور الإجماع بل تصريح بعض بالإجماع ان المميز بإجازته يكون أحد طرفى العقد فان كان مالكا للمبيع يكون بايعا و ان كان مالكا للثمن يكون مشتريا و تقدم سابقا أن تخلل الإلغاء من أحد طرفى العقد قبل تمامه يوجب ارتفاع عنوان العقد الذى بمعنى المعاهدة و العهد المشدود و أيضا تأثير الرد قبل الإجازة فى إلغاء العقد السابق و جعله كالعقد مقتضى قوله عليه السلام الناس مسلطون على أموالهم لان مقتضى سلطنة المالك على ماله ان يكون له قطع علاقة الأصيل عن ملكه.

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب (١٤) من عقد النكاح الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٨٩

.....

أقول دعوى الإجماع التعبدى فى المقام كما ترى و ايضا عدم صدق عنوان العقد على الإيجاب و القبول الصادرين عن الأصيل و الفضولى بإلغاء المالك ممنوع و لا يقاس بصورة إلغاء البائع إيجابه قبل قبول المشتري أو إلغاء المشتري قبوله قبل حصول شرط تمام

البيع فان انتفاء عنوان العقد مع الإلغاء المزبور لو لم يكن مقطوعا فلا ينبغي في عدم إحراز عنوان العقد معه و ايضا لا يكون قبل تمام عقد الفضولي بإجازة المالك علاقة للأصيل في مال المالك المجيز ليجوز للمجيز قطع تلك العلاقة لان العلاقة و هي الملك للأصيل غير حاصل قبل الإجازة و لا-علاقة أخرى حتى يقطعها المالك و كون عقد الفضولي بحيث لم انضم إليه اجازة المالك لتملك الأصيل ماله ليس من تعلق حق الأصيل بذلك المال بل هو مقتضى تحقق بعض الموضوع للحكم في كل مورد كما لا يخفى. و مع الإغماض عن ذلك فإثبات جواز قطع علاقة الأصيل عن ملك صاحبه كإثبات صحة مطلق العقد فضولا بإجازة المالك خارج عن مدلول الرواية كما ذكرنا في بحث المعاطاة فإن مدلولها السلطنة على التصرفات المشروعة المتعلقة بالأموال من المعاملات و نحوها و أنها ثابتة لملاكها و اما ان أى تصرف في المال مشروع فليست واردة في مقام بيان ذلك و لعله الى ذلك أشار في ذيل كلامه بقوله فتأمل.

و عن النائيني (ره) انه كما لا يصح الرد بعد الإجازة كذلك لا تصح الإجازة بعد الرد و فيه أن القياس مع الفارق فإن بالإجازة يتم العقد و ينتقل المال الى ملك الطرف الآخر و خروج المال ثانيا عن ملكه و عوده الى مالكه الاولى يحتاج الى سبب ناقل أو موجب لفسخ العقد و لم يثبت ان الرد سبب ناقل بل مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود لزوم العقد و عدم جريان الرد و الفسخ فيه بخلاف الرد السابق على الإجازة فإن كونه موجبا لإلغاء عقد الفضولي بحيث لا يتم موضوع النقل و الانتقال بالإجازة اللاحقة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٠

نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة (١).

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله (٢).

يحتاج الى دليل.

(١) قد ذكرنا عند التعرض لها في أدلة صحة عقد الفضولي بإجازة المالك أنه لا ظهور للصحيحة في نفوذها مع سبق الرد فراجع. و اما الاستدلال على عدم قدح الرد قبل الإجازة بصحيحة ابن بزيع المتقدمة فلا يخفى ما فيه لعدم الملازمة بين إنكار النكاح و رده فإنه قد تقدم تعيين حملها على وقوع النكاح بنحو التوكيل باعتبار أن إنشاء النكاح كإنشاء سائر العقود لا يقع من السكران الفاقد للقصد و الالتفات و حيث أن التوكيل المزبور وقع حال السكر يكون النكاح المزبور فضوليا و إنكار الزوجة بعد إفاقتها يمكن أن يكون لعدم التفاتها الى وقوع النكاح بتوكيلها و بعد ما استيقنت بوقوعه أقامت مع الزوج المزبور لتوطين نفسها للرضا به و لو حمل الترويج المفروض على الترويج بالمباشرة لكون سكرها خفيفا لا ينافي القصد و الالتفات فيخرج النكاح المزبور عن الفضولي و لا يرتبط الوارد فيها بمسئلة الإجازة بعد الرد بل يكون حكما تعديدا و أنه يعتبر فيمن زوج نفسها حال السكر الخفيف رضاها بذلك النكاح بعد ارتفاع ذلك السكر.

(٢) و بتعبير آخر نفوذ العقد و تمامه بالإجازة كسائر آثار الملك من الأحكام و إذا فرض إرث المبيع فضولا تكون اجازة الورثة البيع موجبة لتمام ذلك البيع باعتبار كونهم مالكين للمبيع و يثبت في حقهم ما ثبت لسائر الملاك و يأتي عدم اعتبار اتحاد المجيز مع المالك حال العقد في نفوذ الإجازة و الفرق بين إرث الإجازة و نفوذ إجازتهم لكونهم مالكين يظهر فيما إذا لم يرث بعضهم من المال المزبور كما إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩١

.....

المبيع فضولا عقارا حيث ان الزوجة لا ترث من العقار فلا تكون لها اجازة بيع الفضولي أو رده.

و أيضا لكل من الورثة أن يجيز البيع في حصته لأنها ملكه بخلاف ما إذا قيل يارث الإجازة بدعوى أنها كحقي الخيار و الشفعة من الحقوق القابلة للإرث فإنه بناء عليه يكون الموروث حقا واحدا فكل من سبق من الورثة إلى إعمال ذلك الحق ينفذ فيصح البيع الواقع على تمام المال أو يعتبر اجتماعهم على الرد أو الإجازة.

وقد يقال أن اجازة الورثة بما أنهم ملاك المال لا لارثهم الإجازة حتى و ان قلنا بأن الإجازة كالخيارات من الحقوق الا أنها تختلف عن الخيارات في أن الخيارات تورث و الإجازة لا تورث و ذلك فإن الورثة بما انهم ملاك المال لهم حق إجازة العقد الواقع على مالهم بالأصالة و إذا كان لهم بالأصالة هذا الحق فلا- يعقل ان يكون لهم الإجازة يارثها لأن حق الإجازة لا يتعدد لشخص واحد بالإضافة إلى عقد واحد و لا يقاس بتعدد الخيار لشخص واحد في بيع واحد كما إذا اشترى حيوانا بشراء غبن فإن للمشتري المزبور خيار المجلس و الحيوان و الغبن و هذا لا مانع عنه لان الخيارات لاختلاف أحكامها متعدد بخلاف الإجازة.

و الحاصل أن الإجازة و ان قيل بأنها من الحقوق الا أنها كحق القسم للزوجة غير قابلة للإرث و فيه ما لا يخفى فإن الورثة لا يمكن لكل منهم اجازة بيع الفضولي الواقع على المال إلا بالإضافة إلى حصته من المال فإنه غير مالك لتتمام المال بخلاف الإجازة الموروثة فإنها حق واحد ثابت لطبيعي الورثة أو لمجموعهم حيث كان لمورثهم حق واحد و لا تتبعض على كل تقدير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٢

لان مرجع اجازة القبض إلى إسقاط (١) يحتاج الى دليل معمم (٢)

(١) المراد من ضمان الثمن ضمان تسليمه فإنه على عهدة المشتري فلا- يجب عليه بعد اجازة القبض أخذ ذلك الثمن من البائع الفضولي و دفعه الى المميز و ذلك فان تسليم الثمن الى المميز حق للمميز على المشتري فيجوز له رفع يده عن حقه بإجازته القبض المزبور و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع بيد المشتري برضاه و بتعبير آخر إجازة الإقباض إظهار للرضا بحصول المبيع في يد المشتري و أنه لا يكون بين المبيع و المشتري أى مانع فيترتب على حصوله بيده ما يترتب على القبض الصحيح كعدم جواز استرداده ليتسلم الثمن و أن تلفه في يد المشتري بعد ذلك لا يكون من تلف المبيع قبل القبض.

(٢) يعنى إذا كان الثمن فى العقد فضولا كليا على عهدة المشتري و فرض قبض البائع الفضولى ذلك الكلى ففى نفوذ إجازة المالك بالإضافة إلى القبض المزبور اشكال و وجهه أن المدفوع إلى البائع فضولا كان بعنوان الوفاء (بما) على الذمة لا بعنوان مبادلة ما على ذمته بالمدفوع ليكون الدفع معاملة أخرى قابلة للحقوق الإجازة بها و الكلى على العهدة انما يتعين فى المدفوع فيما أخذه المستحق مباشرة أو تسيبا كما فى موارد ولاية القابض أو وكالته و المفروض فى المقام عدم ولاية القابض أو وكالته عن المالك المميز.

أقول إجازة القبض فى الحقيقة اذن للبائع فضولا فى الإمساك بما دفع اليه ثمنا أو وفاء بالثمن فيكون إمساكه بقاء من قبض المستحق و لا يعتبر فى القبض الموجب لتعين الثمن بالمدفوع كون القبض بحدوثه من قبض المستحق الا ترى انه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٣

و عن المختلف أنه حكى عن الشيخ (ره) (١)

لو كان لزيد عنده الف دينار أمانة و باع متاعا من زيد بألف دينار بدمته و قال للبائع الألف الذى لى عندك خذه بحساب الثمن فإنه لا ينبغى الريب فى تمام القبض بذلك.

و الحاصل أن اجازة القبض فى الحقيقة توكيل فيكون البائع الفضولى مأذونا فى استيفاء الثمن و الإمساك به و هذا بخلاف ما إذا كان الأثر مترتبا على الفعل الحدوثى فإنه لا يفيد فيه الإجازة اللاحقة مثلا للحاج ذبح هديه بالاستنابة كما إذا أمر الآخر بذبحه و اما إذا ذبح الآخر هدية بتخيل أنه هدى نفسه أو عدوانا أو بقصد النيابة عن مالكة فلا يجدى اجازة المالك فى إسقاط وجوب الهدى عن نفسه.

ثم ان اجازة القبض التي في الحقيقة توكيل تكون كسائر العقود الإذنية في عدم تعقل الكشف فيها حيث أن الاذن لا يحصل الا حال الإجازة و إذا تحقق الإجازة يحكم بتمام عقد الفضولي فيما إذا كان القبض شرطاً في صحة ذلك العقد كما في الهبة فإنه تدخل العين الموهوبة في ملك الموهوب له المجيز من حين إجازة القبض أو كان القبض الخاص شرطاً كما في بيع الصرف و السلم فان مع رضا المالك المجيز يكون الثمن في يد البائع فضولاً يحصل القبض في مجلس انتساب البيع الى المجيز هذا مع بقاء المعوض و العوض الى زمان اجازة البيع و إجازة القبض و اما مع تخلل تلفهما أو تلف أحدهما قبلها فيدخل المقام في المسئلة المتقدمة من تلف أحد العوضين أو كلاهما قبل الإجازة كما لا يخفى.

(١) هذا استشهاد لما ذكره في أول التنبيه من ان اجازة العقد لا تكون اجازة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٤

وجهان (١).

الإجازة ليست على الفور (٢).

للقبض و الإقباض.

لا يقال كيف لا تكون إجارته اجازة لإقباض المبيع مع فرض حصوله بيد المشتري و تملكه إياه بالإجازة.

فإنه يقال يجوز للمالك المجيز مع إجارته البيع أخذ المبيع من يد المشتري ليتسلم منه الثمن و بإجارته الإقباض يسقط هذا الحق.

(٢) يتعين في الفرض الحكم ببطلان البيع فإنه لا مجال لصون إجارته عن اللغو أو حملها على الإجازة النافذة مع تصريحه بخلافها و عدم اعترافه الا- بالبيع الفاسد و البيع اللغو و قد ظهر مما ذكرنا الى هنا انه إذا وقع التقابض في بيع الصرف بين الأصيل و الفضولي فياجازة المالك البيع و القبض يتم البيع و كذا في قبض الثمن في بيع السلم.

لا يقال كيف يعتبر التقابض في مجلس البيع مع عدم اقتضاء الإجازة حصوله في ذلك المجلس فإنه يقال المراد من التقابض في ذلك المجلس عدم تأخره الى ما بعد مجلس العقد لا حدوثه فيه و لو كان مال كل من المتبايعين عند الآخر من قبل و قال أحدهما للآخر في مجلس آخر بعث ما عندك بما عندى و قال الآخر قبلت يتم بيع الصرف.

(١) لا يعتبر في تمام العقد بالإجازة وقوعها في أول أزمته الإمكان بل في أى زمان فرض حصولها يكون العقد داخلاً في أدلة الإضاء و وجوب الوفاء بالعقود و هذا هو المراد من اقتضاء العمومات عدم الفورية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٥

فالأقوى تداركها بالخيار أو إجبار المالك (١).

و اما صحيحة محمد بن قيس فدلالتها على عدم الفورية باعتبار أنه مقتضى نفوذ الإجازة فيها بعد امتناع المالك عنها و إلحاح المشتري و إيجائه الى على عليه السلام و تعليمه طريق الوصول إلى اجازة المالك كما لا يخفى.

و اما المؤيدات المذكورة بعد الصحيحة فمقتضى إطلاقها نفوذ الإجازة حتى مع لحوقها بالعقد في آخر أزمته إمكانها فإن ما ورد في المضاربة و الاتجار بمال اليتيم مطلق لم يستفصل فيهما عن رضا مالك رأس المال أو ولى الطفل بتجارة العامل أو المتصرف في مال الطفل بمجرد اطلاعها أو بعده كما لا يخفى.

(١) قد مر آنفا ان الموضوع لوجوب الوفاء هو العقد التام و البيع قبل انتسابه الى كلا الطرفين لا يكون عقداً حيث أنه عهد مشدود و عليه فلا- يجب على الأصيل قبل اجازة المالك شىء ليجبر ضرر تأخير المالك في رده و إجازته بخيار أو جواز إجبار المالك على الإجازة أو الرد بل لا مجال للخيار أو الإجبار على تقدير لزوم العقد على الأصيل فيما إذا كان مقدماً على المعاملة الفضولية و في

فرض عدم اقدمه كما إذا كان جاهلا يكون البائع فضوليا يرتفع لزوم العقد عليه لكونه ضروريا فيجوز له التصرف فيما انتقل عنه و معه يخرج عقد الفضولي عن قابلية لحق الإجازة به لان مع التصرف يتلف أحد العوضين و هو مخرج للعقد عن قابلية لحقها على النقل و الكشف الحكمي كما تقدم.

و الحاصل أن حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه لم تكن لخروجه عن ملكه على النقل و الكشف الحكمي بل باعتبار أنها مقتضى لزوم العقد عليه و إذا انتفى اللزوم جاز تصرفاته بل إلغاءه البيع كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٦

هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما و خصوصا. (١)

(١) اختلاف الإجازة مع العقد في العموم و الخصوص تارة يكون باعتبار العوضين و أخرى باعتبار الاشتراط و عدمه بان يبيع الفضولي شيئين بثمان كذا و يجيز المالك بيع أحدهما أو ان يبيع الفضولي متاعا و يجيز المالك بيع نصف ذلك المتاع بنحو المشاع أو يبيع الفضولي بشرط كذا فيجيز المالك بلا شرط أو يبيع بلا شرط و يجيزه المالك مع الاشتراط و إذا كانت الإجازة مختلفة مع العقد في العوضين باعتبار الكل و الجزء فلا يوجب ذلك بطلان الإجازة بل يتم معها البيع في البعض و ضرر تبعض الصفقة على الأصيل يجبر بالخيار نظير ما إذا باع المالك متاعين بثمان و ظهر أحدهما غير مملوك فإنه يتم البيع بالإضافة إلى الآخر و يثبت خيار التبعض للمشتري.

و الوجه ما ذكرنا سابقا من انحلال البيع إلى البيوع المتعددة بالإضافة إلى الأبعاض المشاعة للعوضين و بالإضافة إلى الجزء الخارجي المعين فيما كان يبيعه مع الآخر بنظر العرف من بيع المتعدد و الإجازة كما تقدم من أحكام الملك فيجوز للمالك إجازة بعض تلك البيوع.

و بهذا يظهر الفرق بين الإجازة و خيار الفسخ حيث لا يجوز لدى الخيار الا- فسخ البيع بتمامه و وجه الظهور أن الإجازة من آثار الملك فللمالك ان يبيع بعض ماله كما ان له ان يبيع كله و لكن بخلاف الخيار فإنه حق و سلطنة على فسخ العقد و ظاهر أدلة الخيار ثبوت حق واحد بالإضافة إلى البيع المنشأ ابتداء لا ثبوت حقوق متعددة بالإضافة إلى البيوع المنحلة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٧

.....

و ذكر المصنف (ره) بطلان الإجازة فيما كان العقد مشروطا بشرط على المالك فأجاز المالك العقد بلا شرط و لا يقاس الفرض بإجازة بيع البعض و ذلك فان البيع كما تقدم ينحل إلى البيوع المتعددة بالإضافة إلى أبعاض العوضين فتكون إجازة بعضها نافذة بخلاف الاشتراط في العقد فان العقد لا ينحل بالإضافة إلى الشرط حتى يصححه الإجازة و لذا يكون بطلان الشرط في عقد موجبا لبطلانه بخلاف بطلان البيع في الجزء.

و ذكر النائيني (ره) انه يحكم بصحة البيع دون الشرط فان الشرط في المعاملات التزام آخر غير التزام العقدى فإجازة الثاني و عدم إجازة الأول أمر ممكن غاية الأمر يكون عدم إجازة الشرط من قبيل تعذر الشرط الذي يوجب للمشروط له و هو الأصيل في المقام الخيار.

أقول الشرط كما ذكر التزام آخر و لا يكون جزءا لأحد العوضين ليجرى عليه حكم الجزء و ارتباطه بالعقد ليس هو مجرد الظرفية و الاتحاد معه في الزمان كما هو مقتضى قولهم الشرط التزام في الالتزام ليمكن إجازة العقد دون الشرط بل وجه ارتباطه بالعقد أن أصل الالتزام المعاملي من المشروط له معلق على التزام الآخر بالشرط أي المشروط فقوله بعث المال بكذا على ان تخطيط لي هذا الثوب

معناه ان أصل البيع من البائع معلق على التزام المشتري بالخياطة لا أنه معلق على نفس الخياطة المعبر عنها بالمشروط. والحاصل يكون الإيجاب في الفرض معلقا على الشرط بمعنى المصدرى أى الالتزام بالخياطة و هذا التعليق لا يقتضى بطلان البيع لان المعلق عليه و هو الالتزام بالخياطة حاصل بالقبول و ما يحتمل عدم حصوله هو الشرط بمعنى المشروط لا يكون إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٨

.....

الإيجاب معلقا عليه.

و الحاصل أنه إذا قبل المشتري الإيجاب المزبور و التزم بالخياطة تتم المطابقة المعتبرة بين الإيجاب و القبول و يتم البيع حتى و ان لم يفعل المشتري ما التزم على نفسه بترك الخياطة غاية الأمر يثبت للآخر معه خيار تخلف الشرط لان مرجع التزامه بالخياطة ثبوت حق الفسخ للبائع على تقدير عدم حصول الشرط بمعنى المشروط.

و بهذا يظهر أن فساد الشرط في البيع أو غيره لا يوجب فساد أصل البيع أو سائر العقد كما ذكر المصنف (ره) فان في موارد فساده يكون التطابق بين الإيجاب و القبول حاصلًا لحصول الالتزام من الطرف الآخر و فساد الشرط معناه عدم وجوب الوفاء للالتزام المزبور أى الإتيان بالمشروط.

و الحاصل أنه يعتبر في تمام البيع تطابق الإيجاب و القبول فيما إذا كان البيع من أصليين و التطابق بينهما و بين الإجازة فيما إذا كان البيع فضوليا حيث ان الإجازة إمضاء للعقد بمضمونه و مصححه لاستناده الى المالك و إذا كان بيع الفضولى على شرط كما إذا باع الفضولى المتاع بألف على ان يخيظ للمشتري الثوب و أجاز المالك البيع بدون الشرط المزبور لم يحصل التطابق لان قبول المشتري البيع كان معلقا على التزام مالك المبيع بخياطة ثوبه و لم يحصل فتبطل الإجازة كما لا يخفى.

لا- يقال يلزم على ذلك بطلان الإجازة في صورة وقوع البيع على تمام المتاع و اجازة المالك البيع في نصفه فإنه إذا قال البائع الفضولى بعث المتاع بكذا و قبله المشتري فالبيع المزبور و ان ينحل الى بيع كل نصف الا ان بيع كل نصف بشرط إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٣٩٩

.....

بيع النصف الآخر و لذا لو ظهر بعض المبيع غير مملوك للبائع يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة. والحاصل إذا أجاز المالك البيع في نصف المتاع لم تكن إجازته مطابقة للإيجاب و القبول حيث أن قبول المشتري كان على تقدير التزام مالك المبيع لبيع النصف الآخر و الإجازة وقعت على البيع بدون ذلك التقدير فلم تحصل المطابقة المعتبرة.

فإنه يقال ما ذكرنا من انه يعتبر تطابق الإجازة و العقد فلا مناص من الالتزام به في كل مورد لما بين من أن المصحح لاستناد البيع بمدلوله الى المالك هي الإجازة فكيف تكون مصححة للاستناد مع الاختلاف و لكن إذا كان الشرط بمعنى المشروط هو الفعل كما إذا قال بعثك المتاع بكذا على ان أخيط لك ثوبا و قال المشتري قبلت فما يكون الإيجاب و القبول معلقا عليه هو الالتزام بأمرين أحدهما الفعل أى الخياطة و الثانى الالتزام بثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الفعل و إذا كان الشرط أى المشروط غير فعل فما علق عليه الإيجاب و القبول هو الالتزام بأمر واحد و هو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول المشروط كما إذا قال بعثك هذا العبد بكذا على أنه كاتب و قبله المشتري فان مرجع اشتراط كون العبد كاتباً الى ثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الوصف و إذا باع شيئين و قبله المشتري يكون المشروط في بيع كل منهما ثبوت الخيار على تقدير عدم تمام البيع فى الآخر لا الفعل و على ذلك فلو قال الفضولى للمشتري بعثك هذين المتاعين بكذا و قبله المشتري يكون إجازة المالك بيع أحدهما مع الالتزام بثبوت الخيار

للمشتري المزبور إجازة موافقة للبيع المجاز كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٠

.....

و ذكر (ره) فيما إذا كان العقد مطلقا و الإجازة مشروطة بشرط على الأصيل وجوها ثلاثة الأول- تمام العقد بالإجازة المزبورة و لزوم الشرط على الأصيل في فرض رضاه بالشرط نظير رضا الموجب بالشرط الذي يشترطه عليه القابل في قبوله و مع عدم رضاه يلغو الإجازة.

و الثاني- صحة العقد بالإجازة المزبورة و لا يلزم الشرط على الأصيل حتى في فرض رضاه فإنه من الشرط بعد الإيجاب و القبول. و الوجه الثالث الذي قواه (ره) بطلان الإجازة و عدم صحة عقد الفضولي بها حتى مع رضا الأصيل لأن الإجازة مع الشرط أمر واحد و إذا بطل شرطها باعتبار وقوعها خارج المعاملة تكون الإجازة باطلة.

أقول الأظهر صحة الإجازة مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولي بها و يجب على الأصيل رعاية الشرط أخذا بعموم وجوب الوفاء بالعقود و نفوذ الشروط لان الشرط في الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطا ابتدائيا بل هو شرط في البيع حيث ان تمامه و استناده الى المالك يكون بالإجازة فيكون إلزام المالك إلزاما في بيعه نظير إلزام المشتري في قبوله البائع بأمر و رضا البائع به بعد القبول فلا حظ و تدبير.

بقي في المقام أمور: الأول- ما ذكرناه في صورة اختلاف الإجازة مع عقد الفضولي بالجزء و الكل بان كان المبيع في عقد الفضولي الكل و المجاز البعض ناظر الى أن اختلاف المزبور لا يضر بالتطابق المعبر بين العقد و الإجازة لا أنه لا يعتبر التطابق بينهما و فيما إذا كان عقد الفضولي على شرط و أجاز المالك العقد دون الشرط لا يحصل التطابق المعبر بين العقد المجاز و الإجازة و لذا تبطل الإجازة و كذا فيما كان العقد بلا شرط و إجازة المالك مع الاشتراط فإنه لا يحصل التطابق مع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠١

.....

عدم رضا الأصيل بالشرط المزبور و يحصل مع رضاه به.

و الحاصل لا ينبغي الخلاف و الأشكال في اعتبار التطابق بين العقد المجاز و الإجازة في الصور الثلاث حيث ان الإجازة إمضاء للعقد باعتبار مدلوله و انما الخلاف في تحقق التطابق و عدمه في تلك الصور فيكون النزاع و الخلاف في الصور الثلاث صغرويا بعد الاتفاق على الكبرى.

الثاني- قد ذكرنا انحلال البيع باعتبار الأجزاء المشاعة للمبيع في كل بيع و بالإضافة إلى أجزائه الخارجية في خصوص ما كان المبيع بنظر العرف متاعين أو أكثر قد جمع بينهما في عقد واحد و اما في غير ذلك فلا يكون انحلال بالإضافة الى الاجزاء الخارجية و الشاهد للانحلال في الموردين و عدم انحلاله في غيرهما هو العرف و قد ذكر بعض الأعاظم (دامت شوكته) في الاستدلال على عدم انحلال البيع بأنه إذا باع كتابا فلا يصح ان يقال ان البيع المزبور قرارات و بيوع متعددة بعدد صفحات الكتاب و أنه لو انحل البيع بالإضافة الى الاجزاء المشاعة يتعين الالتزام بان البيع الواحد يبيع الى غير النهاية حيث أن الجزء المشاع لا يقف على حد و أن الإنشاء كالأخبار في عدم الانحلال و كما انه لا ينحل الخبر بالإضافة إلى مدلوله مثلا إذا قال كل ما في الأرض جماد لا يمكن ان يلتزم بان المخبر قد كذب كذبا متعددا بعدد ما في الأرض من الحيوان و الإنسان و النبات و الشجر كذلك لا يمكن الالتزام بتعدد البيع فيما إذا قال بعت الدار بكذا و قال الآخر قبلته فإنه لا ينحل الى بيوع متعددة و كذا الحال في النذر و الحلف و نحوهما فإنه إذا قال الله على

صوم كل جمعة يكون النذر واحدا و لو ترك الصوم في جمعة واحدة لحصل الحنث و وجبت الكفارة و لا يجب الصوم بعده لا انه نذر الصوم كل جمعة و جمعة على سبيل الاستقلال و الاستيعاب
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٢
.....

و لكن قد التزم هذا القائل الجليل بالانحلال فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك و فيما إذا كان المتاع لاثنين فباعه أحدهما و فيما إذا جمع بين متاعين مالتهما في إيجاب البيع و قبل المشتري بيع أحدهما أو باعهما فضولى و أجاز المالك بيع أحدهما و لا انحلال في غير ذلك.

أقول اما الاستشهاد بعدم انحلال البيع بان بيع الكتاب لا ينحل عرفا الى بيع كل ورقة ورقة من أوراقه فقد ذكرنا أن مع وحدة المتاع لا ينحل بيعه الى الاجزاء الخارجية و انما يكون الانحلال بالإضافة إلى أجزائه المشاعة و هذا الانحلال لا يستلزم البيوع الى غير النهاية لان الاجزاء المشاعة و ان لا تقف الى حد الا ان عدم وقوفها لا يلزم عدم وقوف بيعها و ذلك فإنه يعتبر في البيع ان تكون للمعوض كالعوض مالىة و لا تكون المالىة في الاجزاء المشاعة للمتاع الا الى حد معين فإن المالىة للجزء كما يأتي في مسئلة تقسيط الثمن ان يكون له قيمة في بيعه بانفراده و عليه فنصف العشر من الكيلو من الحنطة إذا فرض كونه خمسين حبة فلا ينحل بيع الكيلو اليه حيث ان الخمسين من حبة الحنطة لا مالىة لها بل و لا غرض في تملكها.

ثم انه لا فرق بين الإنشاء و الاخبار في الانحلال و عدمه و ان الانحلال فيهما باعتبار الدلالة و المدلول لا باعتبار الدال و بتعبير آخر ان الدال و ان لا- يتصف بكونه دالا- الا- مع فرض المدلول له كما انه لا- يكون مدلول الا- مع فرض الدال عليه كما هو الحال في كل متضامين الا ان الانحلال يكون في ناحية الدلالة و المدلول لا في ناحية الدال و عليه فان كان موضوع الحكم عنوانا ينطبق على الدال كحرمة الكذب حيث ان الكذب عبارة عن التكلم بكلام لا يكون المقصود منه مطابقا للواقع فلا يتعدد ذلك الحكم و لو كان مدلول ذلك الكلام منحلا الى المتعدد بخلاف ما إذا كان الموضوع عنوانا
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٣

[في شرائط المجيز]

بنى على نفوذ منجزات المريض (١)

ينطبق على الدلالة أو المدلول فإنه يتعدد بتعدد هما كما في حرمة الاغتيا ب كما ذكرنا في المكاسب المحرمة فإنها كشف ما ستره الله على المؤمن من العيب و إذا قال المخبر كل أولاد زيد قد شربوا الخمر فقد اغتاب بعدد أولاده حيث ان الاغتيا ب ينطبق على الكشف و الدلالة لا على الدال كما لا يخفى.

و اما النذر أو العهد فكل منهما عنوان للالتزام و يتعدد بتعدد الملتزم به و إذا قصد الناذر في قوله لله على صوم كل يوم جمعة الالتزام بصوم كل جمعة على سبيل الاستغراق و الاستقلال فيتعدد الحنث بخلاف ما إذا كان الملتزم به صوم مجموع تلك الأيام و يشهد لانحلال الالتزام بتعدد الملتزم به سقوط بعض الدين بأداء ذلك البعض أو بإبراء الدائن.

الثالث- ما ذكرنا من ان شرط غير الفعل يرجع الى اشتراط الخيار و ان البيع و الشراء يكون معلقا على التزام الطرف بذلك الخيار كما إذا اشترى عبدا و اشترط كونه كاتباً ينحصر بما إذا كان المبيع عيناً خارجياً و اما إذا كان بنحو الكلى على الذمة فمرجع الاشتراط الى تقييد المبيع و لو دفع الى المشتري عبداً لا يكتب فلا يكون للمشتري الا استبدال لا فسخ البيع كما ان رجوع الاشتراط الى جعل الخيار

يختص بما إذا لم يكن الشرط عنواناً مقوماً للمبيع و إذا اشترى فلزا و اشترط كونه ذهباً فبان مذهباً فإنه يبطل البيع لا انه يثبت للمشتري الخيار و تمام الكلام في باب الشروط إنشاء الله تعالى.

(١) يعني بناء على نفوذ منجزات المريض تكون إجازته مفيدة في صحة عقد الفضولي بتمام مدلوله على النقل و الكشف و بناء على انها كالوصية في نفوذها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٤

لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل (١).

لامتناع تصرفه في العين (٢).

من ثلث التركة فيكون صحة الإجازة مراعى بان يكون المال الجارى عليه العقد فضولاً بمقدار ثلث تركة المجيز أو أقل.

(١) اما على النقل و الكشف الحكمى فظاهر حيث ان تصرف المالك في ماله يكون بإجازته فيعتبر كونه حال الإجازة مالكا للتصرف و اما بناء على الكشف الحقيقى فالإجازة الكاشفة عن الملك بالعقد هي اجازة المالك الذى يجوز له التصرف في ماله حيث ان الإجازة لا بد من كونها بنحو لو كانت مقارنة للعقد كان العقد مفيداً في النقل و الانتقال بلا فرق بين اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو بتعقب العقد بها.

(٢) اى لا يجوز تصرف الأصيل في العين التى اشتراها لإمكان عدم الإجازة و لإمكان عدم المقتضى يعنى عدم دخول تلك العين في ملكه و لا في الثمن لا مكان عدم تحقق الإجازة.

أقول لا يخفى ان احتمال الإجازة لا يمنع عن الأخذ بأصالة بقاء الثمن في ملكه فيجوز تصرفاته ظاهراً مع ان هذا مبنى على لزوم العقد على الأصيل قبل الإجازة فقد تقدم منعه سابقاً و ان لزومه على تقديره يسقط في موارد الضرر.

و اما الاستدلال على اعتبار المجيز حال العقد بأنه لو امتنع العقد في زمان امتنع دائماً فقد أجاب عنه المصنف (ره) مضافاً الى النقض بما إذا كان مالك المال حال العقد في مكان لا يمكن الوصول إليه انه لا ملازمة بين عدم إمكان تمام العقد في زمان و عدم إمكان تمامه بعد ذلك و بتعبير آخر إذا امتنع الشيء في زمان ذاتا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٥

.....

لامتنع دائماً.

و اما إذا كان امتناعه في زمان بالغير فيمكن ان يخرج إلى الإمكان بل الوجوب بعد ذلك بتمام علته.

و الحاصل يحتمل ان يكون المراد بالمجيز ذات المجيز أى من يكون شأنه إجازة العقد و لكن احتمال عدم اعتبار هذا المجيز حال العقد أو الجزم بعدمه لا يفيد شيئاً في المعاملات المالية كالبيع فإنه لا يمكن تخلف مال عن المالك أو من له ولاية على مالك ذلك المال.

نعم يصح في مثل النكاح كما إذا زوج الفضولى صبياً من صبية لا يكون لهما أب أو جد بناء على عدم ولاية غير الأب و الجد عليهما حتى الامام عليه السلام فان ولايته على نكاحهما مورد المناقشة و يحتمل ان يكون المراد بالمجيز من يتمكن على الإجازة حين العقد و إذا كان المالك بعيداً عن مكان العقد بحيث لا يمكن وصول خبره إليه إلى مدة يكون العقد المزبور على الاعتبار غير قابل للإجازة.

ثم انه لا دليل على اعتبار المجيز حال العقد باحتماليه فان البيع أو غيره يستند الى المجيز فيكون بيعاً له بإجازته فيعتبر ان يكون حال

الإجازة مالكا للتصرف و اما قبلها فكون ذات المجيز أو مع تمكنه على إجازته غير دخيل في تمام عقد الفضولي أضف الى ذلك ما ورد في نكاح الصغيرين حيث لم يستفصل فيه عن وجود الولي عليهما حين العقد أو عدمه و كذا إذا كان المراد بالمجيز وجود من تصح إجازته حال العقد فإذا بيع مال اليتيم بنصف قيمته السوقية ثم تنزلت القيمة بحيث تكون إجازته صلاحا فيصح بالإجازة بناء على عدم الاعتبار بخلاف ما إذا قيل بالاعتبار فإنه لا بد من تجديد العقد و لكن اعتبار وجود المجيز بهذا المعنى ضعيف أيضا يدفعه عدم الاستفصال في مثل خبر نكاح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٦

على خلاف فيه (١) فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض (٢) الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف (٣)

الصغيرين و الإطلاق أو العموم الشامل للعقد بعد لحوق الإجازة به.

و لا يخفى ان اعتبار وجود المجيز حال العقد باحتمالاته الثلاثة على تقديره ينبغي ان يعد في شرائط المجاز لا من شرائط المجيز الذي يلحق إجازته بعقد الفضولي كما في الشرطين الأول و الثالث.

(١) أى على خلاف في ولاية الوصى.

(٢) يعنى الاولى الالتزام بورود الاعتراض مع فرض كون المراد بالمجيز من يكون شأنه اجازة العقد فضولا و ان أريد وجود المجيز المزبور مع تمكنه على الإجازة فيمكن فرض عدم هذا المجيز في العقد الجارى على الأموال فضولا حتى مع فرض ولاية المجتهد و العدول لإمكان عدم تمكنهم على إجازته باعتبار عدم اطلاعهم على العقد المزبور.

(٣) هذا الأمر ناظر الى ان من يجيز العقد فعلا و انه هل يعتبر في نفوذ إجازته ان يكون حال العقد أيضا نافذ التصرف بحيث لو كانت إجازته في ذلك الزمان لثم بها العقد أو انه لا يعتبر في نفوذ إجازته إلا كونه جائز التصرف حال الإجازة فتصح إجازته فعلا و لو لم تكن له الإجازة في ذلك الزمان سواء كان عدم نفوذ إجازته سابقا لعدم المقتضى أو للمانع و المراد بعدم المقتضى عدم الملك أو الوكالة أو فقد سائر القيود المعتمدة في المالك و المراد بالمانع تعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد العقد فضولا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٧

.....

و فى المقام مسائل ثلاث: ندرجها فى مسألتين تبعا للمصنف (ره): الاولى- ما إذا بيع المال و كان حال البيع فاقدا لما يعتبر فى البائع من القيود من كونه بالغا أو عاقلا أو رشيدا أو عدم الحجر عليه بتعلق حق الغير بماله و صار حال الإجازة واجدا لتلك القيود. و الثانية ما إذا بيع المال حال عدم ملكه ثم ملك المال و أجاز البيع اما الأولى فنقول إذا بيع المال حال جنونه أو صغره أو سفهه ثم أفاق أو بلغ أو صار رشيدا فأجاز البيع فإنه لا ينبغي الريب فى صحة البيع المزبور باعتبار انه يتم بالإجازة الموضوع لاعتبار المعاملة و إمضاها حيث يتم بها استناد المعاملة المفروضة إلى المالك البالغ الرشيد و الاستناد السابق على تقدير المباشرة فى إنشاء البيع كان ملغى لخروج بيع الصغير و المجنون و السفهيه عن موضوع الإمضاء و لزوم الوفاء لا باعتبار تعلق حق الغير بالمال بل لقصور أنفسهم و إذا باع مع المانع أى مع تعلق حق الغير بماله ثم ارتفع ذلك المانع بسقوط ذلك الحق تتم المعاملة و يشملها دليل الاعتبار من غير حاجة الى الإجازة حيث ان استنادها الى المالك العاقل البالغ الرشيد كان من قبل و انما لم يشملها دليل الاعتبار لتعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد المعاملة فى أى زمان سقط ذلك المانع يشملها دليل الاعتبار.

و ان شئت فلاحظ المعاملة التى يكون القبض شرطا فى تمامها فان دليل الاعتبار لا يعمها ما لم يحصل القبض فى أى زمان حصل القبض يعمها دليل اعتبارها.

لا- يقال لا يقاس المقام بمسئلة اعتبار القبض في الهبة و الوقف فان ما دل على عدم انتقال المال عن ملك الواهب أو الواقف الى ان يقبض العين مقتضاه ترتب الإمضاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٨

.....

على الهبة أو الوقف بعد القبض بخلاف بيع المالك المال مع كونه رهنا أو محجورا عليه للفلس فان بيعه في حدوثة مستند الى مالكة و مع ذلك لا- يعمه إطلاق حل البيع أو عموم وجوب الوفاء بالعقد باعتبار أن إمضائه أو لزوم الوفاء به مناف لتعلق حق الغير بالمال و بعد ارتفاع المانع و سقوط الحق دخوله في الإطلاق و العموم يحتاج الى التوضيح.

فإنه يقال قد ذكرنا في بحث الأصول انه كلما دار أمر الفرد بين خروجه عن تحت العام أو المطلق إلى الابدو خروجه عنهما الى زمان يتعين الالتزام بالثاني للاقتصار على المتيقن لان طرح ظهور العام أو الإطلاق بالإضافة الى ما بعد ذلك الزمان بلا موجب.

و مما ذكرنا يظهر انه لو باع الراهن أو المفلس عين الرهن أو عين ماله فأجاز المرتهن أو الغرماء البيع لا تكون إجازتهم كاشفة عن النقل و الانتقال من حين العقد لا بكشف حقيقى و لا بكشف حكمى بل تكون إجازتهم كفكك الرهن أو ارتفاع الفلس موجبا لانتقال العوضين من حين الإجازة و ذلك فان المال بالإضافة إلى الأزمنة السابقة غير قابل للنقل و الانتقال و فى أى زمان سقط الحق عن المال و صار ملك طلق يقبل النقل من ذلك الزمان و لا يقاس بإجازة المالك فى بيع الفضولى المعروف حيث التزمنا فيه بالكشف الحكمى باعتبار أن المال كان قابلا للنقل فى زمان سابق الا ان البيع الناقل لم يكن مستندا الى المالك أو من له ولاية النقل و بإجازته يستند النقل من ذلك الزمان الى المجيز على ما تقدم.

و على ذلك فإذا بيع المال حال صغره أو جنونه أو سفهه ثم صار المالك بالغا أو أفاق أو صار رشيدا فأجاز البيع المزبور تكون إجازته كاشفة بخلاف ما إذا باع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٠٩

[من باع شيئا ثم ملكه]

الثانية ان يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد (١)

المال ثم فكك الرهن فإنه يتعين الالتزام فى الثانى بالنقل كما لا يخفى.

(١) المسئلة الثانية- ما إذا كان المجيز غير مالك للمال حال العقد، و لهذه المسئلة صور، و لكن العمدة البحث فى جهات: الاولى- ما إذا باع غير المالك، لنفسه ثم ملك المال، و أجاز البيع، و الثانية- ما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه و لم يجزه، و الثالثة هل فرق بين ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملكه أو اجازه أو لم يجزه، و بين ما إذا باع المال لمالكة ثم ملكه و أجاز أو لم يجز.

فنقول قد يقال بان غير المالك إذا باع المال لنفسه ثم ملكه و اجازه يصح البيع المزبور، و بتعبير آخر لا يعتبر فى المجيزان يكون مالكا للمال حين إنشاء عقد الفضولى، كما هو ظاهر المحقق فى باب الزكاة من المعبر، حيث ذكر انه لو باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه صح البيع و الرهن بالإضافة الى غير مقدار الزكاة فإن أدى الزكاة من مال آخر، قال الشيخ صح البيع و الرهن فى تمام النصاب، و فيه إشكال لأن حصه الزكاة مملوكة لأرباب الزكاة و إذا أدى المالك الزكاة من مال آخر ملك تلك الحصه بملك جديد، فافتقر بيع تلك الحصه إلى إجازة جديدة، كما فى مسئلة من باع شيئا ثم ملك انتهى. فان ظاهر هذا الكلام ان المحقق (ره) يرى تمام البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه و اجازه.

بل يمكن ان يستظهر مما حكاه عن الشيخ (ره) عدم الحاجة في تمام البيع المزبور إلى الإجازة، و لكن الاستظهار قابل للخشنة، فإنه
يحتمل ان يكون تعلق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٠

.....

الزكاة من قبيل الكلي على الذمة، و ان العين الزكوية كالرهن لذلك الكلي، فلو امتنع مالك النصاب عن أداء ما عليه من الزكاة، يجوز
لوليها الأخذ بتلك العين لاستيفاء ما على عهده مالك النصاب، نظير أخذ المرتهن بالعين المرهونة، لاستيفاء ما على عهده الراهن في
فرض امتناعه عن أداء دينه، و على ذلك فالعين الخارجية بتمامها ملك لمالك النصاب، غاية الأمر يتعلق بها حق الزكاة، و يسقط
ذلك الحق بأدائها من مال آخر، نظير ما إذا باع الراهن العين المرهونة ثم فك الرهن بأداء دينه فإنه قد مر عدم الحاجة في صحة هذا
البيع إلى الإجازة، كما يحتمل ان يكون تعلق الزكاة بالعين الخارجية كتعلق حق الجناية بالعبد في جنايته خطأ بان يجوز لمالك
النصاب بيعه بتمامه و يصح منه البيع، كجواز بيع العبد الجاني، و تتعلق الزكاة بذمة المالك، غاية الأمر ان المالك لو امتنع عن أداء
الزكاة و إفراغ ذمته منه، يجوز لولي الزكاة أخذ الزكاة من النصاب بإبطال البيع المزبور، و فسخه في مقدارها، كما في امتناع مولى
العبد الجاني من أداء أرش الجناية فيمكن ان يكون ظاهر كلام الشيخ (ره) في عدم الحاجة إلى الإجازة مبني على ذلك، فلا يرتبط
عدم الحاجة إلى الإجازة في الفرع المزبور بمسئلة من باع شيئاً ثم ملك.

و ذكر السيد اليزدي (ره) في تعليقه ان تعلق الزكاة بالنصاب لا- يحتمل كونه من قبيل تعلق حق الجناية بالعبد الجاني خطأ لان
المعروف بينهم انه يجوز للساعي و الحاكم تتبع العين فيما إذا باع المالك النصاب قبل أداء الزكاة من مال آخر.
(أقول) ان كان مرادهم من تتبع العين فيما إذا لم يؤد الزكاة بعد بيع النصاب تتبعها مع امتناع المالك من مال آخر فحق الرهانة و حق
الجناية مشتركان في ذلك،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١١

.....

و ان كان مرادهم تتبعها و لو من غير امتناعه فالأمر أيضا كذلك لان جواز تتبع العين لا يلزم جواز تملكها مطلقا بل جواز التملك
يكون بعد امتناع المالك من أداء الزكاة من مال آخر سواء كان تعلقها من قبيل حق الرهانة أو من قبيل حق أرش الجناية.
و الحاصل- ان الفرق بين تعلق حق الرهن و تعلق حق الجناية بعدم تمام بيع العين المرهونة إلا بفك الرهن أو اجازة المرتهن بخلاف
بيع العبد الجاني خطأ فإنه يتم، و لكن يكون للمجنى عليه أو وليه حق فسخ بيعه في فرض امتناع مولاه البائع عن أداء أقل الأمرين من
قيمته و أرش الجناية- غير مناف لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع العين و في صحیحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد
الله عليه السلام رجل لم يزك أبله أو شاته عامين فباعها على من اشتراها أن يزكها لما مضى قال نعم تؤخذ منه ذكاتها و يتبع بها
البائع أو يؤدي ذكاتها البائع «١» و ظاهرها لا ينافي كون الزكاة من قبيل حق الرهن أو حق أرش الجناية.

و لكن الأظهر عدم كون الزكاة من قبيلهما، و لا- من قبيل الكلي في المعين لعدم حساب التالف على مالك النصاب فقط، كما لا
تكون من الإشاعة في العين، كما هو مقتضى إيجاب الشاة في نصاب الإبل، بل بنحو الإشاعة في المايه و يجوز للمالك التصرف في
بعض النصاب فيما إذا كان قصده إخراجها من الباقي، لأن القصد المزبور عزل للزكاة في الباقي، و يصح بيع تمام النصاب مع إخراج
الزكاة من مال آخر و لو بعد البيع، و تمام الكلام في محله.

(١) وسائل الجزء (٦) باب ١٢ من أبواب زكاة الانعام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٢

و بهذا القول صرح الشهيد (ره) في الدروس (١)

(١) اي صرح الشهيد (ره) في الدروس بصحة البيع فيما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه و أجازته، و هذا ايضا ظاهر المحكى عن الصيمرى، و لكن المحكى عن المحقق الثانى فى تعليق الإرشاد هو البطلان، و مال اليه بعض المتأخرين، و الأقوى هو القول بالصحة للأصل و العمومات.

أقول- لعل مراده (ره) من الأصل هو الإطلاق و العموم فى أدلة إمضاء البيع و وجوب الوفاء بالعقود فيكون العمومات السليمة عطفًا تفسيريًا، و لو كان مراده بالأصل أصالة عدم اشتراط كون المجيز مالكا حال إنشاء العقد، فقد ذكر (ره) فى موارد من أن مقتضى الأصل العملى فى موارد المعاملات هو الفساد، لأصالة عدم ترتب الأثر عليها.

لا يقال- ما الفرق بين المقام اى ما إذا شك فى شرطية ملك المجيز حال العقد فى صحة البيع، و بين الشك فى شرطية شىء لمتعلق الأمر على ما هو المعروف فى دوران أمر الواجب بين الأقل و الأكثر الارتباطيين، حيث يرجع هناك بأصالة عدم الشرطية، و لا يرجع إليها فى المقام.

فإنه يقال- المراد بأصالة عدم الشرطية فى دوران أمر الواجب بين كونه مطلقًا أو مشروطًا هى البراءة عن وجوب المشروط و الفرق بين هناك و المقام ان الحكم المفروض فى مسئلة دوران الواجب بين الأقل و الأكثر واحد يتردد متعلقه بين كونه الطبيعى بنحو اللابشرط، أو كونه بشرط شىء فتجرى أصالة البراءة فى ناحية تعلقه بالطبيعى بشرط شىء، بعد معارضة استصحاب عدم تعلق الوجوب بالطبيعى بشرط شىء مع أصالة عدم تعلقه بالطبيعى بنحو اللابشرط و أصالة البراءة عن وجوب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٣

و ربما لا يجرى فيه ما ذكر هناك (١).

الطبيعى المشروط بشىء لا يعارضها أصالة البراءة عن وجوب الطبيعى بنحو لا بشرط، لان رفع التكليف على تقدير تعلقه بالطبيعى بنحو اللابشرط خلاف الامتان، و لكن لا يجرى ذلك فى مثل المقام مما يكون الحكم فيه انحلاليا كحل البيع أو وجوب الوفاء بالعقد فان كل بيع يكون مجيزه مالكا حال إنشائه تعلق به الحل و لزوم الوفاء جزما و الشك فى تعلق حل آخر أو وجوب الوفاء بالبيع الآخر أيضا و هو البيع الذى لا يكون مجيزه حال إنشائه مالكا للمال، و استصحاب عدم تعلق الحل و الإمضاء و وجوب الوفاء به يجرى بلا معارض، و لذا يحتاج فى الحكم بصحة البيع فيما إذا باع شيئا ثم ملك و أجاز إلى إثبات الإطلاق و العموم فى أدلة الإمضاء و لزوم العقد.

(١) يعنى ربما لا يأتى فى توجيه الصحة فى هذه المسئلة ما وجه به صحة البيع فيما إذا بيع المال فضولا و أجازته من كان مالكا له زمان العقد حيث تقدم فى توجيه الصحة هناك ان العاقد و لو قصد البيع لنفسه الا انه فى الحقيقة قاصد البيع للمالك حال العقد فان قصده البيع لنفسه مبنى على كونه مالكا للمال و لو عدوانا فيتم البيع للمالك بإجازته بخلاف المقام فان البيع واقع فى الحقيقة للمالك حال العقد لا للبائع المفروض كونه مجيزا.

(أقول) قد ذكرنا فى تلك المسئلة ان البيع لا يقع للمالك لان حقيقته تمليك عين بعوض و المراد بوقوعه للمالك هو انتسابه اليه و هذا الانتساب و ان لا يدخل فى حقيقة البيع الا انه يعتبر فى صحته و نفوذه و يتحقق بمباشرة المالك لإنشاء البيع أو بكون إنشائه بإذنه أو بإجازته.

و الحاصل قصد الفضولي البيع لنفسه لغو و قصد زائد على أصل إنشاء البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٤

الثاني حيث جوزنا بيع غير المملوك (١).

و ينتسب البيع إلى المالك بالإجازة سواء كان المالك المجيز مالكا للمال حال العقد أيضا أم لا.

(١) و حاصله قد التزمنا بان عقد الفضولي المعروف يتم بإجازة مالك المال مع كون العاقد غير مالك للمال و لم يكن عقده بإذن المالك و برضاه كما انه لم يكن قادرا على تسليم المال لان ملك المال و الرضا و التمكّن على التسليم يعتبر في المالك حال العقد الذي يجيزه لأنه البائع حقيقة و المفروض في مسئلة من باع شيئا ثم ملكه و أجاز ان المالك المزبور لم يجز العقد بل اجازته من تملك المال بعد ذلك العقد و أجاب (ره) عن ذلك بأنه لا يعتبر في تمام عقد الفضولي ملك المجيز المال حال العقد بل يكفي فيه ملكه حال الإجازة و الرضا لان الوجه في اعتبار كل ذلك عدم حل المال للغير بغير طيب نفس مالكة و رضاه و كون تصرف الغير في المال المزبور بلا رضاه ظلما و تعديا على المالك و ان سلطنة التصرف في المال تثبت للمالك لا لغيره و مع اجازة المالك الجديد يراعى كل ذلك و اما التمكّن على التسليم فلا بعد في اعتباره في مالك المال حال العقد لأن الإجازة تصحح العقد الذي لا يكون فيه نقص من غير جهة اجازة المالك.

(أقول) لا وجه لاعتبار القدرة على التسليم في المالك حال العقد بل يعتبر التمكّن فيمن يجب عليه الوفاء بالعقد في ظرف استحقاق الطرف المطالبة بالمال و بإحراز هذا التمكّن حال العقد ينتفى الغرر و يتم البيع كما هو مقتضى إطلاق أدلة الإمضاء و عموم دليل وجوب الوفاء بالعقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٥

الإجازة حيث صحت كانت كاشفة على الأصح مطلقا (١).

(١) و حاصله ان اعتبار الإجازة يكون على الأصح بطور الكشف لا النقل كما تقدم سابقا و اعتبارها بالنحو المزبور لا يختص بمورد دون مورد بل كلما فرض نفوذ الإجازة و صحتها فاللازم كونها كاشفة لأن الدليل على اعتبارها بنحو الكشف مطلق يعم جميع مواردنا و حيث ان اعتبارها في المقام بنحو الكشف بان تكون إجازة البائع المجيز كاشفة عن تمام الملك للطرفين من حين العقد مع الأصيل غير ممكن لاستلزام ذلك دخول المال في ملك الأصيل قبل دخوله في ملك البائع فلا بد من القول بعدم نفوذ الإجازة و كونها لغوا حيث لا دليل على اعتبارها في المقام بالنحو الآخر.

و فيه ان ما ذكر من اعتبار الإجازة بنحو الكشف لا يختص بمورد دون مورد صحيح الا انه ليس لازم ذلك تمام الملك للطرفين من حين العقد فضولا اي من زمان إيجابه و قبوله و لذا تكون في الهبة الفضولية كاشفة عن تمام الملك للمتهب من حين حصول القبض و بما ان من شرط تمام الملك للأصيل انتقال المال إليه من البائع المجيز لانه المالك حال الإجازة و بها يستند البيع إليه فيكون انتقال مال المجيز إلى الأصيل من زمان كون المجيز مالكا و هذا معنى كون الإجازة معتبرا بنحو الكشف و ليس في الالتزام بذلك أي محذور لا- محذور فقد المقتضى أي فقد الدليل على اعتبار الإجازة فإنه يكفي في اعتبارها إطلاق دليل إمضاء المعاملات و عموم وجوب الوفاء بالعقود على ما مر آنفا و لا محذور المانع سواء كان من ناحية العقل أو من الشرع بان قام دليل على إلغاء هذا النحو من الكشف.

لا يقال إذا كان في المقام انتقال المال إلى المشتري الأصيل من حين تملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٦

.....

المجيز المتاع تكون أجازته نظير تخصيص المالك حال العقد إجازته في عقد الفضولي المعروف بزمان متأخر عن زمان العقد. فإنه يقال هذا التخصيص يمنع عن صحة الإجازة فيما إذا كان انتقال المال إلى الأصيل من حين العقد ممكنا ولا يمكن الانتقال كذلك في المقام وكذا لا يضر في إجازة البائع كونها رضاء بالعقد الذي مدلوله النقل من حينه ووجه عدم القرح ان المال غير قابل للانتقال الا من زمان تملك المجيز فيكون عموم الإجازة بالإضافة الى ما قبل ذلك الزمان ملغى نظير الإجازة فيما إذا كان القبض فيه شرطا للانتقال.

أقول لا يخفى ان اجازة البائع في المسئلة تتعلق بالعقد السابق بتمام مدلوله و هو جعل ملكية المال للمشتري من حين ذلك العقد و لكن لا- يتبع الإمضاء الشرعي تلك الإجازة الا من زمان تملك المجيز جمعا بين مثل قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و ما دل على عدم سلطنة الإنسان بمال الغير فيكون التفكيك في المقام نظير عدم تبعية الإمضاء الشرعي للبيع في الصرف و السلم الا من حين حصول القبض و لو أجاز البائع في المسئلة بعد تملكه المال العقد السابق لا بتمام مدلوله كما لو صرح بإجازته ذلك العقد بإمضائه بعض مدلوله و هي الملكية من حين تملكه فلا تكون أجازته مطابقة لمدلوله من غير فرق بين المقام و اجازة عقد الفضولي المعروف كما إذا أجاز المالك فيه على مسلك الكشف بنحو النقل حيث تقدم فساد تلك الإجازة.

و الحاصل إجازة البائع العقد من حين تملكه المتاع غير الحكم بانتقال المتاع إلى المشتري الأصيل من ذلك الحين فإن الثاني يتعين الالتزام به و اما الأول فلا تصحح البيع السابق لما تقدم من انه لا بد من مطابقة الإجازة مع مدلول العقد.

و ذكر النائيني (ره) في المقام انه فرق بين عقد الفضولي و تمامه بإجازة المالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٧

الرابع ان العقد الأول (١).

حال العقد و بين مسئلة من باع شيئا ثم ملك و أجاز حيث ان الإجازة في الثاني لا تؤثر شيئا و الوجه في ذلك ان من شرط الإجازة و نفوذها عدم رد العقد قبلها و ان مع الرد لا يبقى عقد ليعتقد به الإجازة و بيع المالك المال من البائع رد فعلى لذلك العقد فلا ينفعه إجازة البائع بعد تملك المال.

و لكن لا- يخفى ما فيه فإنه كما تقدم سابقا لا اثر لرد المالك و ان عقد الفضولي لا يكون معه ملغى و على تقدير الالتزام بنفوذ الرد فلا ينبغي الريب في ان الرد من الأمور الإنشائية يحتاج الى القصد و المفروض في المقام ان المالك باع المال من بايعه و لم يرد إلغاء العقد السابق و ينتفى ببيعه قابلية عقد الفضولي لإجازة المالك حال العقد حيث يخرج ببيعه عن كونه مالكا للمال و يبقى قابليته لإجازة البائع الذي تملك المال من مالكة.

أضف الى ذلك انه ربما يكون تملك البائع فضولا المال لا بالمعاملة مع المالك بل بالإرث و نحوه و معه لا مجال لتوهم الرد.

(١) و بتعبير آخر صحة الإجازة من البائع موقوفة على تمام البيع الثاني ليمتلك البائع المزبور المال من مالكة الأصيل ليجيز بيعه الأول الذي كان فضوليا ففي زمان البيع الثاني لا بد من كون المال ملكا لمالكه الأصيل ليجعل ملكه للبائع المجيز بالبيع المزبور كما يلزم ان يكون ملكا للمشتري في البيع الأول الذي اشتراه من البائع الفضولي باعتبار ان ذلك مقتضى اعتبار الإجازة و صحتها بنحو الكشف. و الحاصل يجتمع ملكان في زمان واحد في مال واحد و هذا غير ممكن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٨

فيكون صحة الأول مستلزما لكون المال المعين ملكا للمالك و المشتري معا في زمان واحد (١).

لا يقال يأتي هذا الإشكال في كل بيع فضولي فإن صحة الإجازة موقوفة على كون المجيز مالكا حال الإجازة حيث يعتبر في تمام البيع فضولا- إجازة المالك و صحة إجازته و اعتبارها بطور الكشف مقتضاها كون المال في زمان الإجازة ملكا للمشتري في ذلك البيع الفضولي فاجتمع في مال واحد في زمان واحد ملكان.

فإنه يقال يكفي في الإجازة و نفوذها الملك الظاهري للمجيز الحاصل له بالاستصحاب بخلاف صحة البيع الثاني في مسئلة من باع شيئا ثم ملكه بالشراء و أجاز البيع الأول فإن الاشتراء لا يتم الا مع ثبوت الملك حقيقة للمالك الأصلي.

(١) يعني يكون صحة بيع البائع فضولا بلحوق أجازته مستلزما لكون المتاع ملكا للمالك الأصلي ليشتريه البائع منه و يجيز البيع الأول و ان يكون ملكا للمشتري من البائع فضولا في ذلك الزمان كما هو مقتضى كون الإجازة كاشفة فوجود الثاني أي صحة بيع المالك الأصلي يقتضى عدم صحة بيع البائع فضولا و ان لا يكون المتاع ملكا للمشتري الأول و صحة بيع البائع أي الأول فضولا يقتضى بطلان بيع المالك الأصلي و ان لا يكون مالك الأصلي في زمان البيع الثاني مالكا للمتاع فيلزم ان يكون المالك الأصلي في زمان مالكا و ان لا يكون في ذلك الزمان.

و لا يخفى ان الوجه الرابع كما ذكر مبني على كون إجازة البائع بعد تملكه المال كاشفة عن حصول الملك للمشتري من حين العقد الأول و لكن قد تقدم في الجواب عن الوجه الثالث ضعفه و ان أجازته تكون كاشفة عن حصول الملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤١٩

نعم يبقى في المقام الاشكال الوارد (١).

للمشتري من حين تملك المجيز فإنه أول زمان إمكان انتقال ذلك المال الى ملك المشتري عن ملك المجيز.

(١) الاشكال العام مبني على مسلك الكشف الحقيقي فإنه بناء عليه يكون المال قبل حصول الإجازة ملكا للمشتري كما هو مقتضى اعتبارها بنحو الكشف و يكون ملكا للمجيز لتكون أجازته نافذة حيث يعتبر ملك المجيز و إذا انضم هذا الاشكال العام إلى الإشكال الجاري في خصوص المقام يلزم كون المال قبل وقوع البيع الثاني ملكا لثلاثة المالك الأصلي ليصح بيعه من العاقد و للعاقد فإنه مقتضى تلقي المشتري الملك منه و للمشتري كما هو مقتضى اعتبار الإجازة بنحو الكشف و ما ذكر في دفع الاشكال العام بكفاية المالك الظاهري الحاصل للمجيز بالاستصحاب فاسد لان استناد البيع الى المجيز و كشف أجازته عن حصول الملك للطرف يتوقف على كون ذلك المجيز مالكا و إذا أحرز بعد ذلك عدم كونه مالكا فلا يفيد أجازته حيث لا أثر للحكم الظاهري بعد انكشاف الواقع فيكون الفرض كما إذا انكشف ان المال كان ملكا لشخص آخر.

و الحاصل ان اعتبار الملك في المجيز شرط واقعي.

و ايضا ما ذكره في المقام التفرقة بين نفوذ الإجازة و نفوذ البيع الثاني من اعتبار الملك الواقعي في الثاني دون الإجازة فإن الإجازة إسقاط حق يكفي فيه الملك الظاهري لا يمكن المساعدة عليه فان تمام بيع المالك يكون بإجازته فيلزم كونه مالكا واقعا بل إذا لم يكن له ملك واقعا أو حق كذلك فكيف يصح منه الإسقاط.

أقول لو قام الدليل على اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي فلا بد من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٠

و الخامس ان الإجازة المتأخرة (١).

الالتزام بان المعبر في الإجازة كون المجيز مالكا لو لا الإجازة و لا وجه لما يظهر من المصنف (ره) من التزم بالإشكال العام و انه يلزم

عليه اجتماع ملكين مستقلين في مال واحد على مسلك الكشف الحقيقي كما لا يخفى.

(١) وهذا الوجه أيضا مبني على كون الإجازة كاشفة عن حصول الملك للمشتري الأصيل من حين وقوع البيع الأول فإنه عليه تكون إجازة البائع الأول بعد تملكه المال كاشفة عن حصول ملك ذلك المال للمشتري من حين البيع الأول فيكون بيع المالك الأصلي ذلك المال من البائع الأول مصادفاً لملك المشتري الأصيل واقعا فيتوقف نفوذ البيع الثاني على إجازة ذلك المشتري نظير ما صدر البيع الثاني الصادر عن أجنبي و أجاز المالك الأصلي البيع الأول فإن معها تكون صحة البيع الثاني الصادر عن الأجنبي موقوفة على إجازة المشتري الأول بلا كلام و حيث ان في المقام صحة البيع الأول موقوفة على إجازة البائع فضولا تكون النتيجة توقف نفوذ كل من إجازتي المشتري الأول و البائع فضولا على الأخرى و تكون صحة كلا البيعين موقوفة على إجازة المشتري الأول لاعتبار رضاه في تمام البيع الثاني و لتوقف تمام البيع الأول على البيع الثاني الموقوف على إجازته على الفرض.

و لا يزم ذلك عدم استحقاق المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلن بل يكون المبيع للمشتري الأول بلا ثمن فيما إذا كان مقدار الثمن في البيع الأول مساويا لمقداره في البيع الثاني لأن الثمن في البيع الأول يستحقه البائع عليه و يستحق المشتري المزبور الثمن في البيع الثاني على البائع باعتبار مصادفة ذلك البيع ملكه واقعا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢١

السادس- ان من المعلوم انه يكفي (١)

و بهذا يظهر ان المشتري المزبور يستحق المبيع بأقل من الثمن في البيع الأول فيما إذا كان الثمن فيه أكثر من الثمن في البيع الثاني و تسحقه مع زائد فيما إذا كان الأمر بالعكس.

(١) و حاصل هذا الوجه أن بيع المالك الأصلي المال من العاقد الفضولي فسخ فعلى لبيع الفضولي فلا يكون ذلك البيع قابلا للإجازة و الوجه في كونه فسخا فعليا ان عقد الفضولي لا يزيد على العقد الخيارى و كما ان تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بيعه من آخر فسخ فعلى لذلك البيع الخيارى كذلك تصرف المالك الأصلي في ماله بيعه من العاقد الفضولى أو غيره فسخ و إبطال لبيع الفضولى بل يكون تصرف المالك الأصلي أولى بالفسخ من تصرف ذى الخيار حيث يمكن ان يقال ان البيع بعد انعقاده لا يكون ملغى الا بالفسخ القولى بخلاف إلغاء بيع الفضولى فهو باعتبار عدم تمامه قبل الإجازة يكون ملغى بالفعل قطعا.

و أجاب المصنف (ره) عن هذا الوجه بان مجرد تصرف المالك الأصلي في ماله الجارى عليه البيع فضولا لا يكون ردا و إلغاء لعقد الفضولى حتى لا- يكون قابلا- للإجازة بل غاية الأمر يكون تصرفه موجبا لفوت محل الإجازة اما مطلقا كما إذا زوجت المنكوحه فضولا نفسها من الآخر أو بالإضافة إلى المتصرف فقط كما في مسئلة بيع المالك الأصلي فإن للملك إجازة البيع الجارى على ذلك المال فضولا و قياس تصرف المالك الأصلي بتصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فاسد لان تصرف ذى الخيار فيما انتقل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٢

السابع- الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عندك (١)

عنه لا يمكن الا بفسخ البيع الخيارى و إبطاله بخلاف تصرف المالك الأصلي فإن المال باعتبار عدم تمام البيع فضولا باق على ملكه فيجوز له التصرف فيه مع إمكان إجازة البيع الأول و لحقوق الإجازة به من مالكة الجديد.

نعم لو كان قصد المالك الأصلي من تصرفه إلغاء البيع الأول يكون تصرفه مع القصد المزبور ردا لذلك العقد فلا يصلح بعده للحقوق الإجازة.

أقول قد تقدم في ذيل نقل هذا الوجه عن النائنى (ره) انه لا موجب لرفع اليد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد و إطلاق دليل حل البيع

بالإضافة إلى البيع الأول فيما إذا اجازته المالك الجديد حتى في مورد قصد المالك الأصلي إلغاء ذلك البيع فإنه ذكرنا عدم الأثر لقصد الإلغاء ولا يمكن إثباته بحديث سلطة الناس على أموالهم.

(١) الأخبار المذكورة في هذا الوجه على طوائف ثلاث: الأولى بعض الأخبار الضعاف الحاكية لنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك كروايتي الحسين بن زيد و سليمان بن صالح «١» و النهي المزبور يعم ما إذا كان بيع ما ليس عنده من بيع الكلي أو الشخصي و لكن يتعين رفع اليد عن إطلاقه بالحمل على صورة كون المبيع شخصا لما نشير إلى الروايات المعتمدة الدالة على جواز بيع الكلي على العهدة مع عدم ملك الشخص حال البيع كما ان النهي المزبور اما إرشاد إلى فساد

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب أحكام العقود الحديث (٢-٥)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٣

.....

بيع ما ليس عنده بالإضافة إلى كل من بايعه و مالك المال أو الى فسادته بالإضافة إلى بائعه فقط. و على الأول يرفع اليد عن الإطلاق بالإضافة إلى مالك المال لما تقدم من الدليل على صحة بيع الفضولي و تمامه بإجازة المالك و على التقديرين يكون مقتضى النهي عدم تمام ذلك البيع بالإضافة إلى بائعه سواء تملك المال و أجاز بيعه أم لا بل الظاهر إرادة صورة تملكه لان عدم تمام البيع بالإضافة إلى بائعه في غير صورة تملكه لا يحتاج إلى البيان.

و أجاب المصنف (ره) عن الاستدلال بأنه لا- نظر في النهي المزبور إلى صورة إجازة بائعه بعد تملكه لأن المنفى بالنهي الإرشادي الصحة التي يراها المتبايعان بحسب معاملتهم و هي انتقال ذلك المتاع إلى المشتري و انتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للمشتري حق إلزام البائع بتحصيل ذلك المتاع و للبائع حق إلزام المشتري بأخذه و التصرف في الثمن و اما الصحة التي يلتزم بها في المقام و هي ترتب أثر المعاملة على البيع بإجازة بائعه بعد تملكه المتاع أخذا بإطلاق دليل حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقد فلا دلالة للنهي المزبور على نفيها.

أقول لا يخفى أن إلزام المشتري البائع بتحصيل المبيع و دفعه إليه و كذا جواز تصرف البائع في الثمن من آثار انتقال المالكين و إذا كان النهي المزبور بيانا لعدم حصول النقل و الانتقال شرعا يكون مقتضى إطلاقه عدم حصوله حتى فيما أجاز البيع بايعه بعد تملكه المال. و لو كان مدلول النهي عدم حصول النقل و الانتقال بمجرد البيع المزبور لما صح التمسك به في دفع دعوى حصول النقل و الانتقال في بيع ما ليس عنده بعد تملك البائع المال و حصول التقابض بين البائع و المشتري.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٤

.....

و الحاصل ان المنفى بالنهي هي صحة المعاملة شرعا و هي حصول النقل و الانتقال كما في النهي عن بيع في سائر الموارد و مقتضى إطلاقه و عدم تقييده بمثل قوله الا ان يجيزه إذا صار المال عندك عدم صحته بإجازة بايعه.

نعم بالإضافة إلى إجازة المالك حال العقد فيرفع اليد عن إطلاق النهي على تقديره بما دل على تمام بيع الفضولي بإجازته أي بالروايات الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولي بإجازة المالك حال العقد لا بإطلاق خطاب حل البيع و عموم وجوب الوفاء بالعقد كما لا يخفى.

الطائفة الثانية ما تضمن النهي عن بيع الكلي مع عدم ملك الشخص حال البيع كما هو ظاهر صحيحة معاوية بن عمار قال قلت لأبي

عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير و ليس عندي منه شيء فيقاولني عليه و أقاوله في الربح و الأجل حتى يجتمع على شيء ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه إليه قال أ رأيت ان وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك أ يستطيع ان ينصرف اليه و يدعك أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع ان تنصرف اليه و تدعه قلت نعم قال فلا بأس «١» فلا بد من ان يحمل النهى في هذه على الكراهة أو على التقيّة لأنها معارضة بالروايات المعتبرة الدالّة على جواز بيع الكلى مع عدم تملك الفرد منه حال البيع كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى منه حالا قال لا بأس به قلت انهم يفسدونه عندنا

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٧)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٥

.....

قال و أى شيء يقولون في السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا إلى أجل و إذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال إذا لم يكن إلى أجل كان أجود ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه حالا و الى أجل الحديث «١» و قريب منها غيرها و اما صحيحه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيّة فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه «٢» فقد يقال بظهورها في خصوص بيع العين الخارجية.

و لكن لا- يخفى ما فيه فان ظهورها في تعلق الشراء الثانى بنفس ما ابتاعه البائع و ان لا ينكر الا انه لم يفرض فيها ان ما ابتاعه البائع كانت عينا خارجية أو كليا على العهدة و يبيعه من طالبه بعد قبضه بل يعم ما إذا كان ما اشتراه كليا و يبيعه من الطالب قبل قبضه و نظيرها صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتره منه قال لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه «٣».

و الحاصل ان مقتضى تعليل الجواز فيهما بقوله انما البيع بعد ما يشتريه أو بأنه انما يشتريه منه بعد ما يملكه عدم جواز بيع الشيء قبل تملكه حتى فيما كان البيع ملحقا بإجازة بايعه غاية الأمر يحمل الصحيحتين على خصوص بيع العين الخارجية لما تقدم من جواز بيع الكلى قبل تملك الشخص.

الطائفة الثالثة ما ورد فى بيع العين الخارجية كمصححة يحيى بن الحجاج

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧) من أبواب أحكام العقود الحديث (١)

(٢) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٨)

(٣) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٦

.....

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لى اشترى لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعينها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس اشترها و لا تواجهه قبل ان تستوجبها أو تشتريها «١» و رواية خالد بن الحجاج قال قلت لا بعبد الله عليه السلام الرجل يجىء فيقول اشتر

هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال أ ليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال لا بأس إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام «٢» و مقتضاهما انه لا بد من إنشاء البيع مع المشتري بعد تملك المتاع بان لا يكون في البين إلزام و التزام معاملى بالإضافة الى كل من البائع و المشتري من قبل و لو كان البيع فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك و أجاز نافذا لكان فى البين إلزام و التزام معاملى من قبل على المشتري للزوم العقد عليه من الأول أو من حين تملك البائع و رضاه ببيعه مع أن ظاهر الروايتين ان المشتري لا بد من أن يكون مختاراً حتى بعد تملك البائع و رضاه بالبيع منه و هذا لا يكون الا مع فساد البيع الأول و عدم تمامه بإجازة بائعه.

و لكن فى النفس بالإضافة إلى الروايتين احتمال آخر و هو أن يكون الثوب أو الدابة المفروض فيهما كان ملكاً للمشتري و طلب من الرجل اشتراؤه منه نقداً و يبيعه منه ثانياً نسيئاً كما هو قسم من بيع العينة و معه يكون بيع الرجل الثوب أو الدابة قبل تملكه محكوماً بالبطلان و لو قيل فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك و أجاز بصحة البيع الأول و ذلك فان الثوب أو الدابة يبيعه من المشتري قبل تملكه من بيع المال من من مالكة و هذا أمر باطل و فى رواية حسين بن المنذر قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام يجيئنى الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه ثم اشتريه منه

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (١٣)

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٨) من أبواب أحكام العقود الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٧

و منه يظهر الجواب عن الاخبار (١).

مكانى قال إذا كان بالخيار إنشاء باع و إنشاء لم يبيع و كنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتت فلا بأس فقلت ان أهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون ان جاء به بعد أشهر صلح قال انما هذا تقديم و تأخير فلا بأس «١».

و المتحصل من جميع ما ذكرنا أنه يتعين الحكم بالبطلان فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك و أجاز لا بمجرد بعض الروايات الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عندك ليقال انها ضعيفة سنداً لا يمكن الاعتماد عليها و لا بهاتين الروايتين ليقال انهما غير ظاهرتين فى المفروض فى المقام بل للنهى المستفاد من صحيحى محمد بن مسلم و منصور بن حازم و يرفع اليد عن عموم ذلك النهى بالإضافة إلى بيع الكلى و يشير الى ان مجرد تملك البائع و أجازته لا يفيد فى المقام مصححة الحسن بن زياد الطائى قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام انى كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقنى الله بعد فأجدد النكاح قال فقال علموا انك تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئاً قال ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك «٢» و نحوها صحيحة معاوية بن وهب «٣» و وجه الإشارة ان مع عتق العبد يكون نكاحه بيده و لو كان لحوق أجازته بنكاحه السابق موجبا لتمامه لما كانت حاجة الى الاستفسار عن علم مولاة بنكاحه و سكوته كما لا يخفى.

(١) يعنى يظهر مما تقدم من ان الصحة التى يلتزم بها فى المقام ترتب الأثر

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٥) من أبواب أحكام العقود الحديث (٤)

(٢) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٦) من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث (٣).

(٣) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٢٦) من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٨

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٢، ص: ٤٢٨

على البيع السابق بإجازة بائعه بعد تملكه المتاع أخذا بإطلاق دليل حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد ونفى هذه الصحة لا يستفاد من قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك و إنما يستفاد منه نفى الصحة التي يراها المشتري و البائع بحسب البيع السابق و هي انتقال المتاع إلى المشتري و انتقال الثمن البائع بحيث يكون للبائع التصرف في ذلك الثمن و للمشتري إلزام البائع بتحصيل المتاع بلا حاجة إلى إجازة البائع ثانياً- الجواب عن سائر الاخبار و انها ايضا ناظرة إلى نفى هذه الصحة خصوصا بقرينة قوله عليه السلام في صحیحه يحيى بن الحجاج (و لا تواجهه البيع) اي لا تتم البيع مع المشتري المزبور قبل شرائك.

لا- يقال إجازة البائع ثانيا في مورد تلك الاخبار مفروضة حيث ان دفع البائع المال بعد تملكه إلى المشتري إجازة فعلية و النهي عن البيع مع فرض هذه الإجازة مقتضاه فساد ذلك البيع و عدم صحته بلحوق أجازته.

فإنه يقال لا يكون الدفع إجازة حيث انه وقع بعنوان الوفاء بالبيع الذي حصل قبل تملك البائع و يرى البائع انه يلزم بالعمل به و هذا لا تحسب إجازة فإنه يعتبر في الإجازة إظهار رضاه به من غير جهة الالتزام السابق كما هو مقتضى ما دل على دخل طيب النفس في صيرورة المال حلالا للغير.

لا يقال لا يمكن الحكم بصحة البيع السابق بإجازة بائعه لان صحته بها ينافي ما في رواية خالد بن الحجاج حيث ذكر فيها أ ليس ان شاء أخذ و ان شاء ترك و وجه المنافاة أنه بناء على صحة البيع السابق و تمامه بإجازة بائعه لا يكون للمشتري الامتناع و رفع اليد عن البيع حتى قبل إجازة بائعه لما تقدم سابقا من لزوم عقد الفضولي على الأصيل و لو قبل إجازة المالك مع ان ظاهر الرواية خلاف ذلك و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٢٩

ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات (١).

البيع السابق لا يوجب على المشتري أمرا.

فإنه يقال قوله (ع) (ا ليس ان شاء.) و لو بقرينة صحیحه يحيى بن الحجاج كناية عن انه لا يكون قبل تملك البائع البيع اللازم على الطرفين و لا ينافي حصول اللازم من طرف المشتري فقط.

(١) لا يخفى عدم حسن التعبير فان المراد انه لو قيل بفساد البيع فيمن باع شيئا ثم ملك و أجاز للأخبار المتقدمة فلا بد من الاقتصار في الحكم بالبطلان بمدلول الاخبار و هو ما إذا وقع بيع الشيء عن البائع منجزا فإنه في هذه الصورة لا يفيد إجازة البائع بعد تملك المال.

و اما إذا باع الشيء معلقا على إجازة بيعه بعد تملكه المال أو باعه معلقا على تملكه المال فيما بعد فإنه يحكم فيهما بتمام البيع السابق بإجازة بيعه بعد تملكه لخروج الفرضين عن الاخبار.

و يظهر ذلك ايضا من العلامة في التذكرة و المختلف حيث علل المنع بالغرر و بعدم قدرة البائع على التسليم و مع تعليق البيع على تملكه المال أو على أجازته بعد تملكه لا يحصل البيع قبل الشرط ليكون غرريا أو لم يكن متمكنا على تسليم المال بل فعليته تكون مع حصول الشرط و لا يكون في ذلك الزمان في البين غرر و لا العجز عن التسليم.

أقول تقييد البيع بإجازة بائعه بعد تملك المال أو بنفس تملكه و ان يقتضى عدم حصول البيع الا بعد فعلية الإجازة أو بعد تملك المال حيث ان المشروط لا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٠

.....

فعليا الا- بحصول شرطه و مع فعلية البيع كما ذكرنا لا يكون فيه غرر اى جهالة فى وصول المال إلى المشتري و يحصل القدرة على التسليم لأن القدرة المعتبرة هى القدرة عند تمام البيع و فى ظرف لزوم الوفاء بالعقد الا ان مع ذلك يحكم ببطان البيع فى الصورتين أخذا بإطلاق ما دل على اعتبار إنشاء البيع بعد الشراء و التملك كما هو ظاهر صحيحى محمد بن مسلم و منصور بن حازم المتقدمين فان مقتضاهما ان البيع لا يقع لبائعه إلا إذا كان إنشاءه بعد تملك المال.

و بتعبير آخر كون البائع مالكا شرط فى إنشاء البيع و وقوعه له.

هذا مع ان البيع موقوفا على تملك بائعه أو إجازته بعد تملكه من التعليق المبطل للمعاملة.

لا يقال قد تقدم سابقا انه لا مانع من تعليق المعاملة على ما يتوقف عليه صحتها فإنه يقال نعم و لكن قد ذكرنا فى المسألة ان تملك البائع ما باعه و اجازة بيعه بعده لا يصحح البيع السابق فلا يكون تعليق البيع على أحدهما موجبا لخروجه عن التعليق المبطل.

و يشير الى ما ذكرنا مثل صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل قال ان تزوجت فلانة فهى طالق و ان اشترت فلانا فهو حر و ان اشترت هذا الثوب فهو للمساكين فقال ليس بشىء لا يطلق الا بعد ما يملك و لا يعتق الا بعد ما يملك و لا يصدق الا بعد ما يملك «١» حيث ان ظاهرها اعتبار وقوع الإنشاء حال فعلية الملك.

ثم انه بقى فى المقام انه كيف يمكن للبائع بيع المال عن نفسه منجزا و

(١) الوسائل الجزء (١٥) الباب (١٢) من أبواب مقدمات الطلاق الحديث (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣١

و لو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع (١).

كيف تتم المعاملة كذلك مع بناء المشتري و البائع ان المبيع ملك للغير و لا يجرى هنا ما ذكر فى بيع الغاصب سابقا لان بيع الغاصب كان مبنيا على تملك المال قبل بيعه و لو عدوانا بخلاف المقام حيث ان المشتري فى المسألة يتملك المال من بائعه مع بنائهما انه ملك للغير و لذا يكون بعد بيعه بصدد شراء ذلك المال من مالكة ليسلمه إلى المشتري.

و يمكن الجواب عن ذلك بأنه لا- مانع عن تمليك المال بإزاء الثمن باعتبار البائع نفسه مالكا لذلك المال عند بيعه لا عدوانا بل باعتبار أن عليه تحصيل ذلك المال و تسليمه الى المشتري نظير ما إذا باع المشتري المبيع من ثالث زمان خيار البائع ثم فسخ البائع البيع حيث يعتبر بالفسخ كون البائع مالكا للمبيع مع انه ملك للثالث و كما ان الاعتبار من جهة رجوع البائع بدله إلى المشتري كذلك اعتبار البائع فى المقام مالكا باعتبار ان عليه تخلص ذلك المال و تسليمه الى المشتري.

(١) لا يبعد انصراف اخبار لا تبع ما ليس عندك عن بيع المال لمالكه فاتفق انتقاله إلى البائع و أجاز لأنها ناظرة الى عدم وقوع البيع عن البائع الذى قصد البيع عن نفسه الا ان المذكور فى صحيحة محمد بن مسلم ليس به بأس و قوله عليه السلام انما يشتريه بعد ما يملك يعمه فان ظاهره اعتبار وقوع إنشاء البيع بعد تملك المال و فى الفرض المزبور لم ينشأ البيع بعد تملكه.

و الحاصل ان دعوى خروج الفرض عن مورد الاخبار كدعوى خروج الفرضين المتقدمين بلا- وجه نعم دعوى بطلان الإجازة فى

الفرض لا لما ذكرنا بل لأن الإجازة لا متعلق لها في الفرض لان البيع السابق المنشأ يكون عن المالك الأصلي
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٢
و لو باع لثالث معتقدا لتملكه (١).

ولا- معنى لإجازته بعد خروج المال عن ملكه و البيع عن البائع المجيز غير منشأ لا يمكن المساعدة عليها لما تقدم سابقا من ان البيع
عبارة عن تمليك المال بالعوض و اما تعيين مالك المثلن أو الثمن فلا يدخل في حقيقة البيع و مقتضى المعاوضة دخول الثمن في
ملك من يخرج عن ملكه المعوض و اسناد الغاصب البيع لنفسه و قصده تملك الثمن كان باعتبار بنائه على انه مالك المثلن فلا
ينافي إنشاء المعاوضة و قصدها.

و فيما نحن فيه أيضا حقيقة البيع عبارة عن تمليك العين بعوض و حيث ان المثلن حال إنشاء البيع كان لمالكة الأصلي فقصد دخول
الثمن في ملكه لا- ينافي إنشاء المعاوضة بل يلائمها ثم إذا انتقل ذلك المال إلى البائع فبعد تملكه و أجازته البيع لا يختلف الإجازة
عن العقد المجاز.

(١) يعنى إذا باع البائع المال عن ثالث اعتقادا بأنه مالكة حال البيع أو عدوانا كما إذا كان ذلك الثالث غاصبا لذلك المال و أجاز هذا
البيع مالكة الواقعي حال العقد فلا ينبغي الإشكال في صحته لان الفرض داخل في مسألة بيع الفضولي المعروف و اما إذا اتفق انتقال
ذلك المال الى الثالث الذى بيع عنه أو الى نفس البائع و أجاز ذلك الثالث أو البائع فالظاهر ان هذا يدخل في مسألة من باع شيئا ثم
ملك و أجاز فيحكم بفساده.

و وجه دخوله فيها انه قد استفيد من الاخبار المتقدمة فيها ان اجازة المالك الجديد لا يصحح العقد المنشأ حال عدم ملكه المال
فتدبر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٣
ثم انه قد ظهر مما ذكرنا في مسألة المذكورة (١).

(١) و حاصله انه إذا لم يصح البيع في المسألة السابقة أى فيما إذا باع المال ثم ملكه و أجاز بيعه لم يصح البيع فيما إذا باع المال ثم
ملكه بطريق الأولوية لأن المفروض في المسألة الثانية عدم اجازة البيع السابق و عدم رضاه به بعد تملكه المال و يزيد هذه على السابقة
فى ان مقتضى سلطنة المالك على ماله و عدم حله لغيره الا بطيب نفسه عدم تمام البيع السابق بمجرد تملك المال حيث يكون ظاهر
رواية السلطنة و اعتبار طيب نفس المالك فى تملك الغير ماله سلطنته و طيب نفسه حال كونه مالكا.
لا- يقال مقتضى عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم لزوم البيع السابق و تمامه باتفاق انتقال المال إلى بائعه و لذا ذكر فى
الإيضاح انه بناء على تمام بيع الفضولى و صحته بإجازة المالك يصح بيع البائع لنفسه بمجرد اتفاق ملكه المال الذى باعه قبل ذلك
من غير حاجة الى إجازته.

فإنه يقال ان بيعه السابق كان خارجا عن عموم وجوب الوفاء بالعقد فيستصحب الخروج بعد اتفاق ملكه و المقام من موارد استصحاب
الخروج لا- التمسك بعموم العام حيث ان عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالإضافة إلى الأزمنة استمرارى لا أفرادى و على تقدير الإغماض عن
ذلك يكون عموم وجوب الوفاء بالعقود معارضا بعدم حل المال للغير إلا بطيبه نفس مالكة فيرجع الى أصالة الفساد هذا مع جريان
فحوى ما ورد فى نكاح العبد بدون اذن مولاه و ان عتقه لا يفيد فى صحة النكاح السابق حتى مع رضاه العبد بالنكاح المزبور بعد عتقه
الذى بمنزلة كونه مالكا لنفسه بل كان المجدى فى تمامه سكوت مولاه بعد اطلاعه على نكاحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٤

و لو باع وكالة عن المالك (١).

المسألة الثالثة- ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف (٢).

ثم انه لا- يجرى عموم وجوب الوفاء فيما إذا باع المتاع عن المالك أو عن ثالث فاتفق ملك ذلك البائع حيث انه لم يكن العقد فى إنشائه مستندا إلى البائع ليقال بشمول وجوب الوفاء له بعد ملكه فالبيع فى الفرض مع عدم لحوق الإجازة به من بايعه باطل لان شمول العموم له أشكل من الفرض السابق.

أقول قد تقدم ان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ظاهره العقود المنتسبة إلى الملاك بان يكون استناد العقد إلى المالك حال كونه مالكا لا حال كونه أجنبيا فيكون خروج بيع الأجنبى عن العموم المزبور بالتخصص قبل تملكه المال و بعده.

و الحاصل ان المقام ليس من قبيل خروج فرد عن العام بالتخصيص ثم وقع الشك فى بقاء خروجه أو ثبوت حكم العام له ثانيا كما لا يخفى.

(١) و لو باع عن المالك وكالة ثم بان انزاله عن الوكالة حال إنشاء البيع بموت الموكل و نحوه فلا ينبغى الريب فى عدم وقوع البيع للبائع سواء أجاز البيع أم لا لأن البائع أجنبى عن المال نعم يقع البيع للوارث مع أجازته حيث ان الفرض بالإضافة إلى الوارث يدخل فى مسألة بيع الفضولى المعروف و التقييد بالانعزال باعتبار ان مع عزله و ظهوره بعد البيع يقع البيع للموكل حيث دلت الرواية على ان بيع الوكيل قبل عزله إليه نافذ على الموكل.

(٢) كان المفروض فى المسئلة الاولى كون المجيز مالكا حال العقد و لكن مع الحجر عليه لسفه أو رهن المال و فى المسألة الثانية عدم كون المجيز مالكا حال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٥

.....

العقد مع تجدد ملكه بعده و فى المسألة الثالثة أى هذه المسألة يكون المفروض ملك البائع و عدم الحجر عليه أو ولايته و لكن مع الاعتقاد بالخلاف بان يعتقد بان المال ليس له بل لغيره أو انه لا ولاية له على مالك المال.

و يقع الكلام فى هذه المسألة فى صور أربع الأولى- ما إذا باع المال عن مالكة باعتقاد انه لا ولاية له على مالك المال فظهر كونه وليا و المراد بالولاية ما تعم الولاية الشرعية و الوكالة كما إذا باع الجد مال الطفل باعتقاد عدم ولايته عليه أو باع مال الغير جاهلا بكونه و كيلا أو مأذونا عن قبله فى بيعه و ينبغى القول بصحة المعاملة فى الفرض و تمامها بلا حاجة إلى لحوق الإجازة بها و الوجه فى ذلك ان تمام العقد من الولى يتوقف على استناده إليه و رضاه به و المفروض حصولهما حيث ان العقد كان بإنشائه و رضاه بانتقال مال الطفل إلى الغير بالعوض و كذا إذا كان العاقد مأذونا واقعا أو و كيلا فإنه يكفى فى استناد معاملة المأذون أو الوكيل إلى المالك أو موكله إظهاره رضاه بالمعاملة سواء كان ذلك الإظهار عند المأذون أو عند الآخرين أو كان إظهاره بنحو يصل إلى المأذون أو السائرين بعد المعاملة أو لم يكن إظهار المالك الا عند نفسه و لذا لو كان العاقد على مال الغير فى مكان يراه مالك المال و كتب المالك عند المعاملة أو قبلها فى ورقه رضاه بتلك المعاملة و لم يعلم العاقد أو سائر الناس ما كتبه الا بعد المعاملة صح استناد تلك المعاملة إلى المالك.

و بتعبير آخر إظهار المالك رضاه بمعاملة الغير قبل إنشائها أو حينه يوجب خروج تلك المعاملة عن الفضولية.

و عن السيد اليزدى (ره) انه يحتاج العقد المفروض فى المقام إلى إجازة العاقد فى موردين أحدهما ما إذا كان إظهار المالك رضاه ببيع الآخر عند نفسه فقط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٦

.....

فان هذا الرضا لا يصح استناد البيع الصادر عن الغير اليه حيث لا فرق بين البيع المزبور و بين البيع الصادر عن الأجنبي المقارن لطيب نفس المالك واقعا و قد تقدم عدم خروج العقد بمجرد ذلك عن الفضولية.

و ثانيهما ما إذا باع مال المولى عليه باعتقاد عدم الولاية ثم ظهرت ولايته على المال و الوجه في الحاجة الى الإجازة عدم رضا المولى بتملك المال بما هو ولى و يعتبر في نفوذ التصرف في مال المولى عليه اذن المولى و رضاه بما هو ولى و لذا لو كان ملتفتا إلى انه ولى فربما لا يرضى بالبيع المزبور و يختار فردا آخر من المعاملة و هذا كاشف عن عدم رضاه بها بما هو ولى.

أقول لا يبعد اعتبار الإجازة في المورد الأول فإنه لا ينبغي الريب في اعتبار استناد البيع الصادر عن الأجنبي إلى مالك المال بالإذن أو الإجازة و قد ذكرنا مرارا ان كلا من الاذن و الإجازة من الأمور الإنشائية و يكون الإبراز مقوما لهما و مجرد إظهار المالك عند نفسه رضاه بالمعاملة التي يصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذنا أو اجازة بل لا بد من كون الإظهار بحيث يصل الى الغير سواء كان ذلك الغير هو العاقد أو غيره و بتعبير آخر لا يكون في الحقيقة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لا يصل الى الغير و لا يبعد ان يكون المحكى عن القاضى في المقام يرجع الى ما ذكر.

و اما المورد الثانى فلا يحتاج العقد فيه الى الإجازة فإن استناد البيع إلى المولى حاصل بمباشرته لإنشاء العقد و لا فرق بين رضا المولى بذلك العقد و بين رضا الأجنبي به الا في نفوذ رضا الأول و عدم الأثر لرضا الثانى و احتمال دخالة رضا المولى بالمعاملة مع التفاته بأنه ولى مدفوع ببعض الإطلاقات الواردة في نفوذ نكاح الأب و الجد و يتعدى الى مثل بيعهما باعتبار عدم احتمال الفرق في ذلك بين المعاملات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٧

الثانية ان يبيع لنفسه و انكشف كونه وليا (١).

(١) و اما الصورة الثانية فهي ما إذا باع المولى أو المأذون لنفسه مع غفلته عن كونه وليا أو مأذونا و قصده البيع لنفسه يكون بنائه على تملك المال عدوانا أو اشتباها و على كل تقدير يصح البيع للمولى عليه من غير حاجة الى الإجازة فإن الحاجة الى الإجازة اما لتصحيح استناد البيع إلى المولى أو المالك أو باعتبار دخالة رضاهما في انتقال المال بالعوض و المفروض حصول الاستناد بمباشرة العقد أو الاذن و كذا الرضا.

و اما قصده البيع لنفسه بان يملك الثمن بإزاء المبيع اشتباها أو عدوانا فقد تقدم في تصحيح بيع الغاصب للمالك مع إجازته انه لا اثر للقصود المزبور و غير داخل في حقيقة البيع.

لا يقال لا يصح البيع المفروض في المقام للمولى عليه لعدم ولاية العاقد على البيع بهذا النحو كما ان اذن المالك لا يعمه في موارد الوكالة.

فإنه يقال قد تقدم ان قصد المزبور أمر زائد على إنشاء المعاوضة و البيع و المفروض تمام البيع من سائر الجهات التي منها عدم كونه فسادا لمال المولى عليه فلا وجه لبطلانه أو احتياجه إلى الإجازة.

نعم لا- يتم ذلك فيما إذا باع المولى لنفسه مال المولى عليه اشتباها فان رضاه بكون المال للمشتري بإزاء الثمن باعتبار كونه مالكا و لم يعلم رضاه بالانتقال على تقدير كون المال للمولى عليه و لذا لا يجوز الأخذ فيما لو اذن المولى للغير في أخذ مال يعتقد انه ملكه و لكن الغير يعلم بان المال ليس للمولى و انما يأذن له في أخذه اشتباها و انه على تقدير التفاته يمكن ان لا يرضى بالأخذ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٨
الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا (١).

و بتعبير آخر ما يذكر في الصورة الثالثة في وجه الحاجة الى الإجازة يجرى في الفرض أيضا.
(١) الصورة الثالثة ما إذا باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكة ثم ظهر ان المالك هو لا الغير وقد يمثل لذلك ما لو باع مال أبيه باعتقاد حياته ثم ظهر انه حال البيع كان ميتا.
و يقع الكلام في هذه الصورة في جهتين: الأولى- في صحة البيع و فساده بمعنى كونه لغوا لا- يترتب عليه أى أثر و الثانية- توقف تمامه على اجازة العاقد أو عدم توقفه عليها.
اما الجهة الأولى فقد قيل بطلان البيع لوجه الأول- ان المنشأ هو البيع للغير و هو غير قابل للإجازة و البيع لنفسه لم ينشأ ليلحق به الإجازة.

الثاني ان البيع المزبور وقوعه للبائع يكون على وجه التعليق و تقديره ان مات ابي فقد بعته و التعليق يوجب بطلانه.
و الثالث ان العاقد غير قاصد للبيع فان مع اعتقاده حياة أبيه و انه مالك المال و لم يأذن له في بيعه لا يحصل إنشائه و قصده حقيقة و لكن لا مجال لشيء مما ذكر فان قصد بيع المال عن الغير لا اعتقاد ان الغير مالكة تمليك في الحقيقة عن المالك و ما ذكرنا ثانيا في كون هذا البيع من البيع المعلق ينافي الأمر الأول حيث ان مقتضى التعليق كون المنشأ البيع لنفسه و مقتضى الوجه الأول وقوع البيع لغيره.

و بالجملة يكفي في حصول عنوان البيع أو المبادلة إنشائها و قصد كونها له أو لغيره غير داخل في أصل البيع و المبادلة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٣٩

.....

و بهذا يظهر ما في الوجه الثالث و ان العاقد كالعابث حيث يبيع المال عن الغير مع اعتقاده كون ذلك الغير مالكا من غير كونه مأذونا أو وكيلًا- عنه و وجه الظهور ان إنشاء المعاوضة و قصدها لا- ينافي الاعتقاد بان المالك هو الغير و لم يأذن له في بيع المال كما في البيع فضولا.

و اما الجهة الثانية و ان تمام البيع للعاقد يحتاج إلى إجازته أو انه لازم له بلا حاجة إليها فقد قيل بعدم الحاجة لأن البيع من الأول مستند الى العاقد باعتبار حصوله بإنشائه فلا معنى لإجازة بيع نفسه و لان رضا العاقد بكون المال المعين الخارجى للمشتري بإزاء الثمن كاف في رضاه بملك ماله للمشتري و ان لم يلتفت الى كونه ماله فان صدور العقد عن المالك اولى و أقوى من اذنه و إجازته.
و ذكر المصنف (ره) ان الأظهر وفاقا لجماعة توقف تمامه على اجازة العاقد بعد التفاته الى كونه مالك المال و ليس الوجه في الاحتياج إلى إجازته ما ذكره في جامع المقاصد حيث قال ان العاقد لم يكن قاصدا لنقل المال إلى المشتري منجزا بل كان قصده هو النقل مع اجازة المالك حيث باع المال عن الغير باعتقاد ان الغير مالكة ثم أورد على نفسه بان قصد العاقد بيع المال كاف في النقل و توضيح الإيراد ان توقف انتقال المال شرعا على اجازة المالك أو بمجرد العقد ليس من مدلول العقد ليعتبر قصده أو يقدر عدم قصده أو قصده معلقا أو منجزا بل الانتقال المزبور حكم شرعى و المنشأ الذى مدلول العقد هو النقل في اعتبار العاقد و هو منجز بل عدم قصده النقل شرعا الا مع حصول الإجازة لا يضر على الكشف حيث يكون النقل على ذلك المسلك قبل حصولها و يمكن ان يكون قصد النقل عند حصولها مضرا على مسلك الكشف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٠

.....

بل الوجه في الحاجة إلى الإجازة هو أن يخرج تملك المشتري المال بإزاء الثمن عن عنوان الأكل بالبطل و دخوله في عنوان التجارة عن تراض فان رضا العاقد بنقل المال إلى المشتري مع غفلته عن كون المال ملكه لا يوجب كون البيع المزبور تراضيا من المالك. و بتعبير آخر قصد العاقد بكون المال الخارجى ملكا للمشتري بإزاء الثمن يوجب حصول إنشاء البيع و اما كون ذلك البيع تراضيا معامليا منه فلا- يكون الا مع رضاه بالبيع بعنوان كونه مالك المال و لذا لا يجوز للمأذون التصرف فيما لو اذن المالك فيه باعتقاد ان المال للغير و المأذون يعلم بان المال ليس للغير بل للمبيح و لكن بحيث لو التفت الى ان المال له لا يرضى بتصرفه. و لو قال ان هذه زوجتي فطلقها و بعد الطلاق ظهر انها كانت زوجة المباشرة للطلاق فلا يصح و كذا لو قال هذا عبدى فأعتقه و بعد العتق ظهر انه كان عبدا للمباشرة فإنه يحكم ببطلان العتق.

و الحاصل ان فى البين أمرين أحدهما إنشاء البيع و حصول عقده و الثانى رضا من يعتبر استناد البيع اليه و إذا أنشأ المالك البيع لنفسه أو لغيره يحصل إنشاء البيع المفروض فى المقام و هو تمليك عين خارجة بإزاء الثمن و قصد كونه لنفسه أو لغيره لا اثر له فى حصول إنشائه و اما الأمر الثانى و هو اعتبار رضاه ليكون بيعه تجارة عن تراض فيتوقف على رضاه بالبيع المنشأ مع الالتفات الى كونه مالك المال و مجرد رضاه بكون تلك العين بإزاء الثمن مع الاعتقاد بان المال للغير و ان رضاه بالبيع المزبور من رضا الأجنبى فلا يفيد فى انتساب البيع اليه بمعنى كونه تجارة عن تراض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤١

ان هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ (١).

و بتعبير آخر اعتقاد العاقد ان المال للغير و قصده البيع عن المالك بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييدية لما ذكرنا من ان قصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقة إنشاء البيع و اما بالإضافة إلى رضاه بانتقال المال الى الطرف بإزاء الثمن جهة تقييدية حيث لم يرض بانتقال المال منه الى الآخر بإزاء الثمن المزبور بل إنما رضى بانتقاله إلى الآخر من ناحية الغير نعم لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته الى كونه مالك المال يتم البيع و يصير تراضيا معامليا له.

و بهذا يظهر ان الإجازة انما تفيد فى العقود حيث تجرى الفضولية فيها و اما فى الإيقاعات نظير ما أعتق عبدا باعتقاد أنه عبد الغير ثم بان أنه عبده فيحكم ببطلان العتق لعدم جريان الفضولية فى الإيقاعات و ايضا يظهر أنه لا- تهافت فى كلام من حكم فى المسألة بتوقف البيع على اجازة العاقد بعد التفاته الى كونه مالك المال و بين حكمه ببطلان العتق المزبور و انما يكون التهافت ممن حكم فى مسألة البيع بلزومه و عدم حاجته إلى الإجازة و فى مسألة العتق بالبطلان حيث ان مقتضى الحكم بلزوم البيع كفاية الرضا به و لو مع عدم الالتفات الى كونه مالك المال و مقتضى الحكم ببطلان العتق عدم كفاية الرضا المزبور.

(١) يعنى كما ان الإجازة فى عقد الفضولى مصححة للعقد بحيث يتم بها استناده الى المالك و يكون تراضيا معامليا له كذلك استناد العقد فى المقام الى المالك و رضاه المعتبر بمدلوله يحصل بها فيكون العقد متزلزلا حدوثا بخلاف موارد الخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٢

.....

التي يكون البيع فيها تاما حدوثا و متزلزلا بقاء و بتعبير آخر ثبوت الخيار الذى فى حقيقته ملك فسخ العقد و ازاله بقاءه فرع حدوث البيع بان يكون إنشائه و استناده الى من يعتبر استناده اليه و رضاه بمدلوله مفروغا عنه و يثبت الخيار لتضرر أحد المتعاملين باعتبار

خصوصيته في أحد العوضين ككونه معيوباً أو فيه غبن فيكون الضرر في لزوم البيع.

وهذا بخلاف البيع في المسألة فإنه في حدوثه غير تام لتوقف حدوثه على رضا المالك بالبيع مع التفاته إلى كونه مالكا للمال. والحاصل أنه لا- وجه لما ذهب إليه صاحب الجواهر (ره) من أن البيع في هذه الصورة كبيع المتعلق به الخيار مترلزل بقاء فان الضرر في المقام كالضرر في إجازة بيع الفضولي المعروف يكون في أصل انتقال المال عن مالكه اما لجهله بأصل الانتقال كما في بيع الفضولي المعروف أو لجهله بكون المال له كما في مفروض الكلام.

أقول الضرر هو النقص في المال أو في غيره من العرض و النفس و نحوهما و هو يحصل في موارد الغبن أو العيب بأصل البيع حيث يخرج به ماله عن ملكه بعوض معيوب أو بالأقل كما إذا باع المتاع بأقل من ثمن المثل أو اشترى المال بأكثر منه و لو جرت قاعدة اللاضرر في تلك الموارد تكون مفادها فساد العقد لا انتفاء لزومه و لكن الصحيح انه لا مجرى للقاعدة في موارد ثبوت الخيار كما لا مجرى لها في البيع المفروض في المقام و لا في البيع في مسألة بيع الفضولي المعروف لما ذكرنا من أن عدم تمام البيع في المقام في مسألة بيع الفضولي باعتبار عدم استناد المعاملة إلى من يعتبر استنادها إليه بحيث تكون تراضيا معامليا له و في مورد الغبن و العيب باعتبار اشتراط السلامة أو عدم النقص في المالية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٣

ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة (١)

في ناحية العوضين و مرجع الاشتراط كما تقدم الى جعل الخيار في صورة التخلف و حيث لا امتنان في رفع الحكم عن البيع المجموعول فيه الخيار فلا تجرى فيه قاعدة نفى الضرر لعدم ثقل على المكلف في وضع البيع المزبور و إمضائه كما لا يخفى.

(١) يعني لو قيل ببطلان بيع الفضولي و عدم تمامه بإجازة المالك فلا يكون ذلك ملازما للقول بالبطلان و عدم تمام العقد بإجازة العاقد فيما إذا باع ماله عن الغير باعتقاد ان المال له.

و الوجه في عدم الملازمة ان العمدة في وجه القول ببطلان بيع الفضولي النهى الوارد عن بيع ما ليس عنده و هذا لا يجرى في المقام حيث ان المفروض فيه اجراء المالك البيع على ماله.

نعم لو بنى بطلان بيع الفضولي على حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير يتعين البطلان في الفرض أيضا لأن قبح التصرف لا يختص بصورة كون المال للغير واقعا بل يعم مورد التجري أيضا.

أقول لا- مجال لمثل المصنف ره ممن لا يرى في التجري قبحا فعليا بل يلتزم فيه بالقبح الفاعلي فقط دعوى التعميم المزبور و لكن لو بنى الحكم ببطلان بيع الفضولي على اعتبار مقارنة طيب نفس المالك لإنشاء العقد كان اللازم الحكم بالبطلان في الفرض أيضا باعتبار ان اللازم حصول طيب نفس المالك مقارنة للإنشاء بما هو مالك و هذا غير حاصل في المقام أيضا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٤

شرائط العقد المجاز

و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالثة (١) يشترط كونه جامعا لجميع الشروط (٢)

(١) الظاهر عدم توقف تمام البيع في الصورة الرابعة على الإجازة لأن الحاجة إليها اما لتصحيح استناد البيع إلى المالك أو لرعاية رضاه بملكية المال للطرف بإزاء الثمن بما هو مالك و المفروض حصول كلا الأمرين في الفرض كما هو مقتضى بيع المالك المال لنفسه و لو باعتقاد انه عدوان على الغير كما لا يخفى.

(٢) إذا باع الفضولي صبرة من الحنطة من زيد بمائة دينار و زيد يعلم كيل الصبرة و لكن لا يعلمه البائع و فرض ظهور مقدار الصبرة و كيلها لمالكها فأجاز البيع المزبور فظاهر ما ذكر المصنف (ره) في هذا الأمر عدم تمام البيع المزبور و ذلك فإن الإجازة تكون مفيدة في بيع يكون ذلك البيع تاما حين إنشائه من غير جهة الإجازة و لا يكون البيع في الفرض كذلك باعتبار جهالة كيلها و عدم تعينه حال البيع لغير المشتري.

و بتعبير آخر يجب حصول الشروط المعتمدة في المتعاقدين لكل من الأصيل و البائع فضولا ليعتبر إنشائهما و كذا سائر الشروط في نفوذ البيع و صحته يعتبر حصولها حال إنشاء البيع حيث ان ظاهر دليل اعتبارها حصولها في إنشاء البيع و أدلة اعتبار اجازة المالك مقتضية لتمام البيع فيما إذا كان تاما عند إنشائه من غير جهة رضاه و اذنه و كما لا يكفي حصول تلك الشروط بعد الإيجاب و قبل القبول في سائر البيوع كما إذا باع المالك متاعا مجهولا جنسه أو قدره للمشتري و لكن ظهر المتاع جنسا و قدرا للمشتري قبل قبوله كذلك في المقام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٥

.....

بل لو قيل بالصحة في المثال باعتبار ان العلم بالمبيع قبل القبول علم بحال المبيع قبل تمام إنشاء البيع فلا يمكن القول بالصحة في المقام حيث ان الإجازة لا تكون جزء البيع ليكون حصول الشرط قبلها من حصول الشرط قبل تمام البيع بل البيع كما تقدم في أول الكتاب هو الحاصل بالإيجاب و القبول فلا تكون الإجازة مقومة لعنوان البيع عرفا و لو أطلق عليها الجزء فهو باعتبار كونها مقومة لعنوان البيع المؤثر أي البيع المنتسب الى المالك.

و الحاصل لا يكفي في صحة بيع الفضولي و تمامه بالإجازة حصول الشروط من زمان البيع بالإضافة إلى الأصيل على الكشف فقط بان لا يعتبر حصولها على النقل بالإضافة إليه أيضا بل المعتبر حصولها مطلقا أي بالإضافة إلى الأصيل و البائع من زمان العقد و لو على مسلك النقل حيث ان مقتضى ما تقدم ان كل مورد يتم العقد بالاذن السابق يتم بالإجازة أيضا و اما إذا لم يكن الاذن السابق مفيدا كما في نقص العقد من جهة سائر الشروط فلا يفيد الإجازة اللاحقة.

نعم لو كان الدليل على الاشتراط مقتضاه حصول ذلك الشيء في ترتب الأثر الشرعي على البيع من غير ظهور في اعتبار حصول ذلك الشرط من حين إنشاء البيع كالقدرة على التسليم حيث ان اعتبارها لأجل ان لا يكون البيع غرريا كما تقدم سابقا فيكفي أن يحرز عند العقد حصولها في ظرف استحقاق التسليم و كذا في إسلام المشتري المصحف أو العبد المسلم حيث ان انتقالهما الى الكافر مناف لعلوم الإسلام و ذل الكفر و مجرد إنشاء الملكية حال كفر المشتري مع إسلامه حين تمام البيع لا يكون علوا للكفر على الإسلام كما لا يخفى.

لا يقال العلم بالعوضين و مقدارهما يعتبر في صحة البيع و لكن المعتبر علم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٢٤٦

الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوما بالتفصيل (١) و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق (٢).

المتبايعين لا الأجنبي و استناد البيع الى المالك يكون بإجازته و على ذلك فالإجازة اعتبار علم المالك بمقدار المبيع و الثمن و لو من زمان إنشاء البيع لا العاقد الفضولي فإنه من الأجنبي بالإضافة إلى البيع المزبور كما هو ظاهر المصنف (ره) في الأمر الثاني.

فإنه يقال الإجازة بمنزلة الإذن التفويضي في اعتبار العرف و العاقد فضولا و ان كان أجنبيا عن المال الا ان مع اجازة المالك يعتبر العاقد منزلة المأذون المفوض لا مجرد المأذون في إجراء الإيجاب و القبول و في مثل ذلك يعتبر علم المأذون بمقدار العوضين لا

المالك كما يأتي.

(١) بأن يكون العوضان معلومين للمجيز تفصيلا و إذا كان عقد الفضولي بيعا يعتبر علم المجيز بذلك البيع و إذا كان صلحا يعتبر علمه و تعيين الصلح له.

و لا يخفى أن عد ذلك من شرائط صحة الإجازة أولى من عده من شرائط العقد المجاز.

(٢) هذا استشهاد لكون الإجازة في معنى العقد و وجهه ان شمول دليل وجوب الوفاء بالعقد للمالك يكون بعد أجازته و شموله بعدها و عدم شموله قبلها كاشف عن كون الإجازة بمنزلة العقد.

و لكن لا- يخفى ما في الاستشهاد و ذلك فان المجيز و ان يضاف العقد بعد إجازته إليه فيعمه ما دل على وجوب الوفاء على المتعاقدين الا ان نسبة العقد اليه بعد أجازته ليست من جهة كون أجازته عقدا أو منزلته لثلا تقبل التعليق أو عدم التعيين بل بإجازته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٧

الثالث- المجاز اما العقد (١).

يستند العقد الصادر سابقا اليه كاستناده اليه بالاذن فالذى لا يقبل التعليق أو عدم التعيين هو العقد الصادر سابقا و اما أجازته فليست من العقود.

و بتعبير آخر الإجازة اللاحقة لا تزيد على الاذن السابق و كما ان المالك بمجرد اذنه للغير في بيع ماله لا يكون بايعا و لا يعمه ما دل على لزوم البيع و وجوب الوفاء به بل الاذن يوجب استناد البيع الصادر عن المأذون اليه و ذلك البيع الصادر لا يقبل التعليق أو الجهالة كذلك الحال في الإجازة اللاحقة.

لا يقال لو لم تكن الإجازة في العقود فلا ريب في أنها إيقاع و التعليق في الإيقاعات أيضا يوجب بطلانها.

فإنه يقال مضافا الى عدم تمام الإجماع على بطلان كل إيقاع بالتعليق بل مورده هي الإيقاعات التي لها عناوين خاصة كالطلاق و العتق و نحوهما ان الإجماع المزبور على تقديره مقتضاه علم المجيز بوقوع العقد لا- اعتبار علمه بتعيين العوضين أو نوع العقد فإن الإجازة يصحح استناد العقد الى المجيز كالاذن و يكفي فيه الإجازة مطلقا و بنحو العموم و قد تقدم ان الإجازة ليست بمنزلة الاذن في مجرد إنشاء العقد بان يكون المأذون نظير الإله في إنشاء العقد بل بمنزلة الإذن التفويضي بحيث تكون المساومة و المناقشة في تعيين الثمن و المثمن بعهد المأذون و في مثله يعتبر علم المأذون بمقدار الثمن و المثمن و لا يعتبر علم المالك.

(١) المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و اما العقد الواقع على عوضه و المراد بالعوض الأعم من العوض الاولي لمال المالك أو العوض لعوضه و قوله (ره) على كل منهما اي على كل تقدير يكون المجاز أول عقد وقع على المال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٨

.....

الأصلي للمالك أو على عوضه أو يكون المجاز آخر العقد المتعلق بأحدهما أو يكون عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده اي على المال الأصلي للمالك أو على بدله أو بالاختلاف بان يقع السابق على العقد المجاز على عين ذلك المال و اللاحق على بدله أو بالعكس و يجمع الكل اي كل فروض العقد المجاز بيوع ثمانية ثلاثة منها واقعة على عين مال المالك المجيز المفروض كونه عبدا (١) بيع العبد بفرس (٢) بيع العبد بكتاب (٣) بيع العبد بدينار و اثنان منها واقعا على عوض مال المالك اي على عوضه الاولي و هما (٤) بيع الفرس بدرهم (٥) و بيع الدينار بجارية و ثلاثة منها واقعة على بدل بدل المالك و هي (٦) بيع الدرهم برغيف (٧) و بيع الدرهم بحمار (٨) و بيع الرغيف بعسل و إذا أجاز مالك العبد العقد الواقع على العبد بكتاب تكون أجازته ملزمة له و لما بعده فيما

وقع على مورده اى فيما وقع اللاحق على عين المال الأصلى للمالك و هو بيع العبد بدينار و هذا بناء على الكشف ظاهر. و اما بناء على النقل فيبنى على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه يعنى بناء على النقل تكون صحة العقد اللاحق مبتنيا على عدم اشتراط ملك المجيز حال العقد فان المجيز له و هو بايع العبد بالدينار لم يمكن مالكا للعبد حال بيعه على هذا المسلك و هى فسخ بالنسبة الى ما قبله يعنى إجازة بيع العبد بالكتاب فسخ بالإضافة الى ما قبل هذا البيع و هو بيع العبد بفرس سواء على الكشف أو النقل فان البيع الأول لا يصح بالإضافة إلى مالك العبد اى مالكة الأول. و اما صحة ذلك البيع الأول بالإضافة الى من ملك العبد بإجازة مالكة الأول فمبنى على عدم اشتراط كون المجيز مالكا حال العقد و المالك الجديد هو المشتري

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٤٩

و اما العقود الواقعة على عوض مال المجيز (١).

و اما إجازة العقد الواقع على العوض (٢).

الثالث للعبد على الكشف بلا كلام و هو أو المشتري الثانى على النقل و اجازة كل منهما العقد الأول أى بيع العبد بفرس داخل فى مسألة من باع ثم ملك و أجاز كما لا يخفى.

(١) قد تقدم ان العقود الواقعة على عوض مال الغير خمسة اثنان منها واقعان على عوضه الابتدائى و هما بيع الفرس بالدرهم و بيع الدينار بالجارية حيث ان كلا من الفرس و الدينار عوض فى البيوع الجارية على نفس العبد و ثلاثه منها جارية على عوض مال الغير اى على عوض عوض العبد و هى بيع الدرهم برغيف و بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فالأول من هذه البيوع و هو بيع الفرس بالدرهم يتوقف تمامه و صحته على اجازة المالك الأصلى للفرس.

و قوله (ره) و اما العقود الواقعة على عوض مال المجيز من تتمه فرض اجازة المالك بيع عبده بالكتاب فان مع أجازته تكون صحة بيع الفرس بالدرهم موقوفا على اجازة المالك الأصلى للفرس و بدونها لا تصح و اللاحق و هو بيع الدينار بالجارية يكون صحيحا بمجرد اجازة مالك العبد هذا البيع يعنى بيع العبد بالكتاب فإنه بناء على اعتبار أجازته يكون بيع العبد بالدينار و بيع الدينار بالجارية كلاهما صحيحا.

(٢) يعنى إجازة مالك العبد العقد الواقع على العوض لعوض العبد يعنى بيع الدرهم برغيف صحتها و نفوذها موقوفه على دخول الدرهم فى ملك المالك الأصلى للعبد و دخوله فى ملكه موقوف على أجازته بيع الفرس بالدرهم و بيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٠

و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر (١).

عبده بالفرس و لذا قال (ره) فهى ملزمة للعقود السابقة عليه سواء وقعت تلك العقود على نفس مال المالك اعنى بيع العبد بالفرس أو على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم كما أنها ملزمة للعقود اللاحقة على تقدير جريان اللاحق على المعوض اى على المعوض فى بيع الدرهم برغيف و هو بيع الدرهم بالحمار فإن الإجازة المزبور تكون كاشفة عن دخول الدرهم فى ملك صاحب الرغيف فيتم له بيع ذلك الدرهم بالحمار.

و اما العقد اللاحق الجارى على العوض فى ذلك العقد المجاز اى بيع الرغيف بالعسل فصحته موقوفة على اجازة المجيز له مستقلا و هذا هو المراد من قوله (ره) و اما الواقعة على هذا البديل المجاز اى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء.

(١) يعني لو وقع البيوع المتعددة من شخص واحد بان يقع العوض في كل بيع معوضا في بيعه الآخر كما فرضنا ان البائع فضولا باع العبد المفروض كونه للغير بالفرس أولا و باع الفرس بالدرهم ثانيا و باع الدرهم بالرغيف ثالثا و باع الرغيف بالعسل رابعا فان اجازة أى من البيوع الأربعة تكون اجازة له و لما قبله لا البيع الذى بعده و هذا هو المراد من ترمى الأثمان بأن يقع الثمن في كل بيع مثمنا في بيعه الآخر الصادر عن واحد كما في المثال.

و قد يقال انه كيف يجوز للمالك اجازة العقد الجارى على بدل ماله و كيف تكون اجازته ملزمة للعقود الجارية على عين ماله أو بدله فان بيع الدرهم بالرغيف مثلا أجنبى عن مالك العبد فكيف يجوز له اجازته بل يتعين اجازة بيع العبد بالفرس

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥١

.....

أولا ثم اجازة بيع الفرس بالدرهم ثم اجازة بيع الدرهم بالرغيف و دعوى ان اجازة بيع الدرهم بالرغيف مستلزمة لإجازة البيوع السابقة أو انها بنفسها اجازة للعقود السابقة فاسدة فإن المفروض ان الإجازة تعلقت ببيع الدرهم بالرغيف و لو كانت هذه اجازة للعقد لسابق لصح السابق دون اللاحق.

و اما الاستلزام فالأمر في دعواه أفسد لأن إجازة بيع الدرهم بالرغيف فعل اختياري له مباد و اجازة بيع العبد بالفرس فعل اختياري آخر يكون له مباد و لا يعقل ان يكون أحد الفعلين الاختياريين مستلزما لفعل اختياري آخر نعم اجازة اللاحق تكشف عن الرضا بالعقد السابق عليه و لكن الرضا لا يكفى في إجازة العقد كما تقدم.

أقول يرد عليه النقض ببيع ذى الخيار و الواهب فإنهم ذكروا ان بيع ذى الخيار المال المنتقل عنه فسخ للبيع السابق و كذا بيع الواهب المال الموهوب رجوع في الهبة مع ان كلا من البيع و الفسخ و الرجوع كالإجازة فعل اختياري و حله انه يمكن ان ارادة أحد الفعلين موجبا لانقداح ارادة الفعل الآخر كما في إرادة ذى المقدمة بالإضافة إلى الفعل الآخر الذى مقدمه له و الفسخ و الرجوع مقدمه لبيع ذى الخيار و الواهب كما ان اجازة العقد السابق مقدمه للعقد اللاحق و بما ان كلا من الفسخ و الرجوع و الإجازة كالتملك من الأمور الإنشائية و يحتاج بعد الاعتبار إلى الإبراز يكون إبراز الأمر الاعتبارى الموقوف على الأمر الاعتبارى الأول إبرازا للأمر الأول أيضا.

و ايضا ما تقدم من عدم كفاية الرضا فى خروج العقد عن الفضولية هو مجرد الرضا الباطنى من دون إظهار و فى المقام اجازة العقد الجارى على البدل يكون مبرزا للرضا بالبيوع السابقة أيضا كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٢

فليس مرادهما ان يعقد على الثمن الشخصى (١) ثم ان فى شمول الحكم (٢) فقال الأول (٣)

(١) يعنى ليس مرادهما ان يعقد اشخاص على الثمن الشخصى بان يشتري الفضولى ثوبا بعشرة دنانير و باع الآخر تلك العشرة بمائة درهم و باع الثالث تلك العشرة بمائتين درهم فان حكم وقوع البيوع المتعددة من اشخاص على الثمن الشخصى المملوك للغير حكم البيوع المتعددة من اشخاص الواقعة على المفروض كونه للغير فى ان اجازة السابق من البيوع يكون موجبا لصحة اللاحق على الكشف.

(٢) يعنى ما تقدم من أن للمالك إجازة أى من العقود الجارية على عين ماله أو بدله فيه اشكال فيما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فضولا مع علمه بالحال.

أقول لو تم الاشكال لكان مقتضاه عدم صحة اجازة المالك العقد الواقع على عوض ماله مع دفع العوض المزبور إلى البائع فضولا مع

العلم بالحال و كذا لا يصح اجازة العقد الجارى على عين ماله بذلك العوض و اما العقود الجارية على عين ماله بغير ذلك العوض من الأثمان المختلفة ممن وصلت تلك العين إلى أيديهم فلا بأس بإجازتها.

(٣) يعنى قال قطب الدين فى توضيح الإشكال الذى أشار إليه العلامة فى قواعده أن المشتري العالم بالحال يكون دفعه الثمن إلى البائع الغاصب تسليطاً له على الثمن و لو تلف ذلك الثمن فى يد البائع المزبور لا يكون للمشتري الرجوع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٣

قال فى محكى الحواشى ان المشتري مع علمه بالغصب (١)

إليه لعدم الضمان فى مورد تسليط الغير على ماله مجاناً و فى جواز رجوعه إليه مع بقاءه وجهان و على أى حال فلا ينفذ اجازة مالك المبيع فى الثمن المزبور فيما إذا تلف بفعل المسلط بالفتح يعنى بفعل البائع فضولاً كما إذا دفع هذا البائع ذلك الثمن عوضاً لمتاع اشتراه و هذا وجه عدم نفوذ اجازة مالك المبيع فى الثمن المزبور.

و اما وجه نفوذها أن الثمن قبل دفعه إلى البائع الغاصب قد جعل عوضاً للعين المملوكة للغير و عدم اتصاف ذلك الثمن بكونه عوضاً لها لأجل عدم صدور البيع عن ذلك الغير و إذا أجازت تكون إجازته بمنزلة صدور البيع عنه فيكون الثمن المزبور عوضاً.

أقول ما فى كلامه (ره) من ان فى رجوع المشتري إلى الثمن مع بقاءه وجهين ضعيف بل لا ينبغى الإشكال فى جواز رجوعه إليه فإن دفعه إليه مع علمه بالحال اما تملكه مجاناً أو بإباحة مالكيه و لا كلام فى جواز الرجوع فى الهبة المجانية و الإباحة المالكية.

(١) حاصل ما ذكر الشهيد (ره) انه لا يصلح لمالك المبيع اجازة العقد الجارى على الثمن بل لا يصح له اجازة العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن و ذلك فان دفع المشتري العالم بالحال ذلك الثمن إلى البائع الغاصب تسليطاً للغاصب على الثمن المزبور و اذن له فى إتلافه و إذا اشترى الغاصب بذلك الثمن متاعاً يكون اشتراؤه إتلافاً للثمن على المشتري الأول فيملك الغاصب المتاع الذى اشتراه بذلك الثمن و لا تنفذ اجازة المالك فى الثمن لصيرورته ملكاً للبائع المتاع قبلها بل لا تنفذ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٤

و يحتمل ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن (١)

إجازته فى بيع ماله بذلك الثمن فضولاً- باعتبار ان الثمن المزبور كان كالمال المأذون فى إتلافه فلا يؤثر فيه الإجازة بعد صيرورته ملكاً لآخر و لو نفذ اجازة العقد الجارى على ماله بذلك الثمن يكون المبيع بلا عوض فيكون الإشكال فى صحة العقد المترتب على الثمن و فى صحة العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن.

أقول لا وجه للإشكال أصلاً سواء على الكشف أو النقل بل على كل منهما يجوز لمالك المبيع اجازة العقد الجارى على عين ماله أو بدله و ذلك فان دفع المشتري العالم بالحال الثمن إلى البائع فضولاً ليس فيه إنشاء آخر ليكون ذلك الإنشاء من الهبة مجاناً أو بإباحة مالكيه بل الدفع المزبور بعنوان الوفاء بالعقد حيث ان الغاصب كما يبيع مال الغير لنفسه بعد البناء على كونه مالكا و هذا البناء مصحح لحصول عنوان البيع كذلك المشتري العالم بالحال يدفع الثمن إليه باعتباره ايضاً مالكا للمبيع و بما ان هذا البناء غير ممضى شرعاً فلا يجوز للبائع المزبور التصرف فى الثمن.

(١) كان مراده انه بناء على مسلك النقل ايضاً يحتمل تقديم اجازة المالك لتعلق حقه بالثمن قبل تملك الغاصب الثمن مجاناً و هذا الاحتمال كما يذكر المصنف (ره) ضعيف فان تملك الغاصب الثمن غير موقوف على شىء بخلاف تملك المالك المجيز فإنه موقوف على بقاء ذلك الثمن فى ملك المشتري الى حين إجازته و هذا غير حاصل فى الفرض.

و أضف الى ذلك انه لا حق للمالك المجيز فى الثمن أصلاً فان الحق بمعنى الملك غير ثابت و بمعنى غيره غير معهود و قد تقدم أن

جواز اجازة المالك من أحكام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٥

[في الرد و أحكامه]

إشارة

فافهم (١) بما هو صريح في الرد (٢) لأصالة بقاء اللزوم (٣)

الملك شرعا لا من الحق في عقد الفضولي فضلا عن الثمن المقرر فيه.

(١) لعله إشارة إلى ان حكمهم بتملك الغاصب الثمن ليس لوجه تعبدى ليؤخذ به في مورد اليقين بل تعليقه ذلك الحكم بان دفع المشتري الثمن إلى البائع الغاصب مع علمه بالحال تسليط له على ذلك الثمن مقتضاه كونه للتحفظ على قاعدة التسليط.

(٢) بل يكفي ما يكون ظاهرا في الرد لان اعتبار الظهور يعم المقام بل يأتي كفاية دلالة الفعل و لا يختص الاعتبار باللفظ.

(٣) لا يخفى ان رجوع الوفاء بالعقد بالإضافة إلى الأصيل كما تقدم سابقا غير ثابت ليستصحب و على تقديره فاستصحابه لا يثبت اضافة العقد الى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها فإنه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه نظير استصحاب بقاء وجوب الصلاة و إثبات عدم خروج وقتها بل ما نحن فيه من قبيل ما إذا قبل القابل للإيجاب في زمان يحتمل إلغاء الموجب إيجابه بالشبهة الحكمية أو الموضوعية فإن المتيقن في مثله الحكم ببقاء الإيجاب و ضمه الى القبول المحرز بالوجدان و ثبت البيع بذلك فان ترتب البيع المضاف الى المالكين على الإيجاب و القبول شبيه بترتب المسبب الجعلي على السبب حيث يمكن فيه إثبات جزء السبب بالوجدان و الجزء الآخر بالأصل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٦

و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه (١) و الترويج (٢)

(١) يعني يحصل الرد بكل فعل يكون ذلك الفعل مخرجا للمال عن ملك المجيز و الخروج يكون بالنقل و الإتلاف و شبههما كالعق و النكاح و لكن لا يخفى ان مجرد هذه التصرفات لا تكون ردا للعقد السابق بمعنى إلغائه بل لا يكون معها العقد السابق قابلا للإجازة. نعم إذا قصد بها إلغائه تكون ردا كسائر الأفعال المراد بها رده.

و الحاصل عدم قابلية العقد للإجازة بمجرد تلك التصرفات ليس لكونها ردا فعليا للعقد السابق بل انها مخرجة للعقد عن قابلية لحوق الإجازة و لذا لا تبقى معها للإجازة مورد حتى بناء على عدم اشتراط الإجازة بعدم مسبقيتها للرد كما لا يخفى.

(٢) كما إذا زوج غير الولي و الوكيل المرأة من رجل ثم زوجت نفسها من آخر فان مع الترويج الثاني لا يبقى مورد لاجازتها النكاح الأول و الظاهر ان الترويج كالعق مثال لشبه النقل و الإتلاف و الوجه في عدم بقاء مورد للإجازة معها هو ان مثل هذه التصرفات من المالك صحيحة لوقوعها في زمان كونه مالكا و إذا صحت فلا يبقى مجال للإجازة عقد الفضولي لفوات مورد الإجازة فإن الإجازة تؤثر فيما إذا كان المجيز مالكا للمال لو لا أجازته و المفروض مع التصرفات المزبورة خروج المال عن ملكه قبل أجازته و صيرورته أجنبيا بالإضافة إلى المال المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٧

و اما التصرف الغير المخرج عن الملك (١)

و بهذا يظهر نفوذ تلك التصرفات و عدم صحة الإجازة حتى على الكشف الحقيقي فإنه يعتبر عليه أيضا ان يكون المجيز مالكا لو لا أجازته.

و الحاصل ان مع شمول خطابات الصحة و النفوذ للتصرفات المزبورة لا يبقى مورد في العقد السابق لعموم وجوب الوفاء و حل البيع و نحوه كما لا يخفى.

(١) إذا لم يكن تصرف المالك موجبا لخروج المال عن ملكه و لكن تكون صحته منافية لنفوذ الإجازة كان التصرف المزبور كالتصرف الموجب لخروج المال عن ملكه في كونه مفوتا لمورد الإجازة كاستيلاء المالك أمته التي بيعت فضولا أو إجارته الدار التي بيعت فضولا- أو تزويجه أمته التي بيعت فضولا- و الوجه في كونها أيضا مفوتة لمورد الإجازة ان نفوذ الإجازة مع صحة تلك التصرفات غير ممكن و إذا فرضت صحة تلك التصرفات باعتبار وقوعها في ملكه فيمتنع وقوع الآخر يعني إجازة العقد فضولا أو ان يكون الآخر يعني الإجازة تكون مبطلة لتلك التصرفات أو ان تقع الآخر يعني الإجازة على غير وجهها بان يكون انتقال المبيع إلى المشتري في العقد فضولا- بعد انقضاء مدة الإجازة أو انتقاله إليه خاليا عن المنفعة التي وقعت مورد التمليك في الإجازة و حيث ان إبطال الإجازة تلك التصرفات أو وقوع الإجازة على غير نحو الكشف عن انتقال المبيع إلى المشتري من حين العقد غير ممكن فيتعين الأول يعني كون الإجازة فاسدة.

نعم إذا انتفع المالك بماله بالسكنى أو باللبس و نحوهما فلا ينافي ذلك نفوذ الإجازة بنحو الكشف غاية الأمر يثبت على المالك بعد إجازته أجره المثل للمشتري باعتبار أنه قد فوت عليه المنفعة بسكانه أو لبسه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٨

و دعوى انه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد (١).

(١) لو تمت هذه الدعوى لكانت نتيجتها صحة الإجازة مع التصرفات التي لا تخرج العين عن ملك مالكيها و صحة الإجازة عبارة عن كونها موجبة لانتقال المبيع مثلا إلى المشتري بعد انقضاء مدة الإجازة حتى لو قيل بان مدلول العقد هو النقل من حين العقد و ان الإجازة تتعلق بهذا المدلول و لكن تأثيرها في النقل يكون من زمان كونه قابلا و هو في الفرض زمان انقضاء الإجازة. و أجاب (ره) عن ذلك بان نفوذ الإجازة على الوجه المذكور بان يكون الانتقال من زمان انقضاء الإجازة خلاف إجماع أهل الكشف فإنهم يلتزمون بأن الإجازة تكون كاشفة عن حصول النقل و الانتقال من حين العقد فيما كان مجيزه مالكا حال العقد و بما ان المجيز في الفرض مالك حال العقد فلا بد من كون إجازته كاشفة عن النقل و الانتقال من حين العقد و لازم ذلك عدم إمكان الإجازة مع صحة التصرفات المزبورة.

أقول الظاهر التفصيل في المقام و هو انه لا يصح الإجازة بعد استيلاء الأمة المبتاعة فضولا لما تقدم سابقا من ان استناد البيع إلى المالك يكون بإجازته سواء على النقل أو الكشف و عليه فإجازة المالك بيع أمته بعد استيلاها بيع لام الولد فلا تصح كما هو مقتضى النهي عن بيع أمهات الأولاد الظاهر في الإرشاد إلى فساد بيعهن.

و اما إجازة بيع الدار بعد إجارته فلا بأس بها فان الفرض لا يزيد عما إذا أجز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٥٩

نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي (١).

المالك داره سنة مثلا ثم باعها من آخر فإنه يصح الإجازة و البيع معا غاية الأمر مع جهل المشتري الدار بالإجازة يثبت له خيار الفسخ

باعتبار ان نقص منفعتها و لو بالإجازة عيب و يثبت هذا الخيار في مفروض الكلام باعتبار حدوث العيب في الدار قبل اجازة بيعها. و بهذا يظهر الحال في إجازة بيع الأمة التي زوجها سيدها قبل اجازة بيعها و انه يصح البيع و التزويج معا غاية الأمر يثبت لمشتريها خيار الفسخ باعتبار ان التزويج في الأمة عيب.

(١) لا- يقال لو صح هذا الكلام بان كانت اجازة المالك كاشفه عن حصول النقل و الانتقال من حين العقد فضولا بحيث يكون استيلاء الأمة بعده واقعا على غير ملكه لجرى ذلك في القسم الأول من الأفعال أيضا بأن تكون اجازة المالك كاشفه عن حصول النقل و الانتقال من حين العقد فضولا فلا يكون العتق أو النقل و الهبة و التزويج و نحو ذلك نافذة لوقوعها على ملك الغير واقعا. فإنه يقال فرق بين هذا القسم و التصرفات السابقة فإن مع تلك التصرفات و نفوذها لا يكون المجيز مالكا لتنفيذ إجازته فإن من شرط الإجازة وقوعها عن المالك لو لا الإجازة بخلاف مثل الاستيلاء و اجارة البيت أو تزويج الأمة المملوكة فإن مع هذه التصرفات لا ينتفى ملك المالك حتى لا تنفذ أجازته.

ثم ان الظاهر عدم الفرق في ذلك بين الالتزام بكون الإجازة كاشفه محضا أو كون لحوقها بالعقد شرطا فان الكاشف اجازة المالك لو لا الإجازة كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٠

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد (١).

(١) يقع الكلام في نفوذ الإجازة بعد تصرف المالك في ماله تصرفا لا يمنع عن ملك المشتري من حين عقد الفضولي كتعريض المالك المال للبيع بعد وقوع العقد عليه فضولا أو إيقاع البيع الفاسد عليه بعد العقد فضولا. و ذكر (ره) ان مثل هذه التصرفات فيما كانت مع التفات المالك الى تعلق العقد فضولا بماله تكون ردا و فيما لم يكن ملتفتا الى تعلق العقد بماله فلا رد و يجوز أجازته بعدها و استشهد على كونها مع الالتفات المزبور ردا بوجه:

الأول- انطبق عنوان الرد الوارد في بعض الروايات عليها مثل ما ورد في تزويج العبد بغير اذن مولاه و في موثقة زرارة ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما و ان شاء أجاز أو من زوجته أمه و هو غائب من قوله عليه السلام و ان شاء قبل و ان شاء ترك. و لكن أورد (ره) على هذا الوجه بان مدلول الرواية ان للمجيز ترك عقد الفضولي و اما كيفية تركه و أنه إذا تركه يكون كالرد القولي بحيث يخرج المالك المجيز عن كونه أحد طرفي العقد و انه لا ينفعه أجازته بعد ذلك فلا دلالة للرواية عليه.

الوجه الثاني- ان الرد اللفظي كان موجبا لخروج المجيز عن صلاحية كونه أحد طرفي العقد و هذا المانع موجود في الرد الفعلي أيضا بمعنى أنه لا يحتمل الفرق بين الرد فعلا و رد ذلك العقد قولاً في الخروج المزبور.

و الوجه الثالث فحوى حصول الفسخ في العقد الخيارى بالفعل كوطى البائع الأمة التي باعها بخيار أو بيعها من آخر أو عتقها زمان خياره فان حصول الفسخ بمثل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦١

.....

هذه الأفعال باعتبار دلالتها على حل ذي الخيار العقد و إذا اعتبر دلالة الفعل على حل العقد و إزالته التي في الحقيقة رفع لأثر العقد المؤثر بالفعل اعتبرت دلالتها على إلغاء العقد المترزل من حيث الحدوث.

أقول مجرد التفات المالك الى العقد فضولا- لا- يوجب كون مثل تعريض ذلك المال للبيع ردا للعقد السابق فضولا لإمكان كون التعريض لاحتمال ان يباع المال بأزيد من الثمن في عقد الفضولي و كان من قصده اجازة ذلك البيع مع عدم وجدان من يشتريه

بالأزيد.

والحاصل أنه لا بد في إنشاء الرد قصده و مجرد الالتفات الى وقوع العقد لا يلزم قصده و الحكم بحصول الفسخ في مثل وطى البائع الأمة التي باعها أو عتقها بعد بيعها حكم ظاهري مستفاد من دليل حمل فعل الغير على الصحيح و حصول الفسخ واقعا موقوف على قصد البائع و إنشائه بالفعل و هذا الكلام لا يجرى في مثل تعريض المال للبيع أو إجراء العقد الفاسد فإنه لا مجال في مثلها لأصالة الصحة فيكون الحكم بالرد بذلك موقوفا على قرينه داله على قصده إنشاء الرد كما لا يخفى.

هذا كله مع الالتفات الى العقد فضولا- و اما مع عدمه فلا يكون مجرد الفعل ردا الا ان يقوم دليل خاص على كون فعل ردا كما في الرجوع في عدة الطلاق و ذلك لما أشرنا إليه مرارا من أن الرد كالأجزاء من الإنشائيات و هي لا تحصل بدون القصد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٢

و في حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصاية (١) لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده فهو (٢)

(١) يعني لا يحصل فسخ الوكالة و الوصاية بمجرد ارادة الفعل المنافي لبقاء عقدهما من دون قصد فسخهما نعم جواز إنشاء فسخهما بالفعل أوضح من جواز فسخ البيع للزوم البيع في نفسه و هما من العقود الجائزة و الأمر في فسخها و إنشائها أهون.

(٢) و حاصله انه لا موضوع لرجوع المالك الى غيره مع عدم أجازته العقد فيما إذا كان المبيع بيده و اما مع كونه بيد غيره فله أخذه منه مع بقاءه و لو استوفى الغير من منافعه يرجع اليه ببديل تلك المنفعة أيضا كما هو مقتضى قاعدة إتلاف مال الغير بل له الرجوع الى بدل غير المستوفاه على خلاف تقدم في البحث عن أحكام بيع الفاسد هذا مع بقاء المبيع.

و اما مع تلفه فيرجع المالك الى من تلف بيده فيأخذ منه قيمة يوم تلفه على قول و أعلى القيم من يوم ضمانه الى يوم تلفه على قول آخر و لو كانت الزيادة في يد أحد الشخصين الذين جرى يدهما على المبيع كما إذا نقصت قيمته بعد وقوعه بيد الآخر فيختص الأول بالرجوع اليه بتلك الزيادة باعتبار عدم اشتغال ذمة الآخر بتلك القيمة في زمان حيث لم يجريده على المبيع في زمانها على الفرض.

أقول لا يختص رجوع المالك بمن يكون المبيع بيده كما هو ظاهر (ره) بل له الرجوع الى كل من جرى يده على المبيع و ان تلف في يد غيره كما هو مقتضى ضمان اليد و يكون رجوع المالك إليه بإلزامه بأخذ المبيع من الغير و رده عليه نعم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٣

.....

لا يبعد ان لا يكون للمالك الرجوع إليه بأخذ قيمة المبيع منه مع عدم تمكنه على تحصيل المبيع و تمكن المالك على أخذه ممن يكون بيده كما ان للمالك مع تلفه الرجوع الى كل من جرت يده على المبيع غاية الأمر لو رجع الى من تلف بيده فلا يرجع ذلك الى غيره بخلاف ما لو رجع المالك الى غيره فان الغير مع دفع قيمة المبيع الى المالك يرجع الى من تلف في يده فيأخذ قيمته منه و ذلك لما ذكرنا في البحث في أحكام بيع الفاسد من ان الضامن بدفعه البديل يملك التالف فان كان تلف المال بيده فلا موجب لرجوعه الى غيره لانه قد تسلم المبيع سابقا منه.

و اما إذا كان تلفه بيد غيره فان له الرجوع بما ملكه بدفع البديل الى كل من جرى يده على المال المزبور بعده الى ان يستقر الضمان على من تلف بيده.

ثم انه قد تقدم سابقا ان المستفاد من صحيحة أبي ولاد ان المعيار في الضمان بقيمة يوم حدوث الضمان و عليه فان رجع المالك الى من تلف المال بيده و أخذ منه قيمة يوم دخوله في ضمانه فلا يرجع ذلك الضامن الى غيره و ان رجع المالك الى غيره و أخذ قيمة العين منه يوم دخولها في ضمانه يرجع ذلك الغارم الى من تلف المال بيده بقيمة العين يوم دخولها في ضمان من تلف المال بيده

سواء كانت أقل مما دفعها إلى المالك أو أكثر كذا الحال بالإضافة إلى منافعها.

و لو كانت العين فاقدة لوصف في يد الضامن الأول ثم صار موصوفا به في يد من تلف المال بيده فليس للمالك الرجوع إلى الضامن الأول ببديل ذلك الوصف حيث لم يأخذ العين بذلك الوصف ليكون ضامنا بالإضافة إليه و لا يقاس الوصف بالمنافع حيث ان المنفعة و هي قابلية العين للانتفاع بها أمر فعلى مأخوذ بتبع أخذ العين كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٤

و لا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا (١).

(١) إذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع مبنيا على قاعدة اليد القاضية بأن المبيع كان ملكا له فبظهور عدم ملك البائع للمبيع بالبيئة أو حتى حكم الحاكم ينتفى الاعتراف المزبور كما هو مقتضى كون الاعتراف من جهة الأخذ بظاهر اليد و إذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع لا اعتقاده بان المبيع للبائع حتى بعد علمه بقيام البيئة على انه للغير لا للبائع فلا يجوز له الرجوع إلى البائع بالثمن حتى مع أخذ الغير المبيع من يده بالمرافعة مع البائع أو معه عند الحاكم لأن أخذ الغير باعتقاده ظلم و إضرار فلا يجوز له تدارك هذا الضرر بإضرار البائع و إذا لم يعلم حال اعتراف المشتري كما إذا لم يذكر عند اعترافه بأنه مبنى على يد البائع للمبيع أو انه يعلم بان المبيع له فهل للحاكم الأخذ بظاهر إقراره ليحكم بأن الثمن ملك للبائع و ليس للمشتري الرجوع به إليه أو يقدم ظاهر الحال و ان اعترافه مبنى على قاعدة اليد لم يذكر المصنف (ره) ترجيح أحد الوجهين على الآخر و ربما يذكر أنه يحمل اعتراف المشتري على كونه مبنيا على قاعدة اليد لا- للأخذ بظاهر الحال فان الظهور ليس ظهورا لفظيا ليكون معتبرا و ظاهر الحال لا يخرج عن مطلق الظن الذى لا يغنى من الحق شيئا بل لأن البيئة القائمة على كون المبيع للغير بالدلالة الالتزامية تدل على كون الثمن المزبور ملك للمشتري و دليل اعتبارها كما يقتضى اعتبارها فى الدلالة المطابقة كذلك يدل على اعتبارها فى الدلالة الالتزامية.

نعم لو أحرز أن الاعتراف من المشتري كان مطلقا يكون موجبا لإلغاء تلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٥

و ان كان عالما بالفضولية (١)

الدلالة الالتزامية باعتبار انه لا مجال للبيئة مع الإقرار على نفسه بخلافها و انه يقدم الاعتراف عليها.

أقول الظاهر ان الأمر بالعكس فان ظهور الاعتراف هو الاخبار عن الواقع و مقتضى دليل نفوذ الإقرار على المقر حتى مع البيئة هو طرح البيئة فى دلالتها الالتزامية لأنه لا اعتبار للبيئة مع الاعتراف كما هو المقرر فى باب القضاء.

نعم إذا أحرز أن الاعتراف مبنى على قاعدة اليد التى لا مجال لها مع البيئة الكاشفة عن الواقع لا يكون فى البين اعتراف ليكون موجبا لإلغاء البيئة.

هذا مع انه لا- يلزم ان يكون حكم الحاكم بان المبيع للغير بالبيئة بل يمكن كونه لليمين المردودة من البائع و معه لا يكون فى البين تلك الدلالة الالتزامية.

(١) يقع الكلام فيما إذا كان المشتري عالما بعدم ملك البائع للمبيع و مع ذلك قد دفع الثمن إليه فى جهات: الاولى فى جواز رجوعه إلى البائع بذلك الثمن مع بقاءه.

الثانية- فى جواز تصرف البائع فى ذلك الثمن.

الثالثة فى جواز رجوع المشتري إلى البائع بذلك الثمن مع تلفه و ذكر المصنف (ره) فى الجهة الأولى جواز رجوعه إلى البائع بالثمن وفاقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى لوجوه ثلاثة:

الأول- انه ليس فى البين ما يكون موجبا لدخول الثمن فى ملك البائع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٦

.....

المزبور.

الثانى انه لو كان مجرد دفع المشتري الثمن إلى البائع المزبور مع علمه بعدم ملكه موجبا لانتقال ذلك الثمن إليه لزم القول بدخول الثمن فى ملك البائع فى جميع الموارد التى يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع مع علمه بفساد البيع و لو كان فساده من سائر الجهات غير عدم ملك البائع لأن تسليط البائع على الثمن مجانا مع علمه بعدم ملكه جار فى جميعها.

و الثالث انه لو كان دفع الثمن إلى البائع المزبور موجبا لملكه لزم عدم كون العقد قابلا لإجازة المالك لان المفروض عدم بقاء الثمن فى ملك المشتري ليكون بإجازة المالك ملكا له.

أقول ما ذكر (ره) أولا- من انه ليس فى البين ما يوجب انتقال الثمن إلى البائع الفضولى صحيح و لكن لو فرض انتقاله إليه يكون الانتقال المزبور من الهبة المجانية التى يجوز للواهب الرجوع فيها مع بقاء العين كما هو الفرض.

و ما ذكر ثانيا من أنه لو كان دفع الثمن إلى البائع الفضول موجبا لدخوله فى ملكه لزم الالتزام بالانتقال فى جميع الموارد التى يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع مع علمه بفساد البيع غير صحيح فإنه يمكن القول بان فى سائر الموارد التى يكون البائع فيها مالكا للمبيع يكون دفع الثمن بإزاء المبيع بعنوان المعاوضة و حيث لا تكون المعاوضة ممضاه شرعا فلا يدخل الثمن فى ملك البائع بخلاف المقام فان المفروض فيه عدم كون المبيع ملك البائع حتى فى علم المشتري فىكون دفعه الثمن إليه من تمليكه مجانا لا بعنوان المعاوضة.

و كذا لا يصح ما ذكر (ره) ثالثا فإن الإجازة من المالك كاشفه عن انتقال الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٧

[رجوع المشتري إلى البائع بالغرامل]

و اما لو كان تالفا (١)

الى ملك المالك من حين العقد فلا ينفذ تصرف المشتري فى الثمن المزبور فان دفعه الى البائع تسليط للبائع على ملك الغير و لعله (ره) أشار الى ذلك بالأمر بالتأمل.

و بتعبير آخر حيث ان العقد لازم من طرف الأصيل كما هو مقتضى مذهب الكشف عند المصنف (ره) يكون تمليك المشتري الثمن إلى البائع أو للآخر و لو بإنشاء التمليك محكوما بالبطلان فلا يمنع هذا التمليك الفاسد المفروض إنشائه بالفعل مانعا عن نفوذ اجازة المالك.

و كيف كان فقد ظهر مما ذكرنا فى الجهة الأولى الحال فى الجهة الثانية و انه لا يجوز للبائع فضولا التصرف فى الثمن المزبور فإنه تصرف بلا مجوز لان المجوز يكون بالملك أو اذن المالك المعبر عنه بالإباحة المالكية أو اذن الشارع المعبر عنه بالإباحة الحكيمية و قد تقدم عدم حصول ملك الثمن للبائع كما ان المفروض عدم الإباحة الحكيمية و اذن المشتري و رضاه بتصرف البائع بعنوان ان الثمن ملكه بإزاء المبيع لا الاذن فى تصرفه مع بقاءه فى ملك المشتري كما لا يخفى.

(١) هذا شروع فى الجهة الثالثة و هى جواز رجوع المشتري الى البائع بالثمن مع تلفه و قد منع المشهور عن ذلك بل فى المحكى عن

العلامة و ولده و الشهيد و المحقق الثانىين الإجماع عليه و قد اختاره المصنف (ره) و ذكر ان عدم الضمان مقتضى تسليط المشتري

البائع على الثمن من غير تضمين.

و بيان ذلك ان ضمان اليد الجارى فى سائر موارد الضمان لا يجرى فى المقام لانه لا ضمان فى مورد جعل المالك الغير أميناً بماله لحفظه كما فى الوديعه، أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٨

.....

للانتفاع به، كما فى العارية، أو لاستيفاء ما ملكه من منفعة ذلك المال، كما فى الإجارة.

و الحاصل ان قاعدة على اليد قد خصصت فى موارد الاستيمان، و إذا لم يكن ضمان فى تلك الموارد يكون عدم الضمان فى المقام أولى فإنه إذا لم يكن للغير ضمان مع عدم اذن المالك فى التصرف فى المال، كما فى الوديعه، يكون عدم الضمان مع الاذن فى إتلافه أولى و كذا الضمان الثابت فى سائر موارد بقاعدة الاقدام، لا يجرى فى مورد الكلام لأن البائع الفضولى لم يقدم على ضمان الثمن من كيسه، بل أقدم على ضمانه بالثمن الذى ملكه الغير حتى فى علم المشتري.

و بتعبير آخر لم يجعل المشتري البائع ضامناً على الثمن بان تكون خسارة تلفه عليه فيخرج من كيسه ليكون تضمين، بل تسليطه البائع على الثمن فى مقابل مال الغير بمنزلة تملكك ذلك الثمن له مجاناً.

(لا يقال) دفع المشتري الثمن إلى البائع يكون بعنوان تضمينه غاية الأمر كما ان البائع يعتبر نفسه مالكا للمبيع و بهذا الاعتبار يصح له قصد عنوان المعاوضة، كذلك المشتري يعتبره مالكا لذلك المبيع و يقصد عنوان المعاوضة حتى مع علمه بعدم كونه مالكا للبائع شرعا و التضمين المعاملى عين قصد المعاوضة، لانه أمر آخر كما لا يخفى.

و بعبارة أخرى قصد المعاوضة من المشتري التى معنى التضمين حقيقى و انما يكون الادعاء و الاعتبار فى أحد طرفى المعاوضة و التضمين و لو لم يكن فى المقام تضمين، لم يثبت الضمان للبائع فى مورد ظهور المبيع ملكاً للغير حتى مع جهل المشتري لأن المفروض فيه جعل البائع ضامناً للثمن بذلك المثل الذى كان فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٦٩

.....

الواقع ملك الغير، و معه لا يخرج شىء من كيس الضامن فلا يكون فى الحقيقه تضمين حيث ان التضمين عبارة عن جعل عهده الثمن على شخص ليخرج عوضه من كيسه.

و أجاب (ره) عن ذلك بما حصله ان التضمين و التملك بالعوض فى موارد علم المشتري ادعائى بالإضافة إلى البائع الفضول و حقيقى بالإضافة إلى مالك المبيع و الشاهد لذلك انتقال الثمن الى المالك بإزاء المبيع بمجرد أجازته و اما ثبوت الضمان فى مورد ظهور المبيع ملك الغير فهو باعتبار ان المشتري لا يرضى بتصرف البائع فى الثمن بلا عوض ليكون عدم الضمان فيه مستفاداً من فحوى عدم الضمان فى مثل الوديعه، فيدخل المثل فى عموم ضمان اليد.

و الحاصل ان الضمان فى صورة جهل المشتري بعدم ملك المبيع للبائع ليس للإقدام و التضمين، بل لقاعدة اليد و كذا يثبت ضمان البائع بالثمن فى موارد علم المشتري بفساد البيع من سائر الجهات لا من جهة علمه بعدم كون البائع مالكا للمبيع حيث ان التضمين و هو قصد خروج البدل من كيس البائع فى تلك الموارد حقيقى غاية الأمر لا يكون هذا الضمان المعاملى ممضى شرعا و لذا يثبت فيه التضمين أو ضمان اليد كما لا يخفى.

(أقول) قد ذكرنا ان التضمين المعاملى عبارة عن قصد المعاوضة و إنشائها و إذا فرض ان المتبايعين أى البائع الفضول و المشتري قد

قصدا المعاوضة فبأنشائها يحصل التضمين المعاملى و اما ضمان اليد فهو تابع على الاستيلاء على مال الغير مع عدم إسقاط ذلك الغير احترام ماله، و جعله للأخذ مجانا و المفروض فى مورد الكلام ان المشتري لم يجعل الثمن للبائع مجانا و الا كان الثمن له مجانا فيجوز له تصرفه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٠

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض الملك (١)

فيه مع ان المصنف (ره) صرح فى الجهتين المتقدمتين بعدم انتقال الثمن إلى البائع و انه لا يجوز له التصرف فيه. و ما ذكر (ره) من ان دفع المشتري الثمن إلى البائع مع علمه بالحال ليس الا كدفعه الى شخص ثالث غير البائع فضولا مع علمه بالحال فى ان هذا الدفع لا يكون فيه تضمين لا يمكن المساعدة عليه فان دفعه الى الثالث المزبور مع الاذن له فى التصرف كيف يشاء، عبارة عن تملك المال له مجانا، و لذا يجوز لذلك الثالث التصرف فيه، بخلاف البائع فضولا، حيث ان دفع الثمن اليه بعنوان الوفاء بالمعاوضة و لذا لا يجوز له التصرف فيه كما مر.

و الحاصل ان مقتضى دليل ضمان اليد فى سائر المقامات ثبوت ذلك الضمان فى المقام ايضا و الاقدام على الضمان المعبر عنه بالتضمين، ليس بموجب مستقل للضمان نعم مع الاقدام على عدم الضمان لا يتم موضوع ضمان اليد كما تقدم بيانه سابقا.

(١) قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الضمان حتى فى مورد عدم قبول العوض الملك شرعا و ان دفع الثمن إلى بائع الخمر بعنوان المعاوضة على الخمر لا يكون إسقاطا لحرمة الثمن، بان ينتقل الثمن إلى بائع الخمر مجانا بل يكون الدفع بعنوان الوفاء بالمعاوضة المزبورة و لذا لا يجوز لبائع الخمر التصرف فيه، كيف و قد دل النص على كون ثمن الخمر أو الكلب سحتا و لو كان تسليط البائع على الثمن تملكيا مجانا لكان التملك من الهبة الصحيحة، و لما كان الثمن سحتا للبائع كما نقول بتلك الهبة فيما إذا قال المالك بعتك المتاع بلا ثمن مع قصد تملك المتاع، فإنه يجوز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧١

.....

للقابل التصرف فى المتاع المزبور من غير ضمان، لصيرورته ملكا له مجانا، على ما هو الأظهر، من جواز إنشاء المعاملة بكل لفظ يدل عليها، و لو بالقرينة.

و نظيره ما إذا جعل العوض ما لا- يعتبر مالا- لأحد فى بناء العقلاء كما إذا قال بعتك المال بماء البحر و قبله المشتري. فان دفع البائع المال الى القابل يعتبر من القبض فى الهبة، كما فى قوله بعتك المال بلا ثمن فلاحظ و تدبر.

(١) يعنى إطلاق قولهم كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، يقتضى ضمان البائع فضولا- الثمن المدفوع اليه، و لو مع علم المشتري بالحال نعم يحتمل ان لا- تقتضى القاعدة الضمان، فإنه يحتمل ان يكون المراد بمدخول كل فى قولهم كل عقد، الفرد الخارجى من العقد، و حيث ان الفرد لا- يمكن اتصافه بالصحة و الفساد معا، فلا بد من حمل الصحة و الفساد فيه على التقدير، و الفرض، بان يكون معنى القاعدة ان كل فرد من افراد العقد كان فيه ضمان على تقدير صحته يكون فيه ضمان على تقدير فساده ايضا و كل فرد لا- يكون فيه ضمان على تقدير صحته لا يكون فيه ضمان على تقدير فساده ايضا، و من الظاهر ان البيع بلا ثمن و الثمن المدفوع فى الفرض على تقدير صحته، لم يكن فيه ضمان بان يخرج بدل المال من كيس الطرف فعلى تقدير فساده، لا يكون ايضا فيه ضمان.

و لكن هذا المعنى فى أصل القاعدة و عكسها ضعيف فان المراد بمدخول كل نوع المعاملة أو صنفها و يكون فى ضمن ذلك النوع

أو الصنف فرد صحيح و فرد فاسد، و إذا لم يكن في الفرد الصحيح منهما، ضمان لم يكن في فاسده ايضاً ضمان و مقتضى ذلك ان يكون في البيع بلا ثمن و في الثمن في محل الكلام ضمان، لانه مقتضى ثبوت الضمان في الفرد الصحيح من البيع، اللهم ان يطبق عدم الضمان في مسألة البيع بلا ثمن و في محل الكلام على تلك القاعدة بان لا يراد من أصلها و عكسها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٢

و دفع المشتري الثمن اليه لكونه واسطة (١) لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن (٢) المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن (٣)

الفرد الخارجى من العقد أو خصوص النوع المتعارف أى المسمى باسم خاص بل الأعم عنه و من النوع الغير المتعارف الذى لا يكون مسمى باسم خاص و يكون فيه صحيح و فاسد فعلاً كما فى تملك المال مجاناً فان هذا النوع الغير المتعارف كما يعم تملك العين مجاناً بقوله وهبتك المال و نحوه المعبر عنه بالهبة، كذلك يعم تملك العين أو المنفعة مجاناً كما فى قوله بعتك المال بلا ثمن أو أجرته بلا اجرة و ما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فضولاً مع العلم بالحال.

(أقول) هذا لا يوجب انطباق عدم الضمان فى مورد الكلام على القاعدة المزبورة فإن العقد فيها يشمل المتعارف ايضاً كالبيع و يكون مقتضى شمولها له ثبوت الضمان فى مورد الكلام باعتبار ثبوت الضمان فى البيع الصحيح، فيقع التكاذب و التنافى مدلولها، كما لا يخفى.

(١) الظاهر ان هذا من سهو القلم، فإنه كيف يثبت ضمان التلف على البائع فضولاً- فيما إذا جعله المشتري أمينا بالثمن لإيصاله إلى مالك المبيع على تقدير أجازته.

(٢) الوجه فى الضمان مع الاشتراط المزبور عدم حصول تسليط البائع مجاناً على الثمن المزبور، و لكن فى صحة الاشتراط تأمل بل منع.

(٣) ما يغترم المشتري للمالك زائداً على الثمن على أقسام: الأول- ان يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٣

.....

ذلك فى مقابل العين، كما إذا تلف العين بيد المشتري و أخذ منه مالها قيمتها و هى عشرون مثلاً و كان الثمن المسمى عشرة فالعشرة الزائدة على الثمن المسمى قد اغترمها المشتري للمالك فى مقابل العين.

الثانى- ان تكون الزيادة فى مقابل ما استوفاه المشتري من منافع العين، كما إذا أخذ المالك أجره السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمرة الى غير ذلك مما استوفاه المشتري من العين المبيعة له فضولاً.

الثالث- ان لا يحصل للمشتري بإزاء تلك الزيادة نفع أصلاً كالفقعة التى صرفها للعين فى المدة التى كانت بيده، و كقيمة الغرس الذى قلعه المالك بعد أخذه الأرض من يد المشتري، و اما بدل نقص بعض صفات العين أو أجزائها فى يد المشتري فهو من القسم الأول كما لا يخفى.

و ذكر المصنف (ره) انه ليس للمشتري الرجوع الى البائع فى شىء من هذه الغرامات الثلاث فيما إذا كان عالماً بالحال، و بان المبيع ليس لبائعه، و اما إذا كان جاهلاً بالحال فيجوز له الرجوع عليه فى القسم الثالث بلا خلاف.

و استدلل على عدم جواز رجوعه فيه بأمور: الأول- قاعدة الغرور و المراد به فى المقام، إيقاع البائع المشتري فى الغرامة المزبورة ببيعه إياه ما ليس له من غير بيان و هذا بخلاف البيع مع علم المشتري بالحال أو مع بيان البائع، فإن الإيقاع فى خطرات الضمان لا يكون فيه من البائع، و قوله (و متلف عليه ما يغرمه) اما عطف تفسيرى للغرور أو بيان وجه آخر لضمان البائع و هى قاعدة إتلاف مال الغير حيث

دفع البائع المبيع إلى المشتري من غير بيان فضوليّة البيع إتلاف للمال على المشتري المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٤

.....

و الحاصل ان ضمان البائع في المقام نظير ضمان شاهد الزور، ضرر المشهود عليه فيما إذا تم الحكم و اعترف بعده ببطان شهادته، و في صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق و ليس الذي قطعت يده و انما شبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الديّة و لم يجز شهادتهما على الآخر «١» و صحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شاهد الزور قال ان كان الشيء قائما بعينه رد على صاحبه و ان لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل «٢».

أقول الحكم في الشاهد ليس للغرور و الخدعة كما هو ظاهر الصحيحه الأولى فيعم ضمان الشاهد ما إذا كانت شهادته للاشتباه و اعتقاد الخلاف.

و الحاصل ان ظاهر ما ورد في ضمان شاهد الزور أو رجوع الشاهد كون ضمانه للإتلاف على المشهود عليه، و من الظاهر ان تطبيق قاعدة الإتلاف على شهادته تعبد، لان التلّف على المشهود عليه قد حصل بفعل الحاكم و الشاهد معا، و لذا لو رجع الشاهد قبل حكم الحاكم لا يغرم شيئا، و بتعبير آخر لا يمكن استفادة حكم المقام مما ورد في ظهور بطلان شهادة الشاهد، أو رجوعه بعد الحكم عن شهادته، كما لا دلالة لذلك على اعتبار قاعدة الغرور، و لعل هذا الحكم لسد شهادة الزور و التشديد على الناس، لئلا يتسامحوا في شهاداتهم و لو كان الحكم بضمن الشاهد في مسألة رجوعه عن شهادته و في مسألة شهادة الزور، لكون الحاكم متلفا للمال بغير الشاهد أو كون الحاكم

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١٤) من أبواب الشهادات الحديث (١).

(٢) الوسائل الجزء ١٨ الباب ١١ من أبواب الشهادات لحديث (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٥

.....

نظير من قدم اليه طعام الغير فأكله جهلا بالحال لصح رجوع المشهود عليه الى الحاكم أيضا غاية الأمر يكون قرار الضمان على الشاهد كما لا يخفى.

و نظير ما ورد في شاهد الزور أو رجوع الشاهد ما ورد في ان تدليس ولي المرأة و ظهور حالها بعد الدخول بها و انه موجب لكون المهر المسمى على وليها المدلس، فإنه لا يمكن استفادة حكم غير التدليس في النكاح منه، فراجع.

نعم وردوا في بعض الموارد، ما استظهر منه اعتبار قاعدة الغرور، كرواية إسماعيل بن جابر قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسئل عنها فقيل هي ابنة فلان فأتى أباها فقال زوجني ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته و أنها أمة قال ترد الوليدة على موالها و الولد للرجل و على الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه «١» و لكن الرواية ضعيفة سنداً و دلالة أما سنداً لوقوع محمد بن سنان فيه و اما دلالة فباعتبار أن غاية مدلولها، ان تغيير الرجل الزوج و إيقاعه في ضرر قيمة الولد، موجب لكون تلك القيمة على الغار، و اما تغيره في غير تلك القيمة من الغرامات فضلا عن التعدي من النكاح الى غيره من المعاملات فلا يستفاد منها و يأتي ان ضمان قيمة الولد في مثل الفرض حكم تعبدى.

الثاني قاعدة نفى الضرر فان عدم ضمان البائع لما اغترمه المشتري ضرر عليه، وفيه ان قاعدة نفى الضرر مقتضاها نفى الحكم الشرعي الذي تكون رعايته موجبا لتضرر المكلف، و عدم الضمان ليس من الحكم المجعول، و على تقدير الإغماض عن ذلك فكما ان عدم الضمان ضرر على المشتري، كذلك الضمان ضرر

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب (٧) أبواب أحكام العيوب و التدليس الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٦

.....

على البائع، و ليس بيع البائع خصوصا مع غفلته عن الواقع و اعتقاده بكون المبيع له، اقداما منه على الضرر الحاصل من ضمان غرامة المشتري كما لا يخفى.

الأمر الثالث صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه «١».

فان الولد الحر إما من قبيل النفع الحاصل للمشتري، أولا، و على الأول يكون دلالتها على جواز رجوعه في الغرامة التي لم يحصل في مقابلها نفع بالفحوى و على الثاني تكون الغرامة المزبورة من القسم الثالث بل توصيف القيمة بالتي أخذت منه فيه إشعار بالعلية و ان الموجب لرجوع المشتري الى البائع هو أخذ المال منه.

أقول هذه الرواية لا دلالة لها على حكم المقام أصلا لا بالفحوى، و لا غيرها و ذلك فان دفع قيمة الولد الى المالك حكم تعبدى، باعتبار كون الولد في الإنسان تابعا للأب فيكون الولد في المفروض حرا و ليس لمالك الأم إلا أخذ الأم و أجره المثل لمنافعها التي استوفاها المشتري، أو فاته بيده، و إذا كان دفع القيمة حكما تعبديا فمن المحتمل ان يكون رجوع المشتري الى بائعها بتلك القيمة حكما تعبديا آخر، و اما ما ذكر من ان توصيف القيمة بالتي أخذت منه اشعار لعل الحكم، ففيه من المحتمل ان يكون قوله عليه السلام التي أخذت منه من قبيل تقييد القيمة، لا توصيفها، بان يكون المتعين الرجوع بتلك القيمة، لا قيمة الولد يوم الرجوع، و

(١) الوسائل الجزء (٨٨) الباب (١٤) من أبواب نكاح العيب و الإماء الحديث (٥).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٧

و اما السكوت عن رجوع المشتري الى البائع (١) مع ان رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن (٢)

قد قرر في بحث الأصول أنه لا دلالة في التقييد على علة الحكم، و لا يستفاد منه المفهوم.

(١) و عن صاحب الحدائق (ره) عدم جواز رجوع المشتري الى البائع بغير الثمن، من الغرامات، و علل ذلك بعدم ذكر جواز رجوعه إليه في صحيحة زرارة و رواية زريق و في الأولى رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولادا ثم ان أتاها من يزعم أنها له و اقام على ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها «١» و أشار المصنف (ره) الى الجواب عنه، بأن رواية زرارة و رواية زريق «٢» لا دلالة لهما على عدم جواز رجوع المشتري الى البائع، لأن السكوت أى عدم التعرض فيهما على جواز رجوع المشتري الى البائع الفضول بالغرامات باعتبار عدم كون الروايتين في مقام البيان من هذه الجهة، و انهما في مقام بيان وظيفة المشتري مع مالك المال، و على تقدير دعوى إطلاقهما فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد في سائر الروايات و سائر ما دل على ضمان البائع الفضولى.

(٢) و ذلك فان المفروض فيها شراء الجارية من سوق المسلمين و ظهور المالك بعد ما ولدت من المشتري أولادا و من الظاهر أن الأمة المبتاعة في السوق في ذلك

(١) الوسائل الجزء (١٤) الباب ٨٨ من أبواب النكاح العبيد الحديث (٤).

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٣) من أبواب عقد البيع الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٨

لان الحاكم من الشارع ليس غارا (١) فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف (٢)

الزمان نظير بيع الحيوانات في السوق في زماننا هذا يكون من أشخاص مختلفة و ربما لا يكون البائع في يوم في السوق بايعا فيه بعد ذلك اليوم، فلا يمكن الظفر به خصوصا إذا كان ذلك بعد مدة طويلة قد انجبت فيها الأمة المبتاعة من مشتريها أولادا.

(١) أقول لا يمكن الالتزام بان الحاكم البائع المنصوب من قبل الشارع ليس بغار فإنه لا يعتبر في جريان قاعدة الغرور الخديعة و على الغار بان ما يدفعه الى الغير ليس بماله بل مال الغير، و لذا قالوا في مسألة من قدم طعام الغير للآخر ليأكله ان المالك إذا رجع الى الأكل فيرجع الأكل الى مقدمه للغرور، و لم يفتلوا بين ما كان مقدمه عالما بالحال أو مشتبه بان اعتقد ان الطعام له بل صرح بعضهم بالتعميم و عليه فالمشتري من القاضى في رواية زريق مغرور، غاية الأمر ليس على الحاكم غرم بان يعطى الغرامة من كيسه بل له الإعطاء من بيت المال، لما دل على ان خطأ القضاة في بيت مال المسلمين، و هذا على تقدير القول برجوع المشتري الى البائع الفضولى في سائر المقامات.

(٢) فيه منع ظاهر، فان ما ذكر في الرواية من رجوع المشتري الى مالك المعيشة فيما صرفه في إصلاحها، و دفع النوائب عنها قرينة على جهل المشتري ببطلان البيع و لو كان عالما بفساده لكان وضع يده على المعيشة المزبورة غصبا، و لم يكن له حق في الرجوع الى مالكةا بالمال المصروف في إصلاحها، لأنه ليس لعرق الظالم حق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٧٩

و يؤيده قاعدة نفى الضرر (١)

و الحاصل ان الصحيح في الجواب عن الحدائق ما تقدم من ان غاية الأمر دلالة الروايتين على عدم ضمان البائع بالسكوت و الإطلاق في مقام البيان فيرفع اليد عن هذا الإطلاق بما تقدم.

(١) يعنى يؤيد قرار الضمان على البائع بالإضافة إلى المنافع المستوفاة أيضا قاعدة نفى الضرر فان عدم ضمان البائع غرامة المشتري في تلك المنافع ضرر على المشتري و مجرد وصول العوض أى المنافع إلى المشتري لا يوجب ارتفاع عنوان الضرر عن عدم ضمان البائع نعم وصول العوض أى المنافع مع عدم غرور المشتري ينافى صدق الضرر.

و بهذا يظهر ضعف ما ذكر في الرياض من انه لا اعتبار لقاعدة الغرور فيما لا ينطبق على موردها، قاعدة نفى الضرر كما في المقام فان مع وصول عوض الغرامة إلى المشتري باستيفائه منفعة العين، لا ينطبق على غرامته عنوان الضرر.

أقول- قد ذكرنا فيما تقدم عدم جريان قاعدة نفى الضرر في المقام فلا نعيد و على تقدير جريانها تكون دليلا على قرار الضمان على البائع الفضولى، فلا وجه لذكرها تأييدا.

ثم انه (ره) ذكر لقرار الضمان على البائع في المقام، الإجماع و يظهر هذا من ملاحظة ما ذكره في نظير المقام، و هو رجوع آكل الطعام الى من قدمه إليه ليأكله و الاخبار الواردة في موارد متفرقة، كالواردة في ضمان شاهد الزور، و اما قاعدة الإلتلاف فلا تكون

مقتضاها قرار الضمان على البائع، لأن مورد قاعدة الإلتلاف ما إذا كان المباشر كالألة بحيث يستند الإلتلاف إلى السبب، كما إذا وضع في قرب متاع الغير نارا بحيث يضرب الريح العاصف النار على المتاع، وكذا إذا وضع إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٠

.....

السمن المنجمد في إناء مثقوب في الشمس، فاذا بته بإصابتها، فإن إلتلاف السمن يسند الى واضعه في الشمس، و تحسب أصابتها وسيلة لإتلافه و مثل ذلك ما إذا اعطى مال الغير بيد المجنون و الطفل الغير المميز فإن الإلتلاف يستند الى الدافع و فيما نحن فيه لا يكون المشتري كالألة في إلتلاف البائع و لو كان المتلف هو البائع دون المشتري، فلا يجوز رجوع المالك الى المشتري أصلا، كما هو مفاد قاعدة من ألتف، و القول باعتبار قوة السبب على المباشر فيه ما لا يخفى، فإنه لا دليل على اعتبارها ما لم يكن السبب مما ذكر من إسناد الإلتلاف اليه، و كون المباشر كالألة كما في المكروه بالفتح، فان الضمان على المكروه بالكسر فيما لو أكره الآخر على إلتلاف مال الغير.

أقول قد تقدم الكلام في دلالة الاخبار كما تقدم عدم جريان قاعدة نفي الضرر في المقام، و اما الإجماع الظاهر في مسألة من قدم طعام الغير إلى الأكل الجاهل بحال الطعام، فهو مسبق بالسيرة العقلانية التي هي العمدة في ضمان التلف في اليد، و الإلتلاف، و مقتضى تلك السيرة الإلتزام بقرار الضمان على البائع في المقام و لكن بالإضافة إلى المنافع التي قدمها البائع إلى المشتري بأن كان البائع مستوليا على تلك المنافع كسكنى الدار و قابلية الحيوان للركوب سواء استوفاهما المشتري أم لا.

و اما مثل الثمرة المتجددة على الشجرة مما تكون المنافع من الأعيان المتجددة في العين فلا يجري فيها السيرة المزبورة حيث ان هذه المنافع لم تكن في يد البائع ليكون دفعه العين إلى المشتري الجاهل بالحال تقديما لتلك المنافع اليه مجانا، بل لا يجوز للمالك الرجوع في تلك المنافع إلى البائع لعدم إلتلاف البائع و عدم وضع يده عليها أصلا، فيتعين للمالك الرجوع فيها إلى المشتري إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨١

فيشبه المكروه في عدم القصد (١)

لإتلافه إياها كما في فرض الاستيفاء، أو وضع يده عليها كما في فرض عدم الاستيفاء.

و الحاصل سيرة العقلاء جارية على قرار الضمان فيما إذا كان الشخص المستولى على مال الغير مقدما ذلك المال الى آخر، أو الى مالكه، لإتلافه مجانا مع جهل المتلف بالحال، و اما في غير ذلك، فلا موجب لقرار الضمان على الغار، و من هنا ذكروا انه لو دخل دار الغير فأكل فيها طعاما ثم ظهر ان الطعام كان ملك الأكل و قد غصبه صاحب الدار، فلا ضمان على صاحب الدار بخلاف ما لو دخل داره فقدم اليه الغاصب ذلك الطعام فيكون الغاصب ضامنا.

ثم انه لا- وجه لدعوى ان قرار الضمان على البائع في المقام، و على من قدم الطعام الى الجاهل بحاله، مختص بصورة علم البائع أو المقدم، حيث ان مقتضى السيرة المشار إليها عدم الفرق بين علمها، و جهلها.

فتحصل من جميع ما ذكرنا ان المنافع التي كانت في يد البائع يكون قرار الضمان عليه سواء استوفاهما المشتري أم لا و بلا فرق بين جهل البائع بالحال و عدمه.

(١) لا- يخفى ان المكروه (بالفتح) على إلتلاف مال الغير قاصد لإتلافه، فإنه لا يمكن الفرق بين المكروه على المعاملة، و المكروه على الفعل الخارجي، كالألتلاف و قد تقدم من المصنف (ره) ان المكروه على المعاملة قاصد لها فكيف لا- يكون المكروه على الفعل الخارجي قاصدا له. بل لا- يبعد الإلتزام بان الضمان في مورد الإكراه على إلتلاف مال الغير على المكروه (بالفتح) حيث انه المتلف

للمال، غاية الأمر ان جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٢

يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين (١)

ذلك الإلتلاف مقتضى الاضطرار و رعاية التزامهم، و لا يمكن نفي الضمان عن المكروه (بالفتح) و إثباته للمكروه (بالكسر) بحديث الرفع، فان الحديث المزبور لا يثبت حكما، و انما يرفع حكما يكون ثبوته مقتضى الخطابات الأولية مع الامتنان في رفع و لا امتنان في نفي الضمان عن المكروه (بالفتح) حيث انه مساوق لذهاب مال المالك هدرًا.

(١) ذكر (ره) ان المشتري يرجع الى البائع الفضولي بالزائد على الثمن المسمى لقرار ضمان تلك الزيادة عليه بمقتضى قاعدة الغرور، مثلا إذا كانت قيمة العين الثالثة عشرين، و الثمن المسمى في عقد الفضولي العشرة و قد أخذ المالك العشرين من المشتري، فيرجع المشتري الى البائع بالعشرة الزائدة.

لا يقال- لا موجب لرجوعه إلى البائع بتلك الزيادة لإقدامه على ضمان العين الثالثة غاية الأمر كان اقدام للمشتري على ضمانها بالثمن المسمى، و إذا لم يصح الضمان بالثمن المسمى يكون الضمان بالبدل الواقعي، كما هو الحال في جميع موارد فساد البيع، و مع اقدامه على الضمان لا يكون غرور، و الا كان قرار ضمان مقدار الثمن المسمى ايضا على البائع.

فإنه يقال نعم المشتري مقدم على ضمان بإزاء الثمن المسمى و إذا لم يصح له هذا الضمان يكون ضمانها بالبدل الواقعي أى قيمتها السوقية فيصح للمالك الرجوع الى المشتري بتلك القيمة، و لكن رجوع المالك الى المشتري ليس لاقدام المشتري على ضمان العين بالقيمة السوقية، بل لان الشارع جعل اقدامه على الضمان بالثمن المسمى مع فساد العقد موجبا لضمان العين بها، و بما ان فساد البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٣

فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى (١)

في المقام ناش عن غرور البائع و كذبه في دعوى الملكية، يكون غرامة المشتري بالإضافة إلى الزائد على الثمن المسمى ناشئا عن غرور البائع، و لذا لو كان البائع صادقا في دعواه كان عليه تلف العشرة فقط دون الزائد.

و الى ذلك يشير (ره) بقوله، و الضمان المسبب عن هذا الإقدام، أى الضمان بالبدل الواقعي المسبب عن إقدام المشتري على الضمان المعاملى يكون لأجل فساد العقد و العقد مسبب عن غرور البائع، فيكون المترتب على فساد العقد، و هو ضمان العشرة الزائدة مستقرا على البائع الغار، أضف الى ذلك انه ليس الموجب لضمان المشتري العين الثالثة بقيمتها السوقية في فرض فساد العقد هو اقدامه على ضمانها بالثمن المسمى ليتوهم عدم اجتماع هذا الاقدام مع الغرور بل سبب ضمان المشتري العين بتلك القيمة هو مقتضى وضع يده على مال الغير من غير ايمان مالكي أو شرعى، و هذا السبب للضمان لا ينافى الغرور.

أقول لا يبتنى الإشكال على كون الموجب لضمان المشتري، إقدامه على ضمان العين، ليجاب عنه بان الموجب له ليس هو الاقدام، بل وضع يده على مال الغير بلا ايمان، بل الاشكال هو ان الغرور مقتضاه قرار الضمان على البائع و إقدام المشتري مقتضاه عدم هذا القرار فلا يجتمعان حتى لو قيل بان الموجب لضمان المشتري هو وضع يده على مال الغير بلا ايمان.

(١) اما جريان قاعدة الغرور فلما مر من كون المشتري مغرورا بالإضافة إلى العشرة الزائدة على الثمن و اما كونه اولى من رجوع المشتري ببديل المنافع المستوفاة فلان استيفاء تلك المنافع مع كونه نحو وصول العوض إلى المشتري لا يمنع عن رجوعه إلى البائع و يجرى ضمان زيادة القيمة السوقية في مورد تلف العين، و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٤

و لو تجددت بعده (١).

و الظاهر ان حكمه حكم المجموع (٢).

و ان كان مما لا يقسط عليه الثمن (٣).

لا يكون معه اى وصول للعوض إلى المشتري فيكون رجوعه بغرامة المنافع إلى البائع مقتضيا لرجوعه إليه بغرامة العين بالفحوى. (١) يحتمل كون الأولوية باعتبار أن إقدام المشتري على ضمان العين بالثمن المسمى فى قوة إقدامه على ضمانها بقيمتها السوقية زمان العقد، حيث يكون الاشتراء بالثمن المسمى باعتقاد كونه مساويا للقيمة السوقية، و اما زيادة القيمة السوقية بعد ذلك الزمان فلا يتوهم الاقدام بالإضافة إليها كما لا يخفى.

(٢) الظاهر ان تلف الجزء يكون نظير تلف المجموع فيما إذا كان الجزء مما يقسط عليه الثمن كما فى بيع المن من الحنطة و اما ما لا يقسط عليه الثمن فحكمه حكم الوصف حيث يعد المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوباً و يكون فى الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع، لأن كلاً من البائع و المشتري ضامن للوصف بضمان اليد، و يكون غروره موجبا لقراره على البائع، من غير أن يكون من المشتري اقدم على ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى.

(٣) مراده أن الأوصاف التى لها دخل فى صحة المبيع فى مقابل كونه معيباً، فيقسط عليها الثمن، فيثبت لها حكم الاجزاء، و اما الأوصاف التى لا يكون لها دخل فى صحة المبيع كوصف الخياطة فلا يقسط عليها الثمن، و يرجع المشتري فى غرامة تلفها إلى البائع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٥

انما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع (١)

أقول- لا- يقسط الثمن حتى بالإضافة إلى الأوصاف التى لها دخل فى صحة الشئ، و لذا ذكر المصنف (ره) كغيره ان الأرش فى مورد خيار العيب لا يكون جزء الثمن، بل هى غرامة تثبت على البائع بمطالبة المشتري و لا يقسط الثمن بالإضافة الى اجزاء المبيع أى اجزائه الخارجية، بأن يكون بعض الثمن بإزاء يد الحيوان، و بعضه بإزاء رجله و رأسه الى غير ذلك، بل يقسط على اجزائه المشاعة نعم لو كان المبيع مجموع من المتعدد بنظر العرف كالمن من الحنطة أو مصراعى الباب ينحل الثمن بالإضافة إلى اجزائه الخارجية أيضاً كما مر.

(١) و حاصله انه لو كان البيع فاسداً من جهة كون بايعه غير مالك و من جهة أخرى أيضاً كما إذا كان المبيع عينا غائبة لم توصف حال العقد بوصف رافع للجهالة، و فرض ان المشتري وضع يده عليها بعد البيع، و تلفت بيده فرجع المالك بها عليه، فان المشتري لا يرجع الى البائع بشئ من الغرامات، لأنها لم تكن مسببة عن غرور البائع، و كذبه فى دعواه مالكية العين، بل لو فرض صدقه فى دعواه كانت تلك الغرامات على المشتري، غاية الأمر على تقدير صدقه يكون المستحق لتلك الغرامات هو البائع، و على تقدير كذبه يكون هو المالك، فتكون الغرامات المزبورة من قبيل مساوى الثمن الذى تقدم عدم رجوع المشتري به الى البائع.

لا يقال- لازم ما ذكر من قاعدة الغرور عدم ضمان المشتري منافع المبيع و لو كان فساد البيع من غير جهة كون البائع فضولياً لأن البائع مقدم تلك المنافع إلى المشتري مجاناً، لوقوع الثمن بإزاء المبيع، لا المنافع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٦

فان قلت كلاً من البائع و المشتري (١) و يمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور (٢)

فإنه يقال نعم لا- يقع الثمن بإزاء المنافع الا- ان المعتبر فى قاعدة الغرور جهل المقدم عليه بحال المال، و المفروض علم المشتري

بطلان تقديم المنافع لان تقديمها يتبع البيع الفاسد، بل لو فرض جهله بفساده لما كان الجهل بحكم الشرع موجبا للغرور من البائع كما لا يخفى.

(١) الاشكال هو ان كلا من البائع الفضول و المشتري باعتبار جريان يدهما على العين ضامن للمالك، و لذا يجوز له الرجوع الى اى منهما و يبقى فى البين وجه رجوع البائع إلى المشتري فيما إذا رجع المالك الى البائع، حيث أن تلف المال بيد المشتري لا يصلح لكونه موجبا لذلك.

نعم لو ألتف المشتري العين فيمكن القول برجوع البائع إليه فيما إذا دفع البديل الى المالك، باعتبار ان إتلاف المشتري العين كما أنه إتلافها على المالك كذلك إتلاف للغرامة المزبورة على البائع.

(٢) حيث ان ضمان الدين على مذهب الخاصة عبارة عن نقل الضامن الدين عن ذمة المديون الى ذمته بحيث لا يجوز للدائن بعده مطالبة المديون بذلك الدين بل يتعين عليه الرجوع الى الضامن، غاية الأمر لو وفى الضامن بالدين يكون له الرجوع الى المديون، و على ذلك فلا يكون اشتغال ذمم متعددة للمالك الدائن.

و هذا بخلاف الضمان على مذهب الجمهور حيث ان الضمان عندهم عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة المديون، بان كان المشغول للمالك الدائن ذمة المديون.

و بالضمان يشتغل له ذمة الضامن ايضا، و لكن تملك الدائن ما على الذمتين على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٧

[تعاقب الأيدي بمال الغير]

ضمان عهدة العوضين (١)

البديل، و يلزم على ما عليه الجمهور جواز رجوع المالك الى كل من المديون و الضامن.

(١) المراد أن يضمن أحد عن المشتري للبائع، بأنه إذا ظهر بطلان البيع بكون الثمن ملك الغير، فعليه مع تلف المبيع بيد المشتري، بدل ذلك المبيع، و هذا هو المراد بضمان عهدة المبيع للبائع، أو يضمن أحد عن البائع للمشتري، بأنه إذا ظهر فساد البيع بكون المبيع ملك الغير فعليه مع تلف الثمن فى يد البائع عوض ذلك الثمن، و هذا هو المراد بضمان عهدة الثمن للمشتري، و يكون فى ضمان عهدة المبيع كل من المشتري و الضامن المزبور ضامنا للبائع، فله مع تلف المبيع بيد المشتري، الرجوع الى كل منهما، كما يكون فى صورة ضمان عهدة الثمن للمشتري الرجوع الى البائع و الضامن المزبور.

أقول الضمان فى الأعيان المضمونة هو ان يضمن أحد للمالك تلف العين التى يأخذها الآخر بيد ضمان كمن ضمن للمالك تلف العين المستعارة التى يأخذها المستعير مع الضمان كما فى عارية الذهب و الفضة، و على ذلك فيجوز للمالك الرجوع مع تلف العين الى الضامن ايضا و لا يخفى ان هذا الضمان و ما تقدم من ضمان عهدة المبيع أو الثمن من قبيل ضمان العين الخارجية، لا من قبيل ضمان الدين لينتقل الدين إلى ذمة الضامن، فللمالك الرجوع فى المورد الى الضامن و الى من تلف المال بيده، اما الرجوع الى من تلف المال بيده فلضمان اليد و اما الرجوع الى الضامن فإنه مقتضى وجوب الوفاء لعقد الضمان، و لكن ظاهر كلام الأصحاب لا يساعد على رجوع المالك الى من تلف المال بيده بل ما دامت باقية، فله الرجوع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٨

و ضمان الاثنتين لواحد (١)

الى من بيده العين، و مع تلفها أو عدم إمكان أخذها عمن بيده يرجع الى الضامن.

(١) ينبغى فرض ضمان الاثني لواحد على سبيل الاستقلال فيما إذا كان كل منهما ضامنا فى زمان واحد ليكون شمول ما دل على مشروعية الضمان بالإضافة إليهما على حد سواء، و الا فلا بد من الحكم ببطالان الثانى، لأن مع الضمان أو لا ينتقل المال إلى ذمة الضامن، فلا يبقى للدائن مال بذمة المديون ليضمنه الآخر و المتحصل ان كلا من المتعديين يصح ان يضمن للمالك فيجوز له الرجوع الى اى منهم، و لكن إذا رجع الى واحد منهم سقط حقه عن الباقيين حيث انه ليس له الا مال واحد و قد تسلمه بأخذ بدله فيكون الرجوع الى الآخرين بلا موجب و اما تنزيل هذا الضمان على الواجب الكفائى و انه كما يجب فيه الفعل على كل من المكلفين ما دام لم يحصل طبيعى الفعل، كذلك ثبوت البديل على عهدة كل من المتعديين ما دام لم يدفع البديل الى المالك فلا يخلو عن المناقشة فإن لازمه ان يتعين البديل بالجميع فيما إذا كان أداء الجميع دفعة واحدة اللهم الا ان يقال المملوك للمستحق طبيعى البديل المقيد بالوحدة لا طبيعى البديل و مع أخذ البديل من المتعديين يكون ملك المستحق بالإضافة إلى الأموال المأخوذة من الكلى فى المعين فيختار فردا واحدا و عليه رد الباقي الى أربابه.

و الحاصل المتصور من ضمان الأشخاص المتعددة أنحاء ثلاثة:

الأول- ان يكون ضمان كل واحد من الأشخاص مشروطا بعدم أداء الآخرين البديل نظير ما يذكر فى الواجب الكفائى من وجوب طبيعى الفعل على كل واحد من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٨٩

.....

المكلفين ما لم يحصل ذلك الطبيعى فى الخارج من الآخرين و لا يلزم ما أشرنا إليه من استحقاق المالك جميع ما دفع اليه بعنوان البديل فيما إذا كان الدفع من الكل دفعة واحدة.

الثانى- ان يكون الضامن الأول مديونا بالبديل بان يثبت البديل بذمته و يكون الثانى ضامنا لأدائه بمعنى انه لو لم يؤد الضامن الأول البديل، يثبت المال بذمته فعليه أدائه و هكذا و لازم ذلك عدم تخيير المالك فى الرجوع الى كل واحد منهم، بل له الرجوع الى الثانى مع عدم تمكنه على الاستيفاء من الأول أضف الى ذلك ان دليل الضمان فى كل من الأشخاص هى قاعدة اليد و لا يمكن ان يختلف مفادها بالإضافة إلى الضامين.

الثالث- ان يقال ضمان المال ليس على كل واحد واحد من المتعديين بل يثبت البديل الواحد على الكلى الصالح فى انطباقه على كل واحد من المتعديين و بتعبير آخر كما يمكن كون الجامع بين المتعديين مالكا للمال كما فى ملك الزكاة لطبيعى الفقير و سهم السادات لطبيعى الهاشمى الفقير فيصح لكل واحد من الافراد أخذ ذلك السهم كذلك يمكن ان يثبت ملك المال للشخص على عهدة الجامع بين المتعديين فيصح لذلك الشخص أخذ ذلك المال من أى من المتعديين.

و لكن مفاد قاعدة على اليد ضمان كل من وضع يده على مال الغير لا ضمان الجامع بينهم فالأظهر فى المقام هو النحو الأول فتدبر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٠

و اما حال بعضهم بالنسبة إلى البعض (١).

(١) ما ذكر قبل ذلك، كان حال الأشخاص المتعاقبة أيديهم على العين بالإضافة إلى المالك فى انه إذا ادى اليه بدل تلك العين أحدهم يسقط البديل عن ذمة الباقيين اى لا يكون للمالك حق فى الرجوع إليهم، و اما حال بعضهم بالإضافة إلى الآخرين منهم فى جواز رجوع مؤدى البديل الى غيره فحاصل الكلام فيه انه إذا كان المؤدى هو الذى تلف العين بيده فمع عدم كونه مغرورا كما هو

الفرض لا يرجع إلى غيره و إذا لم يكن تلفها بيده، فله ان يرجع إلى كل من تسلم العين منه و لو بالواسطة إلى ان يستقر الضمان على من تلف العين بيده.

و ذكر (ره) في وجه ذلك ان من وضع يده على العين ابتداء يكون ضمانه العين قبل ضمان من تسلمها منه كما هو مقتضى ضمان اليد فتكون العين بيد السابق موصوفة بوصف و هو كون العين ذات بدل و إذا تسلم الثاني العين من السابق يكون ضامنا بتلك العين مع أوصافها التي منها الوصف الحادث فيها بيد السابق و مرجع ضمان العين و وصفها المزبور هو ضمان تلك العين أي المبدل و الوصف أي بدلها الثابت بذمة السابق على سبيل البدل و التخيير، حيث لا يمكن ان يكون اللاحق ضامنا للعين فقط، دون وصفها أي البدل الثابت بذمة السابق و الا لخرج البدل الذي يثبت بذمة اللاحق عن كونه بدلا للعين المزبورة حيث يجب ان يكون الثابت بذمة الآخر بدلا عن العين و أوصافها.

و المتحصل ان ما يدفعه اللاحق تدارك للعين الموصوفة أي التي استقر تداركها بذمة السابق بخلاف ما يدفعه السابق، فإنه تدارك لنفس العين معينا، إذ لم يثبت بدلها بذمة أحد قبل أخذه، ليكون ضامنا لذلك البدل أيضا بنحو إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩١

.....

ما ذكر.

ثم إذا أدى اللاحق البدل إلى المالك سقط تدارك السابق لان ضمان اللاحق العين و بدلها الذي كان بذمة السابق تخييرى بأن كان ضمان العين للمالك و ضمان بدلها للسابق و لا يجوز للسابق مطالبة اللاحق بالبدل قبل أدائه إلى المالك لان ضمان اللاحق بذلك البدل للسابق من باب الغرامة لا الدين لذلك السابق و يكون حال الضامن الأول مع الثاني حال الضامن مع المضمون عنه في عقد الضمان، في انه كما لا يجوز للضامن قبل أداء المال إلى الدائن مطالبة المضمون عنه كذلك لا يجوز للضامن الأول في المقام قبل أدائه البدل إلى المالك مطالبة الضامن اللاحق.

أقول لا يصلح ما ذكر (ره) وجهها لرجوع السابق إلى اللاحق، اما أولا فلان الأوصاف المضمونة هي التي يكون لها دخل في مالية العين و ثبوت البدل لها بذمة السابق لا يوجب زيادة ماليتها أو نقصها.

و ثانيا فلان ضمان الأوصاف باعتبار ان وضع اليد على العين وضع لليد على الأوصاف و اللاحق في المقام لا يضع يده على البدل الثابت بذمة السابق ليكون ضامنا له.

و ثالثا فلانه على تقدير وضع يده على البدل المزبور فاللازم ان يكون ضامنا بذلك البدل للمالك للعين و الوصف و لا موجب لضمان اللاحق لأحد شخصين، بأحد أمرين.

و رابعا فلانه لا موجب لتقدم ضمان السابق على اللاحق فان ضمان العين بمعنى ثبوت البدل على العهدة يحصل بتلفها و قبل التلف لا يثبت البدل لا على ذمة السابق و لا على ذمة اللاحق و مع تلفها يثبت البدل على عهدة كل منهما في زمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٢

و ربما يقال (١)

واحد.

اللهم الا ان يقال ان زمان ثبوت البدل بالذمة هو زمان الاستيلاء على العين غاية الأمر يكون استقرار ذلك البدل مشروطا بتلف العين بنحو الشرط المتأخر و على ذلك فيكون ضمان اللاحق بمعنى ثبوت البدل بذمته بعد ضمان السابق و لكن اعتبار التلف بنحو الشرط

المتأخر غير ظاهر من أدلة الضمان.

(١) القائل صاحب الجواهر و حاصل ما ذكره (ره) ان رجوع من لم يتلف العين بيده الى من تلفت بيده باعتبار أن البديل ثابت بذمة من تلف العين بيده فقط غاية الأمر يجوز للمالك إلزام السابق بأداء ما يملكه بذمة من تلف العين بيده و إلزامه بذلك مقتضى وضع يده على ملك الغير عدوانا.

ثم ان السابق بأدائه البديل الى المالك يملك ما للمالك بذمة اللاحق بالمعاوضة القهرية أى المعاوضة التى لا توقف على الإنشاء و القصد.

و أورد المصنف (ره) على هذا الوجه بأمور الأول- ان موجب الضمان على السابق و هو حديث على اليد و دلالة على الضمان عليهما على حد سواء فان كان الضمان على اللاحق بمعنى ثبوت البديل على عهده يكون كذلك فى السابق أيضا.

الثانى- ان الفرق بين الخطاب بالأداء و الخطاب الذمى غير واضح فان ثبوت البديل بالذمة (و هو الحكم الوضعى) يكون يتبع التكليف بالأداء.

الثالث- ان الفرق بين السابق و اللاحق بثبوت البديل على اللاحق و عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٣

.....

ثبوته على السابق خلاف الإجماع فإن إجراء أحكام الدين على ما بذمة السابق أيضا من تقديمه على الوصايا و ضربه مع الغرماء و جواز مصالحه المالك مع السابق على ما بذمته متسالم عليه عندهم.

الرابع- ان تملك السابق البديل على اللاحق بلا موجب لعدم وقوع المعاوضة الاختيارية مع المالك و لا دليل على المعاوضة القهرية و بتعبير آخر أداء السابق ما على اللاحق الى المالك نظير أداء شخص دين الآخر فى ان المؤدى لا يملك على المديون غاية الأمر أداء دين الغير فى سائر المقامات مستحب، و فى المقام واجب على السابق.

و الخامس- ان لازم ما ذكر عدم جواز رجوع السابق بعد أداء البديل الأعلى خصوص من تلف العين بيده لا الى كل من تسلمها منه و ان لم تتلف بيده حيث ان البديل الذى ملكه السابق بالمعاوضة القهرية ثابت بذمة من تلف العين بيده دون الآخرين.

أقول الصحيح فى وجه استقرار الضمان على من تلف المال بيده ما ذكرنا سابقا من أن دفع الضامن البديل الى المالك معاوضة قهرية بين ذلك البديل و العين التالفة حيث ان عمدة الدليل على الضمان فى موارد ضمان اليد هى السيرة الدارجة بين العقلاء و مقتضاها حصول المعاوضة المزبورة بالدفع و لذا لا يكون للمالك بعد تسليم البديل طلب بقايا العين و عليه ففى مورد تعاقب الأيدي على العين و تلفها يجوز لدافع البديل مطالبة ذلك البديل من كل من تسليم العين منه و لو بالواسطة الى ان يستقر الضمان على من تلف العين بيده باعتبار وضع كل منهم يده على تلك العين و لكن لا يجوز له الرجوع الى سابقه لان السابق قد دفع تلك العين اليه قبل ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٤

غرم للمالك بدل الحيلولة (١)

فلا- يكون لضممان السابق موجب و ربما يقال كما عن بعض الأجلة العظام ان المبادلة القهرية أمر لا أساس له عند العقلاء و انما ذكرها بعض المتأخرين و لعل احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب عن الغرامة بالبديل حيث لا يعقل كون المعدوم حال عدمه ملكا لصاحبه أو ملك الغارم.

و فيه انه قد تقدم فى توضيح الكشف الحكيمى فى اجازة المالك إمكان كون شىء فى زمان ملكا لواحد و فى ذلك الزمان بعينه

ملكاً لاخر مع تعدد زمان الاعتبار و عليه فقبل دفع الضامن الأول البدل يعتبر التالف ملكاً للمالك في زمان طريان التلف عليه و بعد دفعه البدل يعتبر ذلك التالف في ذلك الان ملكاً للضامن و المصحح لذلك الاعتبار ترتب الأثر عليه، من ملك الضامن بقايا التالف و رجوعه الى الضامن الثاني.

و يشهد لذلك ملاحظة فسخ البائع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع في يد المشتري فإنه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملك المشتري و بعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع في ذلك الان ملك البائع و لذا يرجع اليه ببده كما لا يخفى.

(١) يعنى إذا لم يمكن انتزاع العين ممن تكون بيده يغرم من رجع اليه المالك، بدل الحيلولة. أقول قد ذكرنا سابقاً انه لا أساس لبذل الحيلولة، بل ان كانت العين بحيث تعد تالفة فللمالك الرجوع الى الضامن بالبدل، و الا فعليه الصبر ليتمكن الضامن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٥

نعم ليس للمالك أخذ مؤنة الاسترداد (١)

أو هو على استرداد العين غاية الأمر يكون له عوض المنافع الفائتة، كما تقدم، كما انه بعد أخذ المالك البدل للعين لا يستحقها فيما إذا اتفق إمكان استردادها مستقبلاً لحصول المبادلة قبل ذلك.

(١) لا- يبعد ان يكون للمالك ذلك فيما إذا لم تكن الأجرة المزبورة زائدة على اجرة المثل، لا مع زيادتها، لان العين له، فلا يجوز للآخرين التصرف فيها و لو بالاسترداد المزبور، و عمل المالك محترم فيستحق الأجرة عليه، نعم إذا كانت الأجرة زائدة على أجرة المثل فلا تتعين تلك الزيادة على الضامن فإنه مقتضى حديث نفي الضرر و لا يعارض بضرر المالك فان عدم استحقاق المالك تلك الزيادة من قبيل عدم النفع و لا يكون ضرراً عليه.

و بهذا يظهر الحال فيما إذا لم يتمكن على الاسترداد غير المالك و طلب من الضامن الزائد على الأجرة المتعارفة فان في الفرض مقتضى حديث نفي الضرر عدم وجوب الاستجابة لتلك الزيادة.

و ظهر ايضاً انه لو تمكن الضامن على استرداد العين من غير صرف المال و طلب المالك أجرة المثل ليباشر باستردادها يكون وجوب القبول مقتضى حرمة التصرف في مال الغير بلا اذن مالكة، و احترام عمل ذلك المالك و الله سبحانه هو العالم.

ثم انه بقى في المقام أمر و هو انه لو ابرء المالك أحد الأشخاص المتعاقبة أيديهم على المال التالف فهل يسقط حق المالك بمطالبة البدل عنه فقط أو لا يبقى له بعد ذلك حق بان يطالب البدل عن السائرین الأظهر هو الثاني، لأن المال بدل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٦

[بيع ملكه مع ملك غيره بصفقة]

إشارة

الظاهر ان حكمه حكم بيع ما يقبل (١) لظهور الإجماع (٢) مضافاً الى صحيحة الصفار (٣)

واحد و ذلك البدل ثابت على كل من الأشخاص المتعددة بحيث يصح له مطالبة اي منهم بذلك البدل و لا يبعد ان يكون جواز المطالبة من حقوق المالك، بحيث له ان يسقطه عن أحد مع إبقاء البدل بذمته كما يشهد بذلك جواز تأجيل الدين بالاشتراط، فبالجملة للمالك ان يسقط حق مطالبته عن أحد مع بقاء المال على عهده، و لكن إذا أسقط المال عن عهده، فهو مساوق لاستيفاء

ذلك البذل، وقد تقدم ان مع استيفاء البذل من أحدهم يسقط البذل عن عهدة الآخرين، وانه لا يبقى له دين على عهدة الآخرين كما لا يخفى.

(١) وجه الظهور عدم احتمال الفرق بين ما إذا باع ملكه مع غيره بصفقة واحدة و بين ما إذا باع ما يقبل الملك مع مالا يقبله بثمان واحد في صفقة واحدة.

(٢) تعليل للحكم بالصفحة بالإضافة إلى ما يقبل الملك فيما إذا باعه مع مالا يقبله.

(٣) يعنى مضافا إلى عدم احتمال الفرق بين المسألتين يدل على الحكم فى المقام صحيحة الصفار «١» فان قوله عليه السلام فيها ووجب الشراء فيما يملك وارد فيما إذا باع مملوكه

(١) الوسائل الجزء ١٢ الباب (٢) من أبواب أحكام العقد البيع الحديث (١) ص ٢٥٢

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٧

نعم لو لا النص والإجماع (١)

مع غيره بصفقة واحدة كما لا يخفى.

(١) يعنى لو لم يكن فى البين صحيحة الصفار والإجماع على الصحة فى المسألة الآتية مع ملاحظة عدم الفرق بين المسألتين فى الحكم، لأمكن المناقشة فى صحة البيع بالإضافة إلى ملك البائع بما يأتى فى المسألة الآتية من ان مع اجراء البيع على المجموع بثمان واحد، لا يكون تبعيظه و الحكم بصحته بالإضافة إلى ملك البائع، مقتضى إطلاق دليل الإمضاء حيث أن نقل بعض المثمن لا يكون مقصودا إلا فى ضمن نقل المجموع بمجموع الثمن.

أقول التبعيض و الحكم بالصحة بالإضافة إلى ملك البائع أو ما يقبل الملك لا- يحتاج إلى الإجماع، أو النص، بل- انحلال البيع بالإضافة إلى أجزاء المبيع يعنى أجزاء المشاعة على الإطلاق، و أجزاءه الخارجية فيما إذا كان بنظر العرف من بيع المجموع من الشئيين كما ذكرنا سابقا- مقتضاه دخول كل من البيوع الانحلالية فى دليل الإمضاء على الاستقلال كما فى انحلال الموضوع فى سائر الخطابات بالإضافة إلى أفراد ذلك الموضوع، وهذا بناء على عدم تمام بيع الفضولى بإجازة المالك.

و اما بناء على تمامه بها، فلا ينبغى الريب فى صحته بالإضافة إلى ملك الآخر أيضا مع إجازته، و بالإضافة إلى ملك البائع مع عدمها غاية الأمر مع صحة البيع فى بعض ما جرى عليه العقد فقط يثبت للمتبايعين مع جهلهما بان بعض ما جرى عليه البيع ملك الغير أو لا يقبل الملك، خيار تبعض الصفقة الذى مرجعه إلى خيار تخلف الشرط على ما يأتى فى بحث الخيارات إنشاء الله تعالى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٨

بما سيجىء فى بيع ما يملك و ما لا يملك (١) فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك (٢) مقيد فى بعض الكلمات بما إذا لم يتولد (٣)

و نظير جهل البائع ما لو كان بيعه بدعوى وكالته فى المال الآخر و أنكرها مالكة فإنه يثبت فى الفرض للبائع أيضا خيار تبعض الصفقة و إذا كان البائع أو المشتري عالما بالحال فلا- مجال لثبوت الخيار له و لعل كلام الغنية الذى نفى الخيار للبائع يراد به صورة علمه بالحال و كلام الشيخ (ره) فى الخلاف الذى قوى ثبوته له ناظر إلى صورة جهله بالحال.

و اما صحيحة الصفار فان كان المراد بالوجوب فيها لزوم فمقتضاها عدم ثبوت الخيار لا للبائع و لا المشتري حيث ذكر فيها (وجب الشراء من المالك) و هو غير وجوب الشراء على المالك و لكن الظاهر و لا- أقل من الاحتمال بان المراد هو ثبوت البيع فلا ينافى

كونه خياريا.

(١) بالبناء للمفعول أى بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبل الملك.

(٢) بان كان البائع معتقدا بأن المبيع بتمامه ملكه، ثم ظهر خلاف اعتقاده و ان بعضه مملوك الغير، فان مع رد ذلك الغير البيع فى ماله، يصح البيع بالإضافة إلى ملك البائع.

أقول لا يحتمل الفرق بين المقام و ظهور بعض المبيع ملك الغير بل ظهوره ملك الغير من فروض المسألة فلا وجه للاستشهاد للحكم بالصحة فى المسألة بالصحة فى ذلك الفرض.

(٣) كما إذا باع دينارين و درهمين، بدينار و درهم، فإنه يكون صحة هذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٤٩٩

.....

البيع، و عدم لزوم الربا، باعتبار وقوع كل جنس بإزاء مخالفه، فيكون بيع الدينارين بدرهم، و بيع الدرهمين بدينار، و هذا مستفاد من بعض الروايات الواردة فى الفرار من الربا، و إذا ظهر فى المثال كون الدينار المنضم الى الدرهم ملك الغير تكون المعاملة بالإضافة إلى الدرهم ربوية، حيث يقع بإزائه أزيد من الدرهم الواحد.

لا يقال مقتضى وقوع كل جنس بإزاء مخالفه لتصحيح المعاملة، صحة بيع الدينارين بالدرهم و بطلان بيع الدرهمين بالدينار، و لا يلزم من ذلك ربا.

فإنه يقال انحلال المبادلة إلى مبادلتين كما ذكر لم يكن من قصد المتعاملين بل بالتعبد المستفاد من بعض الروايات، و لذا تصح المبادلة فيما إذا قصد مبادلة المجموع بالمجموع و على ذلك فلو تم البيع بالإضافة إلى مجموع العوضين يكون مقتضى تلك الرواية وقوع كل جنس بإزاء مخالفه، فلا ربا، و اما مع فساد البيع فى بعض العوضين و لو بظهور كونه ملك الغير، فلا موجب للقول بوقوع الجنس المملوك لبائعه بإزاء مخالفه، فان الوقوع كذلك اما بقصد المتعاقدين، أو بالتعبد، و المفروض انتفاء الأول، و ورود التعبد فى صورة صحة البيع فى الضميمة.

و ربما يقال ان ضم مال الغير للفرار من الربا غير مفيد حتى مع اجازة مالك تلك الضميمة. و كذا فى مسألة بيع العبد الآبق، و ذلك فان كلاً من المالكين يكون بائعا بالإضافة إلى ماله فقط و مكلفا بالوفاء ببيعه، فيكون البائع مع كون الضميمة ملك الغير بايعا ماله بجنسه مع الزيادة، مثلا إذا باع دينار غيره منضم الى درهمه بخمسة عشر درهما، و فرض ان الدينار يساوى عشرة دراهم فيكون بيع درهمه بالأزيد من الدرهم، كما يكون بيع الآخر ديناره بالأزيد من عشرة دراهم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٠

[تقسيم الثمن على المالكين]

و طريق معرفة حصّة كل منهما من الثمن (١)

أقول قد ذكرنا أن ظاهر الروايات الواردة فى الفرار من الربا، وقوع درهم واحد بإزاء درهمه، و الباقي و هى أربعة عشر بإزاء الدينار، فلا ربا مع التعبد بالانحلال بهذا النحو و لم يذكر فى تلك الروايات الا اعتبار الضميمة، لا اعتبار كونها ملك البائع أيضا.

نعم ناقش صاحب الجواهر (ره) فى استحقاق مالك الدرهم درهما و مالك الدينار أربعة عشر درهما، و لكن لا لاعتبار ملك البائع الضميمة بل مناقشته مع الالتزام بصحة البيع، و ايضا لا وجه لاعتبار ملك الضميمة فى مسألة بيع العبد الآبق فإنه و ان ذكر فى بعض

الروايات ان الضميمة باعتبار أنه لو لم يظفر المشتري بالآبق يكون قد وصل إليه يازاء ثمنه تلك الضميمة، الا ان المراد ان لا يخرج تمام الثمن عن ملكه بلا عوض أصلا، ولا يقتضى ذلك اعتبار كون الضميمة ملك بايع العبد و تملكها منه.

(١) ذكر (ره) في تعيين حصه البائع من الثمن مع اجازة المالك و عدمها، ان يقوم كل من مال البائع و المال الآخر منفردا، و يجمع قيمتها، و يلاحظ نسبة قيمة كل الى ذلك المجموع فيؤخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة مثلا إذا كانت القيمة لمال البائع أربعة دراهم و القيمة السوقية للمال الآخر ثمانية، يصير مجموعهما اثني عشر درهما فتكون قيمة ما للبائع ثلث المجموع، و لو فرض ان الثمن المسمى ستة دراهم فيستحق البائع منه الثلث، يعنى درهمين، و يجرى هذا حتى فيما إذا كان للهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة السوقية كمصراعى الباب، و الى هذا النحو من التقسيط يشير ما فى الإرشاد من انه يقسط المسمى على القيمتين أى على إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠١

و لعله ايضا مرجع ما فى الشرائع و القواعد (١)

القيمة السوقية لمال البائع و القيمة السوقية للمال الآخر فإن تقسيط الثمن المسمى عليهما لا يكون الا بما ذكر.

(١) ذكر فى الشرائع و القواعد و اللمعة فى تعيين حصه البائع من الثمن، انه يقومان معا، ثم يقوم أحدهما و لعل المراد بذلك ايضا ما تقدم من تقوم كل من المالين منفردا ثم جمع القيمتين و تعيين نسبة أحدهما إلى المجموع و الأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة. و يؤيد كون المراد ما ذكر تفسير جامع المقاصد عبارة الإرشاد بما فى الكتب المزبورة و لكن للمناقشة فى ذلك مجال واسع فان ظاهرها تقويم المالين معا ثم تقويم أحدهما منفردا و تعيين النسبة بين قيمة أحدهما منفردا و قيمة كليهما معا، و الأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة، مثلا إذا كان المبيع مصراعى الباب و قوم المصراعان معا بعشرة دراهم و قوم أحد المصراعين بدرهمين تكون النسبة بين قيمة أحدهما منفردا و قيمة كليهما معا الخمس، و لو فرض الثمن المسمى خمسة دراهم فيرجع المشتري الى البائع بخمس الثمن، اى بدرهم واحد و يبقى للبائع أربعة دراهم يازاء مصراع واحد و الوجه فى ظهور عبارة الكتب فى ذلك ان المذكور فيها تقويم أحدهما بعد تقويم المالين و هذا لا يكون إلا إذا كان تقويم المالين بتقويمهما معا.

و هذا بخلاف الطريق السابق فإنه عليه يكون للبائع نصف المسمى اى درهمان و نصف و يرجع المشتري بنصفه الآخر لأن النسبة على الطريق المزبور بين قيمة أحدهما و مجموع القيمتين هو النصف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٢

فان الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع (١) فان قلت ان المشتري إذا بذل (٢)

(١) و لكن لا يلزم الجمع بين العوض و المعوض على التقسيط الذى ذكره (ره) بل بناء عليه يرجع المشتري بنصف الثمانية باعتبار ان قيمة كل من الجارية و أمها على الانفراد عشرة فيصير مجموع قيمتها عشرين و النسبة بين قيمة إحداهما أى العشرة و المجموع هو النصف، و لكن ينبغى أن يعد هذا الفرض على تقدير اتفاهه اشكالا ايضا على التقسيط الذى ذكره (ره) و استظهره من عبارة الإرشاد و غيره حيث لا وجه لاستحقاق البائع أربعة دراهم مع كون ملكه مساويا لتمام الثمن المسمى.

(٢) و حاصله ان المتعين فى طريق تقسيط المسمى هو ما ذكر فى الشرائع و القواعد و اللمعة، و لكن ينبغى أن يكون المراد بأحدهما فى قولهم (يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما) هو مال البائع و انه إذا قوم المالان ثم قوم مال البائع منفردا و عين النسبة بينهما يكون البائع مستحقا من المسمى بتلك النسبة كما إذا قوم الباب بمصراعيه بعشرة دراهم و قوم مال البائع بدرهمين و النسبة بين الدرهمين و العشرة هى الخمس فيستحق البائع درهما فى فرض كون المسمى خمسة دراهم و الوجه فى تعيين التقسيط بهذا النحو هو جريان البيع على المالين مع الهيئة الاجتماعية و ما تم بيعه هو مال البائع منفردا.

و على ذلك يستحق البائع فى مثال الأمة و أمها تمام الثمانية لأنه لا قيمة للهيئة الاجتماعية و لا يلزم من استحقاق الثمانية الجمع بين العوض و المعوض هذا.

و لكن ما ذكر غير صحيح، و ان البائع فى بيع مصراعى الباب، يستحق إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٣

[و لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار]

إشارة

و لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار (١)

نصف الثمن المسمى و الوجه فى ذلك ان الهيئة الاجتماعية من قبيل الأوصاف، و الأوصاف لا- تقع بإزائها الثمن ليقسط عليها كنتسيطه على المالىين و هذا فى الضمان المعاوضى و اما فى ضمان اليد فالأوصاف و منها الهيئة الاجتماعية تدخل فى الضمان و يكون تلف الوصف فى يد الغاصب كتلف نفس العين مضمونا عليه.

أقول- بالتأمل فى جميع ما تقدم يظهر انه يعتبر فى تقسيط الثمن على المالىين تقويمهما حال بيعهما اجتماعا ثم تقويم ملك البائع منفردا فى فرض عدم اجازة مالك الآخر البيع فى ماله و ان البائع يستحق من الثمن المسمى بتلك النسبة كما انه يقوم مال البائع بلحاظ بيعه منضمنا الى المال الآخر فى فرض اجازة مالك المال الآخر، فإن عدم ضمان الهيئة الاجتماعية كسائر الأوصاف بضمان معاوضى، ليس مقتضاه تقويم كل من المالىين منفردا مع دخالة الهيئة الاجتماعية فى زيادة الثمن كما لا يخفى.

(١) و حاصله لو فرض اشتراك الاثنين أو الأزيد فى عين بنحو الإشاعة كما إذا كانت الدار مشتركة بينهما بالمناصفة و باع أحدهما نصفها فان علم إرادة البائع بيع حصته شريكه أو الإشاعة بين الحصتين فلا كلام، و اما إذا لم يقصد الا مدلول قوله بعت نصف تلك الدار بكذا و فرض قبول المشتري ذلك المدلول، فهل ينتقل إلى المشتري تمام حصة البائع من تلك الدار أو يكون المبيع نصف كل من حصتى البائع و شريكه، فيكون البيع المزبور نافذا بالإضافة الى نصف حصة البائع، و فضوليا بالإضافة الى نصف حصة شريكه، احتمالا.

و يقتضى الأول ظهور النصف و انصرافه فى مقام التصرف الى ما ينفذ فيه تصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٤

.....

البائع و لكن هذا الظهور معارض بظهور النصف فى نفسه فى الإشاعة بين الحصتين كما انه معارض بظهور بيع البائع فى كونه بالأصالة.

و بالجملة ان البيع بالإضافة الى نصف حصة البائع محرز، و اما بالإضافة إلى نصفها الآخر أو نصف حصة شريكه فمقتضى المعارضة المزبورة عدم إحراز شىء منهما.

و بهذا يفترق المقام من قول البائع بعت غانما حيث ان الغانم بمعنى العبد، من الكلى الطبيعى الصادق على كل من عبد البائع و عبد غيره، و يحمل على عبد البائع بمقتضى وقوعه مقام التصرف، و ظهور الهيئة فى قوله بعت غانما فى الأصالة من غير ظهور معارض، و هذا بخلاف ما إذا قال بعت نصف الدار المفروض كونها مشتركة بين الاثنين بنحو الإشاعة، فإن ظهور النصف فى الإشاعة بين

الحصتين مانع عن الحمل على خصوص حصّة البائع.

ثم إذا كان البائع المزبور وكيلًا عن شريكه أو وليا عليه فهل يكون الحكم كما في صورة كونه أجنبيًا أم لا الصحيح ان يقال إذا كان المعارض لظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين في الصورة السابقة، هو ظهور النصف بقريته مقام التصرف في النصف المختص للبائع كما هو الأظهر، فلا معارضة في صورتى الوكالة والولاية بل يؤخذ بظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين، لان الموجب لظهور النصف في خصوص حصّة البائع، عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصّة، و مع الوكالة أو الولاية، يكون تصرفه نافذا في حصته و حصّة شريكه على السواء.

و على ذلك فمع عدم تعيين احدى الحصتين بخصوصها كما، هو المفروض يحمل المبيع على الإشاعة بينهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٥

و ما ذكره الشهيد الثانى (ره) من عدم قصد الفضولى (١)

و اما ظهور البيع فى كونه بالأصالة فهذا لا يعارض ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين بل ظهور النصف، يكون حاكما على ظهور البيع فى الأصالة، فإن ظهور البيع فى الأصالة من قبيل الظهور الإطلاقى للفعل و بمقدمات الحكمة و لذا لو قيد البيع بكونه عن الغير أو للغير فلا- يكون له ظهور فى الأصالة و ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين أيضا ظهور إطلاقى و لا- يكون له ظهور فى الإشاعة بينهما فيما إذا قيد تلك النصف بسهمه أو سهم شريكه، الا ان ظهور المتعلق و لو كان إطلاقيا يكون حاكما على ظهور الفعل حيث ان المتعلق بالإضافة إلى الفعل من قبيل المقيد بالإضافة إلى المطلق.

و بهذا يظهر انه لو لم يكن فى الصورة الأولى ظهور النصف و انصرافه إلى حصّة البائع بقريته مقام التصرف، لكان ظهور البيع فى الأصالة محكوما بظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين.

و الحاصل ان مع عدم وكالة البائع أو ولايته لا يحمل النصف على الإشاعة بين الحصتين بل يكون إنشاء البيع مجملا بالإضافة الى بعض المبيع بخلاف صورتى الوكالة والولاية فإنه يحمل فيهما النصف على الإشاعة و اليه يشير قوله (ره) (فالأقوى فيهما الاشتراك). (١) و حاصله أنه بناء على كلام الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى مدلول اللفظ يكون النصف محمولا على خصوص حصّة البائع فيما إذا كان أجنبيًا و يحمل على الإشاعة بين الحصتين على تقدير كونه وكيلًا أو وليا على شريكه و ذلك فإن أصالة القصد فى كل متكلم و متصرف و منه البائع يكون معينه للمراد من النصف فى قوله (بعت نصف الدار) و ان المبيع خصوص حصته بخلاف صورة الوكالة أو الولاية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٦

الا ان يمنع ظهور النصف إلا فى النصف المشاع (١)

فإن الأخذ فيهما بظاهر النصف يعنى الإشاعة بين الحصتين لا ينافى أصالة القصد حيث ان البائع لكونه وكيلًا أو وليا يقصد البيع لا محالة.

(١) و حاصله انه يمكن منع ظهور النصف فى الإشاعة بين الحصتين بان يقال غاية ظهوره الإشاعة فى مجموع العين لا- فى كل من الحصتين فيكون مقتضى قوله (بعت نصف الدار بكذا) حتى فى صورة وكالته أو ولايته هو بيع خصوص حصته و كما كان فى قوله (بعت غانما) مقتضى الأصالة، بيع عبده كذلك فى قوله (بعت نصف الدار).

و لذا ذكروا فى مسألة ما إذا وهبت الزوجة نصف مهرها لزوجها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، انه يستحق الزوج بالطلاق، النصف الباقي، و لو كان النصف ظاهرا فى الإشاعة بين الحصتين، لكان للزوج بعد الطلاق، نصف النصف الباقي، و قيمة نصف الموهوب.

(لا- يقال) لا- شهادة في الفرع على كون النصف المضاف إلى العين ظاهراً في الإشاعة في مجموع تلك العين، لا في الإشاعة بين الحصتين، وذلك فإن استحقاق الزوج النصف الباقي من المهر باعتبار أن حقه الأول هو نصف النصف الباقي، وقيمة نصف النصف الموهوب، ولكن يجوز في القيميات مع التمكن على المثل دفعه وحيث أن النصف الباقي على ملك الزوجة، مثل النصف الموهوب فلا- تعتبر قيمة الموهوب، نظير ما ذكروا في باب القرض أنه لو أقرض قيمياً، فللمقترض دفع العين التي اقترضها باعتبار أن مع دفعها لا تعتبر القيمة.

(فإنه يقال) نعم يمكن أن يكون ما ذكر وجهها لاستحقاق الزوج تمام المهر في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٧

.....

الفرض المزبور إلا أن ظاهر كلماتهم فيه، لا يساعد على هذا الوجه، بل ظاهرهم أن استحقاق الزوج تمام المهر، باعتبار صدق نصف المهر على النصف الباقي، وأنه لا فرق بين النصف المضاف إلى العين، وبين سائر الكلي الطبيعي المحمول على الفرد المملوك. وعلى ذلك يكون حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي من المهر بالطلاق قبل الدخول باعتبار صدق النصف عليه، منافياً لما يذكر في المقام من ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين ولكنه يحمل على خصوص حصّة البائع بقريته مقام التصرف. وأيضاً ينافي ما يذكر في المقام ما ذكروه في باب الصلح من أنه لو كانت العين بيد أحد وادعاها اثنان بسبب موجب للشركة بين المدعين كما إذا قالا انهما ورثاها من أبيهما وفرض إقرار ذي اليد لأحدهما بنصفها ولم يعترف للآخر بنصفها الآخر ثم بعد ذلك صالح المقر له مع المقر في النصف الذي اعترف له بألف دينار، فإنهم ذكروا صحّة الصلح ونفوذه في ربع الدار واما في ربعها الآخر فتمام الصلح موقوف على إجازة المدعى الآخر.

ووجه المنافاة أن النصف الذي وقع مورد الصلح بألف دينار يصدق على كل من نصفها الذي يدعيه المصالحح وعلى النصف الذي يدعيه الآخر، وعلى النصف من الحصتين ومقتضى وقوعه في مقام المصالحة والتملك حمله على النصف الذي ملكه باعتراف ذي اليد، ولذا لو صالح المقر له ذلك مع شخص آخر قبل اعتراف ذي اليد، نفذ الصلح في نصفه المختص.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٨

[الإقرار بالصحة للغير]

ولذا اختار سيد مشايخنا (قدس سرهم) اختصاصه بالمقر له (١) وعلى كل حال فلا إشكال في أن لفظ (٢)

(١) يعني حيث أن ما ذكروه في مسألة المصالحة من نفوذها في ربع المال ينافي ظاهرهم من حمل النصف في مقام التصرف على خصوص حصّة المتصرف اختار بحر العلوم (ره) أن النصف في مسألة المصالحة أيضاً يحمل على خصوص حصّة المقر له فتكون المصالحة نافذة في تمام حصّة المقر له وهي نصف العين.

وأيضاً فصل في المسالك وقال لو أجريت المصالحة على نصف المقر له أو على نصف العين فتحمل على الحصّة الواقعية للمقر له لأن مقتضى الإضافة في الأول ومقتضى الظهور في مقام التصرف في الثاني، هو الحمل على حصّة المتصرف.

وإذا أجريت على النصف المعترف به فتحمل على الإشاعة بين الحصتين فتكون نفوذها معاً بتمامها محتاجاً إلى إجازة صاحبه ولكن يرد على المسالك أن ما ذكر ليس تفصيلاً في مسألة المصالحة بل اختيار لقول المشهور القائمين بالحمل على الإشاعة بين الحصتين، لأن المفروض في كلماتهم إجراء المصالحة على النصف المعترف به فراجع.

(٢) يعنى يحمل النصف المضاف الى العين فى مقام الإقرار على الإشاعة بين الحصتين، بلا خلاف نعم مع القرينة على ارادة المقر، حصته أو حصه غيره، فلا كلام، و لهذا أفتوا فيما إذا كانت العين بيد اثنين و كانت يد كل منهما عليها بالمناصفة و اعترف أحدهما لثالث بثلتها و أنكره صاحبه، بأن ما بيد المعترف من نصف العين يكون بينه و بين الثالث المزبور على حد سواء، كما ان ما بيد الآخر من نصف الدار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥٠٩

.....

يكون الزائد على حصته و هو سدس العين محسوبا على المعترف و الثالث على حد سواء.

لا- يقال- هذا الفتوى غير مناسب لحمل الاعتراف لثالث على الإشاعة بين الحصتين، فان مقتضى حمله عليها ان يكون ثلث ما بيد المعترف الذى هو سدس العين و ثلث ما بيد الآخر و هو سدسها أيضا لذلك الثالث، و حيث ان صاحب المعترف ينكر الاعتراف، فقد تلف سدس العين على ذلك الثالث، و يبقى له السدس الذى بيد المعترف.

(فإنه يقال) ما بيد المنكر من نصف العين ليس عين ماله، بل مقدار حصته بزعم المقر و زائد على ذلك المقدار، بثلث و لو كان مال المنكر متعينا بما بيده كما إذا كان داران أحدهما بيد زيد و الأخرى بيد عمرو و اعترف زيد لثالث بنصف كل من الدارين ففى هذه الصورة باعتبار تعين مال عمرو بما بيده، يكون النصف الآخر مما بيده تالفا على الثالث فقط للإنكار.

و الحاصل ما بيد المعترف فى المثال المتقدم، مقدار حصته مع زيادة لا انه حصته بل حصه ذلك الثالث و المعترف مقدار بلا تعيين خارجى لهما و على ذلك فما يحصل من العين بيد المعترف نسبتبه اليه و الى الثالث على حد سواء، كما ان ما بيد المنكر زائدا على حصته، و هو سدس العين، نسبتبه أيضا الى المعترف و الثالث على حد سواء، و نتيجة ذلك هو الحكم بالمناصفة فى التالف و ما بيد المعترف حتى مع حمل الاعتراف على الإشاعة بين الحصتين.

نعم لو قيل بإمكان تعلق الغصب بالمشاع، و بجواز تقسيم أحد الشريكين مع الغاصب فى إفراز حصته لأمكن القول بان سدس العين المفروض كونها بيد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٠

نعم يمكن ان يقال ان التالف فى هذا المقام (١)

المنكر يحسب تالفا على الثالث فقط بدعوى ان وضع كل منهما يده على نصف العين بمنزلة تعيين كل منهما حصته بما بيده، فلا مال للمعترف بيد المنكر ليحسب تالفا عليه و على الثالث معا و لكن تعلق الغصب بالمشاع و ان كان ممكنا الا- انه لا يصح الافراز مع الغاصب بل لا بد من كونه برضاء الشركاء.

و يتفرع على ذلك أى على تعلق الغصب بالمشاع و عدم صحة الإفراز مع الغاصب، انه لو كانت الدار لاثنتين على الإشاعة و كانا ساكنين فيها و اخرج الظالم أحدهما و سكن مكانه، فيلزم على الشريك الساكن نصف اجرة المثل فى نصف الدار لصاحبه الذى أخرج الظالم لأن حصه الشريك الساكن لا يتعين فى النصف الذى يسكن باعتبار عدم صحة الإفراز مع الغاصب، نعم يكون ما على الظالم أيضا من أجره المثل له و لشريكه بالمناصفة.

(١) يعنى يمكن ان يقال عدم جواز الافراز مع الغاصب، لا- يلزم عدم الإفراز فى المقام، بل فى المقام يكون الزائد فى يد المنكر محسوبا على المقر له، و ذلك لان إنكاره موجب لجواز وضع يده على نصف المال الزائد على حصته بزعم المقر، حسابا لذلك الزائد على المقر له.

و نظير المقام مسألة الإقرار بالنسب فان مقتضى إنكار الوارث الآخر ان يضع يده على الزائد على حصته حسابا على من لم يقر بنسبه فلا يكون ما بيد المقر مشتركا بينه و بين المقر له على حد سواء.

و لكن لا- يخفى ان مقتضى نفوذ الإقرار على المقر ان يترتب على ما بيده من المال اثر الواقع و المفروض ان ما بيده بحسب إقراره ملك له و للمقر له على حد سواء كما ان الموجود بيد المنكر يكون الزائد منه على حصته مشتركا بينه و بين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١١

.....

المقر له كذلك.

أقول لا ينبغي الريب في ان النصف أو نحوه عند إضافته إلى عين لا يكون ظاهرا في الإشاعة بين الحصتين كما تقدم في تقرير مسألة الطلاق و إذا ملك زيد و عمرو دارا بالمناصفة فأى جزء يفرض من الدار فهو و ان كان مشتركا بينهما بالمناصفة الا ان حصه كل منهما لا ينتصف بينهما بالمناصفة و لذا لا يكون عند ما يقال نصف تلك الدار في مقام البيع و الإقرار ظاهرا في الإشاعة بين الحصتين بل النصف أو نحوه بالإضافة إلى الحصتين من قبيل الكلى في المعين و المراد بالإشاعة فيه عدم تعيين النصف في جهة العين بكونه طرفها الشرقى أو الغربى بل أى جزء يفرض من العين يقع مورد الحكم بمقدار النصف و اما حساب ذلك المقدار على اى من الحصتين أو عليهما فلا بد من القرينة عليه، و مقتضى القرينة في مقام التصرف حملة على حصه المتصرف فقط حيث ان مقتضى الإطلاق أى مقدمات الحكمة في ذلك المقام وقوع التصرف لنفسه لا عن الآخر بالولاية أو فضولا فان الوقوع عن الآخر كذلك يحتاج الى التقييد و القصد فيما إذا كان المال الذى يتصرف فيه كليا فى الذمه، أو كليا فى المعين، و المفروض فى المسألة، ان البائع لم يقصد من قوله بعث نصف الدار بكذا، الا ما يكون ظاهرا منه عند تمام الإطلاق.

و لا يبعد ان يكون الأمر كذلك فى مسألة استحقاق الزوج تمام المهر مع الطلاق قبل الدخول و بعد هبة الزوجة نصف مهرها له، حيث ان مقتضى خروج النصف من ملك الزوجة إلى ملك زوجها بالطلاق قبل الدخول استحقاق تمام المهر.

و ما تقدم من المصنف (ره) من ان ظهور المتعلق حاكم على ظهور الفعل بمعنى انه لا تتم مقدمات الإطلاق فى ناحية الفعل المقتضى لصدور الفعل عن الفاعل بالأصالة مع ظهور المتعلق فى الإشاعة بين الحصتين، ففيه أولا ان المتعلق كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٢

و اما مسألة الإقرار بالنسب (١)

ذكرنا لا ظهور له فى الإشاعة بين الحصتين.

و ثانيا لا يكون ظهور المتعلق بيانا فى كل مقام بل ربما يكون ظهور الفعل، بيانا لإطلاق المتعلق، نظير قوله لا تضرب أحدا فإن النهى عن الضرب الظاهر فى المولم، قرينه على تقييد المتعلق بالاحياء، و قد ذكرنا (ره) فى بحث الاستصحاب ان النهى عن النقص قرينه على اختصاص المراد من اليقين و الشك بموارد الشك فى الراجع.

هذا كله فى مقام التصرف و نحوه و اما فى مقام الإقرار، فليس فى البين ما يوجب تعيين المقر به بخصوص حصه المقر، بل الاخبار عن حصه من العين بأنها للغير، مقتضاه ان الحصه المزبوره تخرج عن تمام العين فينفذ من الإقرار بمقدار الإقرار على النفس و لا ينفذ ما يكون إقرارا على الغير.

(١) و مما ذكرنا فى مسألة اعتراف أحد الشريكين بثالث العين للآخر يظهر حال إقرار أحد الوارثين بالنسب للثالث فى ان ما يكون بيد الوارث المنكر لا يحسب تالفا على ذلك الثالث فقط بل يكون ما بيد المقر لهما و ما بيد المنكر تالفا عليهما على حد سواء.

نعم في البين روايات «١» و ربما يستظهر منها ان التالف بالإنكار لا- يحسب على المقر بالنسب للثالث و لكنها لضعفها غير قابلة للاعتماد عليها و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور فيها ما لا يخفى لان نقل أصحاب الحديث تلك الروايات في كتبهم لا يدل على عملهم بها كما يمكن ان يكون عمل البعض من غيرهم لاعتقادهم

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٢٤) الحديث (٥-٦)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٣

[بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله]

و دعوى انصرافه إلى صورة (١)

موافقه مضمونها للقاعدة حيث تقدم دعوى ان مقتضاها حساب التالف بالإنكار على المقر له فقط.

(١) حاصل الدعوى ان المراد بما لا يملك في قوله عليه السلام و لا يجوز بيع ما لا يملك بعض القرية المفروضة في السؤال و البعض المزبور كان يبيعه من بيع مال الغير و بتعبير آخر لا يتصور في قسم الأراضي ما لا يكون قابلا للملك شرعا فإن الأراضي الموقوفة أو المفتوحة عنوة أو الميتة كلها مملوكة حتى مع عدم جواز بيعها و قوله عليه السلام و وجب الشراء من البائع فيما يملك ناظر الى حكم مورد السؤال الذي فرض فيه كون بعض المبيع غير مملوك للبائع بل مملوك للآخرين فالتعدى إلى حكم المقام يحتاج الى عدم احتمال الفرق في الحكم بين المسئلتين و لا مجال لمنع المصنف (ره) و التزامه بإطلاق الصحيحة و شمولها للمقام كما لا يخفى.

نعم خطاب حل البيع و صحته يعم المقام حيث ان البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك داخل في ذلك الخطاب.

و لكن ربما يناقش في صحة البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك ايضا بوجهين:

أحدهما- ان ما قصد يبيعه هو لمجموع بإزاء مجموع الثمن و بيع ما يقبل الملك بإزاء بعض الثمن غير مقصود مستقلا و انما المقصود يبيعه في ضمن بيع المجموع.

و هذه المناقشة ضعيفة جدا لما ذكرنا سابقا من ان البيع الواقع على المجموع في أمثال المقام ينحل بالإضافة الى اجزاء الصفقة غاية الأمر يكون تمام البيع بالإضافة الى كل من جزئي الصفقة شرطا في بيع جزئها الآخر و لذا يثبت في صورة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٤

.....

الجهل بالحال خيار تبعض الصفقة.

و بهذا يظهر ان قياس بطلان البيع بالإضافة إلى مجموع الصفقة ببطلان الشرط بلا وجه فان فساد الشرط ايضا كما سيأتي إنشاء الله تعالى في محله لا يوجب فساد البيع و ان البيع لا ينحل بالإضافة إلى شرطه بخلاف اجزاء المبيع كما ذكرنا.

و ثانيهما انه و ان ينحل البيع المتعلق بالمجموع الى بيع اجزائه الا- ان دليل حل البيع و لزومه لا يمكن ان يعم ما يقبل الملك لان بيع ذلك الجزء بإزاء بعض الثمن غررى حيث لا يعلم حال البيع مقدار الثمن الواقع بإزائه.

و الحاصل لو أمكن التعدى من صحيحة الصفار بدعوى عدم احتمال الفرق بين المسئلتين فهو و الا لزم الحكم ببطلان البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك ايضا.

و الجواب انه لا يعتبر العلم بمقدار الثمن في البيوع الانحلالية بل يكفي في خروج البيع عن كونه غرريا معلومية مجموع الثمن الواقع بإزاء مجموع المبيع بلا- فرق بين صورة بطلان البيع بالإضافة الى بعض البيوع الانحلالية و عدمه و بلا- فرق بين جهل المتبايعين أو أحدهما ببطلان بعض تلك البيوع و عدمه لان العلم بالبطلان و عدم الإمضاء شرعا لا يمنع من قصد مبادلة المجموع بالمجموع و لو كان المعلوماتية في البيوع الانحلالية معتبرة لزم الحكم ببطلان البيع في غالب موارد الانحلال لجهل المشتري بل البائع غالبا بمقدار الثمن في كل واحد من تلك البيوع الانحلالية حال إنشاء البيع المتعلق بالمجموع في مقابل المجموع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٥

مع انه لو تم ما ذكر (١)

و قد يقال انه لا- يكون الغرر حال البيع موجبا لفساده فيما إذا ارتفع حال التسليم و في المقام يرتفع الغرر عن الثمن بتقويم ما يقبل الملك و ما لا يقبله و ملاحظة النسبة بينهما.

و فيه انه لا يمكن الالتزام بذلك فان ظاهر النهي عن بيع الغرر ان البيع فيما إذا كان في إنشائه متصفا بكونه غررا فهو محكوم بالفساد و لذا لا يمكن الالتزام فيما إذا باع صبرة مجهول المقدار ثم يكال قبل التسليم الى المشتري.

و ما يقال من ان الغرر غير الجهل بالمقدار و في المقام ليس في البيع غرر بل مقدار الثمن مجهول و الدليل على كون الجهالة في الثمن أو في المثلن موجبة لبطلان البيع هو الإجماع و من الظاهر انه ليس في المسألة إجماع لذهاب جل الأصحاب إلى صحة البيع بالإضافة الى ما يقبل الملك.

و فيه ان كان المراد بعدم الغرر في البيع معلومية مجموع الثمن بإزاء الصفقة الجارية عليها البيع فهو و ان كان صحيحا الا انه كما الغرر منتف كذا الجهالة في ذلك الثمن أيضا منتفية و اما الجهالة في البيوع المتعددة المنحلة و الغرر فيها لا يضر بالبيع لا في المقام و لا في غيره فلا وجه لدعوى ان الغرر غير الجهالة كما لا يخفى.

(١) يعني لو تم ان المشتري مع علمه بالحال لا- يمكن ان يقصد شراء تمام الصفقة بإزاء مجموع الثمن لزم الالتزام بان قصده في الحقيقة تعلق بشراء ما يملك بإزاء تمام ذلك الثمن لان مع اقدمه على ضمان الصفقة بإزاء تمام الثمن مع علمه بان بعض الصفقة لا يدخل في هذا الضمان في الحقيقة اقدام على ضمان ما يدخل في هذا الضمان بإزائه كما صرح بذلك الشهيد (ره) في حواشي القواعد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٢، ص: ٥١٦

بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما (١).

و ما ذكر (ره) في تلك الحواشي يناسب ما ذكروا في بيع مال الغير من العالم بالحال من انه لا يرجع بالثمن لانه سلط البائع على ذلك الثمن مجانا فإنه على ذلك يكون المشتري العالم بالحال في المقام مسلطا للبائع على تمام الثمن اما في مقابل المملوك فقط أو بعضه في مقابل ما يقبل الملك و بعضه مجانا.

(١) و هذا هو الصحيح فإنه في مورد بيع ما لا يقبل الملك بعنوانه كما إذا بيع الخمر بعنوانه فلا بد في تقويمه من تقويمه خمرا و اما إذا بيع بعنوان ما يقبل الملك كعنوان الخل مثلا فلا بد من تقويمه خلا و هذا مقتضى بذل الثمن و جعله في المبادلة بإزائه كما لا يخفى.

هذا كله فيما إذا كان ما لا يقبل الملك شرعا مالا عرفا و اما إذا لم يكن مالا عرفا كما إذا باع الشاة مع الوزغ صفقة بثمن فلا يمكن تقسيط الثمن على الشاة و الوزغ لعدم قيمة للوزغ عرفا و الأمر يدور بين ان يكون تمام الثمن بإزاء الشاة فهذا خلاف مقصود

المتعاقدين و بين ان يكون البيع فاسدا حتى بالإضافة إلى الشاة و هذا هو المتعين باعتبار عدم طريق إلى معرفة الثمن بل لكون أصل البيع غرريا لان عنوان البيع لا يحصل بالإضافة إلى الوزغ حتى بنظر العرف و بالإضافة إلى الشاة غررى إلى هنا انتهى الجزء الثانى من مباحث البيع بقلم مؤلفه أقل العباد جواد بن على عفى عنهما و يتلوه الجزء الثالث إنشاء الله تعالى اللهم أنفع به إخوانى أرباب الفضل و عشاق العلم و اجعله ذخر اليوم فقرى و فاقتى آمين يا رب العالمين.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

[الجزء الثالث]

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[تنمة كتاب البيع]

[تنمة شروط المتعاقدين]

[تنمة بيع الفضولى]

[أولياء التصرف]

[يجوز للأب و الجد ان يتصرفا فى مال الطفل]

يجوز للأب و الجد ان يتصرفا (١)

(١) يجوز للأب و الجد يعنى أب الأب التصرف فى مال الطفل بالبيع و الشراء و غيرهما من التصرفات و ولايتهما على الطفل بالإضافة إلى ماله و نكاحه فى الجملة مما لا اشكال فيه و يشهد لذلك الروايات الواردة فى موارد متفرقة مثل ما ورد فى وصية الأب بالمضاربة بمال الطفل كحسنه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله (ع) انه سئل عن رجل اوصى الى رجل بولده و بمال لهم و اذن له عند الوصية ان يعمل بالمال و يكون الربح بينه و بينهم فقال لا بأس به من أجل ان أباه قد اذن له فى ذلك و هو حى «١».

فإن ظاهر التعليق ثبوت الولاية للأب بالإضافة إلى مال الطفل و قريب منها غيرها و ما ورد من ان الوالد يجوز له الرجوع فيما وهبه لولده إلا إذا كان الولد صغيرا كصحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألته عن الصدقة إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها قال إذا كان الأب تصدق بها على ولد صغير فإنها

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٩٢) من الوصايا الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤

جائزة لأنه يقبض لولده إذا كان صغيرا وإذا كان الولد كبيرا فلا يجوز له حتى يقبض «١» حيث ان ظاهرها ولاية الأب على مال الطفل الصغير وما ورد في ولاية الأب و الجد على نكاح الصغير و الصغيرة حيث ان ثبوت الولاية لهما في النكاح و لكونه من الفروج أولى بالاحتياط يقتضى ثبوتها لهما في التصرفات المالية التي أمرها أهون من النكاح اللهم الا ان يقال مجرد ثبوت الولاية لهما في النكاح لا يقتضى ثبوتها لهما في التصرفات المالية لاحتمال الخصوصية في النكاح و لذا تثبت في النكاح الولاية لهما على نكاح الباكرة الرشيدة و لا يمكن الالتزام بولايتهما في التصرفات في أموالها.

و يظهر من المصنف ره الاستدلال على ولاية الأب و الجد بمال الطفل بما ورد في جواز أخذ الوالد من مال ولده «٢» و لكن لا يخفى ان جواز أخذه مال ابنه للإتفاق على نفسه و دفع اضطراره لا يقتضى ثبوت الولاية له بالإضافة الى مال ولده كيف و مورد كثير من الروايات المشار إليها الأخذ من مال الولد الكبير مع انه ليس للوالد ولاية على ولده الكبير كما يظهر من صحيحة علي بن جعفر المتقدمة و غيرها مع ان عدم الولاية مقتضى الأصل.

و بهذا يظهر الحال فيما ورد في جواز تقويم الأب جارية الابن و البنت على نفسه و وطئها بالملك كصحيحة الحسن بن محبوب قال كتبت الى ابي الحسن الرضا (ع) اني كنت وهبت لابنة لى جارية حيث زوجها فلم تزل عندها في بيت زوجها حتى

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٥) أحكام الهبات الحديث (٥)

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧٨) أبواب ما يكتسب به

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥

.....

مات زوجها فرجعت الى هي و الجارية أ فيحل لى ان أطأ الجارية قال قومها قيمة عادلة و اشهد على ذلك ثم ان شئت فطأها «١» فان ظاهرها جواز تملك جارية البنت البالغة و هذا غير الولاية بالتصرفات في مال الصغير.

و كيف كان فلا ينبغي الريب و الكلام في أصل ثبوت الولاية للأب و الجد على الطفل في ماله.

و انما الكلام يقع في جهات الاولى- في اعتبار العدالة في ولايتهما الثانية- اشتراط تصرفهما بالصلاح للطفل أو باشتراط عدم المفسدة عليه أو عدم اعتبار شيء الثالثة- ان الأب مع الجد في مرتبة واحدة في الولاية و ان مع فقد الأب يكون الجد القريب مع أبيه في مرتبة واحدة أيضا أو انه لا ولاية للجد البعيد مع القريب.

أما الأولى- فالمنسوب الى المشهور عدم اعتبار العدالة و المحكى عن الوسيلة و الإيضاح اعتبارها و ذكر المصنف ره في وجه عدم الاعتبار، الأصل و الإطلاقات و فحوى الإجماع المذكور في التذكرة على ولاية الأب الفاسق في- النكاح، حيث ان مع ثبوت الولاية فيه للفاسق يكون ثبوتها له في التصرفات المالية أولى.

أقول اما الأصل فإن وصلت النوبة إليه فمقتضاه الاعتبار لما ذكرنا سابقا من انه إذا كان الحكم المجعول انحلاليا يكون ثبوت الحكم لو أجد القيد متيقنا و ثبوت فرد آخر من الحكم لفاقده مشكوكا و مقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم الآخر و عدم ثبوته سواء كان الحكم من قبيل التكليف كما إذا علم بتحريم اللعب بآلات القمار

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب (٧٩) من أبواب ما يكتسب به الحديث (١)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦

.....

و دار الأمر بين ان يكون متعلق التحريم خصوص اللعب بها مع الرهن أو اللعب بها سواء كان في البين رهن أم لا- فان مقتضى الاستصحاب عدم جعل الحرمة للمشكوك و لا مجال في مثل المقام لاستصحاب عدم أخذ خصوصية العوض في متعلق الحرمة فإن استصحاب عدم أخذها فيه لا- يثبت ان المتعلق هو اللعب بها مطلقا أو كان من قبيل الوضع كما في المقام فإنه قد علم ان الشارع قد جعل الولاية للأب و الجد بنحو الانحلال و استصحاب عدم أخذ خصوصية العدالة في الموضوع لا يثبت ان الموضوع مطلق و يكون جعل الولاية للعدل متيقنا و بالإضافة الفاسق مشكوكا فالأصل عدم جعل الولاية للثاني.

اما الأخذ بالإطلاق فهو صحيح فإنه لم يقيد ما دل على ولاية الأب و الجد في النكاح بصورة عدالتهما كما انه لم يقيد الحكم في صحيحة محمد بن مسلم و صحيحة علي بن جعفر المتقدمين بما إذا كان الأب عادلا.

و اما دعوى الإجماع في التذكرة أو غيرها على عدم اعتبار عدالة الأب و الجد في النكاح فلا يعتبر عدالتهما في غيره بالفحوى فقد ذكرنا ثبوت الإطلاق في الروايات الدالة على ولايتهما في النكاح و معه يكون الإجماع مدركيا حيث ان مدرك اتفاقهم هو الإطلاق المزبور و لو لم يكن هذا قطعيا فلا- أقل من احتمال و مع الاحتمال لا- يحرز الإجماع التعبدى فضلا عن التعدى الى غير النكاح بالفحوى مع انا ذكرنا ما في الفحوى المزبور فلا نعيد.

و قيل في وجه اعتبار العدالة ان الولاية في مورد الكلام هي على القاصر من الطفل أو المجنون المتصل جنونه بحال صغره و القاصر لا يتمكن على دفع الضرر عن نفسه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧

.....

و صرف التلف و الفساد عن ماله و استحيل في حكمة الصانع و لطفه ان يجعل الولاية بنفسه و ماله للفاسق فان جعل الولاية له عبارة عن اتخاذه أمينا على أمواله بحيث يكون إقراراته و إخباراته نافذة على المولى عليه مع ان الشارع لم يجعل الامانة للفاسق كما يدل عليه قوله سبحانه و لَّا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ.

أقول لو تم هذا الوجه لكان مقيدا للإطلاق المتقدم و لكن أورد المصنف ره عليه تبعا لجامع المقاصد ان في دلالة الآية على حكم المقام تأملا و انه لا محذور في ان يجعل الشارع الولاية للأب الفاسق أو الجد الفاسق فإنه متى ظهر عند الحاكم بقرائن الأحوال نظير ضعف جسم الطفل و نحافته أو يرى جده مثلا يصرف على نفسه سرفا مع عدم تملكه المال خيانة أب الطفل أو جده عزله عن الولاية و منعه عن التصرف في أموال الطفل و وضع يده عليها و ما لم يظهر الخيانة فولايته ثابتة.

و ان لم يعلم انه كيف يعامل مع الطفل و أمواله اجتهد بتتبع القرائن و شواهد الأحوال و لعل وجه التأمل عنده (قده) في دلالة الآية على حكم المقام هو ان المراد بالركون الى الظالم الدخول في أعوانه و جعل الظالم وليا على نفسه حيث ان هذا في نفسه أمر محرم كما يفصح عن قوله سبحانه في ذيل الآية فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ و القرينة على كون المراد من الركون ذلك ما ذكر بعد ذلك و ما لكم من دون الله أولياء ثم لا تنصرون و لذلك لم يلتزم أحد فيما نعلم باعتبار العدالة في الوكيل أو العامل في المضاربة أو المستعير أو الودعى و نحو ذلك مع ان في جميع ذلك ركون من الموكل و المضارب و المالك الى الوكيل و العامل و المستعير و الودعى.

و قد يورد على الاستدلال بالآية بوجه آخر و هو ان الكلام في المقام في الولاية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨

.....

الشرعية للأب و الجد الفاسقين بالإضافة إلى مال الطفل و هذه الولاية على تقدير ثبوتها لهما ركون من الشارع إليهما لا من العباد ليدخل في المنهى عنه في الآية.

لا- يقال إذا كان الركون إلى الفاسق من العباد قبيحا و ذا مفسدة يكون من الشارع أيضا كذلك خصوصا بملاحظة قوله سبحانه لم تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ فإنه يقال لا منافاة بين قبح فعل من العباد و عدم قبحه من الله سبحانه الا ترى ان قتل العباد و إتلاف أموالهم أمر قبيح و محرم مع ان الله سبحانه يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا و ينزل البلاء من الزلازل و الطوفان على قوم و يدمرهم من بكره أبيهم إلى غير ذلك.

و قوله سبحانه لم تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ خطاب متوجه إلى العباد و لا يعم الله سبحانه و بتعبير آخر انه قد يستقل العقل بقبح فعل مطلقا أو بخصوص الحكيم كالظلم و إغراء الناس بالجهل و مثله لا يصدر عن الله سبحانه و قد لا يستقل كما في بعض الأفعال التي منع الشرع العباد عنها و في مثله لا طريق لنا إلى إحراز المفسدة فيما إذا صدر عن الشارع.

و قد يقال ان نظر صاحب الإيضاح بنص القرآن إلى آية النبأ الرادعة عن الاعتماد على خبر الفاسق فإن الولاية للأب و الجد لازمها قبول اقراراتهما و أخبارهما بالتصرفات في مال الطفل فيكون ما دل على ثبوت الولاية لهما بإطلاقه مقتضيا لقبول اخبار الأب و الجد الفاسقين و آية النبأ بإطلاقها يمنع عن قبول أخبارهما فيقدم إطلاق الآية لعدم اعتبار الخبر مع معارضته للكتاب العزيز و لا أقل من تساقط الإطلاقين فلا تثبت الولاية لهما مع كونهما فاسقين.

و قد يجاب عن ذلك بعدم الإطلاق في آية النبأ بالإضافة إلى مثل المقام حيث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩

عزله و منعه عن التصرف في ماله (١)

ان ظاهرها و لو بملاحظة التعليق الوارد فيها عدم جواز الاعتماد على خبر الفاسق في الوقائع المهمة التي يكون العمل فيها بالخبر مع عدم مطابقته للواقع موجبا لفساد مهم و ندامة عامة كالأخبار بارتداد قوم بنى المصطلق.

و لكن لا يخفى ان مورد نزولها كانت واقعة مهمة و الا فالآية حكم انحلالى كسائر الإطلاقات و تعليل لزوم التبين بإصابة القوم لرعاية مورد النزول و الا فالمعيار الندامة على مخالفة الواقع و فوته. و الصحيح في الجواب ان قبول إخبار ذى اليد و الولي بالتصرفات فيما بيده أو بولايته مما جرت السيرة العقلانية من دون نظر إلى كونهما عادلين و الردع عما جرت عليه سيرتهم يحتاج إلى النهى عنه بخصوصه و لا يصح بالعموم فضلا عن الإطلاق و قد ذكرنا تفصيل ذلك في بحث عدم كون الآيات الناهية عن اتباع غير العلم رادعة عن العمل بأخبار الثقات.

بقي في المقام أمر و هو ما عن النائيني و الإيرواني (قدس سرهما) من ان اعتبار العدالة في الولي بناء على القول به ليس من قبيل اعتبارها في الشاهد و القاضى و امام الجماعة و مرجع التقليد بل اعتبارها طريقي لإحراز وقوع التصرف الصحيح في مال الطفل و لو تصرف الأب الفاسق أو الجد كذلك في مال الطفل مع المصلحة فيحكم بصحته.

أقول لا مجال للالتزام باعتبارها طريقا مع الاستناد في اعتبارها إلى النهى عن الركون إلى الظالم أو ان الفاسق كالكافر لا يصلح لإعطاء الولاية نعم لو استند في اعتبارها إلى آية النبأ لكان الالتزام باعتبارها طريقيا وجيها.

(١) لا يخفى ان الولاية الثابتة للأب و الجد ولاية من الشارع و لا دليل على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠

و هل يشترط في تصرفه المصلحة (١)

نفوذ إلغاء الحاكم و عزله نعم بما ان التحفظ على مال الطفل و الدفع عن نفسه مع عدم الولي أو خيانتة داخل في الأمور الحسينية فعلى الحاكم منع ولي الطفل عن التصرف في ماله فيما أحرز خيانتة حفظا عن فسادة و تلفه. و بتعبير آخر لا ولاية للأب أو الجد في مال الطفل بالإضافة إلى التصرف الفسادی.

ثم انه لا ملزم لاستعلامه الحال مع عدم علمه بالإفساد بعد كون تصرفات الولي محمولة شرعا على الصحة تكليفا و وضعاً.

(١) هذه هي الجهة الثانية و قد يستظهر من الروايات الواردة في جواز أخذ الأب من مال ولده و جواز تقويم جاريته عدم اعتبار الصلاح للطفل بل و عدم اعتبار عدم الفساد ايضاً و في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) قال سألته عن الرجل يحتاج الى مال ابنه قال يأكل منه ما شاء من غير سرف و قال في كتاب علي (ع) ان الولد لا يأخذ من مال والده شيئا و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء و له ان يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن قد وقع عليها و ذكر ان رسول الله (ص) قال لرجل أنت و مالك لأبيك و موثقة سعيد بن يسار قال قلت لأبي عبد الله (ع) أ يحج الرجل من مال ابنه و هو صغير قال نعم قلت يحج حجة الإسلام و ينفق منه قال نعم بالمعروف ثم قال يحج منه و ينفق منه ان مال الولد للوالد و ليس للولد ان يأخذ من مال والده إلا باذنه و في رواية محمد بن سنان ان علة تحليل مال الولد لوالده ان الولد موهوب للوالد في قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ وَ كان التعليل مقتضاه ان يكون مال الطفل موهوبا لوالده بحيث يحسب ماله مالا لوالده و حيث ان المالك مسلط على ماله و يجوز له التصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١

.....

فيه ما لم يكن فيه سرف و تبذير يكون الوالد بالإضافة الى مال ولده كذلك.

و ربما يقال ان آية لَّا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا لا يقتضى اعتبار العدالة في الأب و الجد باعتبار ان ولايتهما لا يكون من قبيل ركون الشارع أو غيره الى الظالم بل ولايتهما باعتبار كون المال لهما كما يقال باستظهار ولايتهما كذلك من قوله (ص) أنت و مالك لأبيك و لو بمعونه رواية عبيدة بن زرارَةَ عن أبي عبد الله (ع) قال انى لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على أبيه فقال أصلح الله الأمير ان ابى زوج ابنتى بغير اذنى فقال زياد لجلسائه الذين عنده ما تقولون فيما يقول هذا الرجل فقالوا نكاحه باطل قال ثم اقبل على فقال ما تقول يا أبا عبد الله فلما سألتنى أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم أ ليس فيما تروون أنتم عن رسول الله (ص) ان رجلا جاء يستعديه على أبيه فى مثل هذا فقال له رسول الله (ص) أنت و مالك لأبيك قالوا بلى فقلت لهم فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه قال فأخذه بقولهم و ترك قولى.

أقول ظاهر الروايات المتقدمة و غيرها مما يوافقها كون مال الولد لوالده و لازم ذلك ان يكون المال الواحد لمالكين مستقلين و حمل كون مال الولد لوالده على ولاية الوالد مع كونه بلا قرينة لازمه ولاية الوالد على ولده الكبير ايضاً كما هو مورد بعض تلك الروايات و لا أظن الالتزام كذلك من أحد خصوصا بملاحظة التفصيل الوارد فى رواية صدقة الوالد لولده و هذه قرينة جلية على ان المراد بالمال فى مثل قوله (ص) أنت و مالك لأبيك ليس الملك الاعتبارى فإن الولد لا يكون مملوكا لوالده بهذا المعنى بلا خلاف و ريب بل المراد الملكية التكوينية بمعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢

.....

كون الأب منشأ لوجود الولد و ماله بحسب نظام الخلقة و هذا ليس من الحكم الشرعى بل يناسب ان يكون ملاكا للحكم الشرعى و

هو جواز أخذ الوالد من مال ولده بلا استئذان منه و لو كان الولد كبيرا.

و جواز الأخذ مقيد بصورة حاجة الأب و عدم إنفاق الولد بشهادة صحبته عبد الله بن سنان قال سألته يعني أبا عبد الله (ع) ما ذا يحل للوالد من مال ولده قال اما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له ان يأخذ من مال ولده شيئا و ان كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له ان بطأها الا ان يقومها قيمة تصير لولده قيمتها عليه الحديث و في حسنة الحسين بن العلاء قال قلت لأبي عبد الله (ع) ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف إذا اضطر اليه فقلت له فقول رسول الله (ص) للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له أنت و مالك لأبيك فقال انما جاء بأبيه إلى النبي (ص) فقال يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي من أمي فأخبره الأب انه قد أنفق عليه و على نفسه و قال أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله يحبس الأب للابن فان الاستفادة منهما تقييد جواز الأخذ بصورة حاجة الأب و عدم إنفاق الولد فيرفع بهما اليد عن بعض الإطلاقات المتقدمة بحمل ما شاء في صحبته محمد بن مسلم على عدم كونه زائدا على نفقته المعروفة.

و في صحبته أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر (ع) ان رسول الله قال لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر (ع) ما أحب أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليه مما لا بد منه و الله لا يُحِبُّ الفسَادَ و يحمل ما في صحبته سعيد بن يسار من حج الوالد و الإنفاق فيه من مال ولده على صورة تساوى نفقة حجه مع نفقة حضره كما يتفق ذلك كثيرا ممن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣

ان المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة (١) و قد حكى عن الشهيد في حواشي القواعد (٢).

يكون منزله قريبا من مكة.

نعم يجوز للأب تقويم جارية الابن و البنت للروايات المتقدمة. و المتحصل انه لا يستفاد بملاحظة مجموع روايات الباب غير الحكم للأب بجواز أخذ مقدار نفقته من مال الولد من غير حاجة الى المراجعة إلى الحاكم أو والى المسلمين و جواز تقويمه جارية الولد و نفوذ نكاح الجد حتى مع عدم رضاه ابنه. و في صحبته على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج أحدهما و هوى أبوه الآخر أيهما أحق ان ينكح قال الذي هوى الجد أحق بالجارية لأنها و أباهما للجد.

و اما رواية عبيد بن زرارة فلا دلالة لها على ان قول رسول الله (ص) أنت و مالك لأبيك ناظر إلى ولاية الجد و ذلك فإن ولاية الجد على نكاح البنت ثابتة في الشرع و إنما استدل الامام (ع) على ولايته بالقول المزبور إلزاما على الحاضرين و لذا لم يذكر قوله (ص) في سائر روايات الولاية نعم ذكر في صحبته على بن جعفر المتقدمة لأنها و أباهما للجد و قد ذكرنا ان ذلك ملاك الحكم بتقديم ولاية الجد على ولاية الأب أضف الى ذلك ضعف الرواية سندا و عدم صلاحها للاعتماد عليها.

(١) يعني ان المتقدمين ذكروا ان الولي يجوز له كل تصرف يكون صلاحا للطفل من غير استثناء تصرفات الأب و الجد.

(٢) يعني حكى عن الشهيد ره انه قال في حواشيه على القواعد عن قطب الدين عن العلامة انه لو باع الولي بدون ثمن المثل يكون باطلا و اما إذ اقترض الولي ماله،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤

.....

صح، مع ان الاقتراض إتلاف لعين مال الطفل و ربما لا يتمكن على أداء بدله.

و بتعبير آخر قد يكون اقتراض مال الطفل فسادا فما وجه الفرق بين البيع بدون ثمن المثل و الاقتراض و توقف (ره) في نفى البأس

بالبائع المزبور لانه لا يتمكن على مخالفة الأصحاب حيث ان ظاهرهم عدم جوازه.

أقول لا- يجوز الاقتراض ايضا فيما إذا لم يكن الولي مليا بحيث يحتمل عدم تمكنه على رده فان مثل صحيحة منصور بن حازم و ان تقتضى بإطلاقها جواز اقتراض الولي و لو مع احتمال عدم التمكّن على أداء بدله الا انه لا يمكن الأخذ بالإطلاق المزبور في مقابل الآية الناهية عن القرب بمال اليتيم و المانع عن الاقتراض المزبور و لو بإطلاقها.

نعم يرفع اليد عن منع الاقتراض بالإضافة إلى جارية الولد فان اقتراضها جائز و لو مع عدم كون الأب مليا و آية النهي لا يعم الأب و على تقدير شمولها كما إذا فرض يتم الطفل من ناحية امه فيرفع اليد عن عمومها أو إطلاقها لما تقرر في محله من ان إطلاق الخاص أو المقيّد يقدم على عموم العام أو إطلاق المطلق.

لا يقال كيف لا يجوز للولي اقتراض مال الطفل مع عدم كونه مليا و في رواية أحمد بن محمد بن ابي نصر قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يكون في يده مال لأيتام فيحتاج اليه فيمده يده و يأخذه و ينوي أن يرده فقال لا ينبغي ان يأكل إلا القصد و لا يسرف فان كان من نيته ان لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا.

فإنه يقال جواز الاقتراض حتى مع احتمال عدم تمكنه على الرد مقتضى إطلاقها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥

و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة (١)

فيمنعه إطلاق الآية الناهية المتوجهة إلى الأولياء هذا مع ضعف الرواية سنداً بسهل ابن زياد.

(١) استدل على كفاية عدم المفسدة مضافا إلى الإطلاق في الروايات الواردة في موارد متفرقة بما ورد في نكاح الجد و نفوذه فيما أراد الجد نكاح البنت من أحد و هوى أبوها نكاحها من آخر معللا بان البنت و أباهما للجد فان مقتضى ذلك نفوذ تصرفات الجد ما لم تكن منافية للولاية كما إذا كانت مفسدة للطفل و يرفع بذلك اليد عن إطلاق الآية أو عمومها لو فرض شمولها للجد، و كذا يدل على اعتبار عدم الفساد قول رسول الله (ص) أنت و مالك لأبيك على ما تقدم من استشهاد الامام عليه السلام به لنفوذ نكاح الجد و تقديم نكاحه على نكاح الأب فان في الاستشهاد المزبور دلالة على ولاية الجد بمال الطفل.

أقول قد تقدم عدم دلالة شيء مما ذكر على المدعى فلا نعيد نعم لا ينبغي الرب في عدم جواز التصرف فيما إذا كان التصرف المزبور فسادا لمال الطفل لمنافاته لمقتضى الولاية المجعولة للولي و يمكن ان يقال عدم اعتبار كونه صلاحا لمثل موثقة عبيد بن زرارة قال قلت لأبي عبد الله (ع) الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل و يريد جدها ان يزوجه من رجل آخر فقال الجد اولى بذلك ما لم يكن مضارا ان لم يكن الأب زوجها قبله و يجوز عليها تزويج الأب و الجد.

و لكن في التعدي عنها إلى التصرف المالي تأمل مع ملاحظة الآية الناهية عن القرب بمال اليتيم إلا بالتى هي أحسن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦

و لو فقد الأب و بقى الجد فهل أبوه و الجد (١)

(١) يعنى إذا فقد الأب فهل أب الأب يقوم مقام الأب و يشارك مع الجد البعيد في الولاية على الطفل أو تختص الولاية بالجد القريب أى أب الأب مقتضى ما ورد من ان الشخص و ماله الذى منه مال ابنه لأبيه و من ان البنت و والدها للجد هي المشاركة فإن الولاية لو لم تختص بالجد الأعلى فلا أقل من تساويه الجد الأدنى نظير ما تقدم في ولاية الأب مع الجد و مقتضى آية أولوا الأرحام بعضهم اولى ببعض هو الاختصاص لكون الجد الأدنى اولى بالميت من الأعلى و الأولوية في الآية ليست بمعنى التفضيل ليكون القريب و البعيد مشتركين في الولاية بل بمعنى المجرد كما في قول القائل فلان أحق بهذا الأمر من غيره.

و الحاصل المستفاد من الآية المباركة اختصاص الولاية بالجد الأدنى و يرفع اليد عن ذلك في مورد اجتماع الأب و الجد فان اشتراكهما بل و اشتراك الجد البعيد أيضا في فرض حياة الأب مقتضى الروايات التي تقدمت بعضها.

أقول لو تم ما ذكر من دلالة قول رسول الله (ص) أنت و مالك لأبيك و ان الولد و والده للجد على الولاية لكان شموله للجد الأعلى و الأدنى معا موجبا لرفع اليد عن إطلاق الآية و بتعبير آخر لا مجال للأخذ بإطلاق الآية مع تمام الوجه الأول المقتضى لاشتراك الجد الأعلى و الأدنى في الولاية على الطفل بل الصحيح ان الآية لا دلالة لها على الولاية و إرثها بل هي ناظرة إلى إرث المال و لذا لم يلتزم أحد بثبوت الولاية على الطفل بحسب طبقات الإرث و العمدة في ولاية الجد مع الأب ما ورد في نفوذ نكاحهما كما ان الإطلاق في بعض ما ورد في نكاحهما يعم الجد الأعلى و لكن في صورة حياة الأب و لا يبعد ان يقال انه لا يحتمل ثبوت الولاية للجد الأعلى مع حياة الأب و عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧

[ولاية الفقيه]

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات المستنبطة (١)

ثبوتها مع وفاته خصوصا بملاحظة تعليل الحكم بان الجد أولى بالجارية لكونها و أباهما للجد.

بقي في المقام أمر و هو ان في استفادة الولاية بمال الطفل للجد مما ورد في ولاية الجد و الأب في نكاح البنت اشكالا فان هذه الولاية ثابتة لهما في النكاح حتى بالإضافة إلى البنت البالغة الباكرة على الأصح مع أنه لا يمكن التعدى الى مال الباكرة البالغة و عليه فيحتمل اختصاص هذا الحكم بالنكاح و لا يكون للجد مع الأب ولاية في مال الطفل و يمكن دفعه بالتشبه بإطلاق الأب و الوالد و شمولهما للجد ايضا و في صحيحه محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) انه قال في الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث فان تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن والده هو الذي يلي أمره فتدبر.

(١) المسائل الفرعية و هي القضايا المتكلفة للأحكام التكليفية التي تتعلق بأفعال المكلفين أو الوضعية المجعولة لموضوعاتها يرجع في معرفتها الى الفقيه و كذا في الموضوعات المستنبطة الشرعية كالعبادات بل العرفية حيث يرجع فيها ايضا الى الفقيه في جهة سعتها و ضيقها بالإضافة إلى الحكم المترتب عليها فيرجع مثلا في ان حرمة الغناء فيها سعة تعم الكلام الحق أو تختص بما إذا كان في كلام باطل.

و الحاصل ان للفقيه مناصب ثلاثة: الأول- جواز الإفتاء في المسائل الفرعية.

الثاني- جواز القضاء بين الناس و مورد القضاء المرافعات بل و غيرها- في الجملة- و في معتبرة سالم بن مكرم قال قال أبو عبد الله

(ع) إياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى أهل الجور و لكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨

و الولاية تتصور على وجهين (١)

فإنه قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه فإنها و ان تكون ناظرة إلى المرافعات الا ان التعليل مقتضاه الرجوع إليه في جميع شئون القاضى كالحكم بثبوت رؤية الهلال و اما إثبات نفوذ الحكم الابتدائي عن الفقيه مطلقا فلا يستفاد منها نعم ربما يستفاد ذلك من مقبولة عمر بن حنظلة حيث ورد فيها الراد عليهم كالراد عليه (ع) الا انها للمناقشة في سندها لا تصلح للاعتماد و قد تكلمنا فيها في بحث القضاء مفصلا.

الثالث- ولاية التصرف في أموال والأنفس على ما يأتي.

و ينبغي ان يعلم أن البحث في ولاية الفقيه بمعنى نفوذ تصرفه في مال الغير أو في وجوب اتباع حكمه بحث فقهي حيث ان الأول كالبحث في ولاية الأب والجد أو عدول المؤمنين- الثاني كالبحث في وجوب طاعة الوالدين و كل من النفوذ و وجوب الطاعة في المقام بمعنى كون أمر الفقيه بفعل أو نهيه عنه يكون من العناوين الثانوية للأفعال كأمر الوالد و نهيه أم لا حكم شرعي فرعى.

ولاية النبي (ص) بالتصرف في أموال الناس و وجوب طاعته فيما إذا كان أمره أو نهيه بعنوان الولاية على الرعية أيضا حكم شرعي عملي و لكن بما ان معرفة النبي (ص) و الامام (ع) و الاعتقاد بهما بما لهما من الشئون مطلوب نفسى أيضا فيكون البحث في وجوب معرفتهما و الاعتقاد بهما بما لهما من الشئون من مسائل الكلام كيف و معرفة الأول و الاعتقاد به مقوم للإسلام و معرفة الثاني و الاعتقاد به مقوم للإيمان أى المذهب و مع ذلك شرط لصحة الأعمال و لا أقل من كونه شرطا لقبولها.

و هذا الوجوب النفسى للمعرفة و الاعتقاد لا يجرى في غير النبي (ص) و الامام المعصوم كما لا يخفى.

(١) الوجه الأول من الولاية ان يجوز للحاكم التصدى له سواء جاز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩

مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد (١)

لغيره أيضا ذلك التصرف بإذنه أم لا و الثانى ما لا يكون للحاكم التصدى لذلك التصرف مستقلا الا أنه يجوز للغير القيام به باذن الحاكم فيكون اذنه شرطا فى جواز ذلك التصرف للغير أو وجوبه عليه أو شرطا للواجب و بين الوجهين من حيث المورد عموم من وجه فإنه ربما يجوز للحاكم التصدى كما يجوز لغيره القيام به باذنه كما فى التصرف فى أموال القصر و القيام بتجهيز ميت من تركته و لا ولى له و هذا مورد الاجتماع.

و ربما يجوز للحاكم التصدى و لا- يجوز للغير القيام به كنصب القيم و المتولى و نحوهما بناء على اعتبار المباشرة فى جعل هذه المناصب.

و ربما يجوز للغير العمل باذن الحاكم و لكن لا يجوز للحاكم المباشرة استقلا كما فى إيصال السهم المبارك بل سهم السادة الى مصارفهما فإنه لا يجوز للحاكم على قول الاستقلال فى الإيصال بقهره على المالك و أخذ المال من يده و يجوز للمالك الإيصال مع الاستيذان و هذا بالإضافة الى غير المالك الممتنع و اما الممتنع فيجوز للحاكم القهر عليه و التفصيل فى بحث الخمس إنشاء الله تعالى.

(١) الأصل عدم ثبوت الولاية بالإضافة إلى أموال الناس و أنفسهم لأحد حيث ان هذه الولاية أمر جعلى اعتبارى مسبوق بالعدم و القائل بثبوتها للفقيه يمكن ان يتشبه بان هذه الولاية كانت للنبي و الأئمة عليهم السلام و قد أعطيت للفقيه أيضا من قبلهم.

فينبغى لنا التكلم فى مقامات ثلاثة: الأول الولاية التى كانت للنبي (ص) و الامام (ع) ما هى من حيث سعتها و ضيقها بحسب ما بأيدينا من الأدلة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠

.....

الثانى هل أعطيت تلك الولاية بتمامها للفقيه من قبل النبي (ص) أو الإمام عليه السلام أم لا.

الثالث إذا لم تثبت تلك الولاية للفقيه فهل له ولاية بعض التصرفات فى الأموال و الأنفس و ما هى حدود ذلك البعض من حيث السعة و الضيق.

اما الكلام فى المقام الأول فقد أشرنا ان الولاية المفروض فيها الكلام أمر اعتبارى فى مقابل الولاية التكوينية التى عبارة عن تأثير مشية النبى (ص) أو الإمام (ع) فى أمر كونى بمجردا أو مع فعل ما يكون ذلك التأثير من قبيل خرق العادة كإحياء عيسى على نينا وآله و عليه الصلاة والسلام و تفجير موسى (ع) العيون بضرب عصاه الى غير ذلك.

□ و دعوى ان هذه الأمور تحصل بمشيئة الله و لم يكن صدورها عنهم كصدور سائر أفعالهم يكذبها ظاهر الكتاب المجيد قال الله سبحانه حكاية عن قول عيسى أَنِّي قَدْ جِئْتُكُمْ بِآيَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ أَنِّي أَخْلَقُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ الْآيَةَ- و ذكر كون هذه الأفعال باذن ربه لا- ينافى صدورها عنه (ع) حيث ان الاذن المزبور تكوينى و عبارة عن إعطاء الله جلا و علا القدرة عليها نظير قوله سبحانه مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ.

و ثبوت هذه الولاية التكوينية للأئمة عليهم السلام يظهر من الروايات المختلفة الواردة فى الحوادث المتفرقة و الشواهد التاريخية بحيث يحصل للمتبع الجزم به.

و ربما يستدل فى ثبوتها لهم عليهم السلام بكونهم أفضل من أنبياء السلف و ان عليا (ع) كنفس النبى (ص) فكيف لا يثبت لهم عليهم السلام ما كان ثابتا للأنبياء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١

.....

□ و لكن الاستدلال مخدوش فان كونهم سلام الله عليهم أفضل ثبوت اكملية أنفسهم و شدة تقربهم اليه سبحانه و سعة علمهم لا ثبوت المعجزة بأيديهم حيث ان وجه الحاجة الى المعجزة يختص بالنبى (ص) و لا يجرى فى الخليفة و الوصى حيث يكون ذلك بتعيين النبى (ص) و نصبه كما لا يخفى.

و اما الاستدلال على ولايتهم التشريعى فبآيات منها قوله سبحانه النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ حيث يقال ان المستفاد من الآية المباركة ان كل تصرف اعتبارى يكون للمؤمن فيه ولاية بحيث يكون التصرف المزبور منه نافذا كبيع ماله و طلاق زوجته يكون للنبى (ص) ولاية عليه فيصح ما إذا باع على المالك أو أوقع طلاق زوجته أو وهب ماله الى غير ذلك.

كما يقال ان النبى (ص) بمنزلة نفس المؤمن بل اولى منه فيجوز للنبى (ص) ما يجوز للمؤمن من التصرفات سواء كان تلك التصرفات اعتبارية أو غيرها كانت متعلقة بمال المؤمن أو نفسه.

و قد يقال ان مفاد الآية المباركة لزوم طاعة النبى و ان على المؤمن أن يترك مشية نفسه فى مقابل مشية النبى و أمره. و عبارة أخرى الأفعال التى ثبت فى الشرع كون زمامها بيد المؤمن و انه لا- إلزام عليه فيها من الشرع بحيث يكون فيها داعى المؤمن إلى الفعل أو الترك نفسه يلزم عليه الأخذ بإرادة النبى و أمره و يترك دعوة نفسه.

و الحاصل أن أمر النبى و نهيه بما هو شارع و مخبر عن الله سبحانه غير أمره بما هو ولى الأمر على المؤمنين و مقتضى الآية وجوب طاعته بالإضافة إلى القسم الثانى أيضا من أمره.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢

.....

أقول اما دعوى كون النبى (ص) بمنزلة نفس المؤمن بل هو اولى منه فيجوز له ما يجوز للمؤمن من الأفعال فهذا مما لا يمكن الالتزام به فان من الأفعال ما يجوز للمؤمن باعتبار كون داخلا- فى العنوان الذى حكم الشرع بجوازه لمن ينطبق عليه ذلك العنوان كجواز الاستمتاع من الزوجة فيجوز الفعل للنبى أيضا فيما إذا دخل فى ذلك العنوان و هذا من حكم الشرع يشترك فيه النبى و أمته و اما إذا

لم يدخل في ذلك العنوان فلا يجوز له كما لا يجوز لغيره والأحكام المختصة بالنبي (ص) في الشرع معدود و معروف. و ما قيل من أنه يجوز كل تصرف للنبي (ص) في نفس الغير و ماله و لكن من جهة الأسباب الشرعية المقررة لجواز تلك الأفعال مثلا يجوز له الاستمتاع بزوجة الغير بعد طلاقها و نكاحها بعد انقضاء عدتها فمرجعه الى ولايته على التصرفات الاعتبارية فقط كما لا يخفى. و كذا دعوى كونه (ص) اولى بالتصرفات الاعتبارية التي يجوز للمؤمن أو الحقوق الثابتة له من حق القصاص و حق أخذ الدية و المطالبة بالدين فإنه لا أظن لأحد الالتزام بأن للنبي القصاص إذا تركه ولي الميت و لم يطالب به أو أبر المديون عن دينه مع مطالبة الدائن.

□
و قد ورد في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام قال أمير المؤمنين (ع) إذا حضر سلطان من سلطان الله جنازة فهو أحق بالصلاة عليها ان قدمه ولي الميت و الا فهو غاصب (١) نعم التصرفات العامة أو الخاصة المعبر عنهما بالأمر الحسينية و التي يرجع فيها كل قوم إلى رؤسائهم على ما يأتي يكون بيد النبي (ص)

(١) الوسائل الجزء (٢) الباب (٢٣) من أبواب صلاة الجنازة الحديث (٤)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣

و اما العقل القطعي (١)

و الامام (ع) لكون النبي (ص) و الامام (ع) من بعده ولي الأمر و هذه الأمور من شئون ولي الأمر كما يستفاد ذلك ما ورد في خصوص الحدود و التعزيرات و غيرهما و يقتضيه أيضا ما يأتي في بيان الأمور الحسينية.
و اما الاستدلال على ولايته (ص) على التصرف على أموال الناس بقوله (ص) في قضية سمرة بن جندب للأنصاري اذهب فاقلعها و ارم بها وجهه فلا يمكن المساعدة عليه حيث لا دلالة في الحديث على عدم ضمان الأنصاري النخلة التي قلعها و انما يدل على جواز قلعها و يمكن ان يكون الوجه في جوازه ان حرمة إتلاف مال الغير مع وجوب التحفظ على العرض في الفرض كانا متراحمين و بما ان وجوب التحفظ على العرض لو لم يكن أهم من حرمة الإتلاف بالقلع فلا-ريب في عدم كون حرمة الإتلاف أهم فيجوز في مقام التراحم رعاية التحفظ على العرض.

و الحاصل ان ما ذكر (ص) لسمرة لا يخرج عن بيان الحكم الشرعي و لذا عنون في الوسائل الباب بان من كانت له نخلة في حائط الغير و فيه عياله فأبى أن يستأذن و ان يبيعها جاز قلعها و دفعها اليه و لو كان الحكم الولاية في المال لكان الأنسب تملك النخلة من الأنصاري تحفظا على ضياع المال و التعليل بنفي الضرر راجع الى المنع عن الدخول بلا استئذان كما لا يخفى.

(١) و المستقبل ما يستقل به العقل مع قطع النظر عن حكم الشرع بخلاف العقل غير المستقل فإنه يكون تتبع حكم الشرع. و تقرير الأول في المقام ان الامام (ع) منعم أي ولي النعمة فإنه ببركة وجوده تنزل السماء مطرها و تسكن الأرض لسكانها و تجرى الشمس و القمر بحسبانها و ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤

.....

□
كان كل ذلك بمشيئته العلي القدير إجلالهم صلوات الله عليهم و إذا كان الامام منعما فيجب معرفته و طاعته لأن في مخالفته و ترك معرفته احتمال الضرر كما ذكر ذلك في معرفة الله و رسوله و وجوب طاعتها.
و اما غير المستقل فإنه وجب في الشرع اطاعة الوالدين و إذا اقتضت الأبوة و وجب طاعة الأب على ابنه في الجملة أي في غير الموارد

التي يكون طاعته فيها معصية لله سبحانه كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الامام على الرعية باعتبار ان حقها أعظم من حق الأبوة. ولكن لا يخفى ان الوجهين من حكم العقل على تقدير عدم المناقشة في الثاني بأنه من القياس الظني و في الأول بأن احتمال الضرر في ترك معرفة الامام و طاعته كاف لا حاجة الى إثبات كونه ولي النعم كما ذكر مقتضاهما وجوب طاعة الامام على الرعية لا نفوذ تصرفاته في أموال الناس كما لم يكن هذه الولاية للوالد على مال ابنه على ما تقدم.

ولا- يخفى أيضا ان وجوب طاعة الوالد على الولد غير ثابت بل الثابت حرمة عقوق الوالدين فقط فلا بأس بتركها فيما إذا لم يكن ترك طاعة الوالد إيذاءه و تألمه كما إذا ترك طاعته في مورد لا يعلم الوالد بذلك.

و المتحصل إلى هنا ان الواجب على الرعية اطاعة الرسول و الأئمة عليهم السلام في أوامرهم و نواهيهم سواء كان الأمر و النهي من قبيل الحكم الشخصي أو الحكم العام بالإضافة إلى عامة المسلمين أو طائفة منهم و حتى الأمر و النهي من المنصوب من قبلهم عليهم السلام كالوالى و الحاكم فيما إذا لم يكن الأمر و النهي من الوالى أو الحاكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥

بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة (١)

مخالفا على موازين الأحكام الثابتة في الشرع حيث لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق و المنصوبين من قبلهم عليهم السلام داخل في عنوان أولوا الأمر في الآية المباركة. و ما ورد في تفسيرها من ان المراد منهم هم الأئمة عليهم السلام لا- ينافي ذلك فإن طاعة المنصوب من الرسول (ص) و الامام (ع) طاعة للنبي و الامام.

ثم ان ترك طاعة النبي أو الإمام (ع) ان كان بعنوان الخروج عليهم فذلك موجب لسقوط احترام نفس الخارج سواء كان الخروج للعناد و النصب للإمام (ع) أو لغير ذلك من الدواعي كما يظهر ذلك بملاحظة الحوادث الواقعة في زمان النبي (ص) و خلافة على (ع) غاية الأمر إذا كان الخروج للنصب و العداوة فهو موجب للكفر أيضا و إذا كان بداع آخر غير النصب فكونه موجبا للكفر غير ثابت.

نعم إذا قتل في الحرب مع الإمام أو المنصوب من قبله لا يجب تجهيزه كما يشهد لذلك ملاحظة الغزوات الحوادث الواقعة في زمان خلافة على (ع).

و التمسك في إثبات كفرهم بعموم ما دل على تجهيز كل ميت مسلم بدعوى ان أصالة عمومهم بضميمة العلم بعدم وجوبه في قتلى الخوارج و غيرهم يكشف عن كفرهم لا يمكن المساعدة عليه لما تقرر في محله من انه لا اعتبار بالعموم فيما إذا أحرز خروج الشيء عن حكم العام و دار الأمر بين ان يكون الخروج بنحو التخصص أو التخصيص.

و اما إذا كان ترك الطاعة كترك طاعة الله و لمجرد الاحتراز عن كلفة التكليف يكون ذلك من مجرد المعصية نظير المعصية في تكاليف الشرع.

(١) المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة على شخص معين المعبر عنها بالأمر الحسينية هي التي علم من الشرع العمل بها و عدم جواز تركها و ان التكليف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦

أما الولاية على الوجه الأول (١)

بها لم يتوجه الى الشخص معين و لا تكون من الواجب الكفائي لتكون مطلوبة على كل أحد كالتصرف في أموال القصر من الذين ليس لهم أولياء و الموقوفات العامة التي لم يعين المتولى لها من قبل الواقفين أو قام الدليل على كونها بيد ولي أمر المسلمين و

الحاكمين كإقامة الحدود و التعزيرات و التصديق لجميع الحقوق الشرعية و صرفها لمواردها و التصدي لتنظيم أمر جوامع المسلمين و بلادهم.

و لو فرض الشك في اعتبار الرجوع فلا- بد من الاحتياط و الرجوع الى اذن الامام (ع) و لا- يمكن التمسك بإطلاق دليل ذلك التصرف سواء كان على الجواز أو المنع كما لا- يمكن الرجوع الى أصالة البراءة عن الاعتبار لأذن المفروض تمكن المكلف على الرجوع اليه (ع) و مع إمكان الفحص عن المخصص أو المقيد لا يمكن التمسك بالإطلاق أو العموم فضلا عن الأصل العملي. و ما ربما يظهر من عبارة المصنف (ره) من اختصاص عدم الجواز بالأصول العملية فيه ما لا يخفى.

(١) يقع الكلام في المقام في ان الولاية الثابتة للنبي و الأئمة عليهم السلام تثبت للفقهاء العادل في زمان الغيبة أم لا فقد يقال نعم و يستدل عليه بروايات واردة؟؟؟

العلماء منها عن الصدوق (ره) في عيون الاخبار عن الرضا من آباءه عليهم السلام قال قال رسول الله (ص) اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرات فقيل له يا رسول الله و من خلفائك قال الذين يأتون من بعدى و يروون عنى أحاديثي و سنتي فيعلمونها الناس من بعدى و رواه في معاني الاخبار عن أبيه عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن يعقوب بن عيسى بن عبد الله العلوي عن أبيه عن جده عن علي مثله.

و في المستدرک عن صحيفة الرضا بإسناده عن آباءه عليهم السلام قال قال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧

.....

رسول الله (ص) اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرات قيل له يا رسول الله و من خلفائك قال الذين يأتون من بعدى و يروون أحاديثي و سنتي و يعلمونها للناس من بعدى.

و عن القطب الراوندى في كتاب لب اللباب عن النبي (ص) قال رحمة الله على خلفائي قالوا و من خلفائك قال الذين يحيون سنتي و يعلمونها عباد الله و من يحضره الموت و هو يطلب العلم ليحيى به الإسلام فيبينه و بين الأنبياء درجة.

و عن السيد هبة الله نقلا عن الأربعين لقطب الراوندى عن أمير المؤمنين (ص) قال أدلكم على الخلفاء من أمتي و أصحابي و من الأنبياء قبلي هم حملة القرآن و الأحاديث عنى و عنهم فى الله و الله عز و جل و من خرج يوما فى طلب العلم فله أجر سبعين نيا.

أقول هذه الرواية و ان كانت على نقل العيون و معاني الأخبار مسندة الا انه فى سندها ضعف لان سند العيون هو اسناد إسباغ الوضوء و سند معاني الأخبار فيه عيسى بن عبد الله العلوي عن أبيه مع انه لم يعلم ان يعقوبى هو داود بن علي الهاشمي و المنقولات فى المستند مراسلات.

و دعوى ان هذه الرواية لكثرة طرقها لا يخرج عن بعض المراسيل التي يعمل بها الأصحاب كمراسيل ابن ابى عمير لا يمكن المساعدة عليها أو لا فان المراسيل لا يعمل بها حتى مراسيل ابن ابى عمير و ثانيا على تقدير العمل بمراسيل ابن ابى عمير فهو لشهادة الشيخ و غيره بأنه لا يرسل الا عن ثقة و مع الغمض عن أمر السند فداليتها على الولاية للعلماء بالمعنى المتقدم ممنوعة فإن النبي (ص) و ان كان له منصب زعامة الدينية بمعنى بيان أحكام الشرع و منصب الزعامة الدنيوية بمعنى كونه زعيما للمسلمين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨

.....

بالمعنى المتقدم الا ان هذه الرواية و أمثالها ناضرة إلى الخلافة أى مرتبة من الزعامة الدينية بمعنى نشر الأحكام و إبلاغها للناس و يشهد لذلك ما فى ذيلها من قوله يروون أحاديثي و يعلمونها للناس و أجر التعليم.

و دعوى كون ذلك من باب المعرف للولى حيث ان المعروف و المتيقن من معنى الخلافة هى الزعامة الدينوية لا يمكن المساعدة عليها فإنه قد عطف فى بعض النقل على الأمة أصحابه و من الظاهر انه لم يكن لأصحابه ولايه على المؤمنين بالمعنى المزبور ليكون العلماء من غيرهم أيضا خلفاء بالمعنى المزبور.

□ ومنها رواية على بن أبى حمزة قال أبى الحسن (ع) موسى بن جعفر يقول إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة و بقاع الأرض التى يعبد الله عليها و أبواب السماء التى كان يصعد فيها بأعماله و ثلم فى الإسلام ثلثة لا يسدها شىء لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها (١) و هذه الرواية ضعيفة فى سندها و دلالتها.

اما سندها فان على بن أبى حمزة كذاب متهم كما عن ابن فضال و معه لا عبرة بوقوعه فى سند كامل الزيارات أو تفسير على بن إبراهيم حيث ان وقوعه فى سندهما لا يزيد عن التصريح بتوثيقه الذى يسقط عن الاعتبار بالمعارضة و كذا الحال فى توثيق الشيخ (ره) فى كتاب العدة و قال لأجل ذلك عمل الطائفة باخباره فإنه مع معارضته ما عن ابن فضال و غيره لا يمكن الاعتماد عليه مع ان المتبع فى كلمات الأصحاب لا يجد موارد العمل بروايته فيما إذا انفرد.

و ما عن ابن الغضائرى فى ترجمة ابنه الحسن من أن أباه أوثق منه لا يوجب توثيقه

(١) أصول الكافى ج ١ باب فقد العلماء ص ٣٨ الحديث (٣).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٩

.....

□ لان الكتاب المزبور لم يثبت انه لحسين بن عبيد الله الغضائرى أو ابنه لأن النجاشى لم لم يذكر أن لشيخه كتاب الرجال مع انه اعرف بحاله و كتابه موضوع لذكر كتب مشايخه و غيرهم كما انه لم يذكر ذلك الشيخ أو غيره من أصحاب الرجال و من المحتمل ان يكون الكتاب المزبور وضعه بعض المخالفين و نسبه الى ابن الغضائرى.

هذا أولا:

و ثانيا انه ذكر فى الكتاب المزبور فى ابنه الحسن أنه ضعيف و أبوه أوثق منه فيكون ظاهر الكلام المزبور ان ابنه الحسن أضعف من أبيه.

□ و اما ضعف الدلالة فإن كون الفقهاء حصونا للإسلام فمقتضاه كونهم رادعين عن التحريف و التأويل فى أحكام الشرع فإن الإسلام فى نفسه عبارة عن الأحكام و القوانين المجعولة من الشرع و الرئاسة العامة و ثبوت الولاية له كولاية الرسول (ص) و الامام (ع) لا يستفاد منها بوجه كما لا يخفى.

□ و منها معتبرة السكونى عن ابى عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخل فى الدنيا قيل يا رسول الله و ما دخولهم فى الدنيا قال اتباع السلطان فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «١» فإنه قد يقال انه يستفاد منها ان العلماء أمناء الرسل فى جميع الشئون المتعلقة بهم صلى الله عليهم أجمعين و أوضحها الزعامة على الأمة و ليس شأن رسول الله ذكر الأحكام فقط ليكون الفقيه أمينا فيه فقط.

و فيه ان الأمين يطلق على حافظ الشىء ليرده على صاحبه أو من يأمر صاحبه برده اليه

(١) أصول الكافي ج ١ باب المستأكل بعلمه و المباهى به الحديث (٥).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٠

.....

و هذا بالإضافة إلى الأحكام الشرعية ظاهر فان حافظ الأحكام العالمين بها كلاً أو بعضها و إبلاغها و تعليم الجاهلين بها و المستفسرين من وظيفة العلماء.

و اما الزعامة العامة فعلى تقدير ثبوتها لجميع الرسل فليس حفظها من وظيفة العلماء فقط بل كل المسلمين مكلفه بالحفظ لها و عدم وصولها إلى أيدي الخونة و الجائرين و إقرارها لمن قرر الشارع لخلفائه من بعده و كذا الحال بالإضافة إلى بسط العدالة الاجتماعية. و بعبارة أخرى الحديث ناظر الى كون العلماء حافظا للشرع من التلف و عدم وصولها إلى عامة الناس و المستفسرين عنها كما يشهد بذلك ما فى ذيله فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم و منها التوقيع المروى عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد ابن يعقوب عن إسحاق بن يعقوب قال سألت محمد بن عثمان العمري ان يوصل لى كتابا قد سألت عن مسائل أشكلت على فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (ع) أما ما سألت عنه أرشدك الله و ثبتك الله ان قال و اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله و أما محمد بن عثمان العمري فرضى الله عنه و عن أبيه من قبل فإنه ثقتى و كتابه كتابى «١».

و هذا التوقيع ضعيف من جهة سنده بإسحاق بن يعقوب حيث انه مجهول و فى جهة دلالة حيث ان المراد بالحوادث غير ظاهر فإنها وردت فى الكلام المنقول عن الامام (ع) مسبقا بالسؤال الذى لم يصل إلينا فلعل كان فى السؤال قرينه على إرادة

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١١) من أبواب وجوب الرجوع الى رواة الحديث الحديث (٩)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣١

.....

الاستفسار عن الوقائع التى يحتاج فيها الى الحاكم لرفع الخصومة و فصل النزاع فيكون التوقيع مساوقا لما دل على وجوب إرجاع المنازعات الى رواة الأصحاب و لا ينافى ذلك ما ذكره المصنف (ره) من القرائن على عدم ارادة وجوب تعلم الأحكام و هى ان الأمر بالرجوع فى نفس الحوادث لا فى أحكامها و ان تعليقه (ع) وجوب الرجوع إليهم بأنه حجته عليهم و انه (ع) حجة الله مقتضاه التولية و إعطاء الولاية للرواة و لو كان المراد تعلم الأحكام الشرعية لكان التعليل بأنهم حجج الله عليكم أنسب و ان تعلم الأحكام الشرعية من الرواة من ضروريات الإسلام من السلف الى الخلف فلا مورد لسؤال مثل إسحاق بن يعقوب عنه و جعله من المسائل المشككة عليه هذا.

مع انه كما ذكرنا لم يظهر حال إسحاق بن يعقوب ليقال انه يبعد سؤاله عن طريق تعلم الأحكام الشرعية و جعله من المسائل المشككة عليه كيف و قد وقع السؤال عن طريق تعلمها و ممن يؤخذ معالمها فى غير واحد من الروايات.

أضف الى ذلك ان تعليل الإرجاع إلى رواة الحديث بأن الرواة حجته (ع) عليهم و الامام (ع) حجة الله لا يقتضى ان يكون الحديث ناظرا إلى الولاية العامة بل يمكن ان يكون ناظرا الى القضاء و تعلم الأحكام فان الحجة ما يحتج به فالإمام (ع) يحتج بما ذكر للرواة و الرواة بما ذكر و العامة الناس و التفرقة الواردة فى الرواية يمكن ان يكون بهذا الاعتبار و الا فكل من الولاية و الاعتبار على تقديرهما ثابت بأصل الشرع.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى الاستدلال على ولاية الفقيه بما ذكر فى مقبولة عمر بن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٢

.....

حظله من قوله (ع) فإنه قد جعلته حاكما فإنه لا يستفاد منه الا ثبوت منصب القضاء و الحكم للفقيه و قد يستدل على ثبوت الولاية العامة للفقيه برواية إسحاق بن عمار عن ابي عبد الله (ع) قال قال أمير المؤمنين (ع) لشريح يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبي أو وصى نبي أو شقى «١».

و وجه الاستدلال ان منصب القضاء ثابت للفقيه و إذا لم يكن الفقيه شقيا و نيبا يكون وصيا لا محالة و مقتضى كونه وصيا ثبوت الولاية له و لكن لا يمكن المساعدة على الاستدلال المزبور لما تقرر في الأصول انه إذا علم عدم ثبوت حكم العام لفرد و شك في كونه بنحو التخصيص أو التخصص فلا اعتبار بأصالة العموم أو الإطلاق و الحصر المزبور في الرواية مقتضاه عدم جواز القضاء لغير النبي و الوصى و قد علم بجواز القضاء للفقيه العادل و يدور الأمر بين كونه بنحو تخصيص المفهوم أو التخصص فلا يمكن إثبات كونه بنحو و دخول الفقيه في عنوان الوصى.

أضف الى ذلك انه لا- طريق لنا إلى إثبات ان كل الأنبياء كان لهم الولاية العامة فضلا عن وصيهم و الرواية المزبورة و ان كانت ضعيفة سندا الا انه بمضمونها صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله (ع) قال اتقوا الحكومة فإن الحكومة انما هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين لنبي أو وصى «٢» نبي و لكن في نسخة كنى و على تلك النسخة فلا دلالة فيها على الحصر. و المتحصل لو كانت للرواية المزبورة أو الصحيحة دلالة فهي عدم جواز القضاء و الحكم لغير النبي أو الوصى و الفقيه العادل كما لا يخفى.

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (٣) من أبواب صفات القاضي الحديث (٢)

(٢) الوسائل الجزء (١٨) الباب (٣) من أبواب صفات القاضي الحديث (٣)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٣

.....

و منها ما عن تحف العقول مجارى الأمور و الأحكام بيد العلماء «١» حيث ظاهره التشريع أى فليكن مجارى الأمور و الأحكام بيد العلماء.

و بتعبير آخر الأحكام غير الأمور و كون الثانى عطفًا تفسيريا للأول خلاف الظاهر فيكون مقتضى الحديث ان الولاية و حق التصدى للأمر و الأحكام بيد العلماء.

أقول لو كان المراد من الحديث ما ذكر لكان الحديث للأمر و الأحكام بيد العلماء إذ لا حاجة الى إضافة المجارى ليجتاج فى معناها الى التكلف بل ظاهر الحديث بملاحظة ما قبله و بعده بأن أمور الله و مناصبه التى وقعت بأيدى غير أهلها مجاريا بيد العلماء بمعنى انهم لو أظهروا الحق و لم يفرقوا عنه و لم يختلفوا فى السنة بعد البينة لكانت جارية فى مجراها و كان المتصدى لها أهلها المقرر لها فى السنة.

هذا مع ضعف الرواية سندا و منها مرسله التحرير عن رسول الله (ص) علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل «٢» و فيه ان الكلام المزبور بيان فضيلة العلماء و مقامهم عند الله لا تشريع الولاية الثابتة للأنبياء للعلماء مع ان ثبوت الولاية كما تقدم لكل واحد من أنبياء بنى إسرائيل غير ظاهر و ان إرساله و لو مع تمام ظهوره يمنع عن الاعتماد عليه.

و منها قوله (ع) في نهج البلاغة أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤا به ان أولى الناس بإبراهيم للذين اتبعوه الآية.

(١) المستدرک الجزء الثالث الباب (١١) الحديث (١٧)

(٢) المستدرک الجزء الثالث ص ١٨٩ الحديث (٣٠)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٤

.....

أقول الظاهر ان المراد بأولى الناس أقرهم منزلة إلى الأنبياء كما هو المراد من قوله سبحانه **أُولَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ** الآية و لو كان المراد التصدي بمناصب الأنبياء لكان مقتضاه ثبوت الولاية للأئمة عليهم السلام حيث انهم سلام الله عليهم اعلم الناس بحسب العصور و بما جاء به الأنبياء و في ذيل الكلام المزبور ان ولي محمد (ص) من أطاع الله و ان بعدت لحمته و ان عدو محمد بن عصى الله و ان قربت قربته.

و منها صحيحة القداح عن ابي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة و أن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به و انه يستغفر لطالب العلم من في السماء و من في الأرض حتى الحوت في البحر و فضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليلة البدر و ان العلماء ورثة الأنبياء ان الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن ورثوا العلم فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر «١» و وجه الاستدلال ان كون العلماء ورثة الأنبياء مقتضاه وقوع ما ترك الأنبياء بيدهم سواء كان علما و أحاديث أو الولاية على الأمة.

لا يقال ظاهر الرواية انحصار تركه الأنبياء بالعلم و الحديث بمعنى ان شأن النبي ان يكون تركته علما لا مالا. فإنه يقال لا- دلالة للرواية على الانحصار و التصريح بالعلم في الرواية باعتبار كونها واردة في مقام الترغيب اليه لا يقال لم يعلم ان الولاية على الأمة مما تركها الأنبياء حتى يرثها العلماء فإنه يقال يشهد لكون الولاية مما تركها قوله (ع) و أرى تراثي نهباً.

(١) أصول الكافي ج ١ باب ثواب العالم و المتعلم الحديث ١.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٥

.....

أقول لو سلم ان الولاية داخله فيما تركه الأنبياء فلا يستفاد من الرواية كيفية إرثها و أنها تنتقل الى كل من العلماء أو أنها تختص بأعلمهم كاختصاص إرث الحبة بالولد الأكبر و بتعبير آخر ظاهر الرواية ان كلا من العلماء يرث النبي (ص) و اما مقدار إرثه و كيفية إرثه فلا يستفاد منها فمن المحتمل اختصاص الولاية بأعلمهم كما ذكرنا ذلك في بيان قوله (ع) أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤا به فتكون الولاية منتقلة إلى أئمة الاطهار حيث انهم سلام الله عليهم اعلم الرعية في كل عصر.

و مما ذكرنا يظهر الحال في رواية أبي البختری عن ابي عبد الله (ع) قال ان العلماء ورثة الأنبياء و ذلك ان الأنبياء لم يورثوا درهما و لا دينارا و انما أورثوا أحاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ حظا وافرا «١» و التقريب ما تقدم من ان انحصار تركتهم بالأحاديث إضافي و الجواب أيضا ما ذكر.

أضف اليه ضعف هذه الرواية سندا فتحصل انه لا دلالة في هذه الاخبار على ثبوت الولاية الثابتة للنبي و الأئمة عليهم السلام للفقهاء لا في زمان حضورهم و لا في زمن الغيبة.

ان قلت كيف يصح القول بأن النبي (ص) و الأئمة عليهم السلام لم يتعرضوا للزعامة في زمان الغيبة و ان يتركوا المؤمنين حيارى مع ان الدين الإسلامى متكفل لاحكام غير العبادات و المعاملات من السياسات التى يكون الغرض منها تنظيم الأمور الاجتماعية للمسلمين و بسط العدالة الإسلامية فى بقاع الأرض.

فإنه يقال عدم استفادة الولاية العامة للفقهاء من الروايات المتقدمة لا يوجب

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (٨) من أبواب صفات القاضي الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٦

.....

ذلك حيث يمكن ان يكون عدم التعرض للوظيفة فى ذلك الزمان لعدم حاجة الناس فى عصرهم الى بيانه عليهم السلام و انه كان أنسب لرعاية التقية التى كانوا يعيشون حالها و إيكال الأمر و تشخيص الوظيفة إلى فقهاء زمان الغيبة حيث يتمكنون ببركة القواعد الشرعية و الخطابات العامة على كيفية تنظيم الأمور الاجتماعية و تعيين الوظيفة فيها.

و على ذلك فينبغى الكلام فى موضعين - الأول ما إذا تصدى أمر المسلمين من ليس أهلا له كما فى غالب بلاد المسلمين فى عصرنا الحاضر الثانى - ما إذا أراد التصدى لأمر المسلمين من يكون صالحا للتصدي لتنظيم أمورهم و رعاية مصالحهم اما المقام الأول فما لا ينبغى الريب فيه ان الشارع لا يرضى بتصدي الظالم الفاسق لأمر المسلمين لا سيما إذا كان ذلك الظالم آله بيد الكفار فى تضعيف الإسلام و أهل الايمان و ترويج الفسق و الفجور ليلحق المسلمين و لو تدريجا بركب الكفار فى رسومهم و عاداتهم و هدم ما أتعب النبي (ص) و الأئمة عليهم السلام و الصالحين و الشهداء من المسلمين فى تشييد أركان الدين و تطبيق أحكامه على نظم بلادهم.

و الحاصل نهى الشارع عن الركون الى الظالم و الأمر بالاعتصام بحبل الله و الأمر بالكفر على الطاغوت و أولياء الشيطان و الأخذ بولاية الله سبحانه و رسوله و تمكين الناس من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و غير ذلك شاهد صدق بان على المسلمين قطع أيدي الظلمة عن المؤمنين و بلادهم مع التمكن عليه حيث انه لو أمكن ذلك بالمقدمات التى غير محرمة فى نفسها فهو و اما إذا توقف ذلك على ارتكاب محرم فى نفسه فلا بد من ملاحظة الأهمية بين المتراحمين و لا ريب فى ان الظالم المزبور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٧

.....

إذا كان بصدد هدم الحوزة الإسلامية و إذلال المؤمنين و ترويج الكفر و تسلط الكفار على المسلمين و بلادهم يكون على المسلمين أخذ القدرة من يده و إيكالها الى الصالح فإنه أهم و لو مع توقفه على بعض المحرمات بعنوانه الاولى حتى القتال مع العلم بالظفر و الاطمئنان بأخذ القدرة من يده كل ذلك تحفظا على الحوزة الإسلامية و دفاعا عن المسلمين و اعراضهم و بلادهم من دنس الكفر و الضلال و الفساد هذا كله بحسب الكبرى، و اما بحسب الصغرى فإن أحرز فقيه حال الظالم و انه بصدد إذلال المسلمين و تسليط الكفار عليهم و على بلادهم و الصدمة على أعراضهم و أموالهم و حكم بحكم على طبق إحرازه فننوذ حكمه و ان كان مبنيا على نفوذ الحكم الابتدائى للفقهاء العادل الا انه إذا اعتقد الناس به و حصل لهم الجزم بصحة إحرازه و لو مع القرائن يثبت الحكم المتقدم.

و لا يخفى ان ما ورد فى بعض الاخبار من الأمر بإلزام البيت و الصبر الى خروج السفينانى و غيره من العلامات الخروج القائم (ع) لا ينافى ما ذكرنا فان المراد من تلك الروايات أمر الناس بعدم الاستجابة لمن يدعو من أهل بيت النبي (ص) الخلافة لنفسه و ان الأئمة عليهم السلام لا يتصدون لأمر الخلافة و الوصاية للنبي (ص) الى ذلك الزمان و من يدعو الناس الى الخروج انما يريد الخروج لنفسه

لا للإمام (ع) و ان لخروجه وقتا محدودا لا بد من انتظاره و اما قضية الدفاع عن الحوزة الإسلامية في زمان الغيبة و التصدى للأمر العامة للمسلمين تحفظا على أعراضهم و أموالهم و تمكين الناس من الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و إسقاط الفسقة و الفجرة عن القدرة و إيكالها على من هو صالح للتصدي لها حسب من غير ان يدعى المتصدي الوصاية و الخلافة لنفسه فليس فيها نظر الى ذلك فلا حظها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٨

.....

و يزيد وضوحا كون تلك الروايات غير ناظرة إلى صورة الهجوم على الحوزة الإسلامية معتبرة^١ يونس عن ابى الحسن الرضا (ع) قال قلت له جعلت فداك ان رجلا- من مواليك بلغه ان رجلا- يعطى السيف و الفرس فى سبيل الله فأتاه فأخذهما منه و هو جاهل بوجه السبيل ثم لقيه أصحابه فأخبروه ان السبيل مع هؤلاء لا يجوز و أمره بردهما فقال فليفعل قال قد طلب الرجل فلم يجده و قيل له قد شخص الرجل قال فليربط و لا يقاتل قال ففى مثل قزوين و الديلم و عسقلان و ما أشبه هذه الثغور فقال نعم فقال له يجاهد قال لا الا ان يخاف على ذرارى المسلمين فقال أ رأيتك ان الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغى لهم ان يمنعهم قال فليربط و لا يقاتل و ان خاف على بيضة الإسلام و المسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه و ليس للسلطان قال قلت فان جاء العدو الى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع قال يقاتل عن بيضة الإسلام لا عن هؤلاء لأن فى دروس إسلام دروس دين محمد (ص) «١» و ظاهرها كما ترى عدم البأس بالقتال مع من يكون استيلائه على المسلمين و بلاده موجبا لضعف الإسلام و انهزام معالمة.

بلا فرق بين زمان الحضور و الغيبة كما لا يخفى.

الموضع الثانى - فنقول لا ينبغى الريب فى ان تهيئة الأمن للمؤمنين بحيث يكون بلادهم على أمن من كيد الأشرار و الكفار من أهم مصالحهم و المعلوم وجوب المحافظة عليها و ان ذلك مطلوب للشارع فان تصدى شخص صالح لذلك بحيث يعلم برضاء الشارع بتصديه كما إذا كان فقيها عادلا بصيرا أو شخصا صالحا كذلك مأذونا من الفقيه العادل فلا يجوز للغير تضعيفه و التصدى لإسقاطه عن القدرة حيث ان

(١) فروع الكافى الجزء (٣) ص ٢١

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٣٩

.....

تضعيفه إضرار للمؤمنين و نقض للغرض المطلوب للشارع بل يجب على الآخرين مساعدته و تمكينه فى تحصيل مهمته و من المساعدة عليه التبرع فى الجيش الذى يمهد له حفظه الثغور و الدخول فى القوى التى أو كل إليهم حفظ الأمن الداخلى المأخوذ على عاتق الناس حسب و يشبه المقام ما إذا وضع فقيه عادل يده على مال اليتيم أو على المال الوقف الذى لا متولى له فإنه لا يجوز للغير ممانعته و تهيئة المقدمة لوضع يد نفسه عليها غاية الأمر ان وجه عدم الجواز فى الثانى حرمة التصرف فى تلك الأموال و فى الأول لكونه تضعيفا لحوزة المسلمين و إخلالا لأمر انتظام بلادهم و أمنهم كما لا يخفى.

ثم انه إذا وقف تأمين نظام البلاد على تحصيل المال كالزكاة حيث يجوز صرفها على تحصيل الأمن و نظام البلاد و جب إيصالها اليه مع احتياجه و مطالبته بها بل لو طالب المال تبرعا فى صورة احتياجه و جب على الناس الاستجابة كل ذلك تمكينا للمتصدي من المال اللازم لتهيئة أمن البلاد و تأمين الحوائج العامة التى تصدى لتأمينها كما ان للمتصدي تحصيل المال بإخراج المعادن من الأراضى

المباحة و وضع اليد على الغابات و نحوها و يكون كل هذه الأموال ملكا للحكومة الإسلامية نظير ملك المال للعناوين و لا يدخل في ملك شخص المتصدى غاية الأمر يكون للمتصدى الولاية في التصرف في تلك الأموال ليصرفها في الموارد التي يتوقف عليه نظام البلاد و تأمين حوائج أهلها.

و لا يبعد أيضا أن يقال بوجوب اطاعة المتصدى المزبور في الأمور الراجعة إلى الجهات التي أشرنا إليها أخذا بقوله سبحانه أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٠

.....

و ما ورد في تفسيره من ان المراد بأولى الأمر الأئمة عليهم السلام لا ينافى ذلك حيث ان ذلك لنفى ولاية ولاية الجور و أنهم عليهم السلام هم أولوا الأمر لا المشار إليهم.

و لا يخفى ان كل تصرف لا يخرج عن حدود التحفظ على حوزة الإسلام و المسلمين نافذ من المتصدى لأمر المسلمين فيما إذا كان مقتضى الأدلة الأولية جوازه كتهيئة مراكز الثقافة لنشر العلوم و بسط الرفاه الاجتماعي و ان كل تصرف يكون مقتضى الأدلة عدم جوازه كالتصرف في بعض أموال آحاد الناس و أخذه قهرا عليهم و أمثال ذلك فلا يدخل في ولاية المتصدى حتى فيما إذا اعتقد المتصدى أو وكلائه جوازه لبعض الوجوه الا فيما أشرنا إليه سابقا كما يجوز لسائر الفقهاء التصدى لبعض الأمور الحسينية فيما إذا لم يكن التصدى لها مزاحمة و تضعيفا لمركز المتصدى للزعامة كنصب القيم للتييم و التصدى لتجهيز ميت لاولى له و نحو ذلك و الله سبحانه هو العالم.

ثم ان من الأمور التي يقوم بها الفقيه كما أشرنا سابقا اجراء الحدود و التعزيرات فإنه كما ذكرنا سابقا انه لا يجوز لكل أحد إقامتها على ما يستفاد من بعض الروايات بل يظهر منها ان ذلك للإمام كحسنه الحسين بن أبي العلاء «١» و المراد من الامام من اليه الحكم سواء كان المعصوم (ع) أو نائبه الخاص أو الفقيه الذي يصح له الحكم كما يدل عليه معتبرة حفص بن غياث قال سألت أبا عبد الله (ع) من يقيم الحدود السلطان أو

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (١٧) الحديث (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤١

.....

القاضي فقال اقامة الحدود الى من اليه الحكم «١».

و يؤيده مثل رواية على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (ع) قال سألت عن يهودى أو نصرانى أو مجوسى أخذ زانيا أو شارب خمر ما عليه فقال يقال يقام عليه حدود المسلمين إذا فعلوا ذلك في مصر من أمصار المسلمين أو في غير أمصار المسلمين إذا رفعوا الى حكام المسلمين «٢».

و اما الالتزام بعدم تصدى لإجراء الحدود و التعزيرات لغير الامام (ع) بما فى دعائم الإسلام و الأشعثيات عن الصادق (ع) عن آبائه عن على (ع) لا يصلح الحكم و لا الحدود و لا الجمعة إلا بإمام فلا يمكن المساعدة عليه فإنه أولا لم يظهر المراد من الامام انه المعصوم (ع) فقط بل المراد منه يعم الفقيه العادل بقريته نفوذ حكمه و ثانيا ان رواية دعائم الإسلام لإرساله لا يمكن الاعتماد عليه.

و اما الأشعثيات التي بأيدينا و أخذ الرواية منها لم يعلم أنه كتاب محمد بن محمد بن الأشعث الذى وثقه الشيخ النجاشى و قال له

كتاب الحج المذكور فيه ما روته العامة عن جعفر بن محمد عليهما السلام في الحج إذ ما بأيدينا مشتمل على أكثر أبواب الفقه. وكذلك لم يعلم ان ما بأيدينا ما ذكر الشيخ النجاشي و الشيخ الطوسي في ترجمة إسماعيل بن موسى بن جعفر عليهم السلام ان له كتباً يرويها عن أبيه عن آباءه منها كتاب الطهارة إلى آخر ما ذكره حيث لم يظهر أن ما بأيدينا هي تلك الكتب مع ان الموجود بأيدينا يختلف عن تلك الكتب و من المحتمل ان تلك الكتب لم تصل حتى الى

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (٢٨) الحديث (١).

(٢) الوسائل الجزء (١٨) الباب (٢٩) الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٢

نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة أدائهما (١) ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات (٢)

الشيخ الطوسي ره و لذا لم يذكر في كتابيه عنه رواية.

(١) بأن يستنبط الفقيه المطالب بالزكاة أو الخمس من الأدلة الشرعية اعتبار دفعهما الى الفقيه و انه لا يصح دفعهما بدون ذلك مطلقا أو بعد مطالبة الفقيه فإن العامى إذا أحرز تعين تقليده ابتداء كما إذا كان اعلم من الآخرين أو تخيرا كما إذا كان في رتبة الآخرين يجب إيصالهما اليه مطلقا أو بعد اختياره و هذا في غير مورد الكلام فان مورد ولاية الفقيه و ان أمر الفقيه و حكمه نافذ كحكم الامام (ع) مع قطع النظر عن إفتائه.

(٢) يعنى مقتضى التوقيع وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثة و العمل فيها إلى الرواة سواء كانت الواقعة من الأمور الحسينية أو غيرها من موارد القضاء و نحوها كما ان ما ورد من ان كل معروف صدقة «١» مقتضاه مشروعية العمل بالمعروف و جواز استقلال كل أحد به سواء كان من الأمور الحسينية أو من المستحبات و الواجبات الكفائية و بعد سقوط إطلاقهما فى مورد اجتماعهما و هى الأمور الحسينية و نحوها يرجع الى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف بل لا- يبعد حكومه مثل التوقيع على مثل العموم المزبور فإنه لا يكون الاستقلال مع إيجاب الرجوع فيها إلى الرواة من المعروف ليعمه كل معروف صدقة و كذا لا يكون الاستقلال عونا للضعيف بل عونه هو الرجوع فى أمره الى الحاكم.

(١) الوسائل الجزء (١١) الباب (١) من أبواب فعل المعروف الحديث (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٣

ثم انه قد اشتهر فى الألسن و تداول فى بعض الكتب (١)

أقول العامى الذى يحتمل فى الواقعة اعتبار الرجوع فيها الى الفقيه لا يجوز له الاستقلال بمباشرة بها حيث يجب عليه فى الشبهة الحكيمية الاحتياط أو التقليد ممن يتعين عليه الرجوع إليه فى الوقائع و إذا رجع الى الفقيه احتياطا أو تقليدا فعلى الفقيه ملاحظة الأدلة فى تلك الواقعة فإن كان مقتضاها عدم جواز العمل أو عدم ثبوت الولاية لا له و لا لغيره يعمل على مقتضى تلك الأدلة كما إذا رأى انه ليس له و لا لغيره الولاية على تزويج الصغير و الصغيرة. و ان كان مقتضى الأدلة جواز المباشرة أو جواز التوكيل كالتصرف فى مال اليتيم يعمل على ما ظهر له حتى لو ظهر منها جواز تصدى العامى للواقعة فله الإفتاء بذلك.

ثم الأمور الحسينية التى يكون مقتضى الأدلة فيها عدم الجواز كالتصرف فى مال الغائب أو القاصرين يكون مباشرة الفقيه أو توكيله هو المقدر المتيقن من الجواز فيؤخذ فى غير ذلك بإطلاق النهى أو عمومه و مقتضاه عدم كون التصرف المزبور معروفا أو عونا

للضعيف بل يكون ظلما و تعديا عليه كما لا يخفى.

و اما الأمور التي يكون مقتضى الأدلة جواز التصدي لكل أحد فللغاية الإفتاء بذلك فيجوز للعامي التصدي به استقلالا كما في تغسيل ميت لاولي له.

و دعوى اعتبار الرجوع في مثل ذلك ايضا الى الفقيه أخذا بإطلاق التوقيع، فيها ما لا يخفى لضعف التوقيع سنداً و دلالة كما تقدم سابقا.

(١) و حاصله ان المراد بالسلطان هو السلطان بحق كما هو فرض الشارع السلطنة لشخص فينحصر مدلول الرواية بولاية الإمام (ع) و استفادة ولاية الفقيه يحتاج الى عموم أدلة النيابة و قد تقدم انه لا عموم فيها و انه لم يثبت ولايته في غير الإفتاء و القضاء و غير الأمور إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٤

.....

المعبر عنها بالأمور الحسينية التي منها بل و أهمها أمر تنظيم أمر بلاد المسلمين و تحصيل الأمن لها كما اعترف بعدم العموم جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بان المعروف عند الأصحاب كون الفقهاء نواب الامام (ع) و يظهر التأمل في نيابته كذلك من المحقق الثاني أيضا في رسالته الموسومة بقاطع اللجاج.

ثم ان المراد بمن لاولي له ليس مطلق انسان لم يكن له ولي بل الذي ينبغي ان يكون له ولي كالصغير و المجنون و المغمى عليه و الغائب عن أمواله و الموقوف عليهم و الميت الذي لاولي له و قاطبة المسلمين بالإضافة إلى ملكهم كالأراضى المفتوحة عنوة و نحو ذلك فينحصر مدلول الرواية بالأمور الحسينية لا الولاية على الرعية قاطبة على حد ولاية النبي (ص).

نعم استفاد مما يذكر نفوذ التصرف من السلطان فيما يكون ذلك التصرف صلاحا للمولى عليه حتى ما إذا شك في مشروعيته بحسب سائر الأدلة كما إذا أراد تزويج الصغير مع كونه صلاحا له فإنه لم يكن إثبات ذلك بالتوقيع لما تقدم من ان مدلوله ولاية الرواة في كل واقعة يجب العمل فيها و انه يرجع في تلك الواقعة إلى الرواة و هذا بخلاف هذه الرواية فإن مدلولها ثبوت الولاية للسلطان في كل تصرف يكون صلاحا للمولى عليه و لو لم يكن من الأمور الحسينية نعم يعتبر كون التصرف صلاحا للمولى عليه فلا ينفذ التصرف المزبور مع عدم صلاحه له كما هو مقتضى كونه وليا فإنه فرق بين ان يكون للشخص ولاية لأحد كما هو ظاهر الرواية و ان يكون له ولاية عليه فإنه لا يبعد ان يكون مقتضى الثاني النفوذ و لو لم يكن التصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٥

[ولاية عدول المؤمنين]

بل المراد عدم الملكة يعني أنه ولي من (١) اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا (٢)

صلاحا.

(١) كل ما ذكر ممن يحتاج إلى الولي بحسب صنفه و اما الاحتياج اليه بحسب الشخص أو النوع أو الجنس فلم يظهر المراد منه و نتيجة البحث الى هذا المقام ان ما يستدل بها من الروايات على ولاية الفقيه بمعنى ثبوت الولاية له على حد ثبوتها للنبي (ص) و سائر الأئمة عليهم السلام لا- تكون ناظرة الى ذلك لان جلها تعم الرواة و العلماء الذين كانوا في عصرهم عليهم السلام بل المتيقن من بعضها ذلك و الالتزام بثبوت الولاية لهم مع ولاية النبي و الامام (ع) غير ممكن أضف الى ذلك المناقشة في اسناد جلها و دلالة كلها على ما تقدم و لكن بما ان التحفظ على بلاد المسلمين و الدفاع عنهم و عن الحوزة الإسلامية و الممانعة عن استيلاء الخونة و الفساق

و الأشرار فضلا عن المنافقين و الكفار مما يعلم وجوبه على حد وجوب سائر الأمور التي يعبر عنها بالحسبة بل ما ذكر أهمها و الأصل و الأساس لها فالواجب على الفقيه العادل البصير مع تمكنه هو التصدي لذلك مباشرة أو بالتوكيل و لا يبعد دخوله بالتصدي في عنوان ولى الأمر اللازم طاعته و طاعة و كلائه فيما إذا لم يكن أمرهم و نهيمهم و سائر تصرفاتهم خارجة عن الحدود التي رسمهما الشرع حيث لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق و يأتي ان مع تصديه لا يعلم مشروعية التصدي من غيره كما يعلم عدم جواز معارضته أو تضييفه بل يجب تقويته و المساعدة و المجاهدة على مهامه التي لم تدخل في العنوان المشار اليه بحسب ما بأيدينا من الأدلة.

(٢) و حاصل ما ذكر (ره) في المقام ان التصرفات المعبر عنها بالأمور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٦

.....

الحسبية كالتصرف في أموال القاصرين مع فقد الولي و الحاكم و لو بعدم التمكن من الوصول اليه أو وكيله و في الأوقاف العامة مع عدم متولى خاص لها و فقد الحاكم كما ذكر يتصرف فيها آحاد الناس من العدول للعلم بان هذه التصرفات مطلوب وجودها و غير مأخوذة على شخص خاص و اعتبار الاستيذان من الحاكم الشرعي ساقط للتعذر و اعتبار هذا الاستيذان اختياري لا يسقط مطلوبية التصرف مع تعذره.

نعم فيما إذا احتمل كون الاستيذان شرطا مطلقا بحيث يسقط مطلوبية ذلك التصرف مع عدم التمكن منه فيرجع الى أصالة عدم مشروعيته كبعض مراتب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر كما إذا توقف أحدهما على الجرح حيث ان إطلاقات الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر المقتضية لكون كل منهما واجبا كفايا لا تعم ما إذا توقف أحدهما على الجرح و الأصل عدم وجوب ذلك الجرح بل عدم جوازه أخذا بما دل على حرمة الإضرار و الإيذاء و الاعتداء.

أقول المشهور عندهم بل كما قيل لا- خلاف في ان للأمر بالمعروف و النهي عن المنكر مراتب ثلاث الإنكار بالقلب ثم الإنكار باللسان ثم الإنكار باليد و ان كل واحدة منها في طول الأخرى.

و لكن لا يخفى انه ان كان المراد بالإنكار بالقلب الكراهة الباطنية المتعلقة بالفعل الصادر عن الغير أو الترك كذلك فمن الظاهر ان هذا الإنكار و ان كان من مقتضى الايمان و التسليم لاحكام الشرع الا انه لا يدخل في عنوان الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر حيث ان الأمر و النهي عبارة عن بعث الآخر و تحريكه نحو الفعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٧

.....

أو الترك.

و ان كان المراد كما قيل إظهار الشخص ان الفعل الصادر عن الغير مكروه له فهذا داخل في عنوان الإنكار باللسان فيجرب عليه ما يجرب على الإنكار باللسان و لا يكون وجوبه مطلقا بل على تقدير احتمال التأثير و عدم الخوف من ترتب الضرر.

و كذلك لا يدخل الإنكار باليد ضربا كان أو جرحا أو حبسا في عنوان الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و ما يستدل على ذلك من بعض الروايات لضعف السند بل الدلالة لا تصلح للاعتماد عليها و على تقديره فلا يكون أحدهما في طول الآخر و في خبر يحيى بن الطويل عن ابي عبد الله (ع) قال ما جعل الله عز و جل بسط اللسان و كف اليد و لكن جعلهما يبسطان معا و يكفان معا «١».

و الحاصل ان ما دل على حرمة الإيذاء و الإضرار و اعتداء خروج الضرب فضلا عن الجرح عن كونه معروفا فلا يمكن الأخذ بقوله (ع) كل معروف صدقة و بعبارة أخرى ضرب الغير أو جرحه مع كونهما موجبين لحمل الغير على المعروف و انتهائه عن المنكر من

المتزاحمين و على تقدير عدم إحراز الأهمية يكون وجوب الحمل ساقطاً باعتبار عدم إباحة مقدمته مع ان وجوب الحمل فى نفسه المعبر عنه بالمنع عن المنكر لا يخلو عن تأمل و ان كان ربما يستظهر جواز ذلك و مطلوبيته بالإضافة الى الأهل و العيال من صحبة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال جاء رجل الى رسول الله (ص) فقال ان أمى لا تدفع يد لامس قال فاحبسها قال قد فعلت قال فامنع من يدخل عليها قال قد فعلت قال قيدها فإنك لا تبرها بشيء أفضل من ان تمنعها من محارم الله

(١) الوسائل الجزء (١١) الباب (٣) من أبواب الأمر بالمعروف الحديث (٢).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٨

و الظاهر ان قوله فان توقع (١) و لعل وجهه (٢)

عز و جل «١» حيث لا استفاد منها الا المطلوبية لا الوجوب.

نعم قوله سبحانه يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا يمكن استفادة الوجوب منها بالإضافة الى الأهل و لو كان المنع عن المنكر بالإيذاء و نحوه بشهادة الصحيحة بأن المنع المزبور إحسان بل يمكن ان يقال لا يحتمل عادة ان يكون المنع عن محارم الله إحساناً و برا بالإضافة الى الأم و الأهل و لا يكون إحساناً بالإضافة الى السائرين و لذا لا يبعد جواز المنع مطلقاً كما لا يبعد الالتزام بان على الحاكم و والى المسلمين المنع فى موارد كون المنكر بشيوعه موجبا لفساد المجامع الإسلامية و طمس معالم الدين عن بلاد المسلمين كما لا يخفى.

(١) يعنى ان هذا ليس من تتمه كلام العامة بل من تتمه ما ذكره (ره) بقوله (و هل يجوز أخذ الزكوات و الأحماس).

(٢) و بتعبير آخر ان قوله (ع) كل معروف صدقة فى مقام الترغيب الى فعل المعروف و اما تعيين المعروف و مصاديقه فهو خارج عن مدلوله كما هو الشأن فى كل خطاب يتضمن الحكم بعنوان القضية الحقيقية و على ذلك فلا يمكن التمسك بالرواية فيما إذا كان مقتضى الأدلة عدم جواز ذلك التصرف و اشتراط كونه بنظر الفقيه كإقامة الحدود حيث ورد أنها وظيفة الامام و الحاكم و كذلك التصدى لجمع الزكوات و الأحماس أخذاً بأصالة عدم الولاية التى لا يكون التصدى بدونها معروفاً و لذا لا يمكن التمسك بالرواية المزبورة فى نفوذ البيع فضولاً فيما إذا كان ذلك البيع

(١) الوسائل الجزء (١٨) الباب (٤٨) الحديث (١) من أبواب حد الزنا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٤٩

بناء على ان المراد من المماثلة (١)

صلاحاً للمالك.

و مما ذكرنا يظهر الحال فى التمسك بقوله سبحانه وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى حيث ان تعيين البر و التقوى خارج عن مدلولها و كذلك لا يقتضى قوله (ع) و الله فى عون مؤمن ما دام فى عون أخيه.

و على الجملة إذا كان فى البين ما يدل على عدم جواز الفعل أو عدم نفوذه حتى مع عدم التمكن على الوصول من الفقيه فلا يمكن إثبات الولاية فيه لعدول المؤمنين بما ذكر من الآيه و الرواية بل يحتاج جواز التصدى حسبة الى العلم بجواز التصدى كالتصرف فى الأوقاف العامة التى لا متولى لها و تجهيز ميت لاولى له أو قيام دليل خاص عليه كالتصرف فى أموال اليتامى مع عدم الولى لهم كما لا يخفى.

(١) و حاصله ان نصب القيم من القاضى المفروض فى الرواية غير نافذ و يكون تصرف عبد الحميد و مثله من جهة ولايته على الأيتام بحكم الشارع لا من جهة كونه منصوبا من قبل القاضى و المحتمل فى المماثلة الواردة فى الرواية أمور: الأول- المماثلة فى التشيع الثانى- المماثلة فى الوثاقه أى فعل ما هو صلاح للأيتام فيكون ملاحظه مصلحه اليتيم فى عبارة المصنف (ره) عطفًا تفسيريًا للوثاقه الثالث- المماثلة فى الفقاهه الرابع- المماثلة فى العدالة و احتمال اراده الثالث أى المماثلة فى الفقاهه ضعيف لان مفهوم الشرطيه على ذلك الاحتمال انه إذا لم يكن القيم للأيتام فقيها ففى تصرفاته بأس و منع و المنع إطلاقه يجرى حتى فى صورته تعذر الفقيه مع انه لا يمكن ان تكون الفقاهه بالإضافة الى مال اليتيم شرطًا على الإطلاق بحيث لا يجوز لغير الفقيه التصرف حتى مع تعذر الفقيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٠

ففى صحيحه على بن رثاب (١)

و هذا بخلاف سائر الاحتمالات فإنه لا بأس عليها بالأخذ بإطلاق البأس و المنع و الالتزام بان تصرف غير الشيعه أو الخائن أو الفاسق فى مال اليتيم غير نافذ.

و الحاصل يدور المراد فى الاحتمالات الثلاثه الباقية فيؤخذ بالأخص منها و هو اعتبار العدل لكونه متيقنا بالإرادة لأن العادل يكون شيعيا و يكون تصرفه بمقتضى التكليف المستفاد من مثل قوله سبحانه و لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ * صلاحًا لليتيم. أقول لا- مجال فى المقام للتمسك بإطلاق المفهوم و إثبات ان المراد بالمماثلة المماثلة فى غير الفقاهه و ذلك للجزم بان البأس فى المفهوم لا يعم تصرف غير الفقيه مع تعذر الفقيه و عدم شمول المفهوم لذلك اما بالتحديد كما إذا كان المراد بالمماثلة الفقاهه فإنه لا بد من تقييد المفهوم و اما تقييدا كما إذا كان المراد بها غير الفقاهه نظير ما يقال انه مع العلم بعدم ثبوت حكم العام لشىء و دوران كونه بالتخصيص أو بالتخصيص لا يمكن التمسك بأصالة العموم و إثبات كونه بالتخصيص فالصحيح ان الصحيحه مجمله من حيث المراد من المماثلة فيؤخذ بالأخص من الاحتمالات و هى المماثلة فى الفقاهه و العدل.

(١) و وجه دلالتها ان قوله (ع) الناظر فيما يصلحهم وصف توضيحي فيكون مفاد الصحيحه نفوذ تصرفات من يكون تصرفاته من جهة صلاح الصغير المفروض عدم القيم الخاص له و لكنها لا تنافى اعتبار العدالة فى القيم فإنه يرفع عن إطلاقها بما دل على اعتبار العدالة كما ان ما دل على اعتبارها يكون مفسرا لإجمال الصحيحه الأولى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥١

و الذى ينبغى ان يقال (١)

فتكون النتيجة ان القائم بمصالح الصغير من غير وصاية و من غير توكيل من الحاكم الشرعى يجب ان يكون عدلا.

و اما موثقه سماعه قال سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه و له خدم و مماليك و عقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث قال إذا قام رجل ثقته قاسمهم ذلك كله فلا بأس «١» فلا ظهور للثقة فيها فيمن يطمئن بفعله عرفا و لو كان فاسقا بل لا يبعد ظهورها فى العدل و لا أقل من الحمل عليه جمعا بينها و بين صحيحه إسماعيل بن سعد برفع اليد عن إطلاق الثانية بالأولى كما لا يخفى.

(١) يعنى فى الموارد التى يكون فيها لجواز تصرف غير الفقيه و نفوذه دليل خاص اتبع ذلك الدليل فى جهه كونه دالا على اعتبار العدالة فى المتصرف أم لا.

و اما الموارد التى يكون تصرف غير الفقيه فيها من جهه دخول ذلك التصرف فى عموم قوله (ع) كل معروف صدقه و قوله عون الضعيف من أفضل الصدقه أو عموم قوله سبحانه و لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ * ففيها تفصيل من جهه ان الفاسق ايضا

يجوز له التصدي لتلك التصرفات و يكون تصرفه نافذا كتصرف العادل الا انه لا يسقط التكليف بإصلاح مال اليتيم و حفظه عن الهلاك عن السائرين بمجرد قيام الفاسق بالتصرف مع عدم إحراز كون تصرف الفاسق صلاحا و إحسانا للطفل و لا يكفي في الإحراز حمل التصرف المزبور على الصحة مثلا إذا باع الفاسق مال الصغير لا يجوز مع جهله يكون ذلك صلاحا للطفل شراء ذلك المال من البائع المزبور و لا يجرى

(١) الوسائل الجزء (١٣) الباب (٨٨) من أبواب الوصايا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٢

.....

أصالة الصحة في فعل البائع فإن الشك في المقام في أصل وجود الأمور به و هو إصلاح مال الطفل و إيجاد الصلاح فيكون نظير ما إذا شك في ان الغير صلى على الميت أم لا نعم إذا أحرز أصل الصلاة و شك في وقوعها صحيحة أم لا فتحمل على الصحة. و بتعبير آخر شك المشتري في كون بيع البائع صلاحا للطفل أم لا نظير شكه في بلوغ البائع و ولايته على البيع لا مجرى فيه لأصالة الصحة نعم إذا باع الفاسق مال الطفل لآخر و احتمل ثالث ان المشتري قد أحرز كون شرائه و بيع البائع صلاحا للطفل فيجوز لذلك الثالث حمل شرائه على الصحة و لا يجوز له أخذ الثمن من يد البائع و استرداد المبيع من يد مشتريه بدفع الثمن إليه لأنه لا يعلم ان مال الصغير هو الثمن بل مقتضى أصالة الصحة الجارية في شراء المشتري هو كون ماله هو الثمن لا المثلن أقول قد تقدم سابقا انه لا دلالة لقوله (ع) كل معروف صدقة و لا لقوله عون الضعيف من أفضل الصدقة على حكم المقام فان كون تصرف الأجنبي في مال الطفل انما يكون معروفا و عونا مع ولايته على التصرف و نفوذ معاملته و إذا منع عنه مثل قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه أو أصالة عدم ولايته على التصرف المزبور فيخرج عن كونه معروفا و عونا كما يخرج زيد باستصحاب عدم كونه فاسقا عن عموم النهي عن إكرام الفاسق.

و اما قوله سبحانه وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ* فهو خطاب متوجه الى من يكون في أيديهم أموال اليتامى من الأولياء و لا يعم غير الولي و لا يعين الولاية لأحد.

و الحاصل ان التصرف في مال الأيتام مستفاد من الروايات المتقدمة و مفادها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٣

.....

كما تقدم اعتبار العدالة في المتصرف و أيضا لو فرض ثبوت الولاية على كل واحد في التصرف في مال الطفل أو غيره فلا مانع من حمل فعل المتصدي على الصحة و ليس المقام من قبيل الشك في بلوغ البائع و نحوه ما يكون الشك معه في ولاية المتصرف حيث لا مجرى لأصالة الصحة بدون إحرازها و ذلك فإنه بعد فرض الولاية حتى للفاسق يكون ولاية التصرف محرزا غاية الأمر ان بيعه مشروط يكون ذلك البيع صلاحا للطفل بنظره كما مقتضى جعل الولاية نظير اشتراط علم البائع و إحرازه أو صاف المبيع في صحة بيعه و كما ان المشتري إذا شك في ان بايعه عالم بأوصاف مبيعه أم لا يجوز له الاشتراء حملا لبيعه على الصحة كذلك في المقام فيما إذا احتمل المشتري ان بايع مال الطفل قد أحرز كون بيعه صلاحا و لو كان إصلاح مال الطفل واقعا هو الأمور به لوجب على الآخرين أخذ المال من يد المشتري بدفع الثمن اليه تمسكا باستصحاب بقاء المبيع في ملك الطفل فإنه كما لا مجال لأصالة الصحة في فعل البائع كذلك لا مجال له في فعل المشتري لأن إصلاح مال الطفل واقعا لا يحصل بمجرد فعل البائع بل به و بفعل المشتري و

يكون الشك في صحة شراء المشتري مساويا للشك في أصل وجود المأمور به كما لا يخفى.

ثم بناء على ما ذكرنا من عدم إحراز الولاية لغير العادل من الأمور الحسبية المشار إليها تكون العدالة فيها للمتصدى معتبرة بنحو الموضوعية واما بناء على ما ذكر المصنف (ره) من ثبوت الولاية فيها للفاسق يكون اعتبار العدالة فيها للمتصدى بنحو حيث تكون عدالة المتصدى طريقا الى وقوع التصرف الصالح و لو علم وقوع هذا النحو من التصرف من جهة أخرى يكون نافذا كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٤

فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لا يزيد على حكم الأب و الجد (١)

(١) أقول الظاهر ان مع وضع عادل يده على مال الصغير يجوز للعادل الآخر مزاحمة الأول لأن بعض الروايات المتقدمة تعم تصرف المزاحم فيما إذا وقع قبل وقوع التصرف من العادل الأول و اما فيما كان القيام من العادل لمجرد كون الواقعة من الأمور الحسبية التي علم بعدم رضا الشارع بترك التعرض لها فلا يجوز المزاحمة في الأمور الحسبية التي يكون مقتضى الأدلة الأولية المنع عن التصرف فيها كالتصرف في مال الغائب و الأوقاف العامة لأنه يرفع اليد فيها عن تلك الأدلة للعلم بان الشارع لا يرضى بإهمال الواقعة و لا يحصل هذا العلم مع وضع العادل يده على تلك الواقعة حيث يحتمل عدم رضا الشارع بالتصدى من الآخرين و مزاحمة العادل الذي وضع يده على الواقعة أولا.

نعم الأمور التي يكون مقتضى الأدلة الأولية جواز التصدى لها كالصلاة على ميت لاولى له فإن الولاية لها ثابتة لأحد المؤمنين فيجوز لكل واحد منهم إيقاعها مع عدم وقوعها من الآخر قبله.

و مما ذكرنا يظهر الحال في ولاية الفقيه و انه يجوز للفقيه الآخر التصرف و لو مع وضع فقيه يده على الواقعة قبله فيما إذا كان مقتضى الخطاب اللفظي جواز التصدى لكل فقيه كالقضاء في المرافعات و اما في الأمور الحسبية التي يكون تصديه للعلم برضاء الشارع فلا يجوز للآخر المزاحمة باعتبار انه لا علم برضاء الشارع بتصدى الآخر مع فرض وضع الأول يده على الواقعة التي تكون مقتضى الأدلة الأولية عدم جواز التصرف فيها فلا حظ و تدبر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٥

فهل يجوز للآخر مزاحمة (١)

(١) يعنى هل يجوز للفقيه الآخر مزاحمة الفقيه الذي تصدى للواقعة بوضع يده عليها أولا بأن يرخص الآخر أحدا في الصلاة على الميت أو هو يباشر بنفسه بالصلاة عليه ذكره (ره) انه لو كان المستند لولاية الفقيه في مثل هذه الأمور ما في التوقيع المتقدم من إيجاب إرجاع الحوادث إلى الرواة فيجوز للفقيه الآخر مزاحمة الأول لأن مفاده ان العوام لا يجوز لهم مزاحمة الفقهاء بل يجب عليهم إيكال الحوادث إليهم و اما ان الفقيه لا يجوز له مزاحمة الفقيه فلا دلالة للتوقيع عليه.

و الحاصل ان مفاد التوقيع المزبور ان الفقهاء كل واحد منهم حجة على السائرين و يكون لهم ولاية بحيث يجب على العوام الرجوع إليهم فيكون حال كل فقيه بالإضافة إلى الفقيه الآخر حال كل من الأب و الجد بالإضافة إلى الآخر و من هذا القبيل تصدى أحد الحاكمين للحكم في الواقعة قبل حكم الآخر فيها و لو مع دفع تلك الواقعة الى ذلك الآخر و نظره و استماع الشهادة و البناء على الحكم فيها.

و اما إذا استفيد ولاية الفقيه من أدلة نيايتها عن الامام (ع) فلا يجوز للفقيه الآخر مزاحمة من وضع يده على الواقعة أولا و ليس المراد الأدلة التي يكون مدلولها كون الفقيه كالامام أولى بالناس أى بأنفسهم و أموالهم ليقال انه ليس في البين ما يقتضى ولايته كذلك بل المراد ان تصرف الفقيه في مورد له ولاية التصرف فيه كتصرف الامام (ع) فيه كما يظهر ذلك من التعليل الوارد في التوقيع المتقدم

فان مقتضاه كون الفقيه حجة من قبله (ع) فتصديه للواقعة كتصديه (ع) لها فإنه لو كان جواز تصدى الفقيه كجواز تصدى الأب و الجد حكما شرعيا لكان الأنسب أن يقول فإنهم حجة الله عليكم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٦

.....

و الحاصل إذا كان تصدى الفقيه لواقعة كتصدى الامام (ع) لها فلا يجوز للفقيه الآخر التصرف فيها بعد وضع اليد عليها من فقيه أولا حيث لا يجوز مزاحمة الإمام (ع).

لا يقال كيف جاز لفقيه الحكم فى واقعة قبل تمام الحكم من الفقيه الآخر حتى لو نظر ذلك الآخر فى تلك الواقعة و سمع الشهادة و بنى على الحكم فيها مع انه يجرى على تصديه فيها للقضاء أنه كتصدى الامام (ع).

فإنه يقال وجوب القضاء على الفقيه فى الواقعة مشروط بسؤال الحكم منه و مع عدم سؤال المتخاصمين كما هو مقتضى رجوعهما الى غيره و لو بعد مراجعتهم اليه يكون التكليف بالقضاء متوجها الى ذلك الغير أقول قد تقدم ان التوقيع المزبور لا يمكن الاعتماد عليه لضعفه سندا و ان الحوادث الواقعة الواردة فيها مجملته لأن السؤال لم يصل إلينا و لعل كان فيه قرينه على كون المراد بها بعض المخاصمات التى يحتاج فيها إلى الحكومة.

و على تقدير الإغماض و عموم الحوادث فمفاده ان مع وجود الفقيه لا يعذر العامى فى ترك الواقعة و عدم العمل بالوظيفة فيها فإن الحجة ما يحتج به كما ان مع وجود الامام (ع) لا يعذر الناس فى ترك رجوعهم اليه (ع) و اما مباشرة الفقيه بحادثة بالإضافة إلى فقيه آخر كمباشرة الامام (ع) بالإضافة إلى الفقيه فليس فيه دلالة على ذلك.

و بتغيير آخر جعل الولاية لفقيه بالتصرف فى الواقعة لا- يلزم جعل تصديه منزلة تصدى الإمام (ع) و ما ذكر (ره) من عدم جواز مزاحمة فقيه لفقيه آخر لاستلزامها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٧

قوله مطلق التقليل و التحريك حتى من مكان الى آخر (١)

اختلال النظام فلا يخفى ما فيه فإنه على تقدير الدليل على ولاية كل فقيه يكون المقام نظير ما إذا تعذر المراجعة إلى الفقيه و وصلت النوبة لعدول المؤمنين حيث ذكر (ره) جواز مزاحمة عادل لعادل و مزاحمة فقيه لفقيه آخر لا يزيد عليه.

(١) يعنى يحتمل كون المراد بالقرب تحريك مال اليتيم و إخراجه عن السكون سواء كان تحريكا مكانيا بان ينقل المال من مكان الى آخر أو تحريكا اعتباريا و إدخالا فى ملك الغير بيعا أو غيره و التقليل و التحريك بمعنى واحد.

و يحتمل ان يكون المراد بالقرب وضع اليد على مال اليتيم و انه لا- يجوز وضع اليد عليه الا فيما كان وضعها عليه أحسن من تركه بحاله.

و يحتمل كون المراد به ما يعد تصرفا سواء كان اعتباريا كالبيع و الإجارة و نحوهما أو غيره من التصرف الخارجى و يترتب على ذلك انه لو كان التصرف فى مال اليتيم أحسن من تركه بحاله فلا يجب التصرف حيث ان مدلول الآية عدم جواز القرب اليه بوجه غير أحسن لا وجوب القرب اليه بوجه أحسن.

و يحتمل ان يكون المراد بالقرب مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم و لو كان الأمر المزبور تركه بحاله و يترتب على ذلك وجوب التصرف فى الفرض المتقدم فان تركه بحاله على هذا الاحتمال قرب اليه بوجه غير أحسن فلا يجوز.

ثم ان المراد بالأحسن اما الأحسن من تركه أو الأحسن من تركه و من سائر التصرفات المعبر عنه بالأحسن المطلق أو القرب الحسن

بان يكون فيه صلاح للطفل أو القرب الذي لا يكون فيه حرج أى مفسدة.
و الظاهر من معانى القرب هو المعنى الثالث حيث ان القرب الى المال بمناسبة
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٨

.....

الحكم و الموضوع هو التصرف فيه سواء كان اعتباريا أو خارجيا فلا- يشمل تركه بحاله كما ان ظاهر الأحسن هو المعنى الثانى أى التفضيل المطلق كما هو مقتضى حذف المفضل عليه فى إفادته العموم و على هذا فلو كان بيع مال اليتيم أصلح من تركه و من سائر التصرفات و لم يكن فرق بين بيعه بالدينار أو بالدرهم يكون بيعه بكل منهما جائزا باعتبار كون بيعه بكل منهما أصلح من تركه و من سائر التصرفات و إذا باعه بالدرهم فلا يجوز مبادلة الدرهم بالدينار باعتبار ان هذه المبادلة لا تكون أحسن من تركها.
بخلاف ما إذا قيل بان المراد بالأحسن مطلق ما لا يكون فيه حرج و مفسدة فإنه بناء عليه تجوز تلك المبادلة و كذا ما إذا قيل بان المراد بالأحسن هو الأحسن المطلق و المراد بالقرب مطلق ما يتعلق بمال اليتيم و لو كان ذلك الأمر تركه بحاله حيث ان فى الفرض لا يكون القرب أى ترك مال اليتيم بحاله أحسن من تركه و من سائر الأمور المتعلقة بالدرهم المفروضه بل تركها بحالها و تبديلها بالدنانير على حد سواء فيجوز كل منهما.

ثم ان الأظهر من معانى القرب هو الثالث حيث ان قرب المال بمناسبة الحكم و الموضوع هو التصرف فيه كما ان الأظهر فى معنى الأحسن هو التفضيل المطلق أى التصرف الأحسن من تركه و من سائر التصرفات نعم مقتضى التدبر فى ملاحظة غرض الشارع أن لا ينحصر القرب بالتصرف بل يعم ترك المال بحاله كما هو المعنى الرابع للقرب فان غرضه ان لا يختار الأولياء فى مال اليتيم الا ما كان أحسن كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٥٩

.....

أقول لا ينبغي الريب فى ان النهى عن قرب مال اليتيم لا يراد منه معناه الحقيقى من القرب المكانى أو الزمانى أو نحوهما بل كناية عن الفعل المناسب للمال فلاحظ النهى عن قرب الشجرة فى قوله سبحانه و لا تَقْرَبُوا هَذِهِ الشَّجَرَةَ* و النهى عن قرب النساء فى قوله و لا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ و نحوهما و من الظاهر ان الفعل المناسب للمال قسمان التصرف الخارجى بان يلبس الثوب المملوك لليتيم و يسكن بيته و يأكل طعامه الى غير ذلك مما هو استيفاء لمنافع مال اليتيم أو إتلاف أعيان ماله و التصرف الاعتبارى كالاتجار بمال اليتيم و المتيقن من المراد هو القسم الأول و ان كان لا يبعد عموم المراد و شموله للقسم الثانى.

و كيف كان فليس الأحسن وصفا للقرب ليقال ان القرب لا يعم التصرفات الاعتبارية و ان مدلول الآية هو تحريم التصرف الخارجى غير الأحسن فلا يستفاد منه الحكم الوضعى للمعاملات الجارية على مال اليتيم بل الأحسن صلة الموصول المراد به الطريقة و الوسيلة كما هو مقتضى تأنيث الموصول و دخول الباء الظاهرة فى الآلية أو السببية عليه و توصيف الطريقة بالأحسن يمكن ان يراد ما يقابل طريق الظلم و العدوان كما فى قوله سبحانه الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَى ظُلْمًا و عليه فيما كان وسيلة القرب معاملة معنونه بعنوان الظلم و العدوان يحكم بفسادها كما إذا باع الولى مال اليتيم بثمان نجس جدا حيث لا يمكن مع صحتها ان يكون ترتب الأثر عليها المعبر عنه بالقرب محرما.

و يمكن ان يكون المراد الطريقة التى هى أصلح لليتيم بالإضافة إلى سائر المعاملات و الوسائل فلا يجوز القرب بمال اليتيم بالإجارة إذا كان البيع أصلح و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٠

نعم ربما يظهر من بعض الروايات ان حرمة التصرف هو الضرر (١) و هل يجب مراعاة الأصلح (٢) لأن النقل و الانتقال (٣) نعم لمثل ما قلنا (٤)

ظاهر الأحسن و ان كان هو الثانى الا انه قد يقال بكون المراد به هو الأول بقرينة النهى عن أكله ظلما و بعض الروايات الواردة فى التصرف بمال اليتيم.

(١) أقول مورد الروايتين و مدلولهما المرادة و المعاشرة مع اليتامى بالدخول الى بيتهم و الأكل من طعامهم و نحو ذلك مما هو صلاح لهم فان انقطاع الناس عنهم و ترك الدخول عليهم أمر غير مرغوب فى العادة و تجويزه مع وصول العوض الى اليتامى حتى فيما إذا لم يكن العوض زائدا على المقدار المصروف منهم لا يقتضى جواز مثل بيع مال اليتيم بثمان المثل فيما إذا كان فى البين من يشتره بالأزيد منه أو جواز بيع مال اليتيم فيما إذا كان تركه مع فعله سيان.

بل لا يبعد القول بجواز الدخول على اليتامى كما ذكر من غير حاجة الى الاستجازه من أوليائهم أو من الحاكم الشرعى أخذا بظاهر الروايتين.

(٢) يعنى بناء على لزوم رعاية المصلحة فى التصرف فهل يجب رعاية الأصلح و الأكثر نفعا أم لا استشهد (ره) على لزوم رعايته بما فى القواعد.

(٣) يعنى تجويز الشارع النقل و الانتقال فى مال الطفل باعتبار الغرض و الملاك، و عدم المفسدة كسائر العدميات لا يصلح كونه غرضا.

(٤) يعنى يحتمل وجوب تحرى الأصلح و دليله مثل ما قلنا فى لزوم رعاية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦١

لا لان ذلك لا يتناهى (١) فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من الترك (٢) نعم ثبت بدليل خارج حرمة الترك (٣) فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه (٤)

المصلحة و هو كون الولى منصوبا لرعاية المصلحة و أصالة بقاء الملك.

(١) يعنى يحتمل ان لا يجب تحرى الأصلح لأن الأصلح لا آخر له و كل ما يفرض كون صلاحه أكثر يمكن ان يكون تصرف آخر أصلح منه.

(٢) يعنى لا- يستفاد من الآية وجوب الفعل فيما إذا كان أحسن من تركه لما تقدم من ان ظاهرها عدم جواز غير الأحسن لا وجوب فعل الأحسن.

(٣) فإن التصرف فى ماله فى مورد يكون تركه إتلافا لماله مما يعلم ان الشارع لا يرضى بذلك الترك.

(٤) و ذلك لما تقدم فى صور الأحسن من ظهور الأحسن فى معنى التفضيل.

بقى فى المقام أمر و هو انه قد يقال بظهور الاستثناء فى آية (لا- تقربوا). فى أنه يجوز لكل مكلف التصرف فى مال اليتيم إذا كان ذلك التصرف أحسن و أنه لا- تختص ولاية التصرف فيه بشخص أو أشخاص خاصة حيث ان الاستثناء بمنزلة اقربوا مال اليتيم بالأحسن.

و يجاب عن ذلك تارة بما ذكر فى مفهوم الشرط بأنه إذا كان الجزاء فى القضية الشرطية سالبة كلية كقوله (ع) إذا بلغ الماء قدر كر لا ينجسه شىء يكون مفهومه موجبة جزئية لا كلية فإنه ليس المستفاد من المفهوم انه إذا لم يبلغ قدر كر ينجسه كل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٢

.....

شئ بل مفهومه مهمل و مساوق لقوله ينجسه بعض الأشياء.

و هذا يجرى في الاستثناء من السابقة الكلية أيضا حيث ان مفاد الاستثناء قطع الحكم المستثنى منه أى ارتفاع السالبة الكلية بثبوت الموجبة.

و اما كون الموجبة كلية فلا يستفاد منها و لو قيل لا تقتل أحدا إلا في غير الأشهر الحرم فلا يكون مفاده اقتل كل أحد في غير الأشهر الحرم و على ذلك فمفاد الاستثناء ان النهى العام أى نهى كل أحد عن قرب مال اليتيم ينتفى إذا كان القرب أحسن و اما التجويز لكل أحد في القرب مع كونه أحسن فلا يستفاد منه.

و اخرى بأنه لو سلم ان مفاد الاستثناء الإيجاب الكلى الا ان عدم ورود الآية في بيان حكم المستثنى يمنع عن التمسك فيه بمقتضى الإطلاق و يشهد لعدم وروده في بيان حكم المستثنى ملاحظه ما قبل الآية من الآيات الواردة في بيان المحرمات و على تقدير الإغماض و عدم إحراز ان الاستثناء مهمل فلا أقل من عدم إحراز وروده في مقام البيان.

أقول قد تقدم في بحث العام و الخاص ان من أدوات العموم وقوع اسم الجنس في سياق النفي أو النهى كقوله لا- يحل شئ من السباع و قوله لا- تكرم فاسقا و عليه فان كان العموم في الجزاء مستفادا من أحد الأمرين فينتفى ذلك العموم في ناحية المفهوم في القضية الشرطية و لا يكون في ناحية المفهوم عموم حيث ان ذلك الاسم الجنس لا يقع في ناحية المفهوم في سياق النفي لأن مفهوم القضية الشرطية التي الجزاء فيها سالبة موجبة كما في قوله إذا بلغ الماء قدر كر لا ينجسه شئ.

و اما إذا كان العموم في الجزاء مستفادا من أمر يكون ذلك الأمر موجودا في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٣

.....

ناحية المفهوم أيضا فلا- ينتفى العموم كما في قوله كل درهم أو دينار لا يكون فيهما زكاة إذا لم يحل عليه حول فان مفهومه ان كل درهم أو دينار فيه زكاة إذا حال عليه الحول و كذلك الحال في ناحية الاستثناء فإنه لو كان عموم المستثنى منه بأحد الأمرين المتقدمين فلا يكون في ناحية المستثنى عموم كما في قوله لا تقتل أحدا إلا في غير أشهر الحرم.

و اما إذا كان مستفادا من أمر آخر لا ينتفى بقطع حكم المستثنى منه يكون العموم في ناحية المستثنى أيضا كقوله كل دم من المسلم محترم لا يحل الاقصاصا فان مقتضى الاستثناء جواز القصاص من كل مسلم و على ذلك فالعموم بالإضافة إلى عامة المكلفين في خطاب لا- تقربوا مال اليتيم إلا- بالتى هي أحسن مستفاد من توجيه الخطاب الى عامتهم لا من وقوع النكرة في سياق النهى فيكون المستثنى عدم الحرمة على كل مكلف بالإضافة إلى القرب بالأحسن.

أضف الى ذلك أن ورود ما قبل الآية في ذكر المحرمات فقط على تقدير تسليمه لا يمنع الأخذ بمقتضى الاستثناء الوارد لكل من الأحكام الانحلالية باعتبار كل مكلف و ان الأصل في كل خطاب متضمن للحكم و موضوعه وروده في مقام البيان من حيث قيود ذلك الموضوع و الحكم.

و الصحيح في الجواب عن دعوى استفادة الولاية لكل أحد ما ذكرنا من ان الأحسن في الآية صلة للتي المراد بها الوسيلة و المعاملة و ما دل على اعتبار قيام العدول في المعاملة على مال اليتيم يكون حاكما على مدلول الآية حيث ان مقتضاه أن الوسيلة تكون أحسن فيما إذا قام عدل في المعاملة على مال اليتيم فلا يجوز شراء مال لأحد إلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٤

[شروط العوضين]

[اعتبار المالية في العوضين]

و الأولى أن يقال (١)

إذا قام عدل في بيعه.

أضف الى ذلك احتمال اختصاص خطاب النهي بالأولياء بمناسبة كون مال اليتيم بأيديهم و انهم ذوو اليد عليه فتدبر جيدا. (١) و لعل نظره (ره) الى ان مجرد كون الشيء ذات منفعة محللة لا يوجب كونه مالا عرفا كالماء على قرب الشاطي فكل مورد تحقق انه ليس بمال عرفا و ان كان له منفعة محللة كالماء المزبور فلا يجوز بيعه لان البيع مبادلة مال بمال و لا يبيع إلا في ملك أي المال و ما لم يتحقق فيه أنه ليس بمال فان كان أخذ المال في مقابله أكلا بالباطل عرفا فيحكم بفساد بيعه أيضا و ان لم يتحقق انه ليس بمال و لم يحرز أن أخذ العوض في مقابله أكل للعوض بالباطل فان تم إجماع أو قام نص على عدم جواز بيعه كالخمر و الخنزير فهو و الا يتمسك في الحكم بصحته بإطلاق حل البيع و عموم الوفاء بالعقود.

و بما في حديث تحف العقول من قوله و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكل ذلك حلال بيعه. أقول إذا لم يحرز كون شيء ما لا كيف يتمسك فيه بإطلاق حل البيع فإنه يكون من قبيل التمسك بالمطلق في شبهته المصدقية بل لا يحتاج في الحكم بفساده الى النص أو الإجماع بل يكفي فيه أصالة الفساد فان حديث تحف العقول لا يصلح للاعتماد عليه لضعفه سندا بل دلالة لأن وجود جهة صلاح في الشيء بنفسه لا يوجب جواز بيعه على ما ذكرنا تفصيله عند التعرض للحديث.

و اما التمسك بعموم الأمر بالوفاء بالعقود فهو أيضا غير صحيح لان المفروض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٥

.....

في المقام قصد البيع فحصول هذا العقد غير محرز و عقد آخر غير مقصود.

و قد يقال بعدم اعتبار المالية في العوضين في صدق البيع و عليه فالشك في كون شيء مالا لا يلازم الشك في صدق عنوان البيع حتى لا- يمكن التمسك بخطاب حل البيع في الحكم بصحته بل يكفي في صدق عنوان البيع ان يكون المبدول بإزائه المال مورد غرض عقلائي كما إذا رأى شخص أثر أبيه المتوفى بيد آخر ككتابه الى صديقه و نفرض الكتاب بنحو لا يبذل بإزائه المال و لو التمس الابن اثر أبيه ممن بيده فطالب العوض و أنه يبيعه بدرهم و لا- يعطيه مجانا يكون أخذ الابن الكتاب المزبور بدرهم بعنوان الشراء معتبرا مع أنه لا يبذل الدرهم غير الابن بإزائه.

و يشهد لعدم اعتبار المالية في صدق عنوان البيع مثل قوله سبحانه إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ. وَ لَبَّسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ الى غير ذلك.

و ذكر بعض الأجلة في توضيح عدم الاعتبار ان المبادلة بين الشئين قد يكون لأجل ماليتهما كما هو الغالب قد تكون لغرض آخر مثلا لو فرض وجود حيوانات مضرّة بالزرع كالفأرة و أراد صاحب الزرع جمعها فاشترى كل فارة بكذا يصدق عليه عنوان البيع و لو أتلّف الغير تلك الفارة بعد شرائها لم يكن المتلف ضامنا لعدم المالية.

أقول قد ذكرنا في المكاسب المحرمة انه لا شهادة في مثل قوله سبحانه إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ عَلَى عَدَمِ اعْتِبَارِ الْمَالِيَّةِ فِي الْمَبِيعِ حَيْثُ انْ اسْتَعْمَلَ الشَّرَاءُ فِيهِ انْمَا هُوَ بِالْعَنَائَةِ وَ الْمَجَازِ فَإِنَّهُ مِنَ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْآيَةِ نَظْرٌ إِلَى تَمْلِيكَ وَ تَمْلِكِ اعْتِبَارِيَيْنِ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٦

[اعتبار الملكية في العوضين]

إشارة

كما لا- شهادة على ما ذكر في الأمثلة المتقدمة فإنه ربما لا تكون للشئ مالية الا انه يكون للعمل المتعلق به مالية كما في جمع الكلاب الهراش و قتلها و جمع الفارة و نحوها من أرض الزراعة أو السكنى و قتلها بالسم أو غيره فيجوز أخذ العوض في مقابله فان قوله كل فارة بكذا العوض فيه للأخذ أو القتل كما لا يخفى و على ما ذكرنا يكون أخذ العوض للكتاب المزبور أكلا للمال بالباطل نعم إذا كان ذلك بنحو الهبة المشروطة بأن يعطى الابن المال للآخر ليملكه كتاب أبيه فلا بأس.

و الحاصل ان المالية كما تكون في الأعيان سواء كانت من المنقولات أو غيرها كالأراضى و الأشجار على ما يشهد لذلك الروايات الواردة في بيع الأراضى و شرائها كذلك تكون في منافع الأعيان و الأعمال و الحقوق و تقدم ان البيع عبارة عن تملك غير العمل و المنافع بإزاء مال في مقابل الإجارة التي عبارة عن تملك المنفعة أو العمل بإزاء المال.

ثم انه لم يذكر (ره) في العنوان اعتبار الملكية في العوضين و انما ذكر اعتبار كون كل منهما مالا و النسبة بين كون شئ مالا و كونه ملكا عموم من وجه و تعرض لمقتضى اعتبار الملكية في العوضين و هو عدم صحة بيع الماء و الكلاء و السموك و الوحوش من الحيوانات قبل اصطيادها و نحوها من المباحات التي تكون خارجة عن ملك الناس و يكون جميعهم إليها على حد سواء و وضع اليد عليها بعنوان التملك موجبا لدخوله في الملك كما في السموك و الوحوش أو يكون الملك بالاحياء كما في حفر الآبار و اجراء القنوات و نحوها كما ان مقتضى اعتبارها في العوضين عدم جواز بيع الأراضى المفتوحة عنوة فإنها و ان تكون مملوكة للمسلمين الا ان ملكيتها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٧

.....

لهم سنخ آخر لا الملك بان يكون لكل سهم معلوم من تلك الأراضى ليدخل ذلك الجزء بالإرث و غيره في ملك الآخرين.

و كذا ليس ملكها للمسلمين كالمالك في الوقف الخاص لتكون منفعة العين الموقوفة ملكا للموقوف عليهم بنحو الإشاعة.

كما ان ملك تلك الأراضى ليس من قبيل ملك الزكاة للفقراء أو الملك في الوقف العام كالوقف على العلماء لتكون المسلمون كالموقوف عليهم في الوقف العام و كالفقراء في الزكاة و تكون منفعة تلك الأراضى أو عينها ملكا للقبض نظير منفعة الوقف العام و عين الزكاة بل كون تلك الأراضى ملكا للمسلمين ان منفعتها تصرف على مصالحهم.

أقول اعتبار قيد الملك في العوضين لا- يوجب خروج الأرض المفتوحة عنوة عن موارد البيع لأن المذكور في العوضين هو اعتبار الملك لا الملك بنحو الإشاعة أو كونه بنحو آخر مع أنه لا يعتبر في البيع الملكية في العوضين بمعنى ان يكون كل منهما ملكا قبل البيع بل ما يصح تملكه بعوض كما في بيع الكلى على الذمة كاف في تحقق عنوان البيع.

و اما اعتبار كون المبيع ملكا للبائع فيما كان عينا خارجية أو من قبيل الكلى فى المعين فهو من قبيل الشرط الخارجى للبيع كما لا يخفى.

و المتحصل أن عدم جواز بيع الأراضى الخراجية حتى فيما إذا كان بائعها و الى المسلمين باعتبار النهى عنها لا أنها غير مملوكة نعم يصح التعبير عنها بعد ملاحظة النهى المزبور بعدم كونها ملكا طلقا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٨

.....

ثم ان موجب الملك بحسب الاستقراء قسمان الأول- النواقل القهرية سواء كان فى البين فعل اختيارى كاللقاء البذر فى أرض صالحه للزرع أم لم يكن كما فى الملك بالإرث.

و الثانى- النواقل الاختيارية و هذه النواقل اما من الأفعال الخارجيه كالأحياء بالمباشرة و وضع اليد على المنقول من المباحات و اما من قبيل المعاملات كالاشتراء و الإجارة و غيرهما من المعاملات و اما من قبيل المجموع من الفعل الخارجى و المعاملة كالأحياء أو وضع اليد بالتسيب.

و ما يعتبر ملكا و ما لا يكون من قبيل الأعيان أو المنافع أو الحقوق و كما ان اعتبار المالىة فى الأعيان يكون غالبا بملاحظة منافعها الا ان مالىة الأعيان و ملكها غير مالىة و ملكية منافعها كذلك الحال فى المنافع و الأعمال فإن مالىة العمل و ان يلاحظ فيها الأثر المترتب عليه غالبا الا ان مالىتها غير مالىة الأثر لها فإنه إذا فرض أن الأرض و ادواة البناء يساوى عشرة آلاف و الأجره المعينه للبناء أيضا عشرة آلاف و فرض ان البيت الحاصل بعد تمام البناء يساوى ثلاثين ألف فلا يحسب مالىة البيت مالىة للعمل العمال.

و لعمرى ان هذا كله من الواضحات و التعرض لها فى المقام باعتبار وسوسه بعض لتشويش أذهان المؤمنين و سوقهم إلى أطراف بعض القواعد الموضوعه من بعض الأقوام من الملحدين زعما منهم ان تلك القواعد أصلح لحلال الجامعه و ربما وصلت الجريه إلى حد يتمسك لإثبات بعض تلك القواعد الضالاه ببعض الآيات مثل قوله سبحانه لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى و لكن ملاحظة صدرها و ذيلها شاهد لعدم ارتباطها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٦٩

[أقسام الأراضى]

إشارة

الأرض اما موات و اما عامرة (١)

[الأول: ما كان مواتا بالأصل]

بالملكية و لا المالىة فضلا عن دلالتها على انحصار موجهما و تحديد المالىة فى الأشياء بالعمل بل أنها ناظرة إلى أن الإنسان سيرى ما تحمله فى دار الدنيا من الجزاء لتعبه و انه لا ينفعه الا ذلك التعب و السعى و ان غيره زائل.

(١) الأول- ما كان مواتا بالأصل أى لم يسبق بالعمارة من أحد و يمكن إحراز ذلك فى مورد الشك باستصحاب عدم حدوث عمارتها.

و ذكر (ره) انه لا خلاف بيننا في ان الأرض المزبورة ملك الامام (ع) لكونها من الأنفال على ما وردت في غير واحد من الروايات. نعم قد رخص النبي (ص) و من بعده الأئمة عليهم السلام في التصرف فيها بالاحياء و العمارة بلا عوض و في النبوي المروي في بعض كتب الأخبار للعامه موتان الأرض لله و رسوله ثم هي لكم منى أيها المسلمون و في النبوي الأخر عادى الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم منى.

ورود في بعض الروايات وحب أداء خراجها الى الامام (ع) كما في رواية أبي الكابلي المعبر عنها في عبارته بالصحيحة قال وجدنا في كتاب على ان الأرض لله يورث من يشاء و العاقبة للمتقين قال انا و أهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض و نحن المتقون و الأرض كلها لنا فمن أحيى من الأرض من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي و له ما أكل منها. و رواية عمر بن يزيد المعبر عنها بالمصححة في عبارته و لم يظهر وجه توصيفها بالمصححة لاشتراك عمر بن يزيد بين الثقة و غيره. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٠

.....

و دعوى انصرافه إلى الثقة لا يمكن المساعدة عليها لان كل منهما صاحب الكتاب فتدبر انه سئل أبو عبد الله (ع) عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها و عمرها و أجرى أنها رها و بنى فيها بيوتا و غرس فيها نخلا و شجراً فقال أبو عبد الله (ع) كان أمير المؤمنين (ع) يقول من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له و عليه طسقتها يؤديه الى الامام في حال الهدنة فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه.

و وجه (ره) الجمع بين الطائفتين بحمل الثانية على استحقاق الامام (ع) المطالبة بالخراج فيجب على الناس معها إيصاله اليه و لكن الأئمة عليهم السلام قد حللوا لشيعتهم الخراج و لم يطالبوهم به كما هو مقتضى قوله (ع) ما كان لنا فهو لشيعتنا و قوله (ع) في رواية مسمع بن عبد الملك كلما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون.

و نقل عن التذكرة في وجه الجمع ان مع التصرف في أراضي الموات بغير اذن الامام (ع) يكون على المتصرف الخراج و ذكر وجهها ثالثاً في وجه الجمع و هو ثبوت الخراج على المتصرف حال الحضور و اما في زمان الغيبة فلا ينبغي الريب في عدم الخراج بل الأخبار متفقة على انها ملك لمن أحيها و سيأتى حكاية الإجماع على كونها ملكا بالاحياء.

و ذكر النائيني (ره) ان ما دل على الإباحة للشيعة يحمل على ان الغرض الأصلي هو الاذن لهم و حيث لم يكن اختصاص الحكم بالملك لهم بالاحياء خاليا عن المحذور عمم الشرع الحكم بان كل من أحيى من الأرض الميتة التي من الأنفال يكون ملكا له و لعل المحذور ان مع الاختصاص لا يمكن حلية المساكن المشترية من الكفار للشيعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧١

.....

و يكون ذلك نظير حكمه تشريع العدة فإنها مختصة بمورد اختلاط المياه و لكن الحكم عام. و يشهد لعموم الاذن في المقام ما ورد في شراء الأرضين من اليهود و النصراني و في صحيحة محمد بن مسلم قال سألته عن شراء الأرض من اليهود و النصراني قال ليس به بأس و في صحيحة أبي بصير قال سألت أبا عبد الله (ع) عن شراء الأرضين من أهل الذمة فقال لا بأس بأن يشتريها منهم إذا عملوها و أحيوها فهي لهم ثم قال (ره) و الظاهر عدم تعلق الخراج بالأرض و دخولها في الملك بالاحياء و مقتضى ذلك اغماضه (ره) عن الروايات الدالة على ثبوت الخراج و طرحها أو تأويلها كما لا يخفى.

أقول و ما ذكره المصنف (ره) من حمل أخبار أداء الخراج على بيان الاستحقاق خلاف ظاهر مثل رواية أبي خالد الكابلي فإن

مقتضاها لزوم أداء الخراج و عدم دخول الأرض في ملك المحيي إلى ظهور القائم كما ان حمل الأخبار الدالة على كون الأحياء مملكا لا يمكن حملها على خصوص زمان الغيبة.

و ما ذكره الشهيد (ره) من ثبوت الخراج على المستعمل في فرض الأحياء بلا- اذن غير صحيح فإنه قد ذكر الاذن العام لكل من المسلمين مع ثبوت الخراج عليه.

و ما ذكره النائيني (ره) من ان الغرض الأصلي الاذن و التحليل للشيعة و وقع الاذن للعموم حتى لا يكون في البين محذور للشيعة غير صحيح فإنه مع ان اختصاص التحليل لا يوجب محذورا كما ذكرنا ذلك في تحليل الخمس للشيعة من ان التحليل راجع الى غير من تعلق الخمس بالمال بيده جمعا بين روايات التحليل و ما دل على وجوب إخراج الخمس على من استفاد المال مع فرضه من الشيعة مقتضى بعض الاخبار عدم عموم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٢

.....

الاذن و قد ورد في روايته مسمع ان كسب غير الشيعة من الأرض حرام مع ان الجمع بين ثبوت الخراج على المحيي كما مدلول بعض الاخبار مع دلالة غير واحد من الاخبار على دخول الأرض في ملك المحيي بظاهره غير ممكن.

و ذكر الإيرواني (ره) ان ظاهر غير واحد من الروايات كون الأحياء مملكا حتى المخالف و الكافر كصحيحه محمد بن مسلم قال سألته عن الشراء من أرض اليهود و النصرارى قال ليس به بأس الى ان قال و أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها و هي لهم.

و في صحيحه الأخرى عن ابى جعفر (ع) أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها.

و رواية محمد بن مسلم و لا يبعد كونها معتبرة لأن محمد بن حرمان الراوى عن محمد بن مسلم هو الهندي الثقة قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول أيما قوم أحيوا من الأرض شيئا و عمروها فهم أحق بها و هي لهم و في صحيحه الفضلاء عن ابى جعفر و ابى عبد الله عليهما السلام قال- قال رسول الله (ص) من أحيى أرضا مواتا فهي له الى غير ذلك مما ظاهرها كون الأحياء مملكا لا ان النبى (ص) أو الإمام (ع) قد اذن في الأحياء و التملك بإباحة مالكية و اختصاص تلك الإباحة بالمسلمين كما هو ظاهر النبوين.

و الروايات الواردة في ثبوت الخراج لا- دلالة لها على كون الخراج أجرة الأرض لتنافى ثبوته على مستعمل الأرض تملك الأرض بالإحياء بل هو نظير الصداق قرار مالى يثبت على الممتلك.

و الحاصل ان الأرض ما دامت ميتة فهي من الأنفال ملك الامام (ع) و بعد الأحياء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٣

.....

يخرج عن ملكه و يثبت على الممتلك القرار المالى الموسوم بالخراج و يمكن القول بأن الأرض للإمام عليه السلام حتى بعد تملكها بالأحياء و لكن الملك الثابت للإمام غير سنخ الملكية الاعتبارية بل هي نظير ملك الله سبحانه السموات و الأرض انتهى.

أقول و يشهد لكون الخراج ليس بمعنى أجرة الأرض مثل صحيحه محمد بن مسلم قال سألته من أهل الذمة ما ذا عليهم مما يحقنون به دمائهم و أموالهم قال الخراج و ان أخذ من رؤوسهم الجزية فلا سبيل إلى أرضهم و ان أخذ من أرضهم فلا سبيل الى رؤوسهم حيث ان مقتضاها جواز أخذ الخراج من أهل الذمة مع فرض كون الأرض ملكهم و على ذلك فلا يكون ثبوت الخراج على الأرض بإحيائها منافيا لدخولها في ملك محيها و لو كان الدال على ثبوته تاما لما وقع التعارض بينه و بين ما يدل على دخول الأرض بالإحياء

في ملك محيها بل يلتزم مع الملك بثبوتها الا ان ما ورد فيه الخراج غير تام سنداً بل دلالة و ما يظهر منه - عدم دخول الأرض في ملك المحي كذيل رواية عمر بن يزيد المتقدمة من قوله فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه و وجه الظهور انه لو كانت الأرض ملكاً للمحي فلا وجه لأخذها منه و كذلك ما ورد في رواية مسمع من قوله يا أبا سيار الأرض كلها لنا مضافاً الى ضعف السند - لا - يمكن الأخذ بظاهر الذيل فإنه لو لم يكن الأحياء مملوكاً فلا - أقل من كونه موجبا لثبوت الحق للمحي و مع ثبوت حقه فكيف يؤخذ الأرض منه و الأرض في رواية مسمع يمكن ان يراد به أرض البحرين التي وردت الرواية على أنها من الأنفال و لذلك ذكر ان كلها للإمام (ع) و ما ذكر في ذيلها فان كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغرة لا يمكن الأخذ بظاهرها لما ذكرنا في ذيل رواية عمر بن يزيد كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٤

.....

و المتحصل الى هنا ان مقتضى الروايات المعتبرة أن إحياء الأرض موجب لدخولها في ملك المحي سواء كان محيها شيعياً أو مخالفاً أو كافراً.

و يبقى الكلام في ان الأحياء مملوك بحكم الشرع أو أنه لإذن مالكه حيث ان رسول الله (ص) و من بعده الأئمة عليهم السلام أذنوا في ذلك مقتضى كون الأرض الميتة من الأنفال و كونها لرسول الله (ص) و من بعده للإمام يضعه حيث شاء كون الأحياء كذلك بالاذن و ان الاذن العام قد صدر عنهم عليهم السلام كما هو مقتضى ما ورد في جواز شراء الأرض من الكافر و ان أيما قوم أحيوا أرضاً فهي لهم و لكن ظاهر بعض الروايات ان كون الأحياء مملوكاً بحكم الشرع و في معتبرة السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) من غرس شجرة أو حفر وادياً لم يسبقه إليه أحد أو أحيى أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله و رسوله و لكن لا يظهر للنزاع ثمره عملية بعد فرض ثبوت الاذن العام بل يحتمل ان يكون المراد من الثانية عدم تقطيع النبي (ص) و الأئمة عليهم السلام الأراضي الميتة أو بعضها لأشخاص خاصة فيوافق الاذن.

و ما ذكر في بعض الروايات كصحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر من قوله (ع) من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده و أخذ منه العشر و نصف العشر فيما عمر منها أخذه الوالي فقبله ممن يعمره و كان للمسلمين لا دلالة فيه على اختصاص الاذن بالأحياء بالمسلم حيث ان المفروض في موردها إسلام أهل الأرض كما لا يخفى.

فقد تحصل أنه لا خراج على الأرض الميتة التي من الأنفال بعد إحيائها ليدعى حليته للشيعه أو يجمع بين الروايات باختصاص الحلية ببعض الأزمنة و لا يعم بعضها الآخر فلاحظ الكلمات و تدبر و الله سبحانه هو العالم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٥

[الثاني ما كانت عامرة بالأصالة]

الثاني ما كانت عامرة بالأصالة (١)

(١) الثاني - وهي ما تكون عامرة بالأصالة لا من محي كالاجام أي الأشجار الملفوفة كما في الغابات و سواحل الأنهار و مقتضى ظاهر الأصحاب كونها أيضاً للإمام (ع) حيث أطلقوا أن كل أرض لم يجر عليه ملك مسلم فهو للإمام (ع) و لم يقيدوا الأرض بالميتة كما أن كونها له (ع) مقتضى بعض الروايات الواردة في الأنفال كموثقة إسحاق بن عمار قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الأنفال فقال هي القرى التي خرجت و انجلى عنها أهلها الى ان قال و كل أرض لا - رب لها حيث ان العموم يشمل المعمورة بالأصالة و مثلها رواية

العياشى عن ابى بصير عن ابى جعفر (ع) قال لنا الأنفال قلت و ما الأنفال قال منها المعادن و الآجام و كل ارض لا رب لها و كل ارض باد أهلها فهو لنا.

و عن صاحب الجواهر (ره) ان المعمورة بالأصالة ليست من الأنفال بل هي كسائر المباحات الأصلية كالسمك فى البحر و سائر الحيوان فى البر و ذلك لتقييد الأرض بالميتة فى مرسله حماد حيث عد فيها من الأنفال كل أرض ميتة لا رب لها، و أجاب بأن الوصف ليس له مفهوم ليجب تقييد الإطلاق فى المثبتين مع عدم وحدة الحكم فيهما هذا أولا.

و ثانيا على تقدير المفهوم ليس للوصف فى المقام مفهوم باعتبار كون القيد فى المقام واردا مورد الغالب لان الغالب فيما لا رب له كونها مواتا.

و دعوى أنه لا- يمكن التمسك بالإطلاق أيضا لكونه محمولا على الغالب أى الأرض الميتة لا يمكن المساعدة عليها لأن كون القيد غالبا معناه أن أخذه باعتبار كثرة وجوده و من الظاهر أن مجرد كثرة الوجود لا يوجب الانصراف، حيث إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٦

.....

ان الموجب للانصراف أنس الأذهان، مع أن العموم فى المقام بالوضع لا بالإطلاق.

أقول أضف الى ذلك ان التقييد المزبور قد ورد فى مرسله حماد و لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها، و مع الفض عن السند ان تقييد الأرض بالميتة فيها باعتبار ذكر حكم المعمورة بالأصل قبل ذلك حيث ورد فيها ان الأنفال كل أرض خربة باد أهلها و كل ارض لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و لكن صالحوا صلحا و أعطوا بأيديهم على غير قتال و له رؤوس الجبال و بطون الأودية و الآجام و كل أرض ميتة لا رب لها الحديث فان المراد بالآجام بمناسبة الحكم و الموضوع و بقرينه المذكور قبله و بعده ليس نفس الأشجار الملتفة، بل هى مع الأرض التى فيها الأشجار.

و قد يجاب عن شبهة التقييد المزبور ان الناظر فى الروايات الواردة فى الأنفال يجد منها ما عليه سيرة العقلاء من ان كل ما لا يكون له مالك خاص أرضا كانت أو غيرها للحكومة من غير فرق بين كونها ميتة بالأصل أو بالعارض أو كانت معمورة و ان الامام (ع) فى كل عصر مالك لتلك الأرض أو غير هافله و ضعهما حيث يشاء بالاذن للسائرين فى التصرف فيهما و تملكهما بالاحياء و الحيازة. و على ذلك فلا يكون تقييد الأرض بالميتة للاحتراز عن المعمورة لأن الميتة كالمعمورة بالأصل لا خصوصية لها كما ان الأرض لا خصوصية لها حيث الدخيل و الموضوع للملك الامام (ع) عدم كون الشىء مملوكا لمالك.

أقول لم يعلم جريان السيرة من العقلاء على اعتبار شىء ملكا للدولة مع خروجه عن استيلائهم كالبهار و السمك فيها كما هو الحال فى الأنفال حيث تكون الآجام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٧

.....

و المعادن فى أقصى نقاط الأرض ملكا للإمام و لو مع عدم استيلاء المسلمين عليها فضلا عن الامام (ع) بل لو كان الأمر كما ذكر طال بقاءه لم يكن السمك أو المرجان فى البحر من المباحات بل كانا من الأنفال أيضا مع انه قد التزم بكونهما من المباحات. و المتحصل أنه بعد الالتزام بأنه لا- يكون كل ما ليس له مالك ملكا للإمام (ع) و داخلا فى عنوان الأنفال فلا بد فى تحديدها من ملاحظة الروايات الواردة فيها، و قد تقدم ان مقتضى العموم فى بعض الروايات المعتبرة أن منها الأراضى المعمورة بالأصل.

ثم انه هل يدخل هذا القسم من الأرض فى الملك بمجرد وضع اليد و الحيازة فظاهر المصنف (ره) دخولها فى الملك و يقتضيه قوله

(ص) من سبق الى ما لا يسبقه إليه أحد فهو أحق به.

و لكن لا يخفى ان النبوى لضعفه سنداً لا يمكن الاعتماد عليه، فإنه مروى فى المستدرک مرسلًا، و مع الإغماض لا دلالة له على جواز التملك و صيرورته ملكا بالسبق، و انما يدل على ثبوت الحق بمعنى عدم جواز مزاحمة الغير.

بل لا يبعد ان يقال بعدم الإطلاق له فى ناحية جواز السابق أيضا بأن يدل على جواز السابق الى كل شىء و لو كان مملوكا للغير ليعم جواز السابق إلى الأرض المعمورة التى ملكها الامام (ع)، و انما يدل على أحقيته السابق فى موارد ثبت فيها جواز السابق من الخارج كالسبق الى الخانات و المباحات الأصلية.

و التزم النائينى (ره) بدخول الأرض المحيئة بالأصالة فى الملك بعد المناقشة فى النبوى - لما ورد عنهم عليهم السلام أنهم أباحوا لشيعتهم ما كان لهم، و ما ورد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٨

[الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت]

الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت (١)

فى التحليل و ان كان مختصا بخصوص الشيعة الا انه قد تقدم ان مقتضى تعليل الإباحة بأن تطيب ولادة الشيعة كون التملك بالتصرف عاما لكل أحد.

و فيه ما لا يخفى لعدم وفاء تلك الاخبار عن كون السابق إلى الأرض مملوكا بل غايتها جواز الانتفاع بالأراضى المعمورة و انما التزمنا فى الأراضى الميتة بجواز تملكها بالاحياء للروايات الدالة على كون الأحياء و عمارة الأرض مملوكا و من الظاهر أنه لا يصدق الأحياء و العمارة بمجرد السابق و وضع اليد على الأرض نعم فى مضمرة سماعه و أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها و هى لهم.

و ربما يستظهر منها كما عن المحقق الإيروانى كون الحيابة أيضا مملوكا كالأحياء حيث يصدق على الحيابة العمل فى الأرض كما إذا كانت التحجير و نحوه و فيه انه لا يحرز صدق عمل الأرض الأعلى استعمالها بالزرع و نحوه الذى قسم من الأحياء و يكون عطفه على الأحياء من عطف الخاص على العام.

و اما دعوى سيرة العقلاء على كون الحيابة و وضع اليد مملوكا ففيها ان الثابت من سيرة العقلاء كون وضع اليد على المنقولات كما ذكر و اما فى غير المنقولات كالأراضى فلم يثبت سيرتهم على كون مجرد وضعها موجبا لدخول الأرض أو نحوها فى الملك الشخصى لو أضع اليد فلا حظ، نعم سيرتهم جارية على ثبوت الحق للسابق بمعنى عدم جواز مزاحمة الغير فى الانتفاع، و جواز الانتفاع كذلك مستفاد من الاخبار الواردة فى تحليل حقهم عليهم السلام للشيعة أيضا و الله سبحانه هو العالم.

(١) المراد طريان الأحياء على الموات بالأصالة و اما إحياء الموات بالعرض فسيأتى التعرض له و كون الأحياء فى الموات بالأصل مملوكا مقتضى ظاهر الروايات المتقدمة و اما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٧٩

[الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة]

إشارة

الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة (١)

الالتزام بعدم ملك الرقبة بل ملك الانتفاع كما يشعر به كلام المبسوط فلا يساعده تلك الروايات. واما الشروط المذكورة في كتاب الأحياء فأربعة الأول- ان لا يكون الأرض الموات حدا لعامر و الا فلا يكون ملكا بالأحياء الثاني- ان لا يكون مقطعا من النبي (ص) أو الوصي (ع) لأحد الثالث- ان لا يكون الأرض مقررا للعبادة كأرض المعنى و موقفى العرفه و المشعر الحرام الرابع ان لا يسبق اليه حق التحجير و مع تعلقه لا يدخل الأرض في ملك المحيى.

(١) القسم الرابع ما لو خربت الأرض المحيية فإن كانت الأرض معمورة بالأصل تكون باقية على ملك الامام (ع) لأن الخبرة كالمعمورة بالأصل من الأنفال و ان كانت معمورة معمرفى بقائها على ملك معمرها أو خروجها عن ملكه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلافاً مذکور في كتاب احياء الموات و منشأ الخلاف الاختلاف الاخبار حيث قيل ان مقتضى ما دل على ان من أحيى أرضاً فهى له و أيما قوم أحيوا أرضاً فهم أحق بها و هى لهم دخولها فى ملك من عمرها ثانيا.

و يقتضيه أيضاً صحیحه معاوية و هب قال سمعت أبا عبد الله (ع) يقول أيما رجل أتى خربة باثرة فاستخرجها و كرف أنهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله و لمن عمرها، و مقتضى صحیحه سليمان بن خالد بقائها على ملك مالکها السابق، و عدم صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه قال الصدقة قلت فان كان يعرف صاحبها قال فليؤد إليه حقه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٠

.....

أقول لو لم تكن صحیحه معاوية بن وهب منصرفه إلى صورة أعراض مالکها السابق بقريته قوله (ع) فيها فتركها فأخربها فلا أقل من كونها مطلقه تعم صورة إعراضه، كما أن مقتضاه عدم الفرق بين كون الملك للمالك السابق بالأحياء أو بغيره و لكن صحیحه سليمان خالد خاصة بصورة عدم الاعتراض حيث ان قوله فيها فان كان يعرف صاحبها معرفه المالك الفعلى و هذه الصحیحه أيضاً مطلقه من جهة كون الملك للمالك المعروف بالأحياء أو بغيره فيرفع اليد عن إطلاق صحیحه معاوية بن وهب بقريته الصحیحه الثانية بحمل الاولى على صورة إعراض المالك الأول.

و الحاصل بين الصحیحين جمع عرفى و معه لا تصل النوبه إلى التخيير بين المتعارضين أو الالتزام بالتساقط و الرجوع الى استصحاب بقاء الملك للمالك السابق.

ثم ان ظاهر أخذ العلم و العرفان فى خطاب الحكم هو أخذه طريقاً كما فى نظائره فظاهر قوله فان كان يعرف صاحبها فرض مالک فعلى للأرض و لذا لا يفرق فى بقاء الأرض على ملك المالك السابق بعدم الاعراض و نحوه بين كونه معلوماً أو مجهولاً فيعامل مع الأرض فى كلتا الصورتين معاملة ملك الغير فان كان مالکها معروفاً يعتبر الاستيذان منه فى الأحياء و التصرف فيها و ان كان مجهولاً فيرجع الى الحاكم الشرعى فى التصرف فيها كما هو فى سائر الأموال المجهول.

و عن التذكرة و تبعه جماعة ان ما طرء عليه الخراب من الأرض ان كانت مملوكة للغير بالأحياء فيزول ملكه بالخراب و اما إذا كانت مملوكة له بانتقالها اليه بالشراء أو الإرث و نحوهما فلا يزول ملكه عنها بمجرد صيرورتها ميتة و قال انه على عدم زوال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨١

.....

الملك في الصورة الثانية إجماع و لكن لم يعلم وجه لهذا التفصيل غير ما ربما يستظهر من رواية أبي خالد الكابلي حيث ورد فيها فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها إلى الامام (ع) و له ما أكل منها فان تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحيها فهو أحق بها من الذي تركها.

و فيه مع ما تقدم من ضعف الرواية سندا و عدم إمكان الاعتماد عليها و اشتغالها على حكم لا بد من إرجاعه إلى اهله و هو ثبوت الخراج على معمرها و ان الأرض تؤخذ منه عند ظهور القائم (ع) أنها منصرفه إلى صورة إعراض المعمر الأول و لو بملاحظة ان الأرض في تلك الأزمنة لم تكن نوعا ذات قيمة بعد خرابها ليرغب في التحفظ بها.

نعم على تقدير ثبوت الإطلاق و عدم الانصراف تقع المعارضة بينها و بين صحيحة سليمان بن خالد بالعموم من وجه حيث ان صحيحة سليمان بن خالد الدالة على ثبوت حق المالك الأول عامة من جهة ملك الأرض بالاحياء و غيره و خاصة من جهة عدم الاعراض و رواية الكابلي الدالة على سقوط حق المالك الأول خاصة من ملك الأرض بالاحياء و عامة من جهة إعراض المالك الأول و عدمه و بعد سقوطهما في مورد اجتماعهما و هو ما إذا كانت الأرض مملوكة للسابق بالاحياء مع عدم إعراضه عنها يرجع إلى عموم قوله (ع) أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها و نتيجة ذلك كون اللاحق أحق بالأرض.

اللهم الا- ان يقال ان العموم المزبور تعم المعمر الأول أيضا و مقتضى كون الأرض ملكا له عدم جواز الأحياء من الثاني الا باذنه و لو وصلت النبوة إلى الأصل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٢

.....

العملى أيضا فمقتضى الاستصحاب بقاء ملك الأول و عدم خروج الأرض عن ملكه بمجرد الخراب.

نعم إذا ترك الأرض خرابا بمدة طويلة من جهة عدم اعتناؤه بالأرض المزبورة ففيه كلام و هو انه قد ورد في بعض الروايات ان تعطيل الأرض و تركها مخروبة يوجب خروجها عن ملك مالكها و هي رواية يونس عن العبد الصالح (ع) قال قال ان الأرض لهم تعالى جعلها وقفا على عباده فمن عطل أرضا ثلاث سنين متوالية لغير علة أخذت من يده و دفعت إلى غيره و من ترك مطالبه حق عشر سنين فلا- حق له و مرسلته عن ابي عبد الله (ع) قال من أخذت منه ارض ثم مكث ثلاث سنين لا يطالبها لم يحل له بعد ثلاث سنين ان يطلبها و ظاهر هاتين الروايتين انتهاء الملك و الحق و سقوط الدين بتعطيل الأرض و ترك المطالبة في المدّة المزبورة و لا اعرف من التزام بهذا الظهور مع ضعفهما سندا و معارضتهما بما في نهج البلاغة قال (ع) الحق جديد و ان طالت عليه الأيام و الباطل خذول و ان نصره أقوام.

نعم ربما يستظهر انه مع تعطيل المالك الأرض بعدم الاعتناء بها يجوز للآخرين التصرف فيها بالاحياء من صحيحة سليمان بن خالد المتقدمة حيث لم يتعرض فيها الامام (ع) للمنع عن الأحياء مع فرض ان المحيي يعرف المالك.

و لكن لا- يخفى انه لو كان المراد من رد حق المالك إليه ما يعم رد نفس الأرض فلا موضوع للتعرض لإباحة الأحياء لوقوع السؤال بعد حصول الأحياء خارجا و عليه فلو لم يكن الاستيذان من المالك أظهر أخذًا بما دل على ان حرمة مال المسلم كدمه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٣

[بيع الأراضي المفتوحة عنوة]

اما ان تكون العمارة فيه من المسلمين (١) و قلنا بعدم اعتبار الإسلام ٢

فلا أقل من كونه أحوط من غير فرق بين كون ملك المالك الأول بالإحياء أو غيره.

نعم إذا كانت المماطلة بحيث يوجب الخلل في تهيئة القوت للناس فيمكن ان يقال بأنه مع امتناع المالك من استعمال الأرض بلا عذر انه يجوز للحاكم الشرعي إجبار المالك على دفع الأرض المزبورة للساكنين للإحياء بالزرع ونحوه و لو مع الأجرة لأن تحصيل القوت والغذاء للناس واجب كفائي فيكون إجبارا على الواجب الكفائي والله سبحانه هو العالم.

(١) هذا تمهيد لبيان عدم جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة ثم انه قد تقدم ان الموات تدخل بالإحياء في ملك المحيي سواء كان المحيي مسلما أو كافرا و بعد دخولها في الملك لا يزول الملك الا- بناقل أو بطريان الخراب بناء على خروج الأرض عن الملك بطوره كما هو أحد القولين المذكورين في القسم الرابع.

و إذا كان الأحياء في غير دار الإسلام فملكه يزول بما يزول به ملك المسلم و باغتنام الأرض منه كاغتنام سائر أمواله فإنه ان أسلم الكافر طوعا فيبقى الأرض كغيرها من سائر أمواله على ملكه و ان لا يسلم طوعا و رفعت يده عنها قهرا يكون الأرض كسائر ما لا ينقل من الغنيمه للمسلمين كافة على المعروف بل بلا خلاف و يشهد لذلك جملة من الروايات.

(٢) قد تقدم كون الأحياء مملكا حتى ما إذا كان المحيي كافرا كما هو مقتضى مثل قوله (ع) أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها و هي لهم حيث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٤

ففي رواية أبي بردة الرجا (١) لا- بأس ان يشتري حقه منها (٢) فيكون ذلك (٣) الا ان يستحيى من عيب ذلك (٤) الا من كانت له ذمة (٥)

يدخل في العموم احياء الكافر و لو كان في أرض الإسلام.

(١) الرواية ضعيفة سندا لجهالة أبي برده نعم دلالتها كدلالة غيرها على كون ارض الخراج ملكا للمسلمين واضحة.

(٢) يعني لا بأس ان يشتري حق البائع من الأرض و لا بأس ان يحول البائع حق المسلمين من اجرة الأرض على المشتري و بتعبير آخر يكون الخراج على المشتري و قوله لعله. في مقام تعليل جواز الشراء و ان الجواز باعتبار انه ربما يكون المشتري أقوى على استعمال الأرض و أكثر تمكنا على أداء خراجها من البائع الذي يبيع حقه المتعلق بالأرض.

(٣) أي فيكون الباقي أرزاق أعوان الوالى و يصرف في مصلحته ما يقصده الوالى من تقوية الإسلام بالجهاد و غيره.

(٤) شراء ارض الخراج و كون خراجها على المشتري فيه نوع خفة للشباهة لأهل الجزية و ربما لا يقدم بعض الناس على شرائها لذلك فذكر (ع) انه لو ترك الشراء للعب المزبور فهو و ان يشتري بالنحو المزبور أي بأن يكون الخراج عليه فلا بأس.

(٥) أي إلا عن بائع كان عليه عهده خراج الأرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٥

المراد انه لا يصح (١) و دليله قرينه (٢)

(١) و يبقى على المسالك ان القول بدخول الأرض المفتوحة في ملك المتصرف فيها تبعا للآثار و زوال هذا الملك بزوال تلك الآثار خلاف ظاهر الروايات حيث ان مدلولها عدم كونها ملكا لشخص خاص لا حال التصرف فيها و لا قبلها بل غايته ان من بيده الأرض المزبورة له رفع يده عنها بالعوض كما هو الحال في جميع موارد تعلق الحق بالعين بالسبق إليها أو غيره أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال.

(٢) يعني استدلاله على جواز بيع الأرض برواية أبي برده الظاهرة في جواز أخذ من بيده الأرض العوض لرفع يده عنها أو نقل ذلك

الحق إلى باذل المال قرينه على كون مراد المستدل من جواز بيع الأرض و شرائها جواز أخذ العوض على حقه منها. والمتحصل من كلام المصنف ان الأقوال في المعاملة و التصرف في الأراضي الخراجية أربعة: الأول- عدم دخول رقبه الأرض في الملك أصلا و لو تبعا للآثار و لكن يثبت الحق بها بالتصرف و الأحياء و المعاملة و هذا مختاره (قده) الثاني- عدم جواز التصرف و المعاملة عليها أصلا و لا يملك المتصرف فيها لا الأرض و لا الحق كما هو ظاهر عبارة المبسوط و قد حمل (قده) العبارة على أحد وجهين أحدهما ما إذا كان التصرف فيها بالأحياء أو غيره بلا استيذان من الامام حال حضوره و ثانيهما التصرف فيها بقصد تملك الأرض و ينسب التفصيل بين زمان الحضور و الغيبة كما هو الوجه الأول في الحمل الى الدروس.

الثالث- ما عن الشهيد و المحقق الثانيين من دخول رقبه في الملك تبعاً للآثار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٦

.....

و يزول الملك بزوال تلك الآثار.

الرابع: ما يوهم ظاهر عبارة التهذيب من دخول نفس رقبه الأرض في الملك فيجوز المعاملة على الرقبه مستقلا و لكن الاستدلال على الحكم برواية أبي برده قرينه على كون مراده هو القول الأول.

و عن بعض الأجلة طال عزه أن الأراضي المفتوحة عنوة ليست ملكا لأحد بل هي أراضي محررة موقوفة على مصالح المسلمين و المسلمون ليسوا ملاكا للأرض بنحو الإشاعة أو بأى وجه كان و لا ملاكا لمنافعها كما انهم ليسوا مصرفا لتلك الأرض و ذكر في وجه ذلك ان اعتبار الملكية للمسلمين من الموجودين بالفعل و من يوجد منهم الى آخر الدنيا أمر غير معقول أو بعيد و ليس للام ظهور في الملكية كما في قوله له الحمد و الملك و له الأسماء الحسنى و له ما في السموات و الأرض الى غير ذلك.

بل ورد في بعض الروايات ان الأرض المفتوحة عنوة فيء المسلمين و العدول عن ذكر الملك الى التعبير بالفىء فيه تأييد بل دلالة على عدم الملك.

أقول ظاهر اللام هي الإضافة الملكية لكن لا مطلقا بل فيما إذا كان المضاف فيه عنوان المال أو مصداقه مع كون المضاف اليه قابلا للملكية كقوله لزيد هذا المال أو هذا البيت و اما في غير ذلك كما إذا كان المضاف غير عنوان المال أو مصداقه كقوله له الأسماء الحسنى و له الحمد و الملك أو كان المضاف اليه غير قابل للملكية كما في قوله الجبل للفرس فهذا غير مورد الظهور المزبور و قد تقدم مرارا ان الكلى الطبيعى قابل لاعتبار المالكية كما في ملك الزكاة للفقراء و مال الوقف للموقوف عليهم كما في الوقف العام و بعد كون الملكية بنفسها امرا اعتباريا تكون الملكية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٧

.....

غير إنشائها و إمكان التفكيك بين المنشأ و الإنشاء ظاهر فيصح جعل الملكية لعامة المسلمين بنحو الإشاعة بمفاد القضية الحقيقية من غير لزوم قيام الموجود بالمعدوم و بعد دلالة الاخبار على عدم جواز بيع تلك الأراضي حتى في مقدار الحصه التي بيد العامل عليها و نفى الإشاعة و الملك الشخصى يؤخذ بظاهر اللام في الملك غاية الأمر يكون المالك العنوان العام كما في ملك الزكاة.

و ما في مرسله حماد من كون الأرض المفتوحة عنوة موقوفة مع الإغماض عن سندها فلا دلالة لها على كونها وقفا حقيقة فإن الوقف كسائر المعاملات يحتاج إلى الإنشاء بل معنى كونها وقفا و لو بقرينه ما دل على انها للمسلمين كونها في حكمه من عدم جواز بيع تلك الأرض أو نقلها الى الغير بالمصالحة و غيرها.

والتعبير عن كون تلك الأراضي بقاء المسلمين لا يقتضى عدم كونها ملكاً فإنه مضافاً إلى ضعف السند قد ورد في بعض روايات أن الأنفال فيء للإمام (ع) مع أن الأنفال ملكه (ع) حتى عند هذا القائل الجليل وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) أنه سمعه يقول أن الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة دم أو قوم صولحوا وأعطوا بأيديهم وما كان من أرض خربة أو بطون أو دية فهذا كله من الفىء والأنفال لله وللرسول فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يجب ونحوها غيرها.

ويمكن أن يقال في الثمرة بين كونها ملكاً للمسلمين وبين كونها أراضي محررة فيما إذا وضع الغاصب يده على تلك الأراضي بأنه لا يكون عليه ضمان بالإضافة إلى ما أتلّفه من المنافع المستوفاة بناء على كونها محررة كما يأتي ذلك في غصب المسجد والمشهد حيث لا يكون الاستيفاء المزبور إتلافاً لمال الغير أو تلفه بيده ويكون عليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٨

.....

الضمان بالاستيفاء المزبور بناء على الأول حيث أنه إتلاف لمال الغير أو تلفه بيده ولو كان ذلك الغير العنوان العام المتقدم. وقد يقال كما عن النائيني (ره) بأن البحث في الأراضي المفتوحة عنوة قليل الجدوى فإن الحكم بأن الأراضي المزبورة ملك للمسلمين أي لعنوانه وأن الأرض لا تدخل في ملك مستعملها ولذا لا يجوز له بيعها وشرائها وإنما يكون وضع اليد عليها بوجه مشروع موجبا لتعلق الحق بها وتصح المعاملة على ذلك الحق مختص بالأراضي التي كانت حال فتحها معمورة وحيث أن تشخيص العمارة حال الفتح في الأراضي المفتوحة غالباً غير ميسور ومقتضى الاستصحاب عدم عمارتها حاله فيترتب على ذلك دخول الأراضي في ملك المحيي ومن يده عليها وهي محيية يحكم بكونها ملكاً له بقاعدة اليد ولا يضر العلم الإجمالي بكون بعض الأراضي كانت حال فتحها معمورة وذلك لخروج الأطراف الأخرى عن محل الابتلاء.

وبتعبير آخر قوله (ص) من أحيا أرضاً فهي له لم يخرج عنه إلا الأرض المفتوحة عنوة التي كانت معمورة حال فتحها واستصحاب عدم كون الأرض معمورة حال فتحها يدخل الأرض في العموم المزبور ومع عدم إحراز إحيائها فمن يده عليها يكون مقتضى قاعدة اليد كونها ملكاً له والعلم الإجمالي بكون بعض الأرض كانت معمورة حال فتحها غير ضائر لاعتبارها كما تقدم.

ويجوز ذلك في الأرض التي لا يعلم بكونها مفتوحة عنوة فإنه لو كان إحيائها ممن يده عليها يحكم بكونها له أخذاً بعموم من أحيا أرضاً ميتاً فهي له بضميمة استصحاب عدم كونها مفتوحة عنوة أو استصحاب عدم كونها أرضاً للمسلمين صلحاً

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٨٩

.....

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ٨٩

نظير الحكم بحلية نكاح المرأة أخذاً بعموم قوله سبحانه أحل لكم ذلك بضميمة استصحاب عدم كونها أختاً رضاعياً أو أماً رضاعياً و نحو ذلك وفيما إذا كان وضع يده عليها وهي معمورة يحكم بكونها ملكاً له بقاعدة اليد على قرار ما تقدم.

وقد يقال كما عن بعض الأجلة (دامت شوكته) أن استصحاب عدم الموضوع لا يثمر في نفي حكمه إلا إذا دل الخطاب الشرعي على عدم الحكم بعدم الموضوع بان كان الموضوع قد ذكر له الحكم في القضية الشرطية ونحوها كما في قوله إذا بلغ الماء قدر كرا لا

ينجسه شيء فان مفهوم الشرطية ارتفاع الاعتصام عن الماء بارتفاع الكرية أو كان الموضوع قد نفى عنه الحكم المذكور له بانتفاء ذلك الموضوع في خطاب آخر ويكون في غير ذلك نفى الحكم بنفى موضوعه مثبتا حيث ان انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه عقلي لا شرعي وعلى ذلك فلا يثمر استصحاب عدم كون الأرض مفتوحة عنوة في نفى كونها للمسلمين وكذلك استصحاب عدم كونها معمورة حال فتحها الى غير ذلك من موارد نفى الحكم باستصحاب نفى الموضوع.

أقول: يرد عليه أولا ان نفى كون الأرض معمورة حال فتحها أو نفى كونها مفتوحة عنوة أو أرض صلح على أنها للمسلمين ليس لنفى الحكم بل لإثبات قيد الموضوع للحكم حيث ان الشارع قد حكم بأن من أحيا أرضا لم تكن مفتوحة عنوة أو لم تكن حال فتحها معمورة أنها ملك لمحييها و احياء الأرض محرز بالوجدان و عدم كونها معمورة حال فتحها أو عدم كونها مفتوحة عنوة أو وقوع الصلح عليها على أنها للمسلمين محرز بالأصل فيتم موضوع ملك المحيي.

و ثانيا ان نفى الحكم الفعلي بنفى موضوعه لو كان مثبتا باعتبار ان نفى الحكم
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٠

.....

بانتفاء موضوعه عقلي لكان إثبات الحكم الفعلي يثبت موضوعه ايضا مثبتا لان جعل الحكم لموضوع بنحو القضية الحقيقية يقتضى عقلا فعليه ذلك الحكم بفعليه موضوعه كما انه يلازم نفى فعليته بعدم فعليه موضوعه.

و الحل هو ان العلقه بين تحقق الموضوع و فعليه الحكم كما حصل بجعل الشارع و إنشائه الحكم له بنحو القضية الحقيقية كذلك العلقه بين انتفاء الموضوع و عدم حصوله و بين عدم فعليه الحكم قد حصلت بتلك العلقه فلا حظ موارد جريان قاعدة الفراغ أو الاستصحاب الجارى فى مقام الامتثال حيث يفيد كل منهما سقوط التكليف مع ان سقوطه بحصول متعلقه خارجا عقلي و السر فى عدم كون ذلك مثبتا ما ذكرنا من ان العلقه بين التكليف و ذلك المتعلق قد حصلت بجعل الشارع فيكون حدوثه و سقوطه قابلا للتعبد.

و الحاصل كما ان الأصل يجرى فى ناحية إثبات الموضوع و يفيد ثبوت حكمه كذلك يجرى فى ناحية عدم حصوله و يفيد عدم فعليه التكليف أو سائر الحكم.

بقى فى المقام أمر و هو ان اعتبار عمارة الأرض حال فتحها فى كونها خراجية و ان الميته حال الفتح من الأنفال معروف بين الأصحاب و ذكروا فى وجه ذلك ان ما يكون للمسلمين هى الأرض المأخوذة من الكفار بعنوان الغنيمه و اما المأخوذة منهم فيما إذا كانت ملكا لغيرهم كالمغصوبه من مسلم فلا تدخل فى الغنيمه فاللازم ردها على مالکها و الميته من أراضيهم لم تكن ملكا لهم بل كانت من الأنفال التى كانت يد هم عليها يد عدوان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩١

فالذى ينبغى ان يصرف الكلام هو بيان الوجه (١).

و فيه ان عنوان الغنيمه لم تؤخذ فى كون الأرض المأخوذة للمسلمين بل المعتبر أخذ الأرض من الكفار بالقتال أو بالصلح و هذا يشمل المعمورة و الميته بل يشمل المأخوذ منهم ما كانت ملكا لمسلم فى أيديهم غاية الأمر إذا كانت لمسلم يحكم بقائها فى ملكه لان ما دل على حرمة مال المسلم و عدم تملكه بغير رضاه يعارض ما دل على دخول الأرض المفتوحة فى ملك المسلم بالعموم من وجه و بعد تساقط الاطلاقين يرجع الى استصحاب بقائها فى ملكه.

و المعارضه بالعموم من وجه و ان تكون ملحوظه بين ما دل على ان الأرض الميته من الأنفال و بين ما دل على كون الأرض المفتوحة

للمسلمين و مقتضى كون العموم فى ناحية ما دل على ان الميته من الأنفال وضعيا تقديمه و على تقدير تساقطهما فى مورد الاجتماع يكون الرجوع الى استصحاب بقاء الميته على كونها من الأنفال الا ان التقييد الوارد فى موثقة إسحاق بن عمار يدفع المعارضة حيث عد فيها من الأنفال الأرض الخربة التى لم يوجف بخيل و لا ركاب لان مقتضاه ان لا تكون الميته المأخوذة بخيل و ركاب من الأنفال و مع ذلك كان الحكم فى المسألة متسالم عليه عندهم و الله سبحانه هو العالم.

(١) يقع الكلام فى الموجب لجواز التصرف فى الأراضى الخراجية ليثبت به حق الاختصاص المحكوم فى الروايات بجواز المعاملة عليه و ذكر المصنف (ره) ان مع التمكن على الاستيذان من الامام (ع) كما فى حال حضوره يجب الرجوع اليه أو الى الوالى من قبله أو وكيله باعتبار ان الأرض ملك المسلمين و الامام (ع) وليهم فله (ع) نقل منفعة الأرض أو عينها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٢

.....

أقول المراد بنقل منفعة الأرض قبالتها أو إيجارها و اما نقل عينها فلم يظهر وجهه بعد كون تلك الأرض موقوفة متروكة غير قابلة للنقل و الانتقال و ولايته (ع) مع النهى عن بيعها معللا بأنها للمسلمين الظاهر فى عدم قبولها لنقل العين لا تقتضى إلا نقل منافعتها أو الاذن فى الانتفاع بها.

و اما فى زمان الغيبة فقد ذكر (ره) ان المحتمل أحد وجوه خمسة.

الأول- الرجوع فى التصرف فيها الى السلطان أو عماله ممن جوز الشرع أخذ الخراج منه مجانا أو معاوضة بل فى صحیحة الحلبي لا بأس ان يتقبل الأرض و أهلها من السلطان و لكن لا دلالة لها على تعيين ذلك و عدم موجب آخر للتصرف فى تلك الأراضى.

الثانى- جواز التصرف مطلقا اى بلا حاجة الى الاستيذان أو المعاملة لا مع السلطان و لا مع غيره فإنه مقتضى تحليل الأرض للشيعه و يكون التحليل بالإضافة الى الأراضى القابلة للتملك إذنا فيه و فى غير القابلة له إذنا فى التصرف و فى وضع اليد عليها الموجب لثبوت حق الاختصاص و فى رواية عبد الملك عن ابى عبد الله (ع) يا أبا سيار كل ما كان فى أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون الحديث و بالجملة تخصيص التحليل بالموات التى ملكه (ع) بلا موجب و يؤيد هذا التحليل ما ورد فى جواز أخذ الخراج جائزة أو معاوضة فإنه إذا جاز أخذ الخراج الذى كاجر الأرض جاز أخذ نفس منفعة الأرض و التعبير بالتأييد لإمكان دعوى ان جواز أخذ بدل منفعتها لا يلزم جواز تصرف الشخص فى الأرض استقلالاً لان جواز الأول باعتبار إضاء الشارع معاملة السلطان على ما تقدم فى المكاسب المحرمة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٣

.....

الثالث الرجوع الى الحاكم الشرعى فإنه نائب الامام و لا أقل من كون جواز التصرف فى تلك الأرض مع الرجوع إليه قطعى و اما غير هذا الفرض فيبقى فيما دل على عدم الجواز وضعاً أو تكليفاً.

و الرابع التفصيل بين من يستحق أجره الأرض لكون صرفها عليه من مصالح المسلمين و بين غيرهم فإنه يستفاد جواز التصرف للأول من جواز تصرفه فى بدل منفعة الأرض و فى رواية أبى بكر الحضرمي قال (ع) على ما فى الرواية المزبورة ما منع ابن ابى السماك ان يبعث إليك بعطائك أما علم ان لك فى بيت المال نصيباً و لكن لا وجه لتصرف سائر الناس فى تلك الأراضى مجاناً و لذا افتى غير واحد على ما حكى عنهم بعدم جواز حبس الخراج عن السلطان الجائر نعم استثنى بعضهم ما إذا دفعه الى نائب الإمام (ع).

الخامس التفصيل بين ما عرض له الموت من ارض الخراج فيجوز التصرف فيها بإحيائها كما هو مقتضى الترخيص فى الأحياء و كون

المحیی مالکا للأرض أو أحق بها كما فی عموماً جواز الأحياء و خصوص صحیحہ سلیمان بن خالد و خصوصیتها باعتبار ورودها فی جواز إحياء الخبرة الظاهرة فی الميتة بعد عمارتها و بین الباقية على عمارتها فلا يجوز التصرف فيها إلا بأحد الوجوه المتقدمة و الأوفق بالقواعد هو الوجه الثالث ثم الرابع ثم الخامس.

لا يخفى انه لو تم الوجه الأول أو الوجه الثاني فلا يختص شيء منهما بزمان الغيبة بل يعم زمان الحضور فان بعض ما ورد مما يستظهر منه أحد الوجهين موردهما زمان الحضور و فی موثقة إسماعيل بن فضل الهاشمي قال سألت أبا عبد الله (ع) عن إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٤ فان مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح (١)

رجل اكرتري أرضاً من أهل الذمة من الخراج و أهلها كارهون و انما يقبلها السلطان لعجز أهلها أو غير عجز فقال إذا عجز أربابها عنها فلنك أن تأخذها الا ان يضاروا الحديث و فی صحیحہ عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) ان لى أرض خراج و قد ضقت فأدعها فسكت على هنيئة ثم قال ان قائمنا لو قام كان نصيبك من الأرض أكثر منها الحديث.

و على ذلك فلا ينبغي الريب فى جواز أخذ أرض الخراج من السلطان و استعمالها و عمارتها بل يمكن ان يقال بجواز وضع اليد عليها و لو باشتراء حقوق العاملين عليها بلا حاجة الى الاستيذان من أحد و بلا لزوم دفع خراجها الى السلطان أو غيره كما ربما يظهر من صحیحہ محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) و عن الساباطى و زارة عن ابي عبد الله (ع) انهم سألوها عن شراء أرض الدهاقين من أرض الجزية فقال انه إذا كان ذلك انتزعت منك أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج قال عمار ثم اقبل على فقال اشترها فان لك من الحق ما هو أكثر من ذلك نعم لو استولى على الأرض من له ولاية شرعية فى زمان الغيبة فلا يبعد ان يقال بلزوم دفع الخراج إليه إذا طلبه حيث ان الأرض ملك للمسلمين و له صرفها فى مصالحهم و جواز الامتناع عن دفعه الظاهر من بعض الروايات المشار إليها يختص بما إذا كان الحاكم على الأرض الجائر و عماله فلاحظ.

(١) إذا كان تلك الأمور تابعه للأرض زمان فتحها و باعتبار ذلك كانت محكومة كرقبة الأرض بكونها ملكاً للمسلمين فلا يزول ملكهم بانفصالها و خروجها عن تبعية الأرض كما هو الحال فى سائر الموارد التى يدخل الشىء فى ملك أحد تبعاً للعين الأخرى نعم لا يبعد ان يقال ان النهى عن بيع أرض المسلمين لا يعم لما بعد انفصالها إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٥

[اعتبار كون الملك طلقاً]

إشارة

و اعلم انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر (١)

بل يلتزم بدخولها فى ملك من يضع يده عليها بوجه مشروع حيث ان وضع اليد عليها كذلك كسائر ما يكون ملكاً لعنوان عام و يصير ملكاً بالأخذ و السيرة مستمرة على بيع ما يعمل من الأراضى الخراجية من الكوز و سائر الظروف و نحوها و لم يرد فى شىء من الروايات الردع عن بيعها أو تملكها و الله سبحانه هو العالم.

(١) ذكر الفاضلان و جمع آخر ان العوضين فى البيع يعتبر كون كل منهما مملوكاً و كون ملكهما طلقاً و فرعوا على اشتراط الطلق

عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى و بيع الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته و لا بيع أم الولد إلا فى بعض الموارد و المراد بالطلاق ان يكون سلطنة المالك بالإضافة إلى المال تامه بحيث يجوز له نقله مجاناً أو بالمعاوضة و جواز النقل باعتبار عدم تعلق حق للغير به مانع عن نقله بلا اذن ذلك الغير.

و الوجه فى رجوع المراد بالطلاق الى ذلك هو ان تمام السلطنة و كون المالك مطلق العنان فى التصرف فى معنى جواز نقله مجاناً أو مع العوض.

و قوله (ره) (لمرجعه الى ان من شرط البيع) تعليل لقوله و لكن هذا المعنى فى الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله فيكون حاصل عبارة الفاضلين ان من شرط العوضين كونهما مملوكا بحيث يصح بيعهما و هذا لا معنى له فإن صحة البيع لا يكون شرطاً فى صحته كما لا يمكن تفريع عدم صحة بيع الوقف أو الرهن أو أم الولد على الاشتراط المزبور بل عدم كون الملك وقفاً أو رهناً أو أم الولد شرط و يتفرع على عدم تعلق تلك الحقوق بالعوضين صحة البيع و على تعلقها بطلانه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٦

ثم عنوانوا حق الجاني (١) النذر المتعلق بالعين (٢)

و على ذلك فليكن المراد بالطلاق عدم تعلق الحقوق بالعوضين مما نهى الشارع عن البيع معها و هذه عبارة مختصرة منتزعة عن عدم تعلق تلك الحقوق و قولهم فلا يصح بيع الوقف و الرهن و أم الولد من قبيل تعداد تلك الحقوق و تفصيل لتلك العبارة لا من قبيل التفريع على الشرط فان الشرط فى الحقيقة عدم كون العوضين وقفاً أو رهناً أو أم ولد و يتفرع على عدم تعلق الحقوق كون الملك طلقاً.

و الحاصل ان الشارع قد منع عن نقل المال فى بعض الموارد باعتبار تعلق حق الغير بالمال المزبور و ينتزع عن عدم تعلق الحق المزبور كون ملك المال طلقاً فيكون العمدة التعرض للموارد التى قد منع الشارع عن بيع المال فيها باعتبار تعلق حق الغير به.

(١) يعنى الحق المتعلق بالعبد الجاني ان لولى المجنى عليه الحق فى القصاص أو استرقاقه و فى كون هذا الحق مانعاً عن تصرف مولاه ببيعه كلام يتعرض (ره) له فيما بعد.

(٢) لم يثبت كون تعلق النذر بالعين مانعاً عن صحة بيعها فان وجوب الوفاء بالنذر تكليف فيكون بيع العين المنذورة مخالفة للتكليف المزبور و النهى عن معاملته لا يوجب فسادها خصوصاً فيما إذا كان بعنوان خارجي و بهذا يظهر الحال فى صورة الحلف على عدم بيع العين.

و دعوى عدم جواز بيع العين المنذورة لتعلق حق الله أو تعلق حق الفقراء بها لا يمكن المساعدة عليها فان الالتزام بالفعل لله كما هو مفاد النذر نظير الالتزام بالفعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٧

و الخيار المتعلق به (١) و الارتداد (٢)

للمشروط له فى الشرط فى العقود لا يكون تمليكا لذلك الفعل فضلا عن تعلق حق المشروط له بالعين التى يتعلق بها ذلك الفعل بل تمليك الفعل كما هو مفاد عقد الإجارة لا يقتضى تعلق حق للمستأجر بالعين بل للمستأجر يتملك الفعل المتعلق بها خاصة كما لا يخفى.

و الحاصل ان اللام فى قول الناظر لله على ان أتصدق بالمال نظير قول المشروط عليه فى ضمن عقد على ان أخيط لك هذا الثوب ليست للملكية بل لمجرد التعدى و كون مدخوله طرف الالتزام بل على تقدير كونها للملك فلا تقتضى تملك الفعل تعلق حق

للمتملك بالعين التي يتعلق به الفعل.

(١) أي الخيار المتعلق بالعين. أقول الخيار كما يأتي في بحث الخيارات حق متعلق بالعقد لا بالعين فيكون الذي الخيار حق فسخ العقد وإزالته و ثبوت هذا الحق بل واستيفائه لا يتوقف على بقاء العوضين بل يصح لذى الخيار فسخه حتى بعد تلف العين في يد الآخر غاية الأمر يرجع مع فسخ المعاملة إلى بدل العين من المثل أو القيمة.

نعم فيما إذا كان المشروط على الآخر إبقاء العين و عدم نقلها عن ملكه زمان الخيار كما لا يبعد ذلك في بيع الخيار حيث يكون فيه اشتراط من البائع على المشتري بإبقاء العين في المدة المضروبة للخيار فلا يجوز للمشتري بيعها تكليفاً لوجوب الوفاء بالشرط و الوفاء بالعقد و لا يوجب ثبوت حق للبائع في العين ليجب ذلك فساد التصرف فيها.

(٢) يعني ارتداد العبد المسلم فإنه يكون بالارتداد في معرض التلف بالقتل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٨

و تعيين الهدى للذبح (١) و اشتراط عتق العبد في عقد لازم (٢) و التدبير المعلق على موت غير الولي (٣)

حدا حتى فيما إذا كان ارتداده ملياً حيث انه ايضاً في معرض التلف بالقتل بعدم توبته بعد استتابته هذا و لكن كون الشيء في معرض التلف لا يمنع عن بيعه غاية الأمر يثبت للمشتري الجاهل بالحال خيار الفسخ بالعيب المزبور كما لا يخفى.

(١) و في صحيحه الحلبي قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري البدنة ثم تضل قبل ان يشعرها و يقلدها فلا يجدها حتى يأتي منى فينحر و يجد هديه قال ان لم يكن قد أشعرها فهي ماله ان شاء نحرها و ان شاء باعها و ان كان قد أشعرها نحرها.

و يمكن ان يقال انه لا يستفاد منها أزيد من وجوب ذبح الحيوان أو نحره نظير الحيوان المنذور ذبحه و التصديق بلحمه لا النهي عن بيعه ليقال بظهور النهي في فساده فتدبر.

(٢) لا يخفى ان اشتراط عتقه من شرط الفعل فيجب على المشروط عليه الوفاء به و مع عدم وفائه يجوز للمشروط له فسخ العقد الذي اشترط فيه عتق العبد و إذا فرض خروج العبد عن ملك المشروط عليه بالبيع أو غيره قبل الفسخ المزبور فيرجع المشروط له اليه ببدل ذلك العبد.

و كيف كان فلا يوجب اشتراط العتق نقصاً في ملك العبد و خروجه عن الطلق كما تقدم في شرط الخيار.

(٣) و عليه رواية و مقتضاها انعتاقه بموت من علق انعتاقه على موته و عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٩٩

و تعلق حق الموصى له (١) و تعلق حق الشفعة (٢) و تغذية الولد المملوك (٣) و كونه مملوكاً (٤)

نفوذ التصرفات المنافية لذلك من الورثة.

(١) لا يبعد ان يكون المال في الوصية التمليلية ملكاً للموصى له بموت الموصى بلا حاجة الى قبوله نعم يكون للموصى له رد المال و إخراجة عن ملكه و على تقدير القول بالحاجة إلى القبول يبقى الموصى به في ملك الموصى فإن المنتقل إلى الورثة من التركة هو غير الموصى به فيما إذا لم يكن زائداً على الثلث و تمام الكلام في محله.

(٢) لا يخفى ان تعلق حق الشفعة في الفرض و كون الشفيع متمكناً على إبطال التصرفات الجارية على المبيع بأخذه بحق شفيعته أجنبي عن مورد الكلام فان مع تعلقها لا يلزم تلك التصرفات فتكون في معرض البطلان بالأخذ بالشفعة و كلامنا في اشتراط البيع و توقف صحته على كون الملك طلقاً بان لا ينعقد البيع مع عدمه.

(٣) لو اشترى امه حلبى مع حملها فعليه ترك وطنها إلى أربعة أشهر و عشرة أيام من مبدء حملها على كلام في اعتبار الزائد على

أربعة أشهر و ان وطئها في المدة المزبورة أو بعدها الى ان تضع حملها و أفرغ مائه في فرجها فلا يجوز له بيع ذلك الولد و عليه عتقه على قول يساعد عليه ظاهر الرواية.

(٤) (و كونه مملوكا) عطف على تغذيه الولد و كان المراد انه إذا كانت الأمه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٠

كما لو قهر حربى (١) و الغنيمه قبل القسمة (٢)

[لا يجوز بيع الوقف]

إشارة

لا يجوز بيع الوقف (٣)

ملكا لاثنين فوطئها أحدهما و أتت بالولد يكون الولد حصه منه ملكا للشريك و لكن ليس له يبعه بل له تقويم حصته و أخذ تلك القيمة من الواطى.

(١) ظاهره التعرض لما ذكره بعضهم من ان الحربى أى الكافر الحربى لو باع أباه أو غيره من قرابته التى تنعتق عليه بان يكون الكافر المزبور استولى على من ينعق عليه بالقهر و باعه ففى صحة هذا البيع اشكال و وجه الاشكال ان قهره و استيلائه و ان يوجب تملكه الا ان المفروض تحقق القرابة المانعة عن استقرار الملك فلا يحصل البيع حال الملك و لكن فى روايه قد سأل عبد الله اللّهم أبا عبد الله (ع) عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته فيتخذها قال لا- بأس و ظاهرها صحة البيع و يمكن حملها على حصول الملك للمشتري بالاستيلاء لا ببيع الوالد.

(٢) لا يخفى أن الغنيمه تدخل فى ملك المقاتلين باستيلائهم عليها و كونها ملكا لهم بنحو الإشاعة و عدم جواز بيع أحدهم حصته قبل أخذها باعتبار كون حصته مجهوله بحسب المقدار و لا يبعد القول بجواز بيعها بعد تعيينها حتى فيما إذا كان البيع قبل القبض كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع.

(٣) ذكر (ره) فى الاستدلال على عدم جواز بيع الوقف بعد الإجماع محصلا و منقولاً قوله (ع) فى مكاتبه محمد بن الحسن الصفار التى رواها الصدوق بسنده الصحيح انه كتب إلى ابى محمد الحسن بن على عليهما السلام فى الوقف و ما روى فيه آباءه فوق (ع) الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها ان شاء الله و مقتضاها أن العين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠١

.....

على حسب وقفها فتكون ملكا للبطون بطنا بعد بطن أو للجهه و أنها تبقى كذلك فلا يصح إبدالها.

لا يخفى ان الاستدلال بها موقوف على ان يكون عدم جواز البيع داخلا فى عنوان الوقف أو ملازما لتحقيق ذلك العنوان و اما بناء على انه حكم شرعى غير داخلى فى عنوانه و غير ملازم لتحقيقه فلا حيث ان ظاهر الرواية إمضاء الشارع الوقف كما أنشأه صاحبه و سيأتى التعرض لكون عدم جواز البيع حكما شرعيا أو داخلا فى عنوانه أو ملازما له فانتظر.

و رواية على بن الراشد قال سألت أبا الحسن (ع) جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما و فرت المال خبرت ان الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى من أوقفت عليه قلت لا اعرف لها ربا قال تصدق

بغلثها فان مقتضى إطلاق قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف هو عدم الفرق بين كون المباشر لبيعه الغاصب أو متولى الوقف أو الموقوف عليهم و الرواية بحسب سندها لا بأس بها فإن الكليني (ره) رواها عن محمد بن جعفر عن محمد بن عيسى عن علي بن راشد و محمد بن جعفر سواء كان أبو العباس أو أبو الحسين الأسدي موثق بتوثيق عام أو خاص و علي بن راشد ممدوح كما عن الشيخ (ره). و بما في غير واحد من الروايات من صورته وقفهم عليهم السلام كرواية ربيعي عن ابي عبد الله (ع) تصدق أمير المؤمنين (ع) بداره في المدينة في بني رزيق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب و هو حي سوى تصدق بداره التي في بني رزيق صدقة لاتباع و لا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات و الأرض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٢

.....

و اسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن فإذا انقضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين.

و وجه الاستدلال ان توصيف الصدقة بما لا يباع و لا يوهب ظاهر في توصيف النوع أى طبعى المفعول المطلق لا انه شرط خارجي في شخص الصدقة و ان على الموقوف عليهم في الصدقة المزبورة إبقاء العين و عدم إبدالها فإن الحمل على هذا النحو من الاشتراط خلاف الظاهر حيث انه لو كان الأمر كذلك لكان الأنسب تأخير الشرط عن ذكرهم لا ذكر الشرط قبل تعيينهم و ايضا لو كان ما ذكر شرطاً على الموقوف عليهم لكان محكوماً بالفساد فإنه يجوز بيع الوقف في حالات فاشترط عدم جوازه عليهم مطلقاً خلاف السنة.

و لكن يمكن الجواب عن الأخير بأن اشتراط عدم البيع إطلاقه محمول على صورة عدم المجوزات و هذا لحمل لازم سواء كان قوله لا يباع و لا يوهب من الاشتراط على الموقوف عليهم أو وصفا لنوع الصدقة مع انه يمكن دعوى لزوم التقييد في صورة توصيف النوع فقط و اما على فرض الاشتراط فيبقى الاشتراط على الإطلاق حيث ان المحتمل علمه (ع) بعدم عروض المجوزات على وقفه و هذا بخلاف صورة إرادة وصف النوع فقط فان العلم بعدم عروض المجوز على شخص من الوقف لا يوجب الحكم على النوع بأنه لا يباع و لا يوهب.

و بالجملة مقتضى أصالة عدم التقييد هو أن ما ذكر اشتراط لا- توصيف للنوع أقول لا- حاجة الى التقييد على تقدير كون المراد توصيف النوع و تقييد طبعى الصدقة و ذلك فان قوله (ع) لا يباع و لا يوهب وارد في مقام إنشاء الوقف و ذكره للقرينة على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٣

.....

إرادة الوقف من الصدقة التي بمنزلة الجنس الجامع بين الوقف و بين تملك المال للآخر مجاناً بقصد القرية و ليس في مقام بيان حكم الوقف من حيث عدم جواز البيع ليقال انه لا بد من رفع اليد عن إطلاقه و حمله على صورة عدم عروض المجوزات.

و ذكر بعض الأجلة دام عزه ان احتمال الاشتراط على الموقوف عليهم مبنى على الالتزام بان الوقت من قبيل العقود و يحتاج الى القبول من الموقوف عليهم و اما بناء على ما هو الصحيح من كونه من الإيقاعات فلا- معنى للاشتراط ثم انه على الوصف للنوع فلا يمكن استظهار عدم جواز البيع الوقف فيما لم يكن الوقف بعنوان الصدقة كما إذا لم يقصد فيه التقرب فإن النسبة بين الوقف و الصدقة عموم من وجه لا اعتبار قصد التقرب في الصدقة سواء كان من قبيل الوقف أو سائر الصدقات المندوبة أو الواجبة و الوقف يعم ما إذا لم يكن فيه قصد التقرب و دعوى الحكم بعدم جواز بيع الوقف مطلقاً باعتبار إلغاء الخصوصية لا يخفى ما فيها.

أقول الاشتراط على الموقوف عليهم لا يبتنى على كون الوقف من العقود فان نفوذ هذا الشرط على الموقوف عليهم أو المتولى ليس

لدليل وجوب الوفاء بالشرط ليقال ان الشرط لا يعم الا ما إذا كان الإلزام في ضمن عقد بل لقوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و بتعبير آخر ما نحن فيه نظير الاشتراط على الوصى كما إذا اوصى بستانا من ثلثه للصرف في الحج والصلاة وسائر الخيرات و اشتراط على الوصى عدم بيعه الى خمس سنوات فإنه لا ينبغي الريب في نفوذ هذا الاشتراط و عدم جواز بيعه قبل تلك المدة بدليل نفوذ الإيصاء مع ان الإيصاء من الإيقاعات فلا يحتاج الى القبول و انما إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٤

.....

يجوز للوصى رده زمان حياة الموصى مع وصول الرد.

و الحاصل لا- ينبغي الريب في ان قوله (ع) لا- يباع و لا- يوهب وصف و لكن الكلام في انه وصف للطبيعي و تفرغ له ليكون المراد عدم جواز البيع و الهبة في الوقف في الجملة حيث لا يمكن الأخذ بالإطلاق في ناحية المنع لذكره في مقام إنشاء الوقف أو وصف للصدقة الشخصية و ان ذلك الشخص لا يباع و لو كان وصفا للشخص مع عدم كونه وصفا للطبيعي فلا بد من حمله على الاشتراط من الواقف و لكن الصحيح ظهور التوصيف في وصف الطبيعي لا لما ذكره المصنف من انه لو كان شرطا لكان الأنسب تأخيره عن ذكر الموقوف عليهم فان مجرد إلا- نسبية لا- يصحح الظهور مع صحة خلافها بل باعتبار ان إنشاء الوقف لا يتم بمجرد قول القائل تصدقت العين إذ لا دلالة للصدقة على خصوصية الوقف و لذا يوتى بمثل قوله لا يباع و لا يوهب للقرينة على ارادة الوقف و لا يتم القرينة إلا إذا كان عدم جواز البيع و الهبة من قبيل توصيف الطبيعي بوصف نوعه كما لا يخفى.

و قد تحصل مما تقدم انه مع هذا التوصيف لا يكون له إطلاق بحيث يمكن التمسك به في موارد الشك في جواز بيع الوقف بخلاف حسنة على بن راشد المتقدمة.

و لكن قد نوقش في الاستدلال بها ايضا مع عروض بعض حالات على الوقف و الشك في جواز بيعه معها بأنها غير وارده في مقام الجواب عن جواز بيع الوقف و عدمه بحسب الحالات لأن السائل فيها قد كان يعلم بعدم جواز شراء الوقف خصوصا مع ملاحظة قوله و لما و فرت المال خبرت ان الأرض وقف فان ظاهره انه لو كان يعلم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٥

و مما ذكرنا ظهر ان المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة (١)

بالوقف لما أقدم على شراء الوقف بل انما كان بصدد السؤال عن علاج الواقعة مع جهله بالموقوف عليه غاية الأمر قبل تمام ذكره الواقعة أجاب الإمام (ع) بوجوب رد الغلة إلى الموقوف عليهم.

أقول: من المحتمل جدا ان يحتمل السائل صحة شراء الوقف في فرض جهله بالوقف و دفع الثمن و جهالة الموقوف عليهم و حيث ان الامام (ع) ذكر انه لا- يجوز شراء الوقف و فهم منه بطلان الشراء في جميع الحالات التي منها الحالة في مورد السؤال سأل ثانيا بأنه كيف يصنع بالغلة مع جهالة الموقوف عليهم.

و الحاصل ان مقتضى الأصل في كل خطاب عام أو خاص يتضمن الموضوع و الحكم ان ذلك الحكم يعم الموضوع في جميع حالاته ما لم تقم قرينة عرفية على خلاف ذلك و ما ذكر لا تعد قرينة لما ذكرنا من الاحتمال و لذا لا بأس بالتمسك بالإطلاق الوارد في الحسنة في كل مورد يفرض فيه احتمال جواز بيع الوقف بطريان بعض الحالات.

(١) لم يظهر كون المانع عن بيع الوقف متعددا فضلا عن كونه ثلاثة فإن الثابت منع الشارع عن بيع الوقف كمنعه عن بيع أم الولد و

نحوها و كون الوقف تمليكا للبطون على نحو الترتب في الوقف الخاص و تمليكا للجهة في الوقف العام لا ينافى مبادلة العين الموقوفة بما يكون العوض ملكا للبطون أو للجهة و تمليك الواقف تلك العين للموقوف عليهم بقصد التقرب لا يكون موجبا الا لعدم جواز رجوع الواقف في الوقف لا- عدم جواز بيع الموقوف عليهم أو متولى الوقف فإن الصدقة الواجبة بل المستحبة تكون تمليكا للغير بقصد التقرب مع انه يجوز للفقير التصرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٦

ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف (١)

فيها كسائر أمواله و ارادة الواقف كون العين صدقة جارية يكفي فيها قيام بدلها مقامها.

و اما حق البطون فليس الا تملكهم العين حال وجودهم مع بقاء العين على الوقف و إذا انتقل الوقف الى البدل كما إذا قيل بجواز بيع الوقف ينتقل الحق إلى البدل.

و الحاصل ان عدم جواز بيع الوقف المستفاد من الروايات كعدم جواز بيع أم الولد حكم شرعى و لا يكون من الحق القابل للإسقاط غاية الأمر في مورد قيام الدليل على جواز بيع الوقف يكون للبائع الولاية على إبطال الوقف بالإضافة إلى شخص العين الموقوفة بالبيع و يكون العوض ملكا للبطون كالمعوض أو جواز إبطال أصل الوقف كما إذا كان العوض ملكا لبطن الموجود.

(١) مراده ان جواز بيع الوقف في مورد لا ينافى كون العين موقوفة ما دام لم يقع البيع و ما تقدم من عدم جواز بيع الوقف باعتبار تعلق الحقوق الثلاثة به ليس المراد منه الا ان الوقف يقتضى عدم جواز بيعه لا انه يستلزمه بنحو الزوم و العلية التامة لينحل الوقف بجواز بيعه و مجرد الاقتضاء بمعنى ان إبقاء العين على الوصف الذى جعله الواقف قرار مالكي و مع إمضاء الشارع لا يجوز بيعها و نقلها. نعم إذا طرأ أمر فيمكن معه الحكم بجواز بيعه و ان شئت فلا حظ الهيئة فإنها تمليك العين مجاناً و مقتضاه ان لا يجوز للغير التصرف فى العين الموهوبة و لو كان ذلك الغير واهبها و لكن مع ذلك يجوز للواهب التصرف فيها بردها الى ملكه بحسب حكم الشرع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٧

الا انه ذكر بعض فى هذا المقام (١)

(١) قد يقال ان عدم جواز بيع الوقف باعتبار ان جوازه ينافى الوقف بحيث لا يجتمع جوازه معه فان الوقف كما هو المروى عن النبى (ص) بل الظاهر منه بحسب ما هو المعروف من عنوانه فى الأذهان حبس العين و تسهيل المنفعة و المراد بحبس العين جعلها بحيث لا يقبل النقل و الانتقال و إذا صار الوقف محكوما بجواز بيعه فلا يمكن اجتماع هذا الجواز مع بقاء الوقف بل يكون الدليل على جواز بيعه كاشفا عن بطلان الوقف فى ذلك المورد.

و أجاب عن ذلك المصنف (ره) بأنه أراد هذا القائل ان جواز بيع الوقف فلا يجتمع مع الحقوق الثلاثة التى تقدم ثبوتها فى الوقف بل لا بد فى مورد جواز بيعه من سقوط بعضها كما إذا جاز بيع الوقف و مبادلته بما يكون للبطون فان فى الفرض يسقط حق البطون عن شخص العين لا عن بدلها أو سقوط حقهم حتى عن بدلها كما إذا كان العوض ملكا لبطن الموجود فهذا صحيح و ان أراد ان جواز البيع لا يجتمع مع أصل الوقف لمنافاة ذلك الجواز و مصادته مع الوقف كما هو ظاهر عبارته فهو غير تام.

و الوجه فى عدم التمام ان الوقف قسم منه فى حقيقته إخراج للعين عن الملكية و جعلها بحيث لا يقبل الملك نظير عتق العبد و كما ان العتق إخراج للإنسان عن الرقية و جعله بحيث لا يمكن صيرورته ملكا للآخر كذلك فى وقف المساجد و المشاهد يخرج الأرض و البناء عن قابلية كونها ملكا و لكن مع ذلك لا يكون من المباحات ليتصرف فيه كل أحد بما شاء بل لا يجوز التصرف المنافى للوقف كما هو مقتضى قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٨

فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف

و هذا القسم لا يقبل النقل باعتبار ان العين لا تصير ملكا لأحد.

و اما سائر الوقوف سواء كان الوقف خاصا أو عاما يكون الوقف فيها تمليكا و لذا يعبر عن هذا القسم بالصدق التي تكون تمليكا للبطون أو الجهة نعم الوقف ليس مطلق جعل الشيء ملكا بل بنحو يقتضى الدوام و الاستمرار أى استمرارهم على ملكه و لا يكون هذا الدوام و الاستمرار من قبيل اللانزيم بل بنحو الاقتضاء بحيث لا ينافى الوقف تخلفه فى بعض الموارد و لو كان جواز بيع الوقف منافيا لأصل الوقف بحيث يخرج الشيء عن كونه وقفا لكان لازم ذلك بطلان الوقف حتى ما لو لم يتفق بيع الوقف كما إذا فرض حاجة الموقوف عليهم و اضطرارهم الى ثمن الوقف و لكن لم يتفق بيعه الى ان ارتفع حاجتهم فيلزم ان يحكم بجواز بيعه بعد ذلك ايضا لبطلان الوقف قبل ذلك.

لا يقال إذا فرض الاعتراف كما هو ظاهر المصنف (ره) بان مع جواز بيع الوقف ينتقى حق البطون اللاحقة عن شخص العين كما فى مورد جواز تبديلها بما يكون ملكا للبطون و عن بدلها ايضا كما فى مورد جواز تملك البطن الموجود ثمن الوقف و صرفه فى ضرورتهم فلازم ذلك جواز بيع الوقف فيما إذا لم يتفق البيع الى ان ارتفعت ضرورة البطن الموجود و الوجوه فى اللزوم ان مع سقوط حق البطون اللاحقة عن العين و عن بدلها ايضا لا موجب لرجوعه ثانيا.

فإنه يقال ليس معنى سقوط حقهم الا قيام الدليل على ثبوت الولاية للبطن الموجود على البطون اللاحقة بمبادلة ملكهم كما إذا كان مدلول دليل جواز البيع مبادلة الوقف بما يكون ملكا للبطون أو مع ثبوت الولاية لهم على تملك الثمن فى مورد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٠٩

فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف (١) و فى غير المساجد و شبهها قسم من التمليك (٢)

جواز صرف ثمن الوقف على ضروراتهم و كذا فيما ثبت جواز بيع الوقف العام يكون مقتضى ذلك الدليل ثبوت الولاية لمتولى الوقف أو الحاكم على العين الموقوفة بمبادلتها بما يكون للجهة الموقوف عليها.

و الحاصل لا يكون جواز بيع الوقف كاشفا عن بطلان ملكية البطون كما عليه ظاهر الجواهر (ره) و انما يكون موجبا لثبوت الولاية و كون تلك الولاية مطلقا أو مقيدا تابع لظاهر الدليل و مع عدم الدلالة يؤخذ بمقتضى الأصل و قد ظهر من جميع ما ذكرنا ان الدليل على جواز بيع الوقف فى مورد تخصيص أو تقييد فى خطاب الوقف على حسب ما يوقفها أهلها و فى مثل قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف.

(١) لا- يخفى انه لا- دلالة فيما ورد فى جواز بيع الوقف و صرف ثمنه على ضرورة البطن الموجود على ولايتهم على جعل العين الموقوفة ملكا طلقا عند البيع ليقع البيع لهم بحيث لو فرض فسخ العقد يصير الوقف ملكا طلقا لذلك البطن و لو مع اتفاق ارتفاع ضرورتهم عند حصول الفسخ بل المقدار الثابت ولاية البطن الموجود على صرف ثمن الوقف فى حوائجهم اضافة على ولايتهم على بيعه فيكون صرفهم نظير صرف أهل العلم مال الامام (ع) على حوائجهم.

(٢) يظهر مما ذكر (ره) ان الوقف على نحوين وقف تحريرى كوقف الأرض أو البناء مسجدا و مشهدا و وقف تمليكى تكون العين الموقوفة ملكا للموقوف عليهم سواء كان الموقوف عليهم أشخاصا أو عنوانا و يعبر عن ذلك بالوقف الخاص أو العام.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٠

و لكن الأمر ليس كذلك بل للوقف أقسام و ذلك فان الواقف قد لا يلحظ في وقفه الا حبس العين على عنوان من غير نظر الى رجوع منافعتها إلى أشخاص أو على عنوان و جهة و هذا القسم من الوقف لا يكون فيه الموقوف عليه. لا- يقال هذا القسم لا- يدخل في الوقف بل جعل الأرض أو البناء مسجداً أو مشهداً عنوان آخر غير عنوان الوقف و ان يجرى عليه أحكامه من عدم جواز بيعه.

فإنه يقال لو كان الأمر كذلك يصح قول مالك الأرض أو البناء جعلتها مسجداً و لكن ما وقفها و لا أظن أن يلتزم بذلك أحد. و الموجب للدعوى المزبورة ان الوقف عنده إيقاف العين على الموقوف عليه و كان العين في الاعتبار على رأسهم تدر منافعتها إليهم و قد رأى ان في مورد وقف المكان مسجداً أو مشهداً ليس من يكون إيقاف العين على رأسه و لكن سنين ان الوقف بمعنى الحبس و كلمة على للتعدى لا الاستعلاء و لذا لا يفرق بين قوله وقفها على أولاد زيد أو على طلاب العلم أو وقفها لأولاد زيد أو لطلاب العلم و بتعبير آخر يحتاج الى تعيين الموقوف عليه أو الموقوف له فيما لوحظ عود منافع العين الى شخص على ما سيأتى و ليس يلزم الوقف فيما إذا لم يكن فيه لحاظ عود المنافع الى أحد.

و الحاصل ان عنوان المسجد ينطبق على الأرض أو البناء المعد للعبادة كالصلاة و غيرها و لا يترتب عليه بمجرد الإعداد أحكام الوقف من خروج العين عن الملك و عدم جواز نقله و غير ذلك من الأحكام و في صحيحة عبيد الله بن الحلبي انه سأل أبا عبد الله (ع) عن مسجد يكون في الدار فيبدوا لأهله أن يتوسعوا بطائفته منه أو يحولوه عن مكانه فقال لا بأس بذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١١

.....

و على الجملة أن المرتكز في وقف الأرض أو البناء مسجداً و حبسها له هو فك الأرض أو البناء عن علقه الملكية و جعلها بحيث لا تصلح للدخول في ملك أحد و هذا معنى الوقف التحريرى و لا يبعد ان يقال ما يذكر للمساجد من الأحكام كحرمه مكث الجنب و الحائض و وجوب تطهيره لا يعم الا المساجد الموقوفة لعناوينها لانصراف الخطابات إليها و لا فرق في وقفها كسائر الوقوف بين كونه بالإنشاء اللفظى أو بنحو المعاطاة كما هو مقتضى إطلاق قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها كما لا يحتاج في تحققه فيها كسائر الأوقاف إلى القبول من الحاكم أو غيره للإطلاق المزبور.

بل لا يبعد عدم حاجة الوقف العام الى القبض و انما يحتاج الى القبض في الوقف الخاص بشهادة مثل صحيحة صفوان بن يحيى عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدوا ان يحدث في ذلك شيئاً فقال ان كان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له ان يرجع فيها و ان كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيجوزها لهم لم يكن له ان يرجع فيها و ان كانوا كباراً و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يجوزوها لهم فله ان يرجع فيها.

و وقف تمليكى و هو ما إذا لم يكن الوقف تحريرياً فإنه لا ينبغي الريب في حصول الملك للموقوف عليه فيما إذا أنشأ الواقف ملكية العين له كما إذا قال جعلت الضيعة أو غيرها ملكاً لأولاد زيد طبقه بعد طبقه الى ان يرث الله السموات و الأرض و ان انقرضوا فهى للفقراء.

و انما الكلام فيما إذا كان أنشأ الوقف بعنوان الوقف واردة ما هو مدلوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٢

.....

المرتکز و كان من قصده عود منفعة العين الى الموقوف عليهم كما إذا قال وقفت هذه الضيعة لأولاد زيد أو علي أولاده ليكون غلتها لهم ففي ذلك يقع الكلام في خروج نفس الصيغة عن ملك الواقف و دخولها في ملك الموقوف عليهم.

و استدل المصنف (ره) على خروجها عن ملك الواقف و دخولها في ملك الموقوف عليهم بما ورد في غير واحد من الروايات من التعبير عن الوقف بالصدقة التي لا تباع و لا توهب حيث ان من الظاهر كون المعروف من معنى الصدقة تملك الغير بقصد القرية و يعبر عن التملك كذلك بالوقف باعتبار استمرارها و دوامها و عدم صيرورتها ملكا طلقا للموجودين من الموقوف عليهم.

و استدل في الجواهر على دخول العين في ملك الموقوف عليهم فيما كان من قصد الواقف عود منافع العين و صيرورتها لهم ان العين تتبع المنافع في الانتقال و من ان العين الموقوفة كالمنافع تضمن بالإتلاف و التلف في اليد و إذا كانت العين خارجة عن ملك الواقف فلا بد من دخولها في ملك الموقوف عليهم لان المال الذي ليس له مالك لا يضمن و قد يستدل على دخول العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم بما ورد في جواز بيعهم العين الموقوفة في بعض الموارد حيث انه لا يبيع إلا في ملك و ان العين إذا لم تكن مكلفا فكيف جاز بيعها.

و عن السيد الزدى (ره) الاستدلال على خروج العين عن ملك الواقف بان اعتبار الملكية لأحد لا بد فيه من اثر يصحح الاعتبار و مع كون الواقف أجنيا عن منافع العين إلى الأبد فلا معنى لاعتبار ملكية العين له و لكن احتمال عدم دخولها في ملك الموقوف عليهم بل تكون الداخل في ملكهم هي المنافع فقط كما في مورد اجارة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٣

.....

العين و نتيجة ذلك ان يكون الوقف بالإضافة إلى العين الموقوفة فكا عن الملكية.

و لكن قد نوقش في ذلك كله اما التعبير بالصدقة فلان أصالة الحقيقة تجرى فيما إذا شك في المراد بعد إحراز المعنى الموضوع له و اما إذا علم المراد و شك في ان الاستعمال على نحو الحقيقة فلا مجرى لأصالتها و فيما نحن فيه يعلم ان المراد بالصدقة هو الوقف بقصد التقرب و يشك في ان إطلاق الصدقة عليه بنحو الحقيقة حيث انه من أفرادها أو ان إطلاقها عليه بنحو المجاز حيث لا يكون في الوقف تملك و تملك.

و فيه ان هذه المناقشة قد صدرت عن جعل فيما تقدم النسبة بين الوقف و الصدقة العموم من وجه و مقتضاه كون الوقف في مورد قصد التقرب معنونا بعنوان الصدقة الجارية حقيقة.

مع انه ان أريد ان إنشاء الوقف بإرادة المعنى الحقيقي للصدقة الجارية غير صحيح فلا يتحقق الوقف فلا أظن الالتزام به و ان أريد انه لم يحرز انطباق عنوان الصدقة بمعناه الحقيقي على ما أراد الموجب بقوله وقفت هذه العين لأولاد زيد طبقة بعد طبقة المعنى المرتکز عند الأذهان للوقف ففيه انه لا يعرف للوقف عند الأذهان في مثل المورد مما كان الملحوظ عود المنفعة إلى الأشخاص و دخولها في ملكهم الا عنوان التملك و جعل ذلك الملك بنحو إقرار العين و حبسها.

و يقرب من هذا الوقف الوقف الصرفي و هو ما إذا كانت العين محبوسة لصرف منافعها على الموقوف عليهم سواء كان المراد صرف نفس منافعها كما إذا قال وقفت هذه الضيعة على أولاد زيد الأول فالأول ليأكلوا ثمرتها أو كان المراد الأعم من صرف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٤

.....

عين منافعها أو بدلها كما إذا قال وقفت هذه الضيعة للعلماء أو الحجاج و في مثل ذلك يجوز لتمتولى الوقف بيع ثمرة الضيعة و صرف

ثمنها عليهم ووجه قرب الوقف الصرفي إلى الوقف التمليكي هو أن العين في الوقف الصرفي أيضا ملك و لكن للعنوان الموقوف عليه لا الأشخاص و إنما يملك الأشخاص المنفعة بعد القبض و لذا لا يرث الوارث من الموقوف عليه قبل صرف المنفعة و لا يجب في السهم المقبوض الزكاة لأن الشخص لا يملك المنفعة إلا بعد قبضها لا حين بلوغ الزرع و صيرورته حنطة أو شعيرا أو صيرورة الثمرة عبا أو ثمرًا فإن الثمرة في ذلك الحين كانت ملكا للعنوان و لا يتوجه التكليف بإعطاء الزكاة إلا للأشخاص.

و هذا بخلاف الوقف التمليكي فإنه ان مات أحد من الموقوف عليهم يرث سهمه وارثه و يجب على كل من بلغ سهمه مقدار النصاب الزكاة و يشترك القسمان في ضمان العين و منافعها فيما لو أتلف العين أو منافعها متلف أو تلف بيده بخلاف القسم الأول من الأقسام و هو الوقف التحريري لأنه لا دليل على ضمان المال فيما لم يكن ملكا لأحد أو عنوان بل الموجب له إتلاف مال الغير أو تلفه بيده في غير مورد الاستيمان.

و القسم الأخير من الوقف الانتفاعي و هو ما إذا كان حبس العين لمجرد انتفاع الموقوف عليهم من غير أن يدخل العين أو منافعها في ملكهم حتى بعد القبض كما في وقف بعض الأشجار لأكل المارة و وقف الخانات للمسافرين و الزوار و المدارس و الكتب العلمية لطلاب علم الدين و في هذا القسم لا يدخل العين و لا منفعتها في ملك الموقوف عليهم و لذا لا يكون توارث و لا تصح المعاوضة على منافع العين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٥

و الثاني عدم الخلاف في عدم جواز بيعه (١)

لا من الموقوف عليهم و لا من المتولى و لا يبعد ان يقال ببقاء العين و منافعها على ملك واقفها و لذا يضمن العين أو منافعها بالإتلاف و يكفي في اعتبار الملكية للواقف ترتب هذه الثمرة.

و مما ذكرنا يظهر الحال في الوجوه المتقدمة للاستدلال على خروج العين من ملك واقفها أو دخولها في ملك الموقوف عليهم و أيضا ظهر ان الوقف في حقيقته عبارة عن حبس العين اما حبسا عنوانيا أو حبسا تمليكيًا أو حبسا صرفيا أو حبسا انتفاعيا و المراد بالحبس جعل العين على حالة لا تخرج عنها بحسب قرار مالكيها أي لا تصلح الخروج عنها بحسبه كما لا يخفى.

(١) لا- ينبغى الريب في ان الوقف إذا كان تحريريا فلا يجوز بيعه و لا سائر المعاوضة عليه بلا استثناء و الوجه في عدم الجواز ليس عدم كون العين ملكا تلقا بل لعدم كونه قابلا للتملك و البيع تمليك العين بعوض و على ذلك فلو خربت القرية التي فيها المسجد أو انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد لم يجوز بيعه و الظاهر ان هذا مما لا خلاف فيه.

نعم ذكر كاشف الغطاء (ره) بعد قوله بعدم جواز البيع في هذا القسم من الوقف لعدم كونه قابلا- للتملك لرجوع العين إلى الله و دخولها في مشاعره التي يجب تعظيمها ان الأرض مع اليأس عن الانتفاع بها في جهة المسجدية توجر للزراعة و يراعى فيها الآداب اللازمة للمسجد من حرمة تنجيسه و وجوب تطهيره و حرمة مكث الجنب و الحائض فيه و نحو ذلك كما يجب المحافظة على كونه مسجدا بأحكام قبالة الإجارة و سندها لئلا تكون يد المستأجر اماره على كونها ملكا له و تصرف عائد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٦

.....

الأرض من الأجرة على مماثله.

مثلا إذا كان المسجد في قرية تصرف الأجرة على مسجد قرية أخرى احتياطا في كون ذلك المسجد أقرب إلى الموقوف و أحوج و أفضل و مع تعارض الأقرب مع الأفضل مثلا يلاحظ الراجح منهما و ان تعذر صرف الأجرة على المماثل تصرف في غيره على مسجد

البلد أو الحسينية و نحو ذلك و ان لم يمكن ذلك ايضا تصرف على مصالح المسلمين و لو بإحداث القنطرة و الضوء و نحوها هذا بالإضافة إلى الأرض.

و اما غيرها من الآلات و الأثاث و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها فإن أمكن الانتفاع بأعيانها في خصوص المحل الذي عين لها فيجب إبقائها و الانتفاع بأعيانها في ذلك المحل و ان لم يكن الانتفاع بأعيانها في خصوص ذلك المحل ينتفع بأعيانها في مثل ذلك المحل و ان لم يمكن الانتفاع على ذلك انتفع بأعيانها في مطلق مصالح المسلمين كما إذا لم يمكن الانتفاع بخشبة سقف المسجد في ذلك المسجد و لا في مسجد آخر ينتفع بها و لو في مثل القنطرة من مصالح المسلمين.

و إذا لم يمكن الانتفاع بأعيانها أصلا لا في المحل و لا في مماثله و لا في غيره من مصالح المسلمين يكون في البين احتمالات كونها من قبيل الملك بعد أعراض مالكة من دخولها في المباحات فيصح لكل أحد تملكها و التصرف فيها و دخولها في ملك المسلمين كسائر أموال المسلمين فيصرف على مصالحهم كيف اتفق و عودها إلى ملك و وقفها أو ملك و رثتهم و مع عدم عرفانهم تكون من قبيل الأموال المجهول مالكتها.

و الرابع و هو الأقوى المصرح به في كلام بعضهم عدم بطلان وقفها بخروجها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٧

و فيه ان إجارة الأرض و بيع الآلات (١)

عن الانتفاع بأعيانها كما ذكر بل تباع احترازا عن تلفها و تصرف في المكان المعدلة بحسب تعيين الواقف أو على مماثله أو على مطلق مصالح المسلمين على ما مر في صورة إمكان الانتفاع بأعيانها.

(١) لا- يخفى ان ما ذكره كاشف الغطاء من إجارة أرض المسجد للزراعة يصح لو قيل بان الوقف بالإضافة إلى الأرض تملك للمسلمين أو انتفاعي و لو كان وقف الأرض كذلك تصح بيعها ايضا كما يأتي في الوقف التملكى و الانتفاعي و لكن الظاهر ان الوقف في المسجد و المشهد بالإضافة إلى أرضها تحريري و معه لا تصح إجارتها كما لا تصح بيعها لا باعتبار عدم كون الأرض ملكا لمن ينتقل اليه العوض ليقال انه لا- يعتبر في صحة البيع كون المبيع ملكا له كما في بيع الكلى كما لا يعتبر في الإجارة كون المنفعة ملكا لمن ينتقل إليه الأجرة كما في إجارة الحر نفسه بل لا يصح بيعها و لا إجارتها لعدم إمكان صيرورة الأرض أو منافعها ملكا لأحد كما مقتضى قوله (ع) الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها و البيع تملك العين للمشتري بعوض و الإجارة تملك المنفعة.

و بهذا يظهر عدم صحة سائر المعاوزات ايضا فلا يختص عدم الجواز بالبيع أو الإجارة.

و دعوى عدم صحة بيع الآلات ايضا مع عدم إمكان صرفها على المماثل أو غيرها من وجوه الخير مبنية على كون وقفها ايضا من قبيل وقف الأرض و لكن يمكن ان يقال ان الوقف بالإضافة إلى نفس العرصه كذلك و اما بالإضافة إلى آلات البناء حيث انها لا تبقى على حالها إلى الآخر يكون في نظر الواقف وقفا تملكيا أو انتفاعيا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٨

.....

كما هو الحال بالإضافة إلى فرش المسجد و حصيرة و سائر ما يوضع فيه و لا منافاة في الاختلاف في كيفية الوقف حتى فيما كان في البين إنشاء واحد فقول الواقف وقفت هذا البناء مسجدا لا ينافي كونه بالإضافة إلى العرصه تحريرا و بالإضافة إلى الآلات تملكيا أو انتفاعيا نظير ما إذا فرش بساطا في البناء و جعل فيه حب الماء و غيره و قال وقفت البناء و ما فيه بعنوان المسجد.

و اما الاستشهاد على حكم حصير المسجد و نحوه بما ورد في ثوب الكعبة فغير ظاهر لان الثوب المزبور لم يحرز كونه وقفا بل الظاهر

انه كسائر المال الذي يهدى للكعبة يصرف في الحجاج و زواره و لذا أجزأ أخذه و الانتفاع به و بيعه الى غير ذلك كما لا يخفى .
و العمدة في المقام بيان الوجه فيما ذكر من استعمال الآلات و سائر الأثاث في المماثل ثم في سائر وجوه الخير مع ملاحظة الأقرب فالأقرب إلى الوقف و مع عدم إمكان صرفه بشخصه يباع و يصرف بدله على ما ذكر على الترتيب مع ان الصرف في المماثل أو في الأقرب فالأقرب بشخصه و مع عدم الإمكان ببدله خارج عن مدلول الوقف و ليس في البين الادعوى استفادة تعدد المطلوب من الوقف في مثل هذه الموارد مما يكون قصد الواقف جعل العين مهما أمكن في الخير المرسوم بنفسها و في غيره على تقدير عدم إمكان ذلك الخير و بديلها مع عدم إمكان استعمال العين كما يدل عليه و يؤيده ما ورد في قصور مال الوصية و عدم إمكان صرفه في الجهة الموصى بها و في رواية على بن زيد صاحب السابري قال اوصى الى رجل بتركته و أمرني أن أحج بها عنه فنظرت في ذلك فإذا هو شيء لا يسير لا يكون للحج الى ان قال فسألت
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١١٩
يبقى الكلام في مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا (١)

□

أبا عبد الله (ع) ما صنعت بها قال ضمنت أولا يكون لا يبلغ ان تحج به من مكة فإن كان لا يبلغ ان تحج به من مكة فليس عليك ضمان.
و في رواية على بن أبي حمزة قال سألت أبا الحسن (ع) عن رجل اوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك قال يشتري من الناس فيعتق و في رواية محمد بن الريان قال كتبت الى ابي الحسن (ع) اسأله عن إنسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا بابا واحدا كيف يصنع بالباقي فوقع الأبواب الباقية اجعلها في البر.
و الحاصل ان الوقف على الجهات التي يكون نظر الواقف فيها صرف المال على جهة من الخيرات فيه قرينة عامة على ان الوقف على جهة خاصة من قبيل تعدد المطلوب بخلاف الوقف الخاص حيث ينتهي أمد الوقف فيه بانتهاج الموقوف عليهم كما لا يخفى.
(١) إذا أحرز ان وقف الحصر على المسجد الفلاني و وضعه فيه لانتفاع المصلين من غير لحاظ خصوصية في ذلك المكان فلا كلام و يجوز في الفرض لمتولى الوقف نقله الى مسجد آخر حتى مع إمكان الانتفاع به في ذلك المسجد و ذكر المصنف (ره) ان هذا النحو من الوقف ظاهر في الماء الموضوع في المسجد فإنه يوضع في مسجد باعتبار انه أحد المواضع التي ينتفع به المصلين فيجوز معه الوضوء به من غير صلاة في ذلك المسجد و ربما يظهر الاختصاص كما في فرش حصر في المسجد و هذا الاختصاص في التربة الموضوعه أوضح و في مثل ذلك لا يجوز النقل مع إمكان الانتفاع به في المكان الموضوع فيه.
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٠
أو بدونه (١)

أقول لم يظهر وجه كون الاختصاص في وقف التربة أظهر من وقف الحصر و مع ذلك لا- يمكن الاعتماد على ما ذكر من دعوى الظهور بل لا- بد في الموارد من ملاحظة السيرة على عموم الانتفاع أو خصوصه و مع الشك في كون الموقوف عليهم هو العام أو الخاص كما إذا شك في وقف الماء على مطلق المصلين أو المصلين في المسجد المزبور فالأصل عدم العموم و لا يعارض بأصالة عدم الوقف على الخاص فان جواز تصرف المصلين في المسجد المزبور محرز فلا مورد للأصل فيه.

(١) اي بدون ما ذكره بعض الأساطين بان يزرع المسجد المزبور بدون اجارة و العمدة في وجه ما ذكر كله من نقل الحصر و نحوه إلى سائر الأمكنة مع ملاحظة الأقرب فالأقرب هي استفادة تعدد المطلوب من وقف الواقف بقرينة عامة تجرى غالبا في موارد الوقف الانتفاعي بل الصرفي و تلك القرينة هي إحراز ارادة الواقفين من جعل العين في مكان و وقفها عليه جعلها صدقة جارية و تبديلها

بعين أخرى في بعض الموارد فهو أيضا لتلك القرينة المقتضية للاشتراط الضمني على المتولين أو الموقوف عليهم إبقاء تلك الصدقة مهما أمكن و بأى نحو تيسر الممضى بقولهم عليهم السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و لو توقف إبقاء العين على حالها ببيع بعضها و صرف صدقة ثمن ذلك البعض على الباقي يقدم حيث ان إبقاء نفس العين صدقة بحسب تلك القرينة مقدم على إبقاء الصدقة بالعلاج في تمام العين بحسب ماليتها.

و لو أحرز في مورد عدم ارادة الواقف تعدد المطلوب و إبقاء الوقف بعد انتهاء الموقوف عليهم أو انتهاء عائد الوقف أو زوال العنوان من العين الموقوفة يكون الوقف من المنقطع الآخر و سيأتي إنشاء الله تعالى حكمه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢١

ففي الضمان وجهان (١) الاولى ان يخرب الوقف (٢)

(١) لا- يخفى ان مفاد حديث على اليد ضمان من تكون يده على العين بغير الايمان سواء كان هو المتلف أم لا و قاعدة الإلتلاف مفادها ضمان المتلف سواء كان المال بيده أو بيده مالكة فتعليقه (ره) ضمان الإلتلاف بقاعدة اليد من سهو القلم.

و كيف كان فالعمدة في دليل الضمان في موارد اليد و الإلتلاف السيرة العقلائية مع ورود روايات في موارد هما في الأبواب المتفرقة و مقتضاهما عدم الفرق بين كون المال ملكا للشخص أو الطبيعي و العنوان كما يشهد بذلك ما ورد في تلك الزكاة و مال الوصية قبل إقباضهما كصحيحه محمد بن مسلم قال قلت لأبي عبد الله (ع) رجل بعث بركاة ماله لتقسم فضاعت هل عليه ضمانها حتى تقسم قال إذا وجد لها موضعا فلم يدفعها اليه فهو لها ضامن حتى تقسم و ان لم يجد لها من يدفعها اليه فبعث بها الى أهلها فليس عليه ضمان حيث ان بعث الزكاة من العزل الموجب لتعين الزكاة التي تكون ملكا للعنوان قبل التقسيم و الإقباض و هذه الصحيحة قرينة على الجمع بين الروايات الواردة في بعث الزكاة و ايضا لا فرق بين ضمان العين و منافعها.

و ما ذكر (قده) من عدم ضمان المنافع لا يزيد على مجرد الدعوى نعم لم يحرز وجه للضمان في موارد الوقف التحريري من السيرة أو غيره فلا حظ و الله سبحانه هو العالم.

(٢) الصورة الاولى من صور جواز بيع الوقف ما إذا خرب بحيث يسقط العين عن قابلية الانتفاع بها كالحصير الخلق و الجزع البالي أو الحيوان المذبوح و المراد عدم إمكان انتفاع البطون اللاحقة من عين الوقف كما في المذكورات لا سقوطها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٢

.....

عن قابلية الانتفاع حتى بالإضافة إلى البطن الموجود و الا سقطت ماليتها فلم يجز بيعها باعتبار عدم ماليتها.

و الحاصل ان المراد صيرورة العين بحيث لو انتفع البطن الموجود بها يكون الانتفاع بها من قبيل إلتافها كصرف الجدوع البالية في الإحراق فلا تبقى عين حتى تنتفع بها البطن اللاحق و القرينة على كون المراد ذلك ما يذكره (ره) من دوران الأمر في هذه الصورة بين أمور ثلاثة الأول ان لا يتصرف البطن الذي تكون العين ملكهم فعلا بل تبقى العين بحالها حتى تتلف الثاني انتفاع البطن الموجود بها بإلتافها كما في الحيوان المذبوح بأكله و في الجدوع البالية و الحصير الخلق بالإحراق و الثالث بيعها و شراء ما يكون قابلا للانتفاع حتى بالإضافة إلى البطن اللاحق.

ثم ذكر أولا ان جواز البيع في هذه الصورة ليس باعتبار قيام دليل خاص عليه بل باعتبار قصور المقتضى و عدم الدليل على عدم جواز بيع الوقف في مثل هذه الحالة فإن عدم جواز بيع الوقف لم يعم الفرض و رواية عدم جواز شراء الوقف منصرفه الى ما يكون قابلا للانتفاع البطن اللاحق من العين مع انتفاع البطن الموجود منها و رواية الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ناظرة إلى إمضاء الوقف بما

رسمه الواقف و عدم جواز بيعه ليس مما رسمه بل هو حكم شرعى كما مر بل لو كان إبقاء العين مما رسمه الواقف كان رسم الواقف و اشتراطه فى صورة قابلية العين للانتفاع.

و حيث كان لقائل أن يقول إذا لم يكن دليل على جواز البيع و منعه تصل النوبة الى الأصل العملى و هو استصحاب عدم جواز بيع الوقف ذكر ثانيا ترديد الأمر فى هذه الصورة بين أمور ثلاثة ثالثها جواز البيع و شراء ما يصلح للبقاء و جزم بطلان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٣

نعم يمكن ان يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى (١).

الأولين ليتعين الثالث فلا تصل النوبة الى الأصل العملى و أضاف إليه عدم جريان الاستصحاب المزبور فى نفسه بدعوى انه لو فرض عدم الجواز فعلا لكان هذا منعا جديدا غير المنع السابق فان المنع السابق كان فى ضمن وجوب رعاية الحقوق للبطون اللاحقة فلم تبق تلك الحقوق بعد سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها كما تقدم.

(١) أقول ظاهر كلامه فرض الخراب فى الوقف الخاص و من الظاهر العين الموقوفة فيه باعتبار عدم القرينة العامة على اشتراط إبقاء الوقف ببدلها لو وصلت الى حد يكون انتفاع البطن الموجود منها بإتلافها و الوقف يقتضى جواز الانتفاع بها فعلا و إذا لم يمكن الانتفاع بها بوجه تبقى العين للبطون الآتية يجوز للبطن الموجود ذلك الانتفاع كأكل الحيوان المذبوح و جعل الجذوع البالية و قودا كما يجوز لهم بيعها و بالبيع أو الإتلاف ينتهى أمد الوقف و لا يحتاج البيع إلى إذن المتولى للبطون الآتية لأن مع عدم قابلية العين للبقاء مع انتفاع البطن الموجود لا يثبت للبطن اللاحق حق فى الثمن ليشتري بها ما يكون وقفا للبطون كما لا يمنع الوقف عن بيع البطن الموجود لكون العين ملكهم على الفرض.

إذا كانت العين ملكا طلقا للبطن الموجود بحيث يترتب عليه جواز إتلافها أو بيعها و اختصاص الثمن للبطن المزبور يكون ذلك بعينه ما تقدم من صاحب الجواهر من انتهاء الوقف و انحلاله بجواز البيع فيرد الاشكال المتقدم من أنه لو فرض بقاء العين الى زمان البطن اللاحق كما إذا لم يبيعها البطن الموجود و لم ينتفعوا بها و لو بإتلافها لزم ان لا تكون العين ملكا للبطن اللاحق بل ملكا لورثة البطن الموجود و لعله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٤

و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع (١)

الى ذلك أشار بقوله فتأمل.

و لكن الظاهر عدم انحلال الوقف بالحكم بجواز البيع حيث انه لو انحل الوقف بجوازه لرجعت العين الى ملك الواقف و لا تكون ملكا للبطن الموجود أيضا فإن ملكيتهم قد حصلت بالوقف و بانتهائه و انحلاله تنتهى الملكية.

و الحاصل ان الملكية المجعولة للبطن اللاحق بمقتضى الوقف التمليكى على تقدير بقاء العين الى زمانهم و إذا فرض عدم حصول المجوز للبيع تبقى العين الى زمانهم بفساد البيع على تقديره و اما إذا فرض جواز بيعها أو إتلافها فباعها البطن الموجود لا تبقى عين و يكون الثمن ملكا للبطن الحاضر و اما إذا لم يبيعها البطن الموجود و لم تتلف و بقيت الى زمان البطن اللاحق تكون ملكا لهم و على الجملة يكون انحلال الوقف بالبيع أو الإتلاف فيما إذا لم يكن فى البين اشتراط إبقاء الوقف مهما أمكن و لو بماليتها فتدبر.

(١) تعرض (ره) فى المقام لأمور: الأول انه مع بيع العين الموقوفة لا يختص البطن الموجود بالثمن بل الثمن يكون ملكا للبطون على حد ملك المعوض لهم و لذا لا- يحتاج البديل فيما كان قابلا للانتفاع مع بقاء عينه الى إنشاء الوقف بل يكون ملكا للبطون على حد المعوض بمقتضى المبادلة و مع عدم كون البديل قابلا للانتفاع مع بقاء عينه يشتري به ما يكون قابلا للانتفاع كما ذكر.

و ذكر (ره) في وجه ذلك كله ما توضيحه ان العين الموقوفة ملك فعلي للبطن الموجود لكن لا- بملكية مطلقة بل الملكية للبطن الموجود موقتة من حيث المنتهى بحال حياتهم و لذا لا يجوز في الوقف الخاص نقل العين الى الغير بإعطاء ملكيتها
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٥

.....

الأبدية كما لا يجوز لهم اجارة العين بأزيد من مدة حياتهم الا فضولا بخلاف مالك العين بالملكية المطلقة فإنه يجوز له ان يتصرف في ماله بإعطاء ملكيته الأبدية للغير و إجارته بمدة تزيد على مدة حياته فان ذلك مقتضى الملكية المطلقة الثابتة له.
و الحاصل ان العين في الوقف الخاص ملك للبطن الموجود فعلا و ملك شأني للبطن لللاحق بمعنى ان العين تصير ملكا فعليا للبطن الللاحق بعد انقضاء البطن الموجود بملكية يتلفوها من الواقف الى بمقتضى جعله لا من البطن الموجود كما في موارد الإرث و على ذلك فان كانت العين الموقوفة ملكا فعليا للبطن الموجود يكون بدل العين بمقتضى المعاوضة كذلك حيث لو أمكن عدم قيام البدل مقام العين كما ذكر بان لا يكون البدل ملكا شأنيا للبطن الللاحق لأمكن ان لا يكون ملكا فعليا للبطن الموجود.
ثم ان الحكم بكون البدل ملكا فعليا للبطن الموجود و شأنيا للبطن الللاحق اولى مما ذكره في دية العبد الموقوف المقتول حيث قالوا ان الدية تكون ملكا للبطن الموجود و البطن الللاحق على قرار الوقف و وجه الأولوية ان الدية بدل شرعى حكم بها بعد تلف العين فيمكن ان يختص بالبطن الموجود.
و كذلك بدل العين الموقوفة اولى بعدم الاختصاص للبطن الموجود مما ذكره في تلف العين المرهونة حيث قالوا ان بدل تلك العين يكون رهنا.

و وجه الأولوية انه يمكن ان يقال ان العين المرهونة كانت رهنا بما انها ملك للمالك المديون و قد فرض زوال ملك المديون عن العين فيمكن ان يزول الرهن عنها من غير ان يتعلق بالبدل بخلاف الملك الشأني للبطن الللاحق حيث انه تعلق بالعين لا بما أنها ملك للبطن الموجود بل بما أن الملكية المزبورة كالملكية الفعلية للبطن
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٦

.....

الموجود معموله بجعل الواقف و إنشائه و كل من الملكيتين موقتة كما تقدم.
أقول كل ذلك حسن و لكنه (ره) غفل عن نكتة واحدة و هي انه لا معنى للملك الشأني في المقام الا ان العين على تقدير بقائها إلى زمان انقضاء البطن الموجود تصير ملكا فعليا لذلك البطن و ان الملكية الموقتة للبطن الموجود في هذا الفرض فقط و اما على تقدير تلف العين أو إتلافه حقيقة أو حكما بحيث لا تبقى الى زمان انقضاء البطن الموجود فلم يجعل للبطن الللاحق ملكية و لا تكون ملكية البطن الموجود في فرض تلف العين محدودة موقتة و لذا لا يكون البطن الموجود ضامنا للبطن الللاحق فيما إذا انتفعوا بالعين المخروبة بإتلافها كجعل الجذوع البالية وقودا.

و على ذلك فإن أتلفوا العين ببيعها مع جواز البيع فلا يكون للبطن الللاحق ملكية ليدخل البدل في ملكهم نعم إذا بقيت العين و لم يتصرف فيها البطن الموجود أصلا حتى وصلت العين الى البطن الللاحق تكون ملكا لهم فلا حظ و تدبر.

الثاني- انه لا يجرى على البدل حتى فيما إذا كان قابلا لانتفاع البطون مع بقاء عينه حكم الوقف الابتدائي من عدم جواز بيعه بل يجوز معاوضته بعين اخرى مع صلاح البطون فان عدم جواز البيع حكم شرعى بالإضافة إلى الوقف الابتدائي أى ما يكون وقفا بإنشاء الواقف و لا يعم ما كان وقفا بالمبادلة و لو كان عدم جواز البيع باعتبار الاشتراط من الواقف فلا ينبغي الريب في ان الاشتراط بالإضافة

إلى ما إنشاء الوقف له ولا يجرى في بدله.

الثالث- انه لا يجب شراء مماثل الوقف بحسب العنوان بل يجوز شراء كل ما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٧

.....

يكون صالحا لانتفاع البطون مع رعاية صلاحهم والوجه في ذلك ما تقدم من عدم كون العين الموقوفة ملكا طلقا للبطن الموجود بل يتعين بيعها و شراء ما يكون قابلا لانتفاع البطون مع بقاء عينه و لو لم يكن البديل داخلا في عنوان المبدل و مماثلا له. و لكن ذكر في محكى التذكرة ان الوقف مع وصوله الى حد الخراب يباع و يصرف ثمنه في جهة الوقف و يكون صرفه فيها بشراء المماثل مع إمكانه و مع عدمه يشتري ما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه و ان لم يمكن ذلك ايضا يدفع الثمن الى الموقوف عليهم الموجودين يتصرفون فيه بما شاء و علل شراء المماثل مع إمكانه و شراء مطلق ما يصح وقفه مع عدم إمكانه بالجمع بين غرض الواقف و هو انتفاع البطون و العمل باشتراط إبقاء العين حيث ان شراء المماثل إبقاء للعين بحسب نوعها و احتمال لزوم إبقائها بشخصها غير صحيح لاستلزامه في الفرض فوت غرضه بتمامه كما ان احتمال عدم لزوم الشراء أصلا بأن يدفع الثمن الى البطن الموجود فيتصرفون فيه بما شاءوا ايضا غير صحيح لأنه إخراج للعين أو بدلها عن ملك البطون اللاحقة مع استحقاقهم تلك العين مع عدم وجودهم فعلا كاستحقاق الموجودين.

و ذكر المصنف (ره) في عدم اعتبار شراء المماثل أمرين أحدهما انه لم يظهر ان شراء المماثل أقرب الى غرض الواقف فان غرضه يختلف و لا يقف على حد مثلا ربما يكون غرضه الانتفاع بثمره البستان و إذا لم يمكن الانتفاع لغور مائه و دار الأمر بين شراء بستان لا- ينتفع الموقوف عليهم بثمرته بل يصل إليهم قيمته و بين شراء ملك آخر يصل إليهم اجرة منفعة فلا وجه للقول بان شراء البستان أقرب الى غرض الواقف خصوصا إذا كان الملك الآخر أكثر نفعاً.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٨

.....

و ثانيهما انه لا دليل على وجوب رعاية غرض الواقف بل اللازم اتباع الوقف على النحو الذي رسمه الواقف و إذا كان غرض الواقف خارجا عن مدلول إنشائه و وقفه فلا يعمه قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و الحاصل ان غاية ما يمكن ان يقال في المقام ان العين المخروبة لا- تخرج عن ملك البطون و مقتضى ذلك ان لا يجوز للبطن الموجود الانتفاع من الوقف بإتلافها كجعل الجذوع البالية و قودا بل يتعين على تقدير إرادتهم الانتفاع بتبديلها بشراء ما يصلح لانتفاع البطون سواء كان مماثلا للعين الموقوفة أم لا كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع و نفوذه بعد إحراز جواز بيع تلك العين فيكون المقام نظير ما إذا أحرز جواز بيع المصحف و شك في اعتبار إسلام مشتريه كما لا يخفى.

أقول لو كان المتبع مدلول الوقف فقد ذكرنا ان مدلوله ثبوت الملكية للبطن اللاحق على تقدير بقاء العين الى زمانهم مع إمكانه و إذا فرض وصول العين من الخراب الى حد لم يمكن إبقاء العين للبطن اللاحق مع انتفاع البطن الموجود لم يكن على البطن الموجود إلزام بإبقاء العين من ناحية رسم الواقف و لا من ناحية الشارع فيجوز للبطن الموجود إتلاف عينه أو نقله الى الغير مجانا أو مع العوض و بكل منهما ينتفى التقدير الذي جعل الملكية للبطن اللاحق على ذلك التقدير فيختص الثمن بالبطن الموجود فلا يجب عليهم شراء البديل فضلا عن صيرورته وقفا بمجرد الشراء.

نعم إذا أمكن إبقاء بعض الوقف ببيع بعضه و صرف ثمنه على الباقي تعين ذلك لان إلزام الواقف بالإضافة إلى البعض و نهى الشارع

عن بيع كله بحاله هذا كله فيما لم يكن في البين قرينه عامة على إبقاء الوقف مهما أمكن كما في الوقف العام و الا تعين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٢٩

ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود (١)

شراء البدل.

(١) ذكر (ره) ان المتولى للبيع هو البطن الموجود مع الحاكم الشرعى حيث انه ولى على البطون اللاحقة و ليست للناظر الى الوقف

ولاية بالإضافة إلى بيع العين الموقوفة حيث ان النظارة المجعولة له منحصره بالأمر الراجعة إلى صورة بقاء العين و إبقائها.

و يمكن ان يقال ان البيع راجع الى الناظر و لا يكون للبطن الموجود و لا الحاكم الشرعى مع الناظر الى الوقف أمر حيث انه منصوب من قبل الواقف للأمر الراجعة إلى الوقف و بيعه و شراء البدل من تلك الأمور.

و دعوى عدم شمول حق النظارة للتصرف فى العين بإخراجها عن ملك البطون فى صورة جوازه شرعا لم يعلم وجهها بعد كون ذلك من تلك الأمور نعم لا يبعد سقوط نظارته بالإضافة إلى البدل مع إمكان القول ببقاء نظارته حتى بالإضافة إلى البدل.

أقول بعد ما ذكرنا ان العين الموقوفة ملك البطن الموجود فعلا و لهم نفى التقدير الذى تصير معه العين فى المستقبل ملكا للبطن اللاحق فلا معنى لدخالة الناظر فى نفى ذلك التقدير من البطن الموجود سواء كان ذلك النفى بإتلاف العين حقيقة أو حكما بالبيع و نحوه.

نعم فيما إذا كانت فى الوقف قرينه و لو كانت عامة على إبقاء الوقف بأى وجه أمكن و لو بيع العين الموقوفة و إبدالها كما فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى يكون ذلك للمتولى من قبل الواقف و مع عدمه يرجع الى الحاكم الشرعى حيث ان ابدال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٠

فلا يجوز دفعه الى البطن الموجود (١) و الربح تابع للأصل (٢)

العين الموقوفة فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى من الأمور الحسينية الراجعة إليه كما لا يخفى.

(١) قد تقدم مما ذكرنا ان الثمن فى الوقف الخاص يكون للبطن الموجود و لا- يجب عليهم شراء عين أخرى قابلة للوقف الا- مع الاشتراط عليهم فى الوقف و بدون ذلك يكون الشراء احتياطا استجابيا و يؤيد بل يدل على بعض ما ورد فى بيع الوقف المزبور على ما تسمع.

نعم لو لم يمكن فى الوقف الصرفى و الانتفاعى شراء البدل ينتظر زمان التمكّن على شراء البدل و مع الصلاح يجوز للمتولى الاتجار بثمرن الوقف و يكون ربحه تابعا للأصل و لا يصرف ذلك الربح الى الموقوف عليهم إلا إذا فهم من الوقف الصرف عليهم فى كل زمان بأى نحو أمكن.

(٢) يعنى إذا كان ثمن الوقف مائة درهم مثلا فشرروا به فرسا و باعوه بعد ذلك بمأتين فيكون تمام المأتين ملك البطون و لا يختص الربح بالبطن الموجود و وجهه ان الفرس كان ملكا للبطون على ما تقدم و تمام المأتين بدل عن الفرس فلا بد من دخول المأتين فى ملك من يخرج عن ملكهم الفرس و هم تمام البطون على قرار ما زعمه المصنف (ره) و الامتياز فى ذلك بين مائة الربح و مائة الأصل و هذا بخلاف ما إذا وقف حيوانا على أولاد زيد فانجب الحيوان الولد فإنه يكون ذلك الولد ملكا للبطن الموجود كما هو مقتضى تمليك المنفعة للبطن الموجود و حبس العين على البطون.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣١

وجهان آتيان (١) ان يخرب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع (٢) انه ذكر بعض جواز بيع الوقف (٣)

(١) إذا احتاج العين الموقوفة إلى التعمير و الترميم لأجل بقائها و حصول النماء منها فان عين الواقف ما يصرف في تعميرها فهو و الا صرف نمائها في تعميرها مقدما على حق الموقوف عليهم بلا فرق بين الوقف الخاص و العام حتى فيما إذا استلزم صرف نمائها على تعميره حرمان البطن الموجود و ذلك فان المتفاهم العرفي من الوقف إبقائها و ان وصول منافعتها الى الموقوف عليهم ملكا أو صرفا أو انتفاعا بعد لحاظ إبقائها و كأن هذه بقريته عامة في كل وقف كما لا يخفى.

و لكن لا يجرى هذا فيما إذا كان بعض الوقف خرابا بحيث يجوز بيعه فإنه بالبيع يختص الثمن بالبطن الموجود على قرار ما تقدم فلا يجب عليهم صرفه في عمارة الباقي أو في عمارة وقف آخر و ان كان ذلك أحوط.

(٢) المراد بالخراب في هذه الصورة ان تصل العين الموقوفة من الخراب الى الحد الذي لا يصل الى الموقوف عليهم من المنفعة أو النفع الا مقدار يسير يلحق بالمعدوم مع إمكان تعميره من عائدة أو بيعه بعضه على ما تقدم و الموجب لجواز البيع في هذه الصورة أيضا قصور المقتضى على قرار ما تقدم في الصورة الاولى و يجرى على بيعه من اختصاص الثمن بالبطن الموجود أو تحصيل ما يقبل الوقف بذلك الثمن ما جرى على البيع في الصورة الاولى فلا نعيد.

(٣) البعض هو صاحب الجواهر (ره) فإنه ذكر في وجه بطلان الوقف في صورة خراب الوقف ان من شرط الوقف كون العين مع بقائها صالحة لانتفاع الموقوف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٢

.....

عليهم و هذا الشرط يكون مرعى في حدوث الوقف و بقاءه و فيه انه لا دليل على اعتبار ما ذكر إلا في حدوث الوقف حيث ان الوقف في حقيقته تحريري و تمليكي و صرفي و انتفاعي و لا يقتضى شيء من ذلك تمام الوقف بالخراب على ما تقدم مثلا لا تخرج العين الموقوفة عن ملك البطن الموجود أو الطبيعي بمجرد سقوطها عن قابلية الانتفاع بها و كذلك في الوقف الانتفاعي فيما إذا لوحظ في الوقف الانتفاع و لو تبدلها.

و الحاصل ليس اشتراط الوقف بكون العين قابلة للانتفاع بها الا كاشتراط المالية في العوضين في البيع و إذا اشترى مالا و خرج بعد ذلك عن المالية لا يكون خروجه عنها موجبا لبطلان البيع و انحلاله و في المقام يكون سقوط العين الموقوفة عن الانتفاع المعتد به مع عدم إمكان علاجها لا- يوجب الا- جواز بيعها و إبطال وقفيتها مطلقا كما في الوقف الخاص أو الى بدل كما في الوقف العام من الصرفي و الانتفاعي على ما مر.

و الحق (ره) انعدام عنوان العين الموقوفة بصورة خرابها في انحلال الوقف كما إذا وقف بستانا فغار مائه و يبست أشجاره فإنه يبطل الوقف و بطلانه لانتفائه العنوان عن العين المنشأ لها الوقف بذلك العنوان.

و ربما يؤيد ذلك بما ذكروا من انه لو اوصى لزيد دارا و انهدمت الدار قبل موت الموصي بطلت الوصية و أورد المصنف (ره) على ما ذكر من ان انعدام العنوان بعد تمام الوقف ليس كانه انعدم عنوان المبيع بعدم تمام البيع كما لو اشترى بستانا و غار مائه و يبست أشجاره بعد ذلك فان ذلك لا يوجب انحلال البيع و خروج الأرض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٣

.....

و الأشجار اليابسة عن ملك المشتري.

و كذلك الأمر في الوقف و حتى في الوصية بعد تمامها و اما بطلانها بانعدام العنوان قبل موت الموصى فهو باعتبار أن متعلق التملك في الوصية هو البستان حال موت الموصى و لذا لا يعتبر وجود الموصى به حال الوصية و مع انعدام العنوان قبل موته لا يكون الموصى به و الى ذلك أشار (ره) من ان بطلان الوصية بانتفاء العنوان قبل موت الموصى من جهة أخرى لا من جهة اعتبار بقاء العنوان في بقاء الوصية أو الوقف.

أقول ما ذكره (ره) حسن فيما إذا كان العنوان المأخوذ مشيراً الى العين الخارجى فقط كما في قوله بعث هذه بكذا و اما إذا لو حظ مشيراً إليها و تحديد الوقف بما دام ذلك العنوان نظير العنوان المأخوذ في موضوعات الأحكام كما في قوله أكرم كل عالم حيث ان عنوان العالم و ان يؤخذ عنوانا للخارج الا- انه مع ذلك لو حظ تحديد الحكم به فلا محالة يرتفع الوقف بارتفاع العنوان و إذا قال و قفت هذا البستان على كذا ما دام كونه بستانا فبارتفاع العنوان عنه بالمرء يرتفع الوقف و يعود العين بعده الى ملك و اقفها أى يكشف عن عدم جعل الملكية بعد ذلك للموقوف عليهم من الأول و لذا تدخل العين في ملك و رثته الواقف زمان موته لا ورثته في زمان زوال العنوان.

و إذا مات الواقف عن ولدين ثم مات أحد الولدين عن بنت فترث العين المزبورة البنت مع عمها بالمناصفة نظير ما سيأتى في غير هذا الغرض من الوقف المنقطع آخره أى العين الموقوفة التي تبقى بعد انتهاء الموقوف عليهم نعم فيما إذا تقم قرينه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٤

الصورة الرابعة ان يكون بيع الوقف أنفع (١)

على تحديد الوقف بالعنوان نظير ما في المثال فمقتضى كون الوقف من قسم المعاملات كون العنوان مأخوذاً لمجرد الإشارة إلى العين كما لا يخفى.

(١) المنسوب الى المفيد (ره) جواز بيع الوقف إذا كان أعود و أنفع للموقوف عليهم و زيادة النفع قد تلاحظ بالإضافة الى جميع الموقوف عليهم كما إذا يشتري بضمن الوقف عينا تكون وقفاً على قرار العين الموقوفة و قد تلاحظ بالإضافة إلى البطن الموجود كما إذا قيل باختصاص الثمن للبطن الموجود.

و لكن لا يخفى انه إذا كان الدليل على جواز البيع في هذه الصورة رواية على بن جعفر بن حيان أو رواية الاحتجاج فمقتضاهما كون البيع أنفع بالإضافة إلى البطن الموجود بل مقتضى ما تقدم ان مع بيع البطن الموجود ينتهى التقدير الذى جعل معه الملكية للبطن اللاحق على ذلك التقدير و لذا يختص الثمن بالبطن الموجود.

و مع الإغماض عن ذلك ما ذكر المصنف (ره) من ولاية البطن الموجود أو بائع الوقف على إسقاط حقوق البطلون الآتية قبل بيعهم ليكون المبيع ملكاً طلقاً لهم فيباع لا يمكن المساعدة عليه فإنه من المحتمل ولايتهم على التصرف فى الثمن الذى لا يكون ملكاً طلقاً لهم.

و تظهر الثمرة بين هذا و ما ذكره (ره) من صيرورة الوقف ملكاً طلقاً للبطن الموجود قبل بيعهم فيما لو انفسخ البيع المزبور لجهة فإنه يرجع الوقف الى حاله بناء على ما ذكرنا و الى البطن الموجود طلقاً بناء على ما ذكره (ره) و ايضا لو كان للبطن الموجود الولاية على إبطال الوقف قبل بيعهم لبطل ملكيتهم للعين أيضاً لأن ملكيتهم كانت بالوقف فترجع العين الى ملك الواقف كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٥

كما انه يمكن حمل اعتبار رضا الكل (١)

و كيف ما كان فالصحيح عدم صحة بيع الوقف و عدم جوازه حتى في هذه الصورة باعتبار ضعف الروايتين سنداً و دلالة على ما

ستسمع.

(١) حاصله ان المستفاد من رواية جعفر بن حيان اعتبار اجتماع أمور ثلاثة في جواز بيع الوقف الأول حاجة الموقوف عليهم اى البطن الموجود و الثانى كون البيع أنفع لهم من بقاء الوقف بحاله الثالث اجتماعهم على البيع فلا- يجوز لبعضهم بيع الوقف و لكن الأمر الثالث لا يعتبر فى بيع الحصه و يحتمل اعتبار الاجتماع على صورة بيع تمام الوقف فان هذا الحمل مقتضى الجمع بين هذه الروايه و روايه الاحتجاج المجوزه، لبعضهم بيع ما قدر عليه من حصته و انه لا يعتبر فى نفوذ هذا البيع اجتماع الموقوف عليهم على الرضا. و بتعبير آخر روايه الجعفرى داله بالإطلاق على عدم نفوذ بيع البعض حتى فى حصته و روايه الاحتجاج داله على نفوذ خصوص بيع البعض حصته من الوقف فيرفع اليد عن الإطلاق بالثانى و يؤيد ذلك صدر روايه على بن مهزيار الآتيه الداله على اذنه (ع) فى بيع حصته من الوقف مع كونها بعضا منه و يبقى اعتبار الأمرين الأولين.

و لا- يمكن الاستدلال بالروايه على جواز بيع الوقف لمجرد كون بيعه أنفع للموقوف عليهم كما هو المفروض فى الصورة الرابعه بل يمكن ان يقال بان مدلول الروايه جواز بيع الوقف لمجرد حاجة الموقوف عليهم و ليس كون البيع خيرا لهم شرطا فى جوازه فان قوله (ع) و كان البيع خيرا لهم تمهيد لذكر الجواب و هو جواز البيع مع حاجتهم الى ثمنه و ليس من الشرط التعبدى و وجه ذكره تمهيدا أن الموقوف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٦

و مما ذكرنا يظهر الجواب من روايه الحميرى (١)

عليهم حيث لا يقدمون عادة على البيع فيما إذا لم يكن البيع أصلح بحالهم و لا يحصل لهم الداعى إلى البيع المزبور إلا فى هذا الحال ذكر انه إذا كان البيع أصلح بحيث حصل لهم الداعى إلى البيع فلا بأس.

و الحاصل الشرط المزبور لا- يكون قيدها لجواز البيع بل من قبيل فرض الداعى إلى البيع مع احتمال ان يراد بكون البيع خيرا لهم دفع حاجتهم التى فرضها السائل فتكون ظاهر الروايه أو محتملها جواز البيع مع حاجة الموقوف عليهم الى ثمنه و هذا غير الصورة الرابعه بل أمر لم يلتزم به أحد كما يأتى فى الصورة الخامسه.

لا يقال روايه الجعفرى واردة فى الوقف المنقطع للاقتصار فيها بذكر الأعقاب و لم يذكر فيها ان المال كان وقفا على فقراء المسلمين مثلا مع انقضاء الأعقاب ليكون وقفا مؤبدا فإنه يقال عدم ذكر ذلك لا يدل على الانقطاع بل كان على الامام عليه السلام الاستفصال فى جوابه بين كون الوقف مؤبدا كما ذكر أم لا- على تقدير الفرق بينهما فى الحكم مع انه لا يمكن الالتزام بجواز بيع وقف المنقطع ايضا بمجرد حاجه البطن الموجود و لعله الى ذلك أشار (ره) بقوله فافهم.

(١) لا يخفى ان روايه الحميرى ظاهرها جواز بيع الوقف فيما إذا لم يكن المال موقوفا على امام المسلمين و لم يؤخذ فيها قيد الحاجة بل لم يؤخذ فيه كون البيع أصلح بناء على إطلاق الدليل و عدم كونه فى صدرها شرطا تعبديا فكيف يظهر الجواب عنها مما ذكره فى روايه الجعفرى و أيضا إذا فرض انه ليس كون البيع خيرا شرطا تعبديا لقضاء العاده بأن الإنسان لا يقدم على البيع إلا إذا كان أصلح لجرى ذلك فى الحاجة أيضا فإن الإنسان لا يقدم عادة على بيع سكنه أو ضيعته إلا إذا كان محتاجا الى ثمنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٧

.....

فلا يكون الحاجة الى الثمن ككون البيع خيرا شرطا تعبديا مع ان الحاجة قد فرضت فى السؤال و لم تؤخذ فى الجواب لىوجب رفع اليد عن إطلاق الجواز الوارد فى روايه الحميرى.

و الحاصل ان مقتضى الروايتين جواز بيع الوقف فيما إذا لم تكن العين موقوفة على امام المسلمين مطلقا أو فيما كان البيع أصلح بحال البطن الموجود و لا يعتبر فيه حاجة الموقوف عليهم.

و مما ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر النائيني (ره) من ان النسبة بين رواية الحميرى و مثل رواية على بن راشد الدالة على عدم جواز بيع الوقف و شرائه هي التباين و لكن صورة الخراب خارجه عن مدلول رواية على بن راشد حيث تقدم جواز شراء الوقف فى تلك الصورة و بعد إخراج تلك الصورة عن مدلولها تكون أخص مطلق بالإضافة إلى رواية الحميرى فيرفع اليد بها عن إطلاق رواية الحميرى و كذا رواية الجعفرى بحملهما على صورة الخراب الوقف فتكون النتيجة عدم جواز بيع الوقف فى غير صورة الخراب و جوازه فيها.

و وجه الظهور ان رواية على بن راشد فى نفسها لا تعم صورة الخراب فكيف تكون النسبة بينها و بين رواية الحميرى التباين ليعالج بما ذكر هذا أولا.

و ثانيا- انه لا يمكن حمل رواية الحميرى على صورة خراب الوقف فان هذا الحمل لو لم يكن من حمل الإطلاق على الفرض النادر فلا أقل من كونه منافيا للتفصيل بين ما إذا كان الوقف على امام المسلمين و غيره كقوم من المسلمين فان جواز البيع فى صورة خراب الوقف يعم كلا القسمين و رواية ابن حنان قد فرض فيها ثبوت الغلة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٨

.....

للأرض الموقوفة.

و ثالثا- ان النسبة بين الروايتين العموم من وجه لأخذ خصوصية عدم الخراب فى رواية على بن راشد المانعة عن بيع الوقف و أخذ خصوصية الوقف على غير الإمام فى الرواية المجوزة فتعارضان فيما إذا لم يخرب الوقف على غير الامام و بعد تساقطهما يرجع الى عموم حل البيع كما لا يخفى و اما صدر صحيحة على بن مهزيار الدالة على جواز بيع حصة الإمام (ع) من الوقف فلم يظهر منها ان البيع المزبور بيع بعد تمام الوقف كما يأتى.

و عن بعض الأجلة انه يحتمل ان يكون البيع الأرض المفروضة فى رواية جعفر ابن حيان على القاعدة بان لا يكون المراد من وقف الغلة الوقف المصطلح فإنه لم يفرض فى الرواية وقف الأرض ذات الغلة بل ذكر فيها وقف الغلة و كما يحتمل ان يكون المراد بالغلة الأرض ذات الغلة يحتمل ان يراد بالوقف معناه اللغوى أى الإسكان و الإيقاف عليهم بأن يعين المالك الغلة على قرابته من امه و أبيه و بعد إخراج مقدار منها يقدر بثلاثمائة درهم على الآخر الذى لا قرابة بينه و بين الواقف.

و الحاصل ان الوقف بمعناه اللغوى يصح نسبه إلى الغلة و المنفعة و ما ذكر فى الرواية رجل وقف غلة له على قرابته اما ان يراد به الوقف المصطلح بان يحمل الغلة على الأرض ذات الغلة حيث ان المنفعة بنفسها غير قابلة للوقف و اما ان يراد من وقف الغلة معناه اللغوى و يؤيد ذلك ما فى نسخة التهذيب أوقف غلة له و الإيقاف كما قيل بان استعماله فى الوقف المصطلح قليل و ما فى قوله من غلة الأرض التى وقفها يحتمل ان يكون (التى). و صفا للغلة لا الأرض و من فى قوله (يرد ما يخرج من الوقف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٣٩

.....

بيانا لما يخرج و على ذلك يكون بيع الأرض مع هذا الإيقاف اللغوى على القاعدة و يرجع الموصى له إلى المشتري بمقدار حقه أو يشترط البائع على المشتري دفع حقه إليه.

أقول ان كان المراد من وقف الغلة أو إيقافها الإيقاف الخارجي بان هيا حال حياته أرضا ذات غلة و تركها لتكون غلتها في تناول يدي قرابته من أبيه و امه مع الوصية ببعض الغلة للآخر يكون المراد بالغلة أيضا الأرض ذات الغلة و انه لا وجه للسؤال بذلك التعبير بل المناسب ان يقول رجل ترك أرضا ذات غلة و اوصى من غلتها للآخر هذا مع ان التعبير عن الوقف المعروف بالإيقاف غير عزيز فلا حظ حسنة على بن راشد المتقدمة حيث ذكر سلام الله عليه ادفعها الى من أوقفت عليه و ان كان المراد الإيقاف المعاملى فلا نتصور تلك المعاملة إلا الحبس المعروف بالعمري و الوصية و الوقف بمعناه المعروف.

و الحبس المعروف بالعمري لا يلائم ما في ذيلها من تجويز البيع بعد انقضاء الموصى له و عقبه لورثة قرابة الميت ان لم يفهم الغلة حيث ان ذكر عدم كفاية الغلة قرينة على ان المراد من الورثة الورثة للقرابة من أبيه و امه لا ورثة نفس الميت و لو كان الأرض ذات الغلة حسبا كما ذكر لكان البائع ورثة نفس الميت اي و لو كانوا ورثة ورثته.

و ارادة الوصية من الوقف بقرينة التفصيل بين قرابة الميت من أبيه و امه و الآخر الأجنبي في التعبير غير مناسب أضف الى ذلك ما في الرواية من موارد الظهور في الوقف المعروف كقوله يرد الى ما يخرج من الوقف و كون التي وقفها وصفا لنفس الأرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٠

و هذا أقل مراتب الفقر الشرعي (١) السادس ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة (٢)

(١) ذكر في السؤال حاجة الموقوف عليهم و عدم كفاية الغلة لهم و الظاهر ان الثاني بيان لحاجتهم و ان المراد عدم كفايتها لمؤنة سنتهم فتكون ظاهر الجواب جواز بيع العين الموقوفة مع فقر الموقوف عليهم و إمكان علاجه بالبيع المزبور و اما الحاجة الشديدة المعبر عنها بالاضطرار العرفي فمعى أمر آخر غير الفقر الشرعي و النسبة بينهما عموم من وجه و من الظاهر ان الدليل على ثبوت الحكم لعنوان يكون النسبة بينه و بين الآخر العموم من وجه لا- يقتضى ثبوت ذلك الحكم لذلك العنوان الآخر و المتحصل انه لا يمكن إثبات جواز بيع العين الموقوفة في الصورة الخامسة كالرابعة و الثالثة.

(٢) الظاهر ان المراد اشتراط الواقف ان يبيع الموقوف عليهم العين الموقوفة عند حاجتهم الى ثمنه و اما إذا كان الشرط بيع الواقف العين لنفسه عند حاجته الى ثمنه فان كان وقفه بعنوان الصدقة كما إذا كان بقصد القرية فلا ينبغي الريب في بطلان شرطه فان كل ما كان بقصد القرية فلا يجوز الرجوع فيه سواء كان بالإنشاء أو بالفعل و من الفعل البيع المشترك.

بل يمكن ان يقال بطلان الوقف مع الاشتراط المزبور كما ربما يستظهر من صحيحة ابن الفضل الهاشمي قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حال حياته في كل وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له و قد جعله لله يكون له حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة قال يرجع ميراثا على أهله أضف الى ذلك عدم إحراز صدق عنوان الوقف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤١

.....

مع الاشتراط المزبور ليعمه قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و بهذا يظهر الحال فيما إذا لم يكن مع الاشتراط المزبور قصد القرية.

و الحاصل مع عدم إحراز صدق عنوان الوقف يؤخذ باستصحاب بقاء المال في الملك و هذا بخلاف صورة اشتراط البيع للموقوف عليهم في بعض الموارد فان الاشتراط لا ينافي الوقف كما يظهر ذلك من صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الاتية الواردة في الوقف بينبع.

و اما إذا كان اشتراط البيع للموقوف عليهم مطلقا بان يبيعوا العين في أى زمان شاؤا فلا يبعد منافاته لأصل الوقف ايضا خصوصا فيما إذا لم يكن فيه قيد كون البدل وقفا أو شراء البدل فإن حقيقة الوقف في حدوثة يتقوم باشتراط إبقاء العين بحيث لا ينافيه الاستثناء في بعض الموارد.

و على تقدير الإغماض عن ذلك يكون اشتراط البيع كذلك منافيا لقوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و لا يفيد مع النهى الوضعى مثل قوله (ع) المؤمنون عند شروطهم فإنه لا يعم الا الالتزام و الإلزام بين الطرفين مطلقا أو لم يكن ابتدائيا كما إذا كان فى ضمن عقد و الوقف لا- يكون من العقد و لا الشرط فيه بمعنى الإلزام و الالتزام من الطرفين و لا قوله الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فإنه مقيد بما إذا لم يكن إنشاء الوقف على نحو غير مشروع و إنشائه بحيث جاز بيعه و شرائه وقف بوجه غير مشروع كما هو مقتضى قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و على الجملة لا يرفع اليد عن النهى بيع الوقف الا فيما كان الاشتراط للموقوف عليه بمنزلة الاستثناء عما يقتضيه الوقف فى بعض الموارد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٢

قوله و الا فلا (١).

فإن أراد بيع نصيبا من المال (٢)

(١) يعنى إذا لم يكن شرط البيع فى موارد يجوز بيع الوقف فيها بلا اشتراط فلا يصح لا الشرط و لا الوقف بل لا يقع التصرف المزبور حسبنا ايضا و الوجه فى عدم وقوعه حسبنا ان مورد الحبس يبقى المال فى ملك الحابس و يكون للمحبوس له ملك الانتفاع و إلزام الواقف فى الفرض بشراء البدل ينافى بقاء المال على ملكه باعتبار ان ظاهر شرط شراء البدل فرض خروج المال عن ملكه و الحاصل لا يكون التصرف المزبور وقفا لبطلانه ببطلان شرطه و لا يقع حسبنا لما ذكر.

أقول عدم وقوع الحبس باعتبار عدم قصده و الا شرط شراء البدل ليكون وقفا على قرار المبدل لا ينافى بقاء المال على الملك كما فى الوقف الانتفاعى.

(٢) ظاهره ارادة بيع بعض الوقف فتكون الرواية دليلا على جواز اشتراط بيع الوقف للبطن الموجود و حمله على ارادة بيع بعض ثمرته ضعيف فإنه لو كان المراد بيع ثمره الوقف و صرف ثمنه فى أداء دينه لكان الأنسب أن يقول فإن أراد ان يقضى به دينه فلا حرج عليه فالعدل- عن المصير الى الاسم الظاهر أى النصيب من المال مع ذكر البيع بقرينه ما قبله من ان يقوم على ذلك الحسن بن على و يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد الله فى حل محل لا حرج عليه- ظاهره ارادة بيع الوقف.

و كذا قوله فبدا له ان يبيعها فليبيعها حيث ان الضمير يرجع الى دار الصدقة و احتمال رجوعه الى داره (ع) ضعيف لان جواز بيع الحسن (ع) داره لا يحتاج الى الاشتراط عليه أضف الى ذلك اشتراط تقسيم ثمنها أثلاثا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٣

و التأويل مشكل (١) الصورة السابعة أن يؤدي بقاءه إلى خرابه (٢)

(١) فإن الرواية ظاهرها وقف الأموال المزبورة لا الوصية بها و يفصح عن ذلك قوله (ع) و ان الذى كتبت من أموالى هذه صدقة واجبة بتله حيا أنا أو ميتا حيث انه لو كانت وصية لكانت صدقة واجبة بعد مماته (ع) فقط.

و المتحصل ان الرواية ظاهرها الوقف العام الصرفى و قد اشترط فيه للمتولى الاذن فى بيع نصيب من المال حينما أراد به قضاء الدين أو مطلقا كما هو ظاهر قوله (ع) و ان شاء جعله سرى الملك أو شروى الملك و لا يبعد التعدى إلى الوقف الخاص لعدم احتمال الفرق بل إلى صورة اشتراط بيع تمام الوقف و تملكه لما ذكرنا من عدم احتمال الفرق كما لا يخفى.

(٢) الصورة السابعة و هي صورة الخوف من أداء بقاء الوقف و عدم بيعه الى خرابه مستقبلا بان علم ذلك أو ظن سواء كان ذلك للاختلاف بين الموقوف عليهم أو لأمر آخر و المراد بالخراب اما سقوط العين الموقوفة عن المنفعة المعتد بها أو ما يعم نقص المنفعة. و اما إذا كان الخراب غير موجب لسقوطها عن المنفعة المعتد بها بان فرض الانتفاع بها بوجه آخر كما إذا كان الوقف قبل خرابه بستانا و بعد خرابه تصير ارض زراعة لا تقل منفعتها عن منفعة البستان لم يجز بيعه نعم لو قيل بان زوال عنوان الوقف يوجب انتهاء الوقف كما تقدم عن صاحب الجواهر (ره) جاز بيعها.

و الصورة الثامنة وجود الاختلاف بين الموقوف عليهم المؤدى مع بقاء الوقف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٤

.....

و عدم بيعه الى تلف المال أو النفس علما أو ظنا أو احتمالا- و الفرق بين الصورتين ان الصورة السابعة لم تؤخذ فيها خصوصية الاختلاف بين الموقوف عليهم و لكن أخذت خصوصية العلم أو الظن بخراب الوقف مستقبلا و فى الصورة الثامنة أخذت خصوصية اختلاف الموقوف عليهم و لكن لم يؤخذ الأداء الى خراب خصوص الوقف بل المخوف فيها تلف المال كان مال الوقف أم غيره بل لم يؤخذ خصوص تلف المال بل يعم تلف النفس كما لم يؤخذ خصوص العلم أو الظن بل ما يعم احتمال التلف. الصور التاسعة ان يكون بين الموقوف اختلاف يؤدى مع بقاء الوقف و عدم بيعه الى ضرر كثير سواء كان الضرر ضرر العرض أو النفس.

الصورة العاشرة ان يكون بقاء الوقف و عدم بيعه موجبا للفساد و الخلاف بين الموقوف عليهم بحيث يكون الاختلاف و الفساد مظنة تلف النفوس و استباحتها.

و ذكر (ره) انه لو كان بقاء الوقف و عدم بيعه فى هذه الصورة مؤديا إلى خراب الوقف بحيث لا يكون له منفعة معتد بها بان يكون ساقطا عن المنفعة رأسا فلا يبعد جواز بيعه و اما فى غير ذلك فلا و الوجه فى جواز بيعه فى الصورة المزبورة فلان بيعه لا ينافى وقف الواقف و غرضه كما لا ينافيه الأدلة الشرعية و لا حقوق البطون الآتية المعبر عنها فيما تقدم بحق الواقف و حق البطون و حق الشارع اما عدم منافاته لوقف الواقف و غرضه فان عرضه الانتفاع بالعين و إذا أحرز انه لا يمكن الانتفاع بالعين مستقبلا و دار الأمر بين عدم الانتفاع لا بشخصها و لا بنوعها بان يبقى الوقف، بحاله حتى يخرب أو ينتفع لا بشخصه بل بنوعه بان بيع بما يبقى لانتفاع البطون فإن الثانى أقرب الى غرض الواقف و وقفه و الأدلة الشرعية المانعة عن بيع الوقف ايضا لا تعم الغرض لعدم تمام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٥

.....

الإجماع فيه على عدم جواز البيع و الرواية المانعة منصرفة إلى غيره كما مر فى بيان جواز البيع فى الصورة الاولى.

ان قلت ما الفرق بين هذا الفرض و الصورة الاولى قلت كان المفروض فى الصورة الاولى عدم وقوع البيع قبل الخراب و إمكان بيع الوقف بعد خرابه و شراء ما يصلح لكونه وقفا و المفروض فى هذه الصورة إمكان البيع قبل خراب الوقف و إمكان شراء البديل بما ينتفع به البطون بحيث لا يمكن بيعه و شراء البديل و تحصيل البديل بعد الخراب.

أقول لو كان الوقف بحيث لا- يمكن بيعه بعد الخراب أو كان البديل المشتري به بعد الخراب مما لا يكون له نفع معتد به فلا ينبغي الإشكال فى جواز بيعه فى آخر أزمته إمكان بيعه و شراء البديل فيما إذا كان الوقف من وقف العام سواء كان صرفيا أو انتفاعيا فان المفروض فيه قيام القرينة العامة على شرط بقاء الوقف مهما أمكن على ما تقدم و اما إذا أمكن البيع و شراء البديل بعد الخراب ايضا و

لو كان البديل قليل المنفعة بالإضافة إلى العين الموقوفة حال عمارتها فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف بل قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و اما الوقف الخاص فان كان الخراب المترقب في زمان البطن الموجود بحيث لا يمكن بيعه بعد فعليه الخراب جاز يبيعه في آخر أزمته إمكانه و يصير الثمن ملكا للبطن الموجود حيث تقدم ان لهم نفى التقدير الذي جعل معه الملك للبطن اللاحق مع فعليه الخراب و يجرى ذلك الوجه في الفرض و اما إذا كان الخراب المترقب في زمان البطن اللاحق فلا موجب معه لرفع اليد عن إطلاق قوله (ع) الوقوف على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٦

مع عدم فوت الاستبدال فيه (١) لو دار الأمر (٢) بين بيعه و الإبدال به لا يخلو أولهما عن قوة (٣)

حسب ما يوقفها أهلها و قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف فتدبر جيدا.

(١) يعنى إذا فرض إمكان بيع الوقف و استبداله بعين أخرى في زمان لا يمكن بعده البيع و لا الاستبدال فالجواز ظاهر و اما إذا فرض إمكان البيع في ذلك الزمان و لكن لا يمكن شراء البديل فيه بحيث لو أريد شراء البديل فلا بد من وقوع البيع قبل ذلك الزمان ففي تقديم جانب البطن بتقديم البيع إشكال.

أقول قد ظهر مما تقدم عدم الإشكال في تقديم البيع في الوقف الصرفي أو الانتفاعي للزوم إبقاء الوقف مهما أمكن و لو بنوعه و اما في الوقف الخاص فلا يقدم البيع على ما ذكر.

(٢) قد تقدم أنه إذا دار الأمر بين صرف منافعه على عمارته لتبقى العين للبطن أو صرفها على البطن الموجود فالأظهر صرفها لعمارته خلافا للمصنف (ره) حيث رجح الثاني و وجه ما ذكرنا أن ظاهر الوقف هو ان للموقوف عليهم المقدار الباقي من حاجة الوقف.

(٣) يعنى لو جاز بيع الوقف في غير سقوط العين عن الانتفاع لما أجاب (ع) في روايته على بن راشد بعدم جواز شراء الوقف بلا استتصال و الوجه في ذلك انه لو كان في البين مجوز آخر لبيعه غير خرابه يكون للمشتري الشراء مع احتمال ذلك المجوز حملا لفعل البائع على الصحة و لكن على الامام (ع) الاستتصال عن احتمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٧

حيث انه يمكن الاستدلال للجواز (١)

ذلك المجوز و عدمه فحكمه (ع) بعد الجواز من غير استتصال مقتضاه عدم جواز بيع الوقف المعمور.

لا يقال لو تم لكان مقتضيا لعدم جواز بيع الوقف المعمور حتى في صورة إحراز خرابه مستقبلا فان مع عدم خرابه فعلا و وجود الغلة له يدخل في ظاهر النهي عن الشراء فإنه يقال نعم و لكن قد تقدم جواز البيع مع اشتراط البائع و القرينة العامة في الوقوف العامة على إبقاء الوقف مهما أمكن مساوق لاشتراط بيعه في آخر أزمته إمكان البيع و الاستبدال على ما تقدم.

(١) المراد بالقسم الثاني من الصورة السابعة كون بقاء الوقف و عدم بيعه مؤديا علما أو ظنا الى خرابه بمعنى قلته منفعته كما أن المراد بالقسم الأول ما إذا كان بقاءه مؤديا كما ذكر الى سقوطه عن الانتفاع رأسا بحيث لا يبقى لها منفعة معتد بها.

وقد أورد (ره) على دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف في القسم الثاني المزبور بأمور: الأول- أن المدعى في ذلك القسم جواز بيع ما إذا علم أو ظن أداء بقاءه إلى خرابه كما هو تصريح بعض و ظاهر تعبير بعض آخر عنه بخوف الخراب و الخوف كما يظهر من كلماتهم و موارد استعمالهم لا يصدق بمجرد الاحتمال ما لم يكن في البين اماره كما في خوف الضرر في وجوب الإفطار و حرمة السفر مع خوف الهلاك الى غير ذلك مع ان الموارد في الرواية لفظ ربما و ظاهره، يعم الاحتمال حتى ما إذا كان ضعيفا.

الثاني- انه على تقدير كون المراد بالمال في الرواية الوقف فظاهر تلفه سقوطه عن الانتفاع رأسا كما هو القسم الأول من الصورة السابعة فلا تعم الرواية القسم الثاني.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٨

و اما تقريب الاستدلال بالمكاتبة (١)

الثالث- ان ظاهر تلف المال في مقابل تلف النفس تلف مطلق المال سواء كان هو الوقف أو غيره فيكون مقتضى الرواية جواز بيع الوقف تحفظا للمال الآخر وهذا غير المدعى.

أقول الخوف كما يظهر للراجع الى وجدانه حاله يحصل للنفس بمجرد الاحتمال أيضا غاية الأمر قد لا يكون مجرد الخوف موجبا للحكم كما في السفر المخوف فيه هلاك الشخص فإنه لو كان بمجرد موجبا لحرمة لا يبقى في البين سفر حلال يوجب القصر الا نادرا و يكون ذلك قرينه على كون المراد به السفر الذي فيه أمانة موجبة للظن بالهلاك كما لا يخفى.

(١) الصورة الثامنة ما إذا كان بين الموقوف عليهم خلاف بحيث يخاف تلف المال أو النفس في صورة بقاء الوقف و عدم بيعه و الوجه في جواز البيع فيها ظهور المكاتبة في اعتبار الاختلاف الخاص و جواز البيع معه لان الوارد فيه و ان كان جواز البيع مع اختلاف الموقوف عليهم الا ان تعليل الجواز بأنه ربما يجيء في الاختلاف تلف المال و النفس مقتضاه تقييد الاختلاف بالاحتمال المزبور. و فيه ان قوله (ع) ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس أمره دائر بين حمله على التعليل أو على التقريب و بيان الحكمة لجواز البيع مع الاختلاف و لو حمل على التعليل فمقتضاه عدم الخصوصية للاختلاف بل كل ما كان مع بقاء الوقف احتمال تلف المال و النفس من الموقوف عليهم أو غيرهم و أمكن علاج ذلك ببيع الوقف جاز و لو حمل على بيان الحكمة و التقريب فلا يكون في البين تقييد للاختلاف حيث ان الحكمة للحكم لا يكون مقيدا له.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٤٩

و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة (١) و اما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة (٢)

و يظهر الحمل على الحكمة من كلام الشهيد (ره) في الروضة فإنه ذكر بما حاصله انه لا يعتبر في جواز بيع الوقف الاختلاف الخاص أى الاختلاف الذى يكون فيه احتمال تلف المال أو النفس بل يجوز بيعه مع اختلافهم مطلقا باعتبار ان في الاختلاف بحسب نوعه خوف تلف المال و النفس و لا ينظر إلى أشخاصه و كيف ما كان فشيء من الحملين لا يناسب فرض الصورة الثامنة كما لا يخفى.

(١) الصورة التاسعة ما إذا كان بين الموقوف عليهم اختلاف يؤدي ذلك الاختلاف مع بقاء الوقف الى ضرر عظيم سواء كان مال الوقف أو غيره و استفادة الجواز في هذه الصورة من المكاتبة مبنى على تقييد الاختلاف فيها بما ذيلها من قوله (ع) فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال و النفوس.

و لكن يرد على ذلك ايضا انه ان كان الذيل تعليلا فلا بد من إلغاء الاختلاف و الالتزام بجواز بيع الوقف كلما كان بقائه مؤديا إلى تلف المال أو النفس و مع عدم كونه تعليلا بل تقريبا لجواز بيع الوقف مع الاختلاف فلا بد من الالتزام بجواز- بيع الوقف مع اختلاف الموقوف عليهم كان مؤديا إلى التلف المزبور أم لا.

(٢) الصورة العاشرة ما إذا لزم من بقاء الوقف و عدم بيعه فساد يستباح منه الأنفس و وجه استظهار جواز بيعه في الفرض من المكاتبة هو ان ضم تلف الأنفس فيها الى تلف المال باعتبار ان خوف تلف الأنفس يقارن غالبا تلف المال لا لكون تلف المال محوزا بنفسه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٠

لا مطلق الاختلاف لان الذيل مقيد (١)

و لكن لا- يخفى ان مدلول الرواية على ما ذكر جواز علاج كل فتنه موجبه للاستباحه المزبوره ببيع الوقف و لو لم تكن الفتنه بين الموقوف عليهم و ظاهر الصورة العاشرة وقوع الفساد بينهم كما ان ظاهر الرواية كفاية الاختلاف الذى يحتمل فيه مع بقاء الوقف الاستباحه المزبوره و المفروض فى الصورة العاشرة كون بقاء الوقف ملازما لذلك الفساد لا امرا محتملا.

أضف الى ذلك ذكر استباحه الأموال مع استباحه النفوس باعتبار تقارن الأول بالثانى نوعا خلاف ظاهر الرواية بل ظاهرها كون احتمال كل من الضررين مجوزا لبيع الوقف.

(١) يعنى يكون الموجب لجواز البيع بحسب ظهور الرواية هو الاختلاف الموجب لتلف المال أو النفس علما أو ظنا أو احتمالا- لا الاختلاف مطلقا و الوجه فى تقييد الاختلاف بذلك ليس حمل قوله (ع) (فإنه ربما جاء فى الاختلاف).

على التعليل الحقيقى ليقال ان لازمه اعتبار كل فتنه يكون فيها احتمال تلف المال أو النفس بل لان الذيل بحسب المتفاهم العرفى يكون تقييدا للاختلاف و ان الموضوع لجواز البيع هو الاختلاف الخاص.

و على ذلك تكون النسبة بين فتوى المشهور و مضمون الرواية العموم من وجه لان فتاويهم تعم ما إذا كان فى بقاء الوقف مع الاختلاف خوف خراب الوقف بمعنى قلته نفعه و الرواية لا- تعم الا- تلف المال أو النفس كما ان فتاواهم لا تعم ما إذا كان فى بقاء الوقف مع الاختلاف مجرد احتمال التلف و لكن الرواية تعمه فتجتمعان فى الاختلاف المؤدى علما أو ظنا الى تلف العين الموقوفة و تفرقان فى الاختلاف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥١

أو غير ذلك من الاحتمالات فى الفقرتين (١)

المؤدى علما أو ظنا الى نقص منفعة الوقف فى الاختلاف المؤدى إلى تلف المال أو النفس بنحو الاحتمال.

(١) الفقرة الأولى قوله (ع) ان كان علم الاختلاف بين أرباب الوقف ان يبيع الوقف أمثل حيث يحتمل فى هذه الفقرة ان يكون المراد الاختلاف مطلقا أو الاختلاف الخاص و الفقرة الثانية قوله (ع) فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و الأنفس حيث يحتمل كونه تعليلا حقيقه أو تقييدا أو مجرد تقريب للحكم و المتحصل من كلماته (ره) ان فى دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف بعد تمامه تأملا و على تقدير دلالتها فى الأخذ بها اشكالا و قد تعرض (ره) للإشكالات فى الدلالة و للإشكالات فى الأخذ بها فى طى الكلمات السابقة.

أقول لا يوجب شىء مما ذكر الخلل فى ظهور المكاتبه فى جواز بيع الوقف بعد تمامه لدفع الاختلاف أو تفاقمه الموجب و لو احتمالا لتلف الأموال و الأنفس و ظاهر السؤال هو الوقف المعروف لا- الحبس الذى تبقى العين فى ملك الحابس و يكون للمحبوس له الانتفاع أو المنفعة فى مدة معينه أو ما دام حياة أحدهما.

و يشهد لذلك السؤال عن بيعها و دفع ثمنها الى الموقوف عليهم بمقدار حصصهم من الوقف حيث ان الثمن فى الحبس يختص بالحابس و لا- يدفع الى المحبوس له و عدم ذكر العقب فى الوقف لا- يدل على ارادة الحبس بل عدم تعرض السائل لذكره لعدم الحاجة الى ذكرهم حيث ان غرضه السؤال عن بيعه و دفع ثمنه الى البطن الموجود و حملها على الوقف قبل تمامه بالقبض غير صحيح فإنه ينافيه تجويز البيع فى الجواب بلا استفعال عن حصول القبض و عدمه بل بما انه (ع) قد فهم من السؤال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٢

و اما الوقف المنقطع و هو وقف على ملا ينقرض (١)

ان قد جعل لنفسه التولية كما هو ظاهر قول السائل و ليس يأمن أن الخلاف بعده اى بعد حياته القضاء تصديقه للوقف لم يستفصل عن حصول القبض حيث يكفى فيه قبض المتولى على ما يشهد به مثل صحيحة صفوان بن يحيى المتقدمة كما لم يستفصل عن وجه تصديقه لبيع الوقف مع ان الواقف يصير بالوقف أجنيا عن العين الموقوفة.

و اما بالإضافة إلى حصه الإمام فيمكن ان لا يجعل التولية لنفسه بالإضافة اليه و لذا سأل أولاً عما يصنع بخمس الضيعة أو جعل لنفسه التولية بالإضافة إليه أيضا و سأل عن جواز بيعها و كان عند الامام (ع) مجوز لبيعها كحاجته (ع) الى الثمن أو غير ذلك و الله سبحانه هو العالم.

(١) و هل يصح الوقف المنقطع و هو الذى يوقف المال فيه على من يكون معرض الانقضاء و الانتهاء كوقف البستان على زيد و عقبه فالأظهر صحته بشهادة صحيحة محمد بن الصفار قال كتبت الى ابي محمد (ع) اساله عن الوقف الذى يصح كيف هو فقد روى ان الوقف إذا كان موقتا فهو باطل مردود على الورثة و ان كان موقتا فهو صحيح ممضى و قال قوم ان الموقت هو الذى يذكر أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الأرض و من عليها و قال آخرون هذا موقت إذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الأرض و من عليها الى ان قال (ع) فى الجواب الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

و اما تحديد الوقف بالزمان كقوله وقفت هذا البستان لزيد عشر سنوات فإن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٣

.....

أريد به الحبس الآتى فيصح حبسا و الا بطل و ذلك لاعتبار التأيد فى تحقق عنوان الوقف و المراد بالتأيد عدم تحديده بالزمان بان لا يكون بعد ذلك الزمان وقفا فإنه لو لم يكن ذلك محرزا فلا أقل من احتمالها و اما التأيد بمعنى بقاء الوقف الى ان يرث الله الأرض و من عليها فهو غير معتبر كما هو ظاهر الصحيحة و غيرها.

ثم أنه هل يدخل هذا القسم من الوقف فى ملك الموقوف عليهم مستقرا بحيث تكون العين بعد انقراض الأخير من الموقوف عليهم لوارثه و مع عدم الوارث له للإمام (ع) حيث انه وارث من لا- وارث له أو تكون ملكه غير مستقر يثبت ما دام كون الموقوف عليه موجودا أو تكون بعده للواقف أو ورثته أو يبقى العين من الأول على ملك واقفه و لا- يبعد الثانى و ذلك فان كون العين ملكا للموقوف عليهم مقتضى إنشاء الوقف بالصدقة حتى فى الوقف على الأشخاص كما تقدم فى بعض الروايات و يؤيده عدم وجدان الفرق بين الوقف المؤبد و المنقطع فى مدلول الوقف و لو كان الوقف فى المؤبد تملিকা كان كذلك فى المنقطع.

و وجه عدم استقرار الملك ان الموقوف عليهم كما تقدم بيانه سابقا يتلقون الملك من الواقف و لا يكون تلقى كل طبقة عن سابقه على حد الإرث و على ذلك ففيمما كان عقب زيد منقزيا فى طبقة فلا تكون الملكية المجعولة لتلك الطبقة مطلقه بل مقيدة كالتبقات السابقة بما دام حياتهم فالملكية بعد ذلك باقية للواقف لم يجعلها لأحد فإن الملكية المجعولة بالإضافة إلى الطبقة الأخيرة كالمجعولة لما قبلها بحسب ظهور قول الواقف وقفت على زيد و عقبه بطننا بعد بطن موقته و محدوده بما دام حياة البطن اللهم الا ان يقال تحديد الملكية لبطن بما دام حياته باعتبار ان ملكية العين بعده مجعولة لبطن آخر و إذا فرض فى بطن عدم ملكية البطن الآخر بعده و لو باعتبار انقضاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٤

.....

البطون تكون الملكية لذلك البطن مطلقاً و يؤيد ذلك ما تقدم من ظهور الروايات من ان الثمن على تقدير بيع العين الموقوفة يكون ملكاً للبطن الموجود و يمكن منع التأييد فإنه لم يثبت بيع الوقف إلا في موارد.

منها الاختلاف بين الموقوف عليهم و يكون اختصاص الثمن فيه بالبطن الموجود بالنص أو باعتبار وقوع البيع عن الواقف المتولى و إرادته دفع الثمن إليهم.

و منها موارد اشتراط الواقف بيع الوقف لبطن و صرف ثمنه في ضرورتهم و هذا باعتبار نفوذ الشرط و كون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

و منها مورد الخراب و لم يثبت فيه اختصاص الثمن بالبطن الموجود و لذا ذكرنا ان الأحوط فيه اشتراء البديل مهما أمكن و الحاصل انه لو شك أيضاً في جعل الملكية المطلقة للبطن الأخير بحيث تنتقل العين الموقوفة إلى وارثهم و لو كان الوارث الامام (ع) فالأصل عدم جعل تلك الملكية لهم و لا يعارض باستصحاب بقاء العين في ملكهم لانقضاء الملكة بموت البطن الأخير قطعاً سواء كان بالإرث أو بنحو انقضاء البطن كما لا يخفى.

و عن المحقق القمي (ره) انه التزم بان الوقف المنقطع يقع حبساً و المراد بالحبس إبقاء المالك العين على ملكه و تمليك المنفعة منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له و ان قيد ذلك بما دام عمر المحبوس له أو ما دام حياته أو بزمان خاص فهو و ان جعل مطلقاً يلزم ما دام حياة الحابس.

و وجه التزامه ان الوقف المنقطع لا يقع وقفاً لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف و المراد بالتأييد جعل العين للموقوف عليهم الى ان يرث الله الأرض و من عليها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٥

.....

و اما وقوعه حبساً فاستشهد بصحيحه عمر بن أذينة قال كنت شاهداً عند ابي ليلي و قضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره و لم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته ابن ابي ليلي و حضر قرابته الذي جعل له غلة الدار فقال ابن ابي ليلي ارى ان أدعها على ما تركها صاحبها فقال محمد بن مسلم الثقفى اما ان على بن أبى طالب قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال و ما علمك فقال سمعت أبا جعفر بن محمد بن على (ع) يقول قضى على (ع) برد الحبيس و إنفاذ الموارث فقال له ابن ابي ليلي هذا عندك في كتابك قال نعم قال فأرسل و اتنى به فقال له محمد بن مسلم على ان لا تنظر من الكتاب الا في ذلك الحديث قال لك ذلك قال فاحضر الكتاب و أراه الحديث عن ابي جعفر (ع) في الكتاب فرد قضيته.

أقول كان في نسخه (ره) و لم يوقف وقفاً و فهم منه ان الجعل إذا لم يكن وقفاً يكون حبساً و فيه ما لا- يخفى فان الحبس كسائر العقود و الإيقاع يحتاج الى القصد و مع عدمه بإرادة تمليك العين كما هو الفرض لا يتحقق الحبس و الرواية ظاهرة في إرادة الحبس مطلقاً المحكوم بعود العين معه الى ملك الحابس بموته كما لا يخفى.

لا يقال إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملك الى الواقف و انتقاله الى ورثته حين موته مع ما دل على ان ما كان لله لا يرد فإنه يقال معنى عدم رده عدم إرجاع العين بفسخ المعاملة الواقعة بقصد التقرب و اما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعاملة فلا يدخل في مدلول ذلك الدليل كما لو تصدق بمنفعة داره الى سنتين فبعد انقضاء المدة لا تكون استرجاع الدار منافياً له و بهذا يظهر الحال في الحبس بقصد القربة فتدبر جيداً.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٦
 و في جوازه للواقف مع جهالة استحقاق الموقوف عليهم إشكال (١)

(١) أقول لا يبعد جواز بيع الدار التي يسكنها المطلقة بالأقراء باعتبار أن جهالة مدة عدتها مع عدم اختلافها بكثير لا يوجب اتصاف البيع بكونه غرريا و اما في مثل المقام فلا ينبغي التأمل في صدق الغرر في البيع باعتبار الجهل بزمان استحقاق تسلم العين بمنافعها مع احتمال الاختلاف فيه بفاحش و لا يقاس مورد الكلام ببيع الدار مع كونها مستأجرة في جواز البيع غاية الأمر يثبت الخيار لمشتريها مع جهله بالحال لان مورد الإجارة باعتبار معلومية زمان الإجارة لا يوجب غررا في البيع بخلاف المقام و لكن مع ذلك دليل النهى عن بيع الغرر لا يزيد على سائر العمومات و المطلقات التي يرفع اليد عنهما بالخاص ان المقيد.

و ما رواه المشايخ في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف ظاهر في صحة البيع مع جهالة استحقاق المشتري تسلم العين بمنافعها قال سألت أبا الحسن موسى (ع) عن رجل جعل داره سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده هل هي له و لعقبه من بعده كما شرط قال نعم قلت له فان احتاج ببيعها قال نعم قلت فلينتقض بيع الدار السكنى قال لا ينتقض البيع السكنى كذلك سمعت ابي يقول قال أبو جعفر (ع) لا- ينتقض البيع الإجارة و لا- السكنى و لكن تبعه على ان الذى اشتراطه لا- يملك ما اشتراه حتى تنقضى السكنى كما شرط.

و لا- يخفى عدم اختلاف الوقف المنقطع و السكنى بناء على ان الأول كالثانى فى بقاء العين على ملك مالكة الأول كما ان إطلاق الرواية و عدم الاستفصال فيها عن بيع الدار ممن جعل له سكنها أو من غيره جواز البيع فى كلا الفرضين فلا وجه للتفصيل
 إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٧

.....

بين البيع منه أو من غيره.

نعم مع الإغماض عنها فقد يذكر هذا التفصيل باعتبار عدم كون البيع ممن جعل له السكنى غررا و لو باعتبار انضمام السكنى حيث ان استحقاق المشتري فيه العين بمنافعها محرز و كذا الحال فيما إذا باع الواقف العين ممن انتقل إليه منفعة العين عن الموقوف عليه و لكن هذا التفصيل غير صحيح باعتبار كون البيع فى نفسه كالفرض الثانى غرريا الا ترى انه لا يمكن الالتزام بصحة البيع فيما إذا كانت صبرتان مختلفتان فى الكيل و قد علم كيل مجموعهما و قد وهب المالك إحداها من أحد ثم أراد بيع الثانية منه بلا كيل فإنه لا يرتفع الغرر عن البيع بالهبة السابقة.

نعم إذا كان انتقال المنفعة إلى الواقف ثانيا و أراد الواقف بعد ذلك بيعها بمنافعها فلا مورد للمناقشة كما أنه لا مورد لها فيما إذا اجتمع الموقوف عليه و الواقف على المعاوضة فيكون العوض موزعا على العين و المنفعة و يلزم كون المعاوضة بعنوان الصلح لان غيره و منه البيع لا يتضمن نقل كل من العين و المنفعة استقلالاً.

أقول إذا كان الوقف المنقطع محكوما بالصحة فيحكم بطلان بيعه سواء قيل ببقائه على ملك الواقف أو دخوله فى ملك الموقوف عليهم أخذنا بما دل على عدم جواز شراء الوقوف و لا موجب لدعوى انصرافه الى الوقف المؤبد بعد كون الوقف المنقطع كالوقف الانتفاعى وقفا مع بقاء العين فيهما على ملك مالكة و الصحيحة المزبورة لا تعم الوقف المزبور لعدم دخوله فى عنوان السكنى.

نعم لا بأس بالعمل بالصحيحة فيجوز البيع مع السكنى حتى فيما إذا كانت السكنى محدودة بعمر أحدهما كما هو موردها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٨

و كذا لو باعه من انتقل اليه (١).

و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل (٢)

و اما فى الوقف المنقطع فلا يجوز البيع و لا المصالحة و غيرها من المعاملات الناقلة للعين فان الوقف لا يباع و لا يوهب و ليس النهى فيه مختصا بالبيع و مما ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر (ره) من أن المعاملة لو كانت مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم بطور المصالحة ليكون العوض موزعا عليهما صحت لا يمكن المساعدة عليه.

اللهم الا ان يقال بانصراف النهى عن بيع الوقف عن الفرض و هو بيعه زمان البطن الأخير كما يأتى.

(١) أى يجرى فى بيع العين ممن انتقل اليه حق الموقوف عليهم ما تقدم فى بيعها من الموقوف عليهم من احتمال عدم الجواز لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا يوجب خروج البيع عن كونه غريبا.

و لا- يخفى أن حكمه (ره) بالصحة أو لا- ثم احتمال عدم الجواز ثانيا يختص بما إذا أراد الواقف بيع العين من البطن الأخير أو ممن انتقل اليه حق هذا البطن و اما إذا أريد بيعها من البطن الأول أو الوسط أو ممن انتقل اليه حق أحدهما فلا يجوز البيع المزبور لان خروج حق البطن الأخير عن المعاملة مع جهالته يوجب الغرر فى البيع.

(٢) الظاهر ان مراده (ره) مما ذكره هو لزوم كون المعاملة بطور المصالحة و أن نقل العين مع الجهالة بمدة استحقاق الموقوف عليهم غررى سواء بيع ممن انتقل اليه حق الموقوف عليهم أو من غيره.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٥٩

كما يدل عليه كلامه المحكى عنه فى مسألة السكنى (١) صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال (٢)

أى يدل على جواز البيع مع اتفاقهما كلامه المحكى فى السكنى و لعل وجه دلالة أنه إذا جاز بيع المالك بالإضافة إلى العين خالية عن المنفعة كما هو مقتضى عدم رضا الساكن الذى هو مالك المنفعة أو الانتفاع جاز ايضا فيما كان البين رضاه فإنه لا يحتمل دخل عدم رضاه فى جواز بيعها.

(٢) أقول لم يحرز ان الثابت فى السكنى للساكن حق بحيث يقبل الاسقاط منه بل من المحتمل ان يكون الثابت بها مجرد جواز الانتفاع بالسكنى و كذلك الأمر فى بعض موارد الحبس بان يحبس العين للانتفاع بها و على ذلك فيجوز للساكن أو المحبوس له المصالحة مع المشتري بان لا ينتفع بالعين فلا يجوز لهم بعد المصالحة مزاحمة المشتري فى الانتفاع بالعين مدة التحبوس أو السكنى عملا بقصد المصالحة.

و عدم جواز الانتفاع بهذا العنوان لهما لا ينافى جواز الانتفاع بها الثابت لهما قبل هذه المصالحة نظير ما إذا حلف الساكن أو المحبوس له بترك الانتفاع كما لا يخفى.

و الحاصل ان المستفاد من مجموع الروايات ان الحبس و السكنى و العمرى من العناوين المنشأة و يكون اختلافها بالإنشاء و يتفق بعضها مع بعض فى النتيجة و جل الأحكام فان بالحبس ينشأ عنوان الحبس الذى لا يكون العين خارجة عن ملك مالكةا بان يكون منافعها ملكا لذلك الغير أو ينتفع الغير بها أو يصرف منافعها أو ينتفع بها مطلقا أو ما دام العين باقية أو الى مدة و اما السكنى فهو إنشاء جعل سكنى الدار للغير بان يسكن فيها مطلقا أو الى المدة و اما العمرى و هى جعل الانتفاع بالعين ما دام أحدهما فى مقابل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٠

و على الثانى فلا يجوز (١) و على الثالث فلا يجوز (٢)

الرقبى و هو جعل الانتفاع بالعين فى زمان و على ذلك فان كان، مفاد أحدها مجرد الانتفاع فلا يحرز فيه حق قابل للإسقاط بل يجوز

المصالحة بنحو ما تقدم و ان كان مفادها تملك المنفعة فيجوز التصرف فيها كما لا يخفى.

(١) عدم جواز البيع للواقف ظاهر فان على الثاني يدخل العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم مستقرا بحيث ينتقل العين من البطن الأخير إلى ورثتهم بالوارثه و اما عدم جواز البيع للموقوف عليهم ففيه منع ظاهر لان اشتراط الواقف إبقاء العين بغرض وصولها الى البطن اللاحق و كذلك النهى عن بيع الوقف ينصرف الى ذلك و إذا فرض انتهاء البطون و وصول العين بيد البطن الأخير كما هو الفرض فلا يبقى منع عن بيعهم لا عن الواقف و لا عن الشارع فتدبر.

(٢) اى على القول بدخول العين في ملك الموقوف عليهم من غير استقرار بان يرجع العين الى الواقف بعد انقضاء البطن الأخير يكون عدم جواز بيع الموقوف عليهم اى البطن الأخير ظاهرا لا اشتراط الواقف عليهم إبقاء العين و لو لرجوعها اليه و كذا الحال فى النهى الشرعى و اما عدم جواز بيعها للواقف باعتبار عدم ملكه العين فعلا و لا يفيد اجازة البطن الأخير لأنه يعتبر ان يكون المجيز سلطانا على بيع المال و البطن المزبور ليس كذلك نعم إذا قلنا بالصحة فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه كان بيع الواقف الواقع حال وجود البطن الأخير محكوما بالصحة بعد انقراضهم.

ينبغى فى المقام التعرض لأمر منها انه يكون الوقف من المنقطع آخره أو المنقطع الأول أو الوسط و لعل المشهور على صحة الأول و بطلان الثاني و على بطلان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦١

.....

الثالث بالإضافة إلى الوسط و ما بعده و قوى السيد اليزدى (ره) صحة المنقطع الأول أيضا بالإضافة إلى الوسط و ما بعده و صحة المنقطع الوسط بالإضافة إلى الأول و الأخير بدعوى ان الوقف المنشأ فى المقام نظير الوقف على ما يصح عليه الوقف و ما لا يصح عليه فى عرض واحد كما إذا قال وقفت الضيعة على العلماء و من سيولد لزيد من الأولاد حيث ان الوقف يصح فى نصفه بالإضافة إلى العلماء و يبطل فى نصفه الآخر و دعوى انحلال الوقف فى فرض الجمع دون الوقف المنقطع الأول أو الوسط لا يمكن المساعدة عليه و الا لما صح الوقف بالإضافة إلى الأول أيضا فى المنقطع الوسط.

لا- يقال الحكم بالتبويض فى الصحة فى المنقطع الأول أو الوسط يوجب التعليق فى الوقف بان يكون المال وقفا على تقدير انقضاء ذلك الأول أو الوسط.

فإنه يقال التعليق الموجب للبطلان فى العقود و الإيقاعات ما إذا كان إنشاء الوقف معلقا و اما إذا كان إنشاءه مطلقا و كان التعليق لازم التبويض فى الحكم بالصحة فلا يضر نظير الغرر الحاصل للبيع من الحكم بالتبويض كما إذ باع ماله و مال غيره بثمان معلوم فلا يوجب الغرر فى الثمن الحاصل من الحكم ببطلان البيع بالإضافة الى مال الغير الغرر فى إنشاءه و على ذلك فيبقى المقدار المحكوم بالبطلان من الوقف على ملك الواقف فله نمائه.

أقول لا- ينبغى الريب فى عدم انحلال الوقف بالإضافة إلى الموقوف عليهم أى البطون بخلاف انحلاله بالإضافة إلى أفراد البطن الواحد من الموقوف عليهم و إذا قال وقفت الضيعة على أولاد زيد و أولاد بكر و أراد ما ظاهره من كون نصف الضيعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٢

.....

وقفا لأولاد زيد و نصفها الآخر لأولاد الآخر فلا يوجب بطلان الوقف بالإضافة إلى نصفها بطلانه بالإضافة إلى النصف الآخر بخلاف ما إذا كان الوقف للبطون و حكم بفساده بالإضافة إلى بطن فإنه لو حكم ببطلان الوقف بالإضافة إلى البطن الأول كما فى المنقطع

الأول يخرج الوقف المزبور من عموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها من الأول فالحكم بدخوله ثانيا بعد انقضاء البطن المزبور موقوف على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه في زمان.

بخلاف المنقطع الوسط فإنه لا- موجب لرفع اليد عن العموم المزبور ابتداء فيعمه العموم المزبور ما دام البطن الأول موجودا و بعد انقضائه يرجع إلى ملك الواقف أو ورثته عند موته.

و الحاصل ما ذكره (ره) مبنى على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه من الأول أو الوسط في زمان و شك في دخوله في العموم المزبور بعد ذلك الزمان و الا فالوجه ما هو المنسوب إلى المشهور و الله العالم.

الثاني قد تقدم أنه يجوز ان يشترط في الوقف بيع العين الموقوفة أو بعضها للموقوف عليهم بان يكون ثمنه لهم و اما اشتراط بيعها أو بيع بعضها للواقف كذلك فهو غير جائز بل يوجب الاشتراط المزبور بطلان الوقف بشهادة إسماعيل بن الفضل قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ما له في حياته في كل وجه من وجوه الخير و قال ان احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له في حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقته قال يرجع ميراثا على أهله حيث ان ظاهر قوله (ع) يرجع ميراثا على أهله الإرشاد إلى بطلان الوقف المزبور و الا فلو كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٣

.....

الوقف تاما لما عاد المال إلى أهله ميراثا و حمله على ما إذا تحقق احتياج واقفه و عود المال إليه ثم موته كما عن السيد اليزدي (ره) كما ترى فإنه لم يستفصل الامام (ع) بطر و الحاجة عليه و عدمه بل حكم بكون المال ميراثا و التعبير بالرجوع مع بطلان الوقف من الابتداء بلحاظ نظر الواقف حيث كان يرى انعقاد الوقف.

و مما ذكرنا يظهر فساد ما افاده (ره) من الحكم بصحة الشرط المزبور أخذا بقوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و ان مرجع الاشتراط المزبور وقف المال ما دام كونه غنيا فيكون الوقف مع الشرط المزبور من الوقف المنقطع حيث لا فرق في الوقف المنقطع بين كون انقطاعه لاعتبار وصف في الموقوف عليهم بان يقف المال عليهم ما دام كونهم عدولا و بين اعتبار وصف في الواقف.

أقول الوارد في السؤال ان احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به يعم ما إذا كان المراد عود الوقف إلى الملك و انتهائه عند طرو حاجته إليه و ما إذا كان المراد سلطانه على المال بالتصرف فيه بيعه لنفسه أو صرف غلته لنفسه كسائر الملاك و مقتضى إطلاق الجواب بطلان الوقف في جميع ذلك و بهذا يرفع اليد عن عموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لكن يمكن المناقشة في ذلك ان المفروض في الرواية عنوان الصدقة و الوقف بقصد التقرب فالتعدى إلى الوقف المجرد لا يخلو عن الاشكال لاحتمال ان يكون هذا الحكم باعتبار كون الوقف لله.

نعم في المروى عن دعائم الإسلام من أوقف أرضا ثم قال ان احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث و دلالة على كون ذلك من حكم مطلق الوقف ظاهر و لكن في جواز الاعتماد عليه مع ضعف السند تأمل.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٤

[بيع الرهن]

و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا (١)

(١) لا يجوز للراهن بيع الرهن استقلالاً أي بلا- اذن المرتهن على المعروف بينهم بل عن الخلاف و غيره الإجماع عليه و يستدل على ذلك بالأخبار المشار إليها في خلاف الشيخ (ره) و بما رواه في المختلف عن النبي (ص) مرسلان الراهن و المرتهن كلاهما ممنوعان عن التصرف و ضعف السند منجر بفتاوى الأصحاب و اتفاقهم.

أقول الظاهر ان المراد الشيخ (ره) من الإجماع في خلافه الأعم من الاتفاق على حكم المسألة أو على القاعدة التي يكون تطبيقها على المسألة و استفادة حكمها منها مبتنيا على الاجتهاد منه (ره) و هذا بقريته دعواه الإجماع في المسائل المختلف فيها بين الأصحاب بل المراد من الاخبار في ذلك الكتاب أيضا ذلك لا خصوص ورود الخبر في حكم المسألة و على ذلك فيمكن ان يكون اعتماده (ره) في منع الراهن عن بيع الرهن على زعمه بان عدم الجواز في موارد تعلق حق الغير بالمال مورد التسالم مع ورود الرواية في بعضها و المقام من تلك الموارد و يؤيد ذلك أنه لو كان في خصوص المسألة أخبار لنقلها في تهذيبه و استبصاره لوضعها لنقل الاخبار.

و مما ذكرنا يظهر الحال في المرسل المذكور في المختلف و انه لا سبيل لنا إلى إحراز أنه المستند لمنع المشهور عن بيع الراهن فإنه يحتمل ان يكون استنادهم إلى القاعدة التي أشرنا إليها فلا مجال لدعوى انجبار ضعف المرسل بالاستناد إليها.

و الحاصل أنه لا يجوز للراهن التصرف بما ينافي عقد الرهن كما هو مقتضى وجوب الوفاء بعقده و اما ما لا ينافي عقد الرهن فيجوز باعتبار عدم ثبوت المنع عنه بل في صحيحه محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) في رجل رهن و جاريته قوماً أ يحل له

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٥

و هو الأقوى للعمومات (١)

ان يطأها قال فقال إن الذين ارتهنوها يحولون بينه و بينها قلت أ رأيت ان قدر عليها خاليا قال نعم لا أرى به بأسا و في صحيحه الحلبي قال سألت أبا عبد الله (ع) الى ان قال نعم لا أرى هذا عليه حراما و الكلام في أن بيع الراهن الرهن بلا اذن المرتهن تصرف ينافي عقد الرهن أم لا- و الأظهر عدم منافاته للرهن فيلتزم بصحة بيعه و عدم وقوفه على شيء من اجازة المرتهن أو غيرها و تعلق حق المرتهن بالعين لا- ينافي نفوذ البيع حيث يبقى حقه في العين المنتقلة إلى المشتري غاية الأمر لو كان المشتري عالما بحال المبيع و أنه رهن و مع ذلك أقدم على شرائها فلا يثبت له خيار الفسخ و يثبت مع جهله لأن تعلق الرهن بالمبيع نقص فيه.

و ان شئت توضيح ذلك فلا حظ المسألة الاثنية يعني بيع العبد الجاني فإنه يلتزم بصحة بيعه مع تعلق حق الجناية به و يقال ان تعلقه به لا- يوجب خروجه عن ملك مولاه فيجوز بيعه و يعمه أحل الله البيع مع تعلق الجناية به حتى بعد انتقاله الى ملك المشتري مع ثبوت خيار الفسخ له مع جهله بحاله لنقصه باعتبار كونه معرضا للاسترقاق أو القصاص الموجب لذهابه على المشتري و في المقام أيضا لو امتنع المديون عن أداء دينه فللمرتهن استيفائه من الرهن و يكون ذهاب المال من المشتري كما لا يخفى.

(١) بناء على تعلق النهي ببيع الرهن كما إذا اعتمدنا على مرسله المختلف أو ما في الخلاف فهل يكون بيعه موقوفا على اجازة المرتهن أو يكون كبيع الوقف و أم الولد في وقوعه باطلا ذكر (ره) بما حاصله ان الأظهر هو الأول كما هو مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد و إطلاق دليل حل البيع فان المانع عن شمولهما و هو حق المرتهن في العين يسقط بإجازته و يدل عليه أيضا ما ورد في نكاح العبد بلا اذن سيده

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٦

أن التصرف المنهي عنه ان كان انتفاعا (١)

فان ظاهره كما مر في بيع الفضولي أن كل عقد يكون النهي عنه باعتبار رعاية حق الآخر يرتفع عنه النهي و يتم ذلك العقد بسقوط ذلك الحق و رضا صاحبه به بخلاف ما إذا كان النهي عنه لمنع الشارع عنه وضعا بالأصل فإنه لا يصح و لا يلحق به رضا الله و

إمضائه.

بل يمكن الاستفادة لزوم عقد الرهن بإجازة المرتهن من فحوى صحة بيع الفضولى بلحوق رضا المالك به و الوجه فى الفحوى نقص بيع الفضولى من جهة عدم استناده الى المالك و عدم رضاه به بخلاف المقام حيث أن النقص فيه من جهة عدم رضا المرتهن فقط و إذا كانت الإجازة فى البيع فضولا مصححة للجهتين فتصححها الجهة الواحدة أولى.

نعم ربما يناقش فى الفحوى على ما عن التذكرة بأن كل من أبطل بيع الفضولى و لم ير تمامه بالإجازة أبطل بيع الرهن و لم ير تمامه بإجازة المرتهن فان ظاهر ذلك عدم الفرق بين بيع الفضولى و بيع الرهن فلا يكون الثانى أولى بالصحة بالإجازة.

و لكن لا يخفى ما فيه كما لا يخفى ما فيما ذكره بعض المعاصرين من بطلان بيع الرهن و عدم تمامه بإجازة المرتهن باعتبار ان ظاهر النهى عن معاملة فسادها كالنهي عن بيع الوقف و أم الولد بخلاف ما إذا كان النهى عنه لكون المنهى عنه عنوانا ينطبق على المعاملة أحيانا و يعبر عن ذلك بالنهي عن المعاملة بعنوان خارج عنها فان هذا النهى لا يقتضى فسادها.

(١) قد ذكرنا سابقا ان الأفعال الخارجية المتعلقة بمال الغير المحكومة بالحرمة عند صدورهما لا تخرج الى الحلال بالإجازة لأن تلك الأفعال قد انتهت أمرها إما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٧

ربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض (١)

بالوجود فلا يمكن تركها أو الى الترك فلا يمكن فعلها فلا يتعلق الحكم التكليفى بها بعد انتهاء زمانها و لذا يحكم ببطلان الوضوء و الاغتسال بماء الغير حتى مع رضا مالكة فيما بعد فان بطلانها باعتبار حرمتها حين صدورهما و لا يكون انقلاب فى الحرمة نعم ما يتعلق بمال الغير من الأفعال الاعتبارية التى لها أحكام و ضعية كالعقود فيمكن تمام تلك الأفعال بالإجازة.

و قد فصل القائل المزبور فيها بأنها فيما كانت صادرة عن المالك لا تكون موقوفة لأن المعاملة الصادرة عن المالك أصالة لا نيابة و لو تعلق بها نهى تكون فاسدة و الا صحت فعلا بخلاف الاعتبارات الصادرة عن غير المالك فإنها لو وقعت على وجه الظلم و العدوان على المالك بحيث تكون محرمة فلا- تصح بلحوق الإجازة كبيع الغاصب بخلاف ما إذا وقعت على وجه النيابة عن المالك فإنه لا يتعلق بها فى الفرض نهى لتكون فاسده و هذا القسم يكون تماما بلحوق الإجازة و مما ذكر يظهر التفصيل فى بيع المرتهن الرهن بلا اذن الرهن بخلاف بيع الرهن بلا- اذن المرتهن فإن الثانى يكون فاسدا لحق به الإجازة أم لا بخلاف الأول فإنها تصح بالإجازة لو صدرت على وجه النيابة.

(١) يعنى ربما يقال بصحة بيع المالك بلحوق إجازة ذى الحق فيما كان نهى المالك عن بيع ماله لرعاية مصلحة الآخر كنهى المشتري عن بيع الحصة التى اشتراها فان الحجر عليه من بيع تلك الحصة لرعاية مصلحة الشريك الآخر ليمكن من الأخذ بالشفعة و فى هذا القسم يقال بصحة بيع المشتري المزبور فيما اجازته الشريك الشفيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٨

و منع اقتضاء مطلق النهى لا لأمر خارج للفساد (١)

أقول و على ذلك يكون بيع الرهن أيضا كذلك فان الحجر على الرهن باعتبار رعاية مصلحة المرتهن و المراد ب (هنا) فى قوله فالقول بالبطلان هنا هو الأقوى هو بيع الرهن فتدبر.

(١) النهى عن معاملة ظاهره الإرشاد إلى فسادها يعنى عدم إمضاء الشارع لها و صرفه الى التكليف يحتاج الى قيام قرينة و مع قيام القرينة على كونه تكليفا فلا ملازمة بين المنع عن معاملة بمعناها المصدرى و ثبوت أثرها على تقدير إنشائها و لذا لا يقتضى النهى عن

معاملة فسادها حيث ان النهى عنها كما ذكر كون صدورها مبغوضا و اما ترتب الأثر عليها بعد صدورها أخذها بعموم أو فوا بالعقود و إطلاق دليل حل البيع بمعنى إمضائها فلا ينافى النهى المزبور و هذا حال النهى عن معاملة بعنوانها.

و اما إذا كان النهى عنها بعنوان آخر منطبق عليها فان كان ذلك العنوان منطبقا على المعاملة بمعناها المصدرى فهو لا يزيد عن النهى عنها بعنوانها و إذا كان العنوان المزبور منطبقا على المعنى الاسم المصدرى و الوفاء به كما إذا انطبق عنوان تقوية الكفر و تضعيف الحق و أهل الايمان أو ثبوت السبيل للكافر على المسلم على بيع العبد المسلم منه و الوفاء بها فالظاهر عدم صحة تلك المعاملة و ذلك فان كون المعنى الاسم المصدرى مبغوضا مقتضاه عدم إمضاء الشارع له حيث ان إمضائه الملك المزبور تقوية للكفر و جعل سبيل للكافر على المسلم.

و بتعبير آخر لا يمكن الأمر بالوفاء بتلك المعاملة المقتضى للقبض و الإقباض مع النهى عن تقوية الكفر و ترويح الباطل و جعل الكافر عاليا على المسلم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٦٩

و قد يتخيل وجه آخر (١)

(١) و حاصله ان اجازة المرتهن كاشفة عن دخول العين فى ملك المشتري من زمان بيع الراهن فيلزم ان يكون ملك غير المديون يعنى المشتري رهنا و بتعبير آخر اجازة المرتهن فى المقام نظير اجازة البائع فى مسألة من باع شيئا ثم ملك ثم أجاز فى عدم إمكان وقوع الاجازة كاشفة و وقوعها بغير نحو الكشف غير صحيح و وجه عدم الإمكان فى تلك المسألة أنها لو كانت كاشفة عن انتقال المبيع إلى المشتري من حين بيع البائع لزم كون المبيع ملكا للمشتري بمقتضى اجازة البائع و ملكا لملكه الاولى ليصح تملك البائع منه بعد بيعه كما يلزم فى المقام كونه ملكا للمشتري ببيع الراهن و كونه رهنا ليصح للمرتهن اجازته. و الجواب ان اجازة المرتهن كما تكون كاشفة عن انتقال المبيع إلى المشتري من زمان البيع كذلك تكون كاشفة عن تمام الرهن من ذلك الزمان فلا محذور.

و الحاصل ان المحذور فى مسألة من باع شيئا ثم ملك فأجاز لا يجرى فى اجازة المرتهن نعم يجرى مثل المحذور فى مسألة افتكاك الرهن بعد بيع الراهن فيلزم كون ما هو ملك المشتري رهنا بحسب الواقع على دين الغير إلى زمان افتكاكه فيبيع الراهن قبل افتكاك الرهن أو إبراء المرتهن أو إسقاط حقه يشبه مسألة من باع شيئا ثم ملك و على الجملة فرق بين اجازة المرتهن و فك الرهن أو الإبراء فإنه و ان يسقط حق الرهانة بكل منها الا أن مبدء السقوط فى الاجازة من حين بيع الراهن و لذا يدخل البيع المزبور فى دليل حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد و لكن مبدء انتهاء الرهن فى الفك أو الإبراء زمانهما لا حال البيع و لذا يكون دخول البيع المزبور فى إطلاق دليل حل البيع و أو فوا بالعقود مبنيا على جواز التمسك بالعام بعد خروج فرد منه و على تقدير الدخول يكون مقتضاه النقل كما أتى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٠

و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد (١) و لكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور (٢)

(١) و حاصله أنه لا- دليل فى البين على تمام بيع الراهن و لزومه بفك الرهن أو إبراء المرتهن أو إسقاطه حقه و ذلك فان بيع الراهن حال حصوله كان خارجا عن عموم وجوب الوفاء بالعقد و عن إطلاق حل البيع و بعد انقضاء الرهن بما ذكر لا يمكن التمسك بهما لما تقرر فى محله من عدم جواز التمسك بالعام أو المطلق فيما إذا خرج فرد عنهما فى زمان و شك فى حكم ذلك الفرد بعد ذلك إلا إذا كان للعام أو المطلق عموم أو إطلاق زمانى بأن يجب الوفاء فى كل زمان بوجود مستقل و لكن الثابت وجوب واحد مستمر و الحلية الثابتة حكم وضعى لا تكليفى فضلا عن كونها زمانية.

والحاصل يكون المقام من موارد حكم الخاص يعنى استصحاب عدم لزوم البيع المزبور و عدم إمضائه و بقاء الرهن على ملك الراهن بل ما ورد فى نكاح العبد من عدم تمامه بمجرد عتقه فيما إذا كان نكاحه بغير اذن سيده ظاهره ان خروج نكاحه عن عموم وجوب الوفاء بالنكاح حال حدوثه كاف فى الحكم بعدم تمامه بالعتق و لا فرق بين النكاح المزبور و بيع الراهن من هذه الجهة.

(٢) المراد بالاحتمال هو احتمال بطلان بيع الراهن و عدم تمامه بفك الرهن أو الإبراء و إسقاط المرتهن حقه و وجه ضعفه انه لا مجال لاستصحاب عدم تمام بيع الراهن بعد حصول أحدها فإن عدم تمامه باعتبار تراحم حق المرتهن مع وجوب الوفاء ببيع الراهن و الترجيح لحق المرتهن لكونه أسبق و إذ سقط الحق المزبور بقى وجوب الوفاء بالبيع بلا- مزاحم فالمقام من مورد التمسك بعموم وجوب الوفاء بالعقد.

و بهذا يظهر الفرق بين تمام البيع بعد انقضاء الرهن و بين نكاح العبد بلا اذن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧١

و محصله مقتضى القاعدة النقل (١) و من أجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا (٢)

مولاه حيث لا يصح الثانى بعته بعد النكاح حيث ان نكاح العبد كان خارجا عن عموم وجوب الوفاء بالعقد لقصور المقتضى حيث ان العبد لقصوره لا يستقل فى نكاحه و عدم تمام بيع الراهن كان لوجود المزاحم لا لقصور البائع.

أقول لا- فرق بين الأمرين و التعبير بان خروج نكاح العبد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد لقصور المقتضى أى لقصور نكاحه و عدم استقلال العبد فى عقوده و إيقاعاته بلا منافاة بين كونه زوجا و كونه عبدا بخلاف خروج بين الراهن فإنه ليس لقصور عقده بل لكون بيعه منافيا لكون ماله رهنا لا- يخفى ما فيه فإنه إذا فرض ان رسول الله (ص) قد منع عن بيع الراهن و بذلك خرج البيع المزبور عن عموم وجوب الوفاء بالعقد يكون التمسك به بعد انتهاء الرهن بالفك أو الإبراء من التمسك بالعام الدال على الحكم الاستمرارى بعد خروج فرد منه فى زمان كما أنه قد خرج نكاح العبد عن العموم المزبور بما دل على اعتبار اذن المولى فى نكاح عبده فالتعبير عن أحدهما بالمانع و عن الآخر بعدم تمام المقتضى مجرد تعبير و الا فالموضوع لوجوب الوفاء بعد ورود التخصيص عليه العقد الذى لا يكون من الراهن بلا إذن مرتنه و النكاح الذى لا يكون من عبد بلا اذن مولاه فتدبر.

(١) قد تقدم فى بحث الفضولى ان مقتضى القاعدة الكشف الحكيمى لا النقل المعروف.

(٢) أى و من أجل كون الإجازة فى المقام من قبيل رفع المانع جوز و أعتق الرهن مع لحوق اجازة المرتهن به مع انهم ذكروا بعدم جريان الفضولية فى الإيقاعات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٢

ثم ان لازم الكشف كما عرفت (١)

[الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم]

الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم (٢)

فيعلم بذلك ان عدم جريانها يختص بمراد تكون الفضولية فيها باعتبار قصور المقتضى و لذا جواز العلامة عفو الراهن عن الجنائية على عبده المرهون مشروطا بفك الرهن فى المستقبل فلا مجال لتوجيه عتق الراهن بلحوق أجازته بكون بناء العتق على التغليب.

(١) لا يخفى ان تمام العقد يكون بالإيجاب و القبول و بإجازة المرتهن على الفرض و قبل ذلك لا يكون فى البين وجوب للوفاء على ما تقدم و لو فرض القول بان وجوب الوفاء انحلالى يثبت للأصيل قبل تمام العقد فالوفاء به عبارة عن عدم نقضه بإبطال إنشائه لا

وجوب تكميل العقد و إتمامه و لو بدفع حقوق الغير أو طلب الاسقاط من ذى الحق و لذا لا يجب على من باع مال الغير شراء ذلك المال من المالك ليدفعه إلى المشتري بناء على القول بالصحة فى مسألة من باع شيئاً ثم ملك.

(٢) يعنى من شروط العوضين كون تسليمهما مقدورا نظير ما يذكر فى ناحية كون مقدارهما معلوما ثم انه قد لا يكون الشيء مع عدم التمكن على تسليمه مالا و لا يقع مورد رغبة لبيد له مال و هذا لا إشكال فى عدم جواز بيعه و لو ان الشيء بعدم القدرة عليه لا يخرج عن ملك الشخص كما إذا طار الطائر الذى لا يرجى عوده أو وقعت السمكة التى اصطادها فى البحر ثانيا فإنه لو رجع الطائر اتفاقا أو وقع بيد الآخر أو اخرج السمك عن الماء كذلك كان ملكه و لا يجوز للآخر تملكهما بلا رضاه فعدم أواخر السمك عن الماء كذلك كان ملكه و لا يجوز للآخر تملكهما بلا رضاه فعدم جواز بيعهما لعدم كونهما من الأموال و فى صحيحة البزنطى قال سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن الرجل يصيد الطير الذى يسوى الدراهم كثيرة و هو مستوى الجناحين و هو إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٣

.....

يعرف صاحبه أ يحل له إمساكه فقال إذا عرف صاحبه رده عليه و ان لم يكن يعرفه و ملك جناحه فهو له و ان جائك طالب لا تتهمه رده عليه فان ظاهرها عدم خروج الشيء بعدم القدرة عليه عن كونه ملكا كما لا يخفى.

و الحاصل ان الكلام فى المسألة فيما إذا لم يخرج الشيء مع عدم القدرة على تسليمه عن كونه مالا لوجود المنفعة المقصودة فيه حتى مع عدم التمكن عليه كما فى العبد الآبق حيث يمكن عتقه فى كفارة أو غيرها و هذا منفعة مقصودة أو كونه مالا لاحتمال الظفر به كما فى غالب الأشياء حيث أنها لا- تخرج عن المالية رأسا مع احتمال الظفر بها كما ان ما لا يكون من غير المقدور ملكا للبائع كالسموك فى البحار خارج عن البحث فى المقام فان عدم جواز بيعها باعتبار عدم ملكها للبائع لا على عدم تمكنه على تسليمها و لذا لو كان متمكنا على تسليمها و لو بالاصطياد بعد البيع لم يصح بيعها.

و بتعبير آخر الكلام فى المقام فى اعتبار القدرة على التسليم بعد الفراغ عن تمام البيع من سائر الجهات.

ثم أنه ذكر النائينى (ره) ان الشيء مع عدم التمكن على تسليمه يخرج عن كونه مالا و هذا هو الوجه فى ذكر القدرة على التسليم فى شرائط العوضين لا فى شرائط المتبايعين و قال يذكر فى كلمات الفقهاء بطلان البيع مع عدم القدرة على التسليم و يذكر فيها ايضا ان تعذر التسليم يوجب الخيار للطرف الآخر و الفرق ان فى مورد التعذر لا يتمكن البائع على تسليمه و لكن يتمكن المشتري على الظفر به و فى هذه الصورة يصح البيع و لكن يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ و كذا فيما إذا تساهل البائع فى تسليم المبيع إلى المشتري حتى تعذر تسليمه فان هذا يوجب الخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٤

.....

أقول لو صح ما ذكره أولا من خروج الشيء بعدم القدرة عليه عن كونه مالا لزم الحكم بفساد البيع فيما إذا تساهل فى التسليم حتى إذا تعذر بطريان تعذر التسليم فيكون مالىة المبيع متلفا قبل التسليم نظير انقلاب الخل الى الخمر قبل تسليم إلى المشتري أو تعيب المبيع بعيب يخرج معه عن كونه مالا.

و دعوى ان التلف قبل القبض يختص بموارد التلف الحقيقى يدفعها ملاحظة مسألة انقلاب الخل خمرا و تعيب المبيع بعيب موجب لخروجه عن المالىة قبل تسليمه الى المشتري و الصحيح ان مسألة تعذر التسليم الموجب للخيار ما إذا أحرز التمكن عليه و لكن لا يحصل هذا التمكن فى الزمان المعين مع استحقاق المشتري المطالبة فيه كما فى بيع السلم و يفرض ذلك فى بيع الأعيان الشخصية

كما إذا أحرز فيها التمكّن على التسليم و لكن لم يقع هذا التمكّن في زمان استحقاق المشتري التسليم نظير الأموال المستوردة من الخارج التي تباع قبل وصولها إلى يد بائعها وربما يتأخر وصولها بحيث لا يتمكن بائعها على تسليمها في الزمان المقرر للتسليم و هذا لا- يوجب بطلان البيع و لا- يكشف عن بطلانه بل يثبت للمشتري خيار الفسخ لأن مرجع ذلك إلى التخلف في شرط القبض كما لا يخفى.

ثم انه يستدل على اعتبار القدرة برواية النهي عن بيع الغرر حيث يصدق عنوان بيع الغرر على بيع ما لا يتمكن فيه على التسليم و التسلم كما يشهد بذلك ما في كلمات اللغويين و الفقهاء من التمثيل لبيع الغرر ببيع الطير في الهواء و السمك في البحر. و بتعبير آخر المعنى الظاهر للغرر و لو قلنا بعدم إحرازه تفصيلا الا ان صدقه على موارد عدم التمكّن على تسليم الشيء و تسلمه محرز كما هو مقتضى التمثيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٥

.....

المزبور كما يصدق عليه في الجملة المنقول عن أمير المؤمنين (ع) ان الغرر عمل ما لا- يؤمن معه من الضرر و لا- يبعد ان يكون المنقول عن الصحاح و هو كون الغرر بمعنى الخطر يساوق النقل المزبور حيث ان الخطر هو الاشراف و العرضة للتلف سواء كان المتلف مالا أو نفسا و هذا ظاهر القاموس ايضا حيث ذكر غرر بنفسه تغريرا أو تغره أشرفها على الهلكة و الاسم الغرر محرّك و عن النهاية ان بيع الغرر ما كان له ظاهر يغرر المشتري و باطل مجهول يعني ما كان له ظاهر يدعو إلى شرائه مع الجهل بباطنه و عن الأزهري بيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة أي لا يكون بايعه متعهدا به و كأنه يعم عدم العهدة بتسليمه إلى المشتري و لا يكون ثقة بحصوله و وصوله إلى يد مشتريه.

و ذكر المصنف (ره) و بالجملة فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر و لعل استفاد ذلك بان كون الشيء عرضة للتلف و الضرر يكون بالجهل بالحال سواء كان الجهل متعلقا بأصل وجود المبيع أو بأوصافه كما و كيفا أو بحصوله بيد المشتري. و لكن قد يقال ان الغرر يختص بموارد الجهل بصفات المبيع و مقداره و لا يعم موارد الجهل بحصوله له بيد المشتري و الا لكان بيع كل مبيع غائب غرريا خصوصا إذا كان المبيع حال بيعه في الطريق البحري لاحتمال غرق السفينة و ضياع المال و في بيع الثمار و الزرع حيث يحتمل تلفهما بالآفة عدم وصولهما بيد المشتري.

و بتعبير آخر لا خطر في بيع المجهول حاله بالإضافة إلى التسليم و التسلم خصوصا بعد جبر ذلك بالخيار على تقدير اتفاق التعذر و أجاب (ره) عن ذلك بان الخطر من حيث الجهل بحصول المبيع بيد المشتري و عدمه أعظم من الجهل بصفات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٦

و لو اشترط ان يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل (١)

المبيع حيث في الثاني يعلم بحصول المبيع بيد المشتري و لو مع عدم العلم بخصوصياته و في الأول لا يعلم حتى بحصول شيء بيد المشتري لاحتمال ذهاب مال المشتري من غير ان يحصل له عوضه.

و المتحصل انه لا مجال لدعوى اختصاص الغرر بالجهل بالصفات و المقدار بشهادة التمثيل للغرر ببيع السمك في الماء و الطير في الهوى و دعوى ان التمثيل بهما باعتبار الجهل بصفات المبيع يدفعها ملاحظة كلمات الفقهاء و تمثيلهم بها للعجز عن التسليم أضف إلى ذلك شهرة الاستدلال على اعتبار القدرة على التسليم في كلمات العامة و الخاصة بالنبوي المزبور.

و عن الشهيد (ره) في قواعده ان الغرر شرعا هو الجهل بالحصول و بيع مجهول الصفة لا يكون غررا و ان النسبة بين الجهل بالصفة و

الجهل بالحصول العموم من وجه يجتمعان في عبد آبق لا- يعلم وصفه و يفترقان في المكيل و الموزون إذا لم يعتبر ليعلم الكيل أو الوزن فان ذلك بيع مجهول و لا- يكون غررا و في عبد آبق معلوم الصفة حيث يكون بيعه غررا من غير كونه بيعا مجهولا- و المراد بالجنس في قوله (و يتعلق الجهل و الغرر تارة بالوجود.) هو الحقيقة كحب لا يدري انه حنطة أو شعير و بالنوع وصف الحقيقة كعبد لا يدري انه زنجى أو رومى كبير أو صغير الى غير ذلك كما ان مراده بالغرر هو الجهل لا معناه الشرعى الذى ذكره أولا.

(١) مراده ان بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مع اشتراط ان يبدو صلاحها مستقبلا غرر عند الكل و نظيره في الغرر بيع الزرع على ان يصير سنبلا ثم ذكر ان الغرر أى الجهالة قد تكون في المبيع بالإضافة إلى جهاته التى لها مدخل ظاهر في ماليته كمقداره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٧

حيث ذكر في مسألة تعيين الأثمان (١) و لعله كان على وجه خاص (٢) و لكن هذا الفرد يكفى (٣)

و أوصافه فهذه الجهالة توجب بطلان البيع إجماعا و قد تكون بالإضافة إلى الجهات التى تسامح فيها عادة لقله دخلها في ماليته كأس الجدار و قطن باطن الجبة و عدم العلم بأنه من قسم الجيد أو غيره فإن الجهالة في مثل ذلك لا يضر بصحة البيع و قد يردد الجهة في أنها من الجهة الظاهرة الموجب الجهل بها بطلان المعاملة أو أنها من الجهة التى يتسامح فيها و في كون الجهالة مع تردد الجهة موجبة للبطلان أم لا خلاف كالجزاف في أوصاف العين المستأجرة أو في رأس المال في المضاربة و كالجهالة في الثمرة المباعه قبل بدو صلاحها بلا اشتراط صلاحها و بيع الآبق بلا ضميمه.

(١) كأنه يستفاد من كلامه في شرح الإرشاد معنى آخر للغرر و قد ذكر ذلك المعنى في مسألة جواز كون الثمن في البيع شخصيا حيث منعه العامة بدعوى ان البيع مع كون الثمن شخصيا غررى لإمكان ظهور تلفه أو كونه مستحقا للغير فيبطل البيع حيث منع عن كون البيع مع الثمن الشخصى غرريا فان الغرر هو الاحتمال المجتنب عنه في العرف بحيث يوبخ على عدم اجتنابه و يرد على ذلك ما ذكره في المتن من ان شراء المردد بين الذهب و الفضة بقيمة الفضة لا- يكون غرريا كما يرد على استدلال العامة في مسألة تعيين الأثمان أنه لو صح ما ذكر لما جاز كون المبيع ايضا شخصيا.

(٢) بان كان نبد الحصاة أو الثوب معينا للمبيع كما إذا جرى المبيع على مبهم بشرط تعيينه بعده بالنبد.

(٣) مجرد كون بيع سفهيا لا يوجب بطلانه و ليس كونه عقلايا من شرائطه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٨

منها ما اشتهر عن النبى (ص) من قوله لا تبع ما ليس عندك (١)

بعد حصول تملك عين بعوض و كون كل من العين و عوضه مالا نعم بيع السفه باعترار الحجر عليه في أمواله محكوم بالبطلان و اما كون أكل المال في مقابله باطلا فلا يعم بل يختص بما إذا لم يكن المبيع مع عدم التمكن عليه مالا بأن لم يكن من قبيل العبد الآبق. و دعوى ان مثل العبد ايضا مع عدم التمكن عليه يخرج عن كونه مالا و ان بقى على ملك مالكه لا يمكن المساعدة عليها و لذا ذكروا جواز بيع العبد الآبق بلا- ضميمه ممن ينعق عليه نعم مع عدم المالىة له يكون أكل العوض في مقابله باطلا و ان لم يخرج مع عدم التمكن عن الملكية و لذا لو اتفق عوده يكون لمالكه كما لا يخفى.

(١) و تقريب الاستدلال بهذا النبوى المروى من طرق أصحابنا أيضا هو انه ليس المراد به بيع خصوص ما لا يملكه البائع و الا لكان الأنسب ترك الكناية و الإتيان باللام الظاهرة في الملك بان كان التعبير كذا لا تبع ما ليس لك و ايضا ليس المراد خصوص ما لا يتمكن على تسليمه الى المشتري مع كونه ملكا لبائعه فإن هذا ينافى استدلال الفقهاء على حكم من باع شيئا ثم ملكه حيث ان المفروض في تلك المسألة التمكن على الإقباض في زمان استحقاق التسلم خصوصا فيما إذا كان البائع فيها و كيلا في بيعه و لو عن

نفسه بان يبيع المال من شخص آخر أو من نفسه.

و الحاصل ان المراد بقوله ما ليس عنده ما لا يكون لبائعه سلطنة تامة سواء كان عدمها من جهة عدم الملك أو من جهة عدم تمكنه على التسليم و الإقباض و هذه السلطنة التامة من شرائط البيع.

لا يقال على ذلك فلا يصح بيع الفضولي فإنه يقال ما دل على صحته يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٧٩

.....

مخصصا لهذا النبوي أو يقال ان النهي عن البيع المزبور إرشاد الى عدم وقوعه لبائعه فلا ينافي وقوعه لمالكة مع إجازته فإنه عند استناد البيع الى المالك بإجازته لا يكون بيعه داخلا في المنهى عنه.

لا يقال لا يمكن الاستدلال في المسألة بالنبوي المزبور لان المراد منه هو بيع عين خارجية لا يملكها ثم تملكها بالاشتراف أو غيره عن مالكةا و تسليمها إلى المشتري الأول فإنه يقال لا قرينة في البين على اختصاص المراد به و في حديث المناهي قال و نهى عن بيع و سلف و نهى عن بيعين في بيع و نهى عن بيع ما ليس عندك و وروده جوابا لحكيم بن حزام و قد سئل عن بيع الشيء قبل تملكه على ما رواه العامة لا يوجب تخصيصا في عمومه.

لا يقال عموم الجواب باعتبار ان الجواب لا يختص بالحكيم بن حزام بل يعم كل من كان من قبيله بان باع مال الغير ثم تملكه و دفعه الى مشتريه على ما هو شأن الدلال.

و اما عمومه بالإضافة إلى بيع ملكه مع عدم قدرته على تسليمه فلا يكون شأن الدلال.

فإنه يقال لو سلم كون الحكيم بن الحزام دلالا كان يبيع مال الغير لنفسه أو لغيره الا انه لا مانع من توجيه خطاب اليه تتضمن الكبرى الكلية المتضمنة للحكم في بيع مال الغير لنفسه و الحكم في بيع ماله مع عدم التمكن على تسليمه أضف الى ذلك ورود النهي في مناهي رسول الله (ص) مستقلا من غير سبق سؤال.

نعم ناقش المصنف (ره) في الاستدلال المزبور بان مفاد النبوي بل حديث النهي عن بيع الغرر عدم تمام البيع مع عدم السلطنة التامة لبائعه فلا ينافي وقوعه مراعى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٠

.....

بحصول تلك السلطنة فلو حصلت في زمان لا يفوت مع التسليم فيه الانتفاع المعتد به من المبيع كفى.

و دعوى ان النهي عن بيع ما ليس عنده كالنهي عن بيع الغرر ظاهر في فساده رأسا يدفعها بان الأمر في المقام دائر بين حمل النهي على الإرشاد إلى الفساد المحض بتخصيص النهي المزبور في بيع الراهن الذي يتم بلحوق اجازة المرتهن و في بيع ما يملكه البائع بعد بيعه كما إذا باع الوارث عن مورثه ما يملكه بموته فإنه إذا أجاز الوارث ذلك البيع بعد موته تم البيع على أحد الأقوال و كذا بيع المولى عبده الجاني عمدا حيث لا سلطنة تامة لبائعه باعتبار كونه معرضا للقصاص أو الاسترقاق و مثله بيع المالك المحجور سواء كان الحجر عليه لكونه رقا أو سفيها أو مفلسا حيث يتم البيع بإجازة المولى أو الولي أو الغرماء و بين حمل النهي عن بيع ما ليس عنده على عدم تمام البيع مع عدم السلطنة التامة و كونه مرعى و لا ترجيح للأول على الثاني.

أقول يتعين في المقام الالتزام بالأول و إلا لزم القول بعدم تعيين تخصيص العموم فيما إذا دار الأمر بين تخصيصه أو حمل الحكم في العام على ما لا- ينافي العموم مثلا إذا ورد في خطاب أكرم العلماء و في خطاب آخر عدم وجوب إكرام زيد و عمرو و خالد و دار

الأمر بين تخصيص العام و الالتزام بالوجوب في باقى الافراد أو حمل الأمر في العام على الاستحباب و الأخذ بعمومه فإنه يتعين ترجيح التخصيص بلا كلام هذا أولا.

و ثانيا ان مفاد حديث النهى عن بيع الغرر غير مفاد النهى عن بيع ما ليس عنده فان مفاد الثانى اعتبار القدرة على التسليم فى ظرف لزوم الوفاء بالبيع و لا يعتبر تحققها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨١

و منها ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا (١).

حال البيع نعم لا- بد من إحرازها بوجه معتبر حال البيع لئلا ينطبق على البيع عنوان بيع الغرر و دعوى كفاية انتفاء الغرر بعد البيع لا يمكن المساعدة عليها فان ظاهر النبوى اعتبار عدم كون البيع فى تحققه غرريا و لذا لا يصح البيع بمعلومية مساحة المبيع و عدده بعد البيع.

و مما ذكر يظهر انه لو أحرز وصول المبيع بيد المشتري و لو مع عدم تمكن البائع على التسليم كفى فى انتفاء الغرر و اعتبار التمكن على التسليم كما يأتى لوصول المبيع بيد المشتري لا لخصوصية فى تسليم البائع.

ثم انه فى الاعتماد فى اعتبار التمكن على التسليم أو التسلم على حديث النهى عن بيع الغرر اشكال لضعف الرواية سنداً بل دلالة فإن الجهل بوصول المبيع بيد المشتري لا- يوجب صدق الغرر على نفس البيع الذى فى حقيقته تملك عين بعوض و الأصحاب فى حكمهم فى اعتبار القدرة لعلهم اعتمدوا على ما ورد فى بيع مثل العبد الأبق بلا ضميمه و مما ورد فى بطلان البيع بالتلف قبل القبض و غير ذلك فلا مجال لدعوى انجبار ضعفه سنداً بل دلالة بعملهم كما لا يخفى.

(١) و توضيحه ان كل تكليف و منه وجوب تسليم المبيع إلى المشتري مشروط بالتمكن على متعلقه و لو بنحو الشرط المتأخر و على ذلك فان كانت القدرة على التسليم متحققه فى المعامله تصح مع تحققها فعلا التكليف الفعلى بالتسليم بخلاف ما إذا احتمل حصولها مستقبلا فإنه لا يصح التكليف الفعلى به و انما يصح إيجابه بنحو الاشتراط و التعليق بحصوله مستقبلا و بما أن المستفاد من خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ترتب التكليف الفعلى بتسليم العوضين على العقد فيستكشف من ترتبه عليه اعتبار تحقق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٢

.....

القدرة على التسليم فى صحته.

و الجواب عن هذا الاستدلال ظاهر فإنه لا يستفاد من وجوب الوفاء بالعقد ترتب وجوب التسليم فعلا بل يترتب عليه مطلق وجوب التسليم سواء كان فعليا أو مشروطا بحصول التمكن على التسليم مستقبلا فلا حظ طريان العجز على التسليم بعد تمام العقد و بعد التمكن عليه حيث لا- يكون التكليف بالتسليم بعد طريانه الا مشروطا بحصول القدرة و ان شئت فلا حظ وجوب الوفاء بالنذر فإنه يترتب على تمام النذر و كما إذا نذر التصديق بدرهم على تقدير شفاء ولده مستقبلا لا يكون وجوب التصديق فعليا بمجرد النذر كذلك البيع فى المقام حيث لا يتضمن فى المقام الا الالتزام بدفع المبيع إلى المشتري على تقدير الظفر به مستقبلا.

و قد يعترض لهذا الجواب بأن الأصل عدم تقييد الوجوب كما يرد هذا الاعتراض بأن الأصل عدم اشتراط البيع على تحقق القدرة على التسليم و كل من الاعتراض و الرد فاسد اما الاعتراض فلأن المستفاد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ على تقدير كونه تكليفا ليس الا مطلق وجوب التسليم لا- وجوبه الفعلى بلا- تقدير كما ذكرناه فى وجوب الوفاء بالنذر و مقتضى الأصل العملى أيضا هو مطلق الوجوب حيث انه المتيقن كما لا يخفى.

و اما الرد فلان اشتراط البيع بالتمكن على التسليم مقتضى الأصل العملى حيث ان الأصل فى المعاملات الفساد و لو أريد من الأصل التمسك بإطلاق حل البيع فله وجه على تقدير عدم تمام الدليل على التقييد من حديث النهى عن بيع الغرر أو الروايات الواردة فى بيع مثل العبد الآبق مع الضميمة فتدبر جيدا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٣

ثم ذكر اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة (١)

(١) كان مراد صاحب الجواهر (ره) ان اختلافهم فى تلك المسألة باعتبار عدم تسالمهم على اشتراط القدرة على التسليم و الا كان مقتضى لزوم إحراز الشرط عدم جواز بيعهما فالمقدار المتيقن كون العجز مانعا فلا يجوز البيع مع إحرازه لا مع الشك فيه لان مقتضى الأصل عدم المانع.

و أورد عليه المصنف (ره) أولا- بأن العجز لا- يمكن اعتباره مانعا عن البيع فإنه أمر عدمى و المانع يكون وجوديا يمنع عن الأثر و التقابل بين القدرة و العجز تقابل العدم و الملكة فيطلق العجز على عدم القدرة فيما يمكن اتصافه بالقدرة باعتبار شخصه أو كليه. أقول المانع فى المعاملات و العبادات غير المانع المعد عدمه من اجزاء العلة التامة حيث ان المانع المزبور لا يمكن كونه امرا عدميا لان العدم لا- يمنع عن تأثير شىء بل المراد به ما يكون عدمه مأخوذا فى متعلق الحكم أو موضوعه وضعيا كان أو تكليفيا و تقييد المتعلق أو الموضوع فى جعل الحكم كتنقييد هما بأمر وجودى أمر ممكن.

و بتعبير آخر لو كان التقييد بأمر وجودى فيطلق على ذلك الأمر الوجودى الشرط و لو كان بأمر عدمى يطلق على ذلك الأمر العدمى المانع فالمانعية ترجع الى الا- اشتراط لا محالة و بهذا يظهر ان ما ذكر- من ان الالتزام برجوع المانع فى حقيقته الى الا اشتراط فرار من المطر الى الميزاب لان العدم إذا لم يمكن كونه مانعا فكيف يمكن كونه شرطا حيث ان الشرط ما يكون واسطة فى التأثير- لا يخفى ما فيه من خلطه بين الشرط الفلسفى و الشرط باصطلاح الفقيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٤

.....

و أورد المصنف (ره) ثانيا بأنه لا مجال للفرق بين كون شىء شرطا أو عدمه مانعا و انما يكون الفرق فيما إذا كان فى البين أمر ان وجوديان مثل الفسق و العدالة و دار الأمر بين كون الفسق أى المعصية مانعا عن جواز الاقتداء فى الصلاة مثلا أو العدالة شرطا فان فى مثل ذلك يجوز الاقتداء مع الشك فى عدالة الشخص و فسقه بناء على مانعية الفسق باستصحاب عدم كون الامام فاسقا و اما بناء على اعتبار العدالة فالأصل عدم كونه عادلا فلا يجوز الاقتداء به.

و السر فى عدم الفرق فى المقام هو ان مع استصحاب عدم القدرة على التسليم يحرز عدم صحة بيعه فان كانت القدرة شرطا فباعتبار عدم الشرط و ان كان العجز مانعا فباعتبار وجود المانع حيث ان العجز هو عدم القدرة و لو كانت الحالة السابقة هى القدرة فيحكم بالصحة على كلا الفرضين و هذا فى الشبهات الموضوعية و اما الحكمية فكما إذا شك فى ان الشرط فى البيع القدرة على التسليم فى الجملة أو مستمرا و ان المانع العجز حال العقد أو مستمرا ففى غير مورد الدليل على الا اشتراط أو المنع يؤخذ بعموم أو فوا بالعقود و إطلاق دليل حل البيع بلا فرق بين اشتراط القدرة أو مانعية العجز.

و قد يقال ان استصحاب بقاء القدرة على التسليم لا يثمر فى إحراز الشرط فان الشرط هو التمكن على تسليم العوضين و استصحاب التمكن على تسليم ماله الى الغير لا- يثبت التمكن على تسليم المال بعنوان العوضين و لكن لا- يخفى ما فيه من الوهن فان عنوان التمكن على تسليم العوضين المذكور فى كلمات الأصحاب و اما الوارد فى الأدلة أى الاستفادة من النهى عن بيع ما ليس عنده اعتبار

كون المال تحت سلطانه

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٣، ص: ١٨٥

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٥

ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو زمان استحقاق التسليم (١)

في جواز بيعه.

و ايضا قد يقال ان استصحاب بقاء القدرة أو استصحاب العجز يثمر بناء على كون القدرة على التسليم شرطا أو كون العجز مانعا كما إذا اعتمادنا على النهي عن بيع ما ليس عنده و اما إذا اعتمادنا على النهي عن بيع الغرر فبمجرد الجهل بكون المال في سلطانه يثبت الغرر في البيع فيحكم بفساده و لكن يمكن الجواب بان استصحاب القدرة يرفع الغرر فان مفاد دليل الاستصحاب اعتبار المكلف عالما بالبقاء كما ذكرنا ذلك في وجه قيام الاستصحاب مقام القطع المأخوذ في الموضوع و الحاصل ما نحن فيه من قبيل استصحاب بقاء المبيع على كيله السابق أو وزنه السابق في ارتفاع الغرر.

ثم ان اختلاف الأصحاب في مسألة الضال و الضالة فليس وجهه ان القدرة شرط أو العجز مانع بل وجهه خلافهم في جريان دليل نفى الغرر في بيعهما حيث لا يكون على المشتري مع عدم قبض المبيع ضمانه بل ضمانه على بايعه قبل القبض فيقال لا غرر و لذا من التزم بالصحة حكم بطلان البيع من زمان ظهور العجز لا من الأول و لو كان العجز الواقعي مانعا لقال بانكشاف البطلان من الأول.

(١) حاصل ما ذكر (ره) في المقام أنه لا يعتبر التمكن على التسليم في بيع لا يكون فيه استحقاق التسليم أصلا كما في بيع العبد ممن ينعق عليه و كما في بيع الشيء ممن يكون ذلك الشيء بيده و كذا لا يعتبر التمكن على التسليم في زمان لا يكون فيه استحقاق التسليم للآخر فلا يضر عدم التمكن عليه حال الإيجاب أو القبول في جميع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٦

.....

اليوع أو بعد البيع فيما إذا باع على اشتراط التأخير في التسليم الى زمان كييع السلف أو النسيئة.

و يتفرع على عدم اعتبار التمكن على التسليم قبل تمام العقد أنه لا بأس بعدم التمكن على التسليم في بيع الفضولي قبل اجازة المالك حيث ان المشتري لا يستحق التسليم قبل اجازته و هذا على النقل ظاهر و اما على الكشف يعنى الحقيقي فلا يخلو عن الاشكال باعتبار ان المعاملة لازمة على الأصيل واقعا مع أنه لا يتمكن على تحصيل ما انتقل اليه فيكون البيع المزبور باعتبار عدم تمكنه على تحصيل ماله غريبا و يجرى هذا الإشكال في مثل بيع الرهن ايضا قبل اجازة المرتهن أو فك الرهن و لا يجرى فيما إذا كانت المعاملة فضولية من الطرفين.

و ايضا يتفرع على عدم اعتبار التمكن على التسليم في غير زمان الاستحقاق انه لو لم يتمكن على التسليم في بيع الصرف الى زمان ثم اتفق القبض تم به البيع المزبور و هذا لعدم انتقال المال قبل القبض ليقال ان البيع مع انتقال المال الى الطرف و عدم تمكنه على تحصيل ذلك غرر و بتعبير آخر يكون عدم التمكن على التسليم في موارد اشتراط القبض نظير عدم تمكن المشتري على تحصيل المبيع حال إيجاب البائع أو حال قبوله في عدم إيجابه الغرر و الى ذلك يشير (ره) و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم. يعنى لا

يقدر في المعاملة عدم التمكّن على تسليم ثمن السلم لأن نفس تسليم الثمن شرط فيه و لو وقع التسليم تم البيع بلا غرر و لو لم يقع فلا بيع ليكون غرريا.

و على ذلك فلو كان عند إنشاء السلم متمكنا على التسليم و بعد إنشائه لم يتمكن على التسليم فبعروض العجز لا يكون البيع غرريا لأن المفروض عدم تمام البيع ليكون
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٧

.....

غرريا بل لو كان عروض العجز بعد الإنشاء معلوما حال العقد فلا يضر ذلك في صحة بيع السلم و تمامه لو اتفق التسليم قبل تفرقهما و قد تحصل مما ذكر أمران:

الأول- ان المعتبر من التمكّن على التسليم حصول التمكّن في زمان يستحق الآخر فيه التسلم فلا اشتراط في بيع لا يكون فيه استحقاق التسلم أصلا كيبيع العبد ممن ينعقد عليه أو بيع المال ممن جرى يده على المال مع الضمان كيبيع العين المستعارة من مستعيرها المشروط عليه ضمانها كما لا اشتراط بالإضافة الى غير زمان استحقاق التسلم نظير بيع السلم و بيع النسيئة.

و الثاني انه يثبت الغرر في البيع أو غيره مع عدم التمكّن على التسليم و يبطل به البيع في غير موارد يعتبر فيها اشتراط التسليم في نفس المعاملة كما في بيع الصرف و السلم و الرهن و غير ذلك مما يعتبر فيه القبض أقول لو باع المتاع الذي لا يتمكن فعلا على تسليمه بشرط تسليمه في زمان معين معتقدا تمكنه في ذلك الزمان و لكن ظهر بعد البيع عدم تمكنه عليه في خصوص ذلك الزمان فلازم ما ذكر من كون التمكّن على التسليم في زمان استحقاق التسلم شرطا بطلان البيع المزبور و لا أظن التزامه أو التزام غيره بذلك.

و قد ذكروا في باب السلف انه لو لم يتمكن البائع على أداء ما عليه عند حلول الأجل فللمشتري الصبر الى وجدان المال أو فسخ العقد و لو كان التمكّن حال استحقاق التسلم شرطا لزم بطلان البيع المزبور لا تخيير المشتري و الأظهر ان تسليم البائع المبيع بعد تمام البيع عند إطلاقه أو في الزمان المعين مع تقييد البيع بالتسليم في ذلك الزمان شرط في المعاملة بجعل من المتعاقدين و لو تخلف هذا الشرط و لو بظهور عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٨

فالقبض مثل الإجازة بناء على النقل (١) اللهم الا ان يقال ان المنفى في النبوى (٢)

تمكن البائع على تسليمه في ذلك الزمان يثبت للآخر خيار الفسخ و اما الشرط في صحة المعاملة شرعا فهو إمكان وصول المبيع بيد المشتري بعدم امتناع البائع عن التسليم أو امتناع المشتري عن التسلم سواء كان هذا الوصول حال العقد أو بعده في أى زمان. نعم بتعيين زمان التسليم يحصل أمر آخر معتبر في البيع و هو ارتفاع الغرر و الجهالة عنه و لكن و لا- يعتبر في التعيين إحراز التمكّن على التسليم في ذلك الزمان بل يكفي فيه احتمال التمكّن عليه فيه و الشرط الأول اعتباره مستفاد من النهى عن بيع ما ليس عنده و ما ورد في بيع العبد الآبق أو غيره مع الضميمة.

و اعتبار الأمر الثاني مستفاد من حديث نفي الغرر و مما ورد في لزوم تعيين المدة في بيع السلم و نحوه و لا ينافى ذلك ما تقدم من ان التعيين بالإطلاق أو بالقرينة الخاصة شرط جعلى من المتعاقدين فان الشرط جعلى يمكن ان يحصل به الشرط الشرعى المعتبر في المعاملة نظير ما إذا باع المكيل على ان يكون كيله كذا فإنه بهذا الاشرط الموجب تخلفه الخيار يرتفع الغرر عن المعاملة فتدبر جيدا. (١) يعنى القبض في موارد اعتباره في تمام المعاملة كيبيع الصرف و عقد الرهن مثل الإجازة بناء على النقل و اولى من الإجازة بناء على كشفها في أنه كما لا يعتبر التمكّن على التسليم قبل الإجازة كذلك لا يعتبر التمكّن على التسليم قبل القبض في تلك الموارد.

(٢) و حاصله أنه لا وجه للالتزام بأن النهى عن بيع الغرر ناظر إلى مانعية عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٨٩

و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما (١)

التمكن على التسليم في بيع يكون تاما حتى من قبل الشرط الشرعى أيضا ليقال انه لا مورد للنهى في موارد اشتراط القبض في البيع بل ظاهره مانعية الجهل في بيع يكون تاما بنظر العرف و اعتبار العقلاء كما هو مقتضى كون متعلق النهى عرفيا فيكون المقام نظير الجهالة بمقدار المبيع في بيع الصرف فيما إذا علم بمقداره بالقبض فان الجهل بمقداره عند إنشائه يكون مبطلا و لا يفيد العلم به عند القبض. أقول لا- يخفى ما فيه فان مع اشتراط القبض في البيع لا يكون ذلك البيع غرريا و لو مع عدم إحراز التمكن على التسليم قبل القبض حيث ان القدرة المعتبرة إنما هي القدرة عند استحقاق المشتري التسلم فلا مورد لاعتبار هذه القدرة في بيع يكون القبض من شرط تمامه ليكون الجهالة بها موجبا للغرر بخلاف معلومية مقدار المبيع فإنه يمكن ان يقال باشتراط المعلومية في زمان إنشاء العقد كما مر فلا يفيد المعلومية بعد ذلك.

و المتحصل الجهالة بالتمكن على التسليم الموجب للغرر في سائر الموارد لا يوجب مع اشتراط القبض في البيع بخلاف الجهالة على مقدار البيع فإنه و ان لا- توجب الغرر في البيع مع معلومية المقدار قبل القبض الا انه يمكن ان يقال ببطلان البيع المزبور. لا للغرر بل لان الشرط في بيع المكمل أو الموزون و نحوهما معلومية المقدار حين الإنشاء كما لا يخفى.

(١) يعنى لو لم يقدر المشتري على تحصيل المبيع و تعذر التسليم على البائع و التسلم على المشتري إلا بعد مدة مقدرة عادة بحيث تكون تلك المدة مما لا يتسامح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٠

ففى الصحة إشكال (١) و ربما قيد بالكفاية (٢)

فيها فلو كان البيع باعتبار علمهما بالحال فلا خيار للمشتري بل عليه الصبر الى تلك المدة فإن البيع مع علمهما بالحال بمنزلة اشتراط التسليم بعدها و لو كان المشتري جاهلا بالحال مع إطلاق البيع يثبت له الخيار لرجوعه الى تخلف شرط التسليم بعد العقد حيث ان ظاهر إطلاق البيع الالتزام بالتسليم بعده.

و لو كانت مدة التعذر غير مضبوطة فالأظهر بطلانه فإنه ظهر مما تقدم اعتبار تعيين زمان استحقاق التسليم و انه لا يكفى في رفع الغرر مجرد إحراز التمكن على التسليم في زمان ما.

(١) يكفى في تمام البيع تمكن المالك على التسليم حتى فيما كان العاقد وكيله كما أنه يكفى فيه تمكن الوكيل عليه سواء كان مفوضا أو مأذونا في إجراء العقد و قباض المبيع و الوجه في الكفاية ان المعتبر من قدرة المالك على التسليم الأعم من التسليم بالمباشرة أو بالاستنابة و حيث ان التسليم المعتبر أعم من كونه بالمباشرة أو بالاستنابة فلا يضر الخطأ في الاعتقاد بان اعتقد المشتري تمكن العاقد ثم ظهر عجزه و ان المتمكن هو المالك و كذا الحال في تعيين مقدار المبيع فإنه يمكن الالتزام بكفاية إحراز مقدار الكيل أو الوزن من الوكيل العاقد إذا كان و كيلا في تعيين مقداره فما ذكره المصنف (ره) من عدم العبرة بقدره العاقد كما لا عبرة بعلمه ضعيف.

(٢) حكى في الجواهر عن بعض ان كفاية تمكن المالك على التسليم مع عجز وكيله العاقد فيما إذا كان المشتري حال العقد راضيا بتسلم المال من الموكل و كان الموكل ايضا راضيا برجوع المشتري عليه و مع عدم رضاهما بذلك يكون البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩١

و فيما ذكر من مبنى مسألة الفضولي (١)

محكوماً بالبطلان و لا عبرة بمجرد تمكن المالك بدون التراضي المزبور و فرع على ذلك بطلان بيع الفضولي و عدم تمامه بإجازة المالك.

و وجه التفريع ان العاقد الفضولي لا يتمكن على التسليم باعتبار عدم كونه مالكا و مأذونا من المالك و لم يقع التراضي حال العقد من المشتري و المالك ثم اعترض على التفريع بأنه قد يكون العاقد الفضولي متمكنا على تسليم المال لعلمه بتمكّنه على إرضاء المالك فيكون بهذا الاعتبار متمكنا على تسليم المال و أجاب عن الاعتراض بخروج الفرض عن بيع الفضولي و لا يكون مثل هذا البيع موقوفاً على إجازة المالك هذا و لو فرض عدم خروجه بذلك عن الفضولي فلا ريب في ان القائلين بصحة الفضولي و تمامه بالإجازة لا يقتضون بالفرض المزبور بل يلتزمون بتمامه بالإجازة حتى فيما إذا لم يكن العاقد متمكنا على إرضاء المالك.

(١) و اما ما ذكره من مبنى المسألة من عدم كفاية تمكن المالك على التسليم الا مع رضاء المشتري برجوعه إليه و رضاء المالك بذلك ففساده باعتبار ما تقدم من عدم اشتراط ذلك نعم إذا وقع البيع بشرط اقباض العاقد ثم ظهر عدم حصوله الا من المالك يثبت للمشتري الخيار و هذا أمر آخر غير بطلان البيع.

و اما فساد التفريع فإنه يجب الالتزام بصحة عقد الفضولي و تمامه بإجازة المالك حتى إذا التزمنا بمبنى المسألة و ذلك فان المالك بإجازته يكون طرفاً للمعاملة و يكون البيع بيعه و هو حال الانتساب متمكناً على التسليم و لا يكون العاقد الفضولي طرفاً في المعاملة ليعتبر تمكنه على التسليم.

و اما ضعف الاعتراض فباعتبار ان تمكن العاقد الفضولي بإرضاء المالك ليس

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٢

[اشتراط العلم بالعوضين]

[المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدراً]

المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدراً (١)

الا كعلمه بحصول الإجازة و هذا غير تمكن العاقد على تسليم المال و اما ضعف الجواب عن الاعتراض فلان مع تمكن العاقد على إرضاء المالك مستقبلاً لا يكون رضا المالك بالبيع فعلياً ليخرج عن الفضولية بل خروج البيع عن الفضولية بالرضا المقارن ايضاً مشكل.

(١) المشهور على اعتبار تعيين الثمن في البيع فلا يصح البيع بحكم أحدهما و يستدل على ذلك برواية النهي عن بين الغرر تارة فإن كون البيع غرراً مع جهالة الثمن و لو بترده بين الأقل و الأكثر لا يحتاج الى البيان و اخرى برواية حماد عن ابي عبد الله (ع) قال يكره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم «١» بدعوى ان عدم صحة استثناء الدرهم عن الدينار لجهالة نسبتها و تردها بين الأقل و الأكثر.

و لكن ظاهر المصنف (ره) كونها تأييداً لا دليلاً و لعل ذلك باعتبار عدم ظهور الكراهة في بطلان البيع نعم رواية السكوني ظاهرها بطلان البيع فان فيها رجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل، قال فاسد فلعل الدينار يصير بدرهم «٢».

ولكن الرواية مقتضاها كون البطلان باعتبار عدم إحراز أصل الثمن في البيع لا للجهل بمقداره، هذا مع أنه يعارضها على ما قيل صحيحة رفاعه النحاس قال قلت لأبي عبد الله (ع) ساومت رجلا بجارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها فأبى أن يقبلها منى وقد كنت مسستها قبل ان أبعث اليه بالثمن فقال أرى. أن تقوم الجارية قيمة عادلة فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد عليه ما نقص من القيمة و أن كان

(١) الوسائل الجزء ١٢- الباب ٢٣- من أحكام العقود.

(٢) الوسائل الجزء ١٢- الباب ٢٣- من أحكام العقود.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٣

.....

ثمنها أقل ما بعثت اليه فهو له، قلت جعلت فداك ان وجدت بها عيبا بعد ما مسستها قال ليس لك ان ترداها و لك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة و العيب منه «١» و وجه المعارضة ظهورها في صحة البيع بحكم المشتري.

وقد يجب عن المعارضة كما عن المصنف (ره) بأنه لا يمكن الأخذ بظاهر هذه و اللازم طرحها قيل بصحة البيع بحكم المشتري أو بفساده و ذلك فإنه لو كان البيع بحكمه صحيحا فلا وجه لضمان المشتري قيمة المثل فلا بد من توجيه ذلك و لو بالقول بتعيين الثمن في قيمة المثل كما في الحدائق كما انه لا بد من توجيهها على تقدير فساد البيع بحكم أحدهما بحملها على التوكيل في بيع الجارية و لو من نفسه و ان الوكيل بعد ما باعها من نفسه بالمعاطاة أو غيره ادعى البائع الغبن في بيعها فيكون دفع المشتري قيمة مثلها تخلصا من فسخ بيعها بخيار الغبن أو بحملها على حمل الجارية بعد بيع الوكيل و صيرورتها أم الولد حيث أن صيرورتها أم الولد مانع عن ردها لا أن الرواية تحمل على صورة تلف الجارية ليقال ان قوله (ع) في ذيل الرواية «و ليس لك ان ترداها» قرينه على عدم تلفها هذا كله مع ظهور الغبن، و اما مع عدم ثبوته فلا يكون للمشتري حق استرداد ما بعث به الى البائع من الزيادة على قيمتها.

و الحاصل ان ما عن الحدائق من حكمه بصحة البيع بحكم أحدهما و انصراف الثمن إلى قيمة المثل ضعيف كما ترى و ان ما ذكره الإسكافي من صحة البيع فيما إذا لم يعين الثمن بأن قال بعثك بسعر ما بعث من غيرك و يكون للمشتري خيار الفسخ و به يرتفع الغرر ضعيف، فأن الخيار حكم شرعى يترتب على البيع الصحيح ثم لو كان

(١) الوسائل الجزء (١٢)- الباب ١٨- من عقد البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٤

[المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا]

إشارة

المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا (١)

مجعولا من المتعاقدين يمكن كونه رافعا للغرر كما في بيع العين الغائبة بالتوصيف الا انه لا يجرى في ذكر الثمن بوصف مجهول كما لا يخفى.

و يمكن استظهار اعتبار تعيين الثمن و عدم جواز كونه مجهولا مما ورد في لزوم الاعتبار في المثمن و تعيين المدء المضروبة له بما يرتفع معه التردد بين الأقل و الأكثر كما في تعيين السلف بالشهور لا بوقت الحصاد و نحوه. فإنه لا يحتمل مع اعتبار ذلك في ناحية المثمن أن لا يعتبر في ناحية الثمن و لذا استدلووا على اعتبار تعيين المدء في بيع النسبة بالأخبار الواردة في السلف.

لا يقال فما وجه ضعف ما عليه الحدائق مع كونه موافقا للصحيحة فإنه يقال ظاهر الصحيحة تمام البيع بحكم أحدهما و انتقال المبيع إلى المشتري بالثمن الواقع عليه الحكم فيما إذا لم يكن أقل من ثمن المثل و مع كونه أقل يكون عليه ثمن المثل و ترديد الثمن بين الأمرين أحدهما جعلى و الآخر من الشرع غير معهود و لو كان هذا الحكم مع كثرة الابتلاء بمثل هذه المعاملة ثابتا لكان من الواضحات عند الأصحاب فكيف الظن مع عدم الإفتاء بالظهور المزبور في كلام أحد.

(١) يعتبر العلم بقدر المثمن كالعلم بقدر الثمن بلا خلاف ظاهر و عن التذكرة و غيرها دعوى الإجماع عليه و يشهد له مضافا إلى حديث النهى عن بيع الغرر ما ورد المدء في خصوص المكيل كصحيحة الحلبي عن ابى عبد الله (ع) انه قال في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشتري ابتع منى هذا العدل الأخر بغير كيل فأن فيه مثل ما في الأخر الذى ابتعت قال لا يصلح الا بكيل و قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح «لا يصح» مجازفة و هذا مما يكره من بيع الطعام فان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٥

.....

ظاهر (ما كان من طعام سميت فيه كيلا) الكناية عن كونه مكيلا كما ان ظاهر عدم صلاح بيعه مجازفة بطلانه و لا ينافى ذلك ما فى ذيلها هذا مما يكره من بيع الطعام فإن الكراهة فى الروايات لا تكون ظاهرة فى المعنى الاصطلاحى المقابل للحرمة و عدم الجواز بل معناها ما يناسب مع كل منهما.

و كذا لا ينافى ما فى صدرها من عدم الاعتبار بقول البائع بأن العدل الآخر على قدر ما اشتراه بكيل و وجه عدم المنافاة انه ليس المراد عدم جواز الاعتماد بإخبار البائع فى الشراء على شرط ذلك الكيل المخبر به بل المراد شرائه بلا اشتراط زاد أو نقص و على تقدير إطلاق الصدر يرفع اليد عنه بما يدل على جواز الشراء بشرط الكيل المخبر به فيبقى تحت الصدر صورة وقوع الشراء بلا شرط و بنحو المجازفة.

لا- يقال توصيف الطعام بكونه مما سميت فيه الكيل ظاهره كون الطعام نوعين مع أنه ليس الطعام خارجا غير المكيل حيث لا يقال للزرع القوائم على الأرض أنه طعام و الحاصل انه لا يكون الوصف المزبور كناية عن كون الطعام مكيلا كما ذكر فى وجه الاستدلال لان لازم كونه كناية كونه توضيحيا فلا بد من كون المراد مما سميت فيه الكيل المعنى الأخر كاشتراط الكيل فى بيعه أو اخبار البائع به و من الظاهر ان لزوم رعاية الكيل فى صورة الاشتراط أو الاخبار به لا يقتضى لزوم رعايته فى غير فرضهما كما هو المدعى.

فإنه يقال لو لم يعتبر الكيل فى بيع الطعام يكون اشتراط الكيل فيه كسائر الشروط فى كون لزوم العمل بها حقا فيصح للمشروط له إسقاط حقه و لا يناسب ذلك قوله (ع) فإنه لا يصلح مجازفة و كذا فى صورة أخبار البائع به فالمتعين حمل قوله (ع) ما سميت فيه كيلا على الكناية عن كون المبيع مكيلا حتى مع اقتضاء ذلك كون الوصف توضيحيا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٦

و رواية أبان عن محمد بن حمران (١)

فضلا عن الاحتراز عن صورة كونه موزونا كما فى بعض البلاد.

و اما دعوى أن الطعام يعم مثل اللحم و نحوه من غير المكيل فالقييد احتراز عنه، يدفعها ملاحظة موارد استعمال الطعام بلا قرينة حيث

ان ظاهره الحنطة و الشعير في الروايات و غيرها فلا حظهما.

و موثقة سماعة قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن هل يصلح شرائه بغير كيل و لا وزن فقال اما ان تأتي رجلا في طعام قد كيل أو وزن تشتري منه مباحة فلا بأس ان اشتريته منه و لم تكله و لم تزنه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنى أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس «١» حيث ان دلالتها على عدم جواز بيع الطعام و سائر ما يكال أو يوزن بغير الاعتبار فيما إذا لم يكن معتبرا في السابق أوضح من الصحيحة السابقة حيث ليس فيها مورد للمناقشة السابقة و لو كانت المناقشة ضعيفة.

(١) ثم ان في البين روايات باعتبار ضعف سندها أو دلالتها لا تصلح للاستدلال و لكن لا تخلو عن التأييد بها، منها صحيحة محمد بن حمران قال قلت لأبي عبد الله (ع) اشترينا طعاما فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه و أخذناه بكياله فقال لا بأس فقلت ايجوز ان أبيع كما اشتريته بغير كيل قال لا. اما أنت فلا تبعه حتى تكيله «٢».

فإنه ربما يقال بدلالتها على عدم جواز بيع المكيل بدون الكيل و لكنه لا يخلو عن التأمل فإن اللازم حمل المنع فيها على الكراهة لان اخبار البائع بكيل المبيع

(١) الجزء ١٢ الباب ٥ عقد البيع.

(٢) الجزء ١٢ الباب ٥ عقد البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٧

.....

طريق شرعى إلى إحراز كيله فبيعه ثانيا من شخص آخر اعتمادا على اخبار بايعه سابقا ليس من بيع الطعام بلا- تعيين كيله ليحكم بفساده و لعل النهى المزبور باعتبار ان اخبار البائع ظاهر في الشهادة التي لا تصح بمجرد اخبار البائع الأول.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من دلالتها على عدم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبر به البائع فصدقه المشتري فلا يمكن المساعدة عليه فان فرض كيل الطعام و اخبار البائع به مأخوذ في السؤال لا قيد لنفى البأس في الجواب ليدل القيد على عدم الجواز بدونه.

و منها رواية أبي العطار عن ابي عبد الله (ع) قلت فاخرج الكر و الكرين فيقول الرجل أعطينه بكيلك قال إذا ائتمنتك فلا بأس فإنها بفحوى مفهومها دالة على اعتبار الكيل و انه لا يصح البيع بدونه فإنه إذا لم يجز البيع بكيل لا يصدق المشتري كما هو المفهوم لم يجز البيع فيما إذا لم يكن كيل أصلا.

و منها رسالة عن ابن بكير قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري الجص بكيل بعضه و يأخذ البقية بغير كيل فقال اما ان يأخذ كله بتصدقته و اما ان يكيله كله فان ظاهر هذه ايضا عدم جواز الشراء بلا اعتبار المبيع و تعيين كيله و لو ياخبار البائع و النهى عن التفكيك إرشاد الى عدم الجدوى فيه فأن مع تصديق البائع لا حاجة الى كيل بعضه ايضا و مع العلم بكذب البائع لا يقيد كيل البعض المزبور من اعتبار الباقي، هذا لو كان المراد بكيل البعض و تصديق بائعه في البعض الآخر عند البيع و اما بناء على كون المراد شراء الكلى و كيل البعض و التصديق في البعض الآخر في مقام الاستيفاء و قبض الكلى فعدم دلالتها على اشتراط البيع أى بيع العين الخارجية بالكيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٨

ثم ان ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصى (١).

أو بإخبار بايعه به ظاهر.

(١) اعتبار الكيل و الوزن مترتبان في الروايات على كون المبيع مكيلا أو موزونا لا على كون البيع مع عدمهما غررا و بتعبير آخر لو كان المدرك لاعتبار الكيل و الوزن رواية النهى عن بيع الغرر لكان لزوم الكيل و الوزن و عدم لزومهما دائرا مدار الغرر و عدمه و لو لم يكن غرر بدونهما فلا بأس بعدم الاعتبار كما إذا كان جنس مساويا مع جنس آخر في القيمة السوقية و أريد معاوضة أحدهما بالآخر فإنه لو وضع في كفتي الميزان بحيث أحرز تساويهما في المقدار كفى في ارتفاع الغرر و أن لم يكن وزن كل منهما معلوما. و المراد من الاعتبار بالغرر الشخصي ملاحظة كل فرد من البيع و كونه مع عدم الكيل أو الوزن غرريا أم لا و لكن العمدة في اعتبار الكيل أو الوزن الروايات المتقدمة الظاهرة في اعتبارهما و مقتضاها عدم الجواز في المثال و أنه لا يكون دائرا مدار حصول الغرر و عدمه بل المدار كون المبيع مكيلا- أو موزونا نعم يمكن ان يكون ارتفاع الغرر حكمة في اعتبار الكيل و الوزن في بيع المكييل أو الموزون و الظاهر ان الحكم يتبع موضوعه لا حكمته و هذا هو المراد بالغرر نوعا.

و قد تحصل مما ذكرنا ان الغرر و ان لم يكن في الأمثلة المذكورة في عبارة المصنف (ره) و لا يعمها حديث النهى عن بيع الغرر و لكن يعمها الروايات الظاهرة في أن المكييل أو الموزون لا يصلح بيعه الا بالكيل أو الوزن و هذا مع قصد البيع و اما إذا أريد إنشاء المعاوضة بين الجنسين فلا تدخل في تلك الاخبار ايضا و قد تقدم في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ١٩٩

[ثم أن الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكييل و الموزون]

إشارة

ثم أن الحكم في المعدود و وجوب معرفة العدد فيه حكم المكييل و الموزون (١)

أول الكتاب أن المعاوضة بإنشائها لا تدخل في عنوان البيع بل المعاوضة عنوان مستقل يعمها مثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ. ثم لا يخفى انه ربما يكون جنس مكيلا أو موزونا في حال و يكون معدودا في حال آخر فإن الفضة أو النحاس من الموزون عند عدم كونهما بصورة الدرهم و الفليس و إذا كان بصورتهم مع رواج سكتهم كالمعمول في عصرنا الحاضر فلا يعتبر وزنهما و لا بأس بجعل أحدهما ثمنا مع الجهالة بوزنه و ايضا لو كان العوض أقل من الآخر المفروض كونهما من جنس واحد كما إذا اعطى المسكوك بسكة مائة فلس بدرهمين مسكوكين كل منهما بخمسين فلسا مع كون العوضين عن جنس واحد و وزن أحدهما أكثر من العوض الأخر فلا يكون من الربا في المعارضة حيث ان الربا لا يجري في المعدود.

(١) يعتبر في بيع المعدود العد بلا خلاف ظاهر قديما و حديثا الا عن الأردبيلي (ره) حيث منع الاعتبار و يستدل عليه بصحيفة الحلبي عن ابي عبد الله (ع) انه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعهه فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس و قيل بعدم الدلالة لها على اعتبار العدد فإنه و ان يظهر فيها ان الاعتبار كان مرتكزا للسائل و لكن لا يلزم الردع عن مثل هذا الارتكاز مما لا- يوجب ارتكاب الحرام أو ترك الواجب خصوصا مع تجويزه (ع) الكيل في الفرض مع وضوح ان المعدود مع اختلاف حجمه من حيث الصغر و الكبر لا يحرز عدده بالكيل الا على وجه التخمين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٠

وعد العلامة البطيخ و الباذنجان (١).

لو قلنا بأن المنط في اعتبار تقدير المبيع (٢)

و لا يخفى ما فيه فان لزوم إرشاد الجاهل في الشبهة الحكمية و بيان الحكم الشرعى فيها لا يختص بالواجبات و المحرمات و أن الكيل في مثل الفرض يجعل طريقا إلى إحراز العدد و لذا لا يكفى فيه مجرد التخمين.

(١) هذا راجع الى تعيين الصغرى و انه في السلم لا- بد من اعتبار الوزن حتى في المعدودات و انما يعتبر العدد فيها في بيع الحال باعتبار إحراز وصفها بالمشاهدة و فيه ما لا يخفى فان الوصف فيها حتى من حيث الحجم يعرف بالوصف و مقداره بالعدد فلا وجه لاعتبار الوزن فيها حتى في السلم.

(٢) و حاصله انه لو قيل بأن المعتبر في البيع انتفاء الغرر فيه أى الجهالة الموجبة للخطر و الضرر فلا ينبغى التأمل في جواز بيع المكيل بالوزن و بالعكس و كذا بيع المعدود بالوزن أو الكيل مع فرض انتفاء الغرر بهذا النحو من الاعتبار بل يكفى في بيع ما ذكر المشاهدة مع فرض انتفائه و لكن كون المعيار انتفاء الغرر خلاف ظاهر كلماتهم و ان انتفائه في تقدير المبيع بالكيل أو الوزن أو العد حكمه سدا لباب التنازع فيما بعد كما هو الحال في حكمه بعض الأمور المعتبرة في أكثر المعاملات.

و إذا كان الأمر كذلك فيقع الكلام في جواز تقدير كل من المكيل و الموزون و المعدود بالآخر بأن جعل التقدير الآخر طريقا إلى إحراز التقدير المعتبر فيه بان يجعل الكيل طريقا الى وزنه أو عدده و بالعكس و جعله طريقا لا يحصل بمجرد القصد ليقال انه لا دخل للقصد في خروج البيع عن الجراف و عدم خروجه بل المراد من الجعل نظير الكيل الوارد في بيع الجوز في استكشاف العدد بالكيل أو بالعكس و إذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠١

.....

كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه فيمكن ان يقال بجواز ذلك خصوصا فيما إذا كان التقدير المعتبر فيه عسرا. و الوجه في الجواز ان المبيع في هذه الصورة قد بيع بالتقدير المعتبر فيه غاية الأمر قد أحرز ذلك التقدير بالطريق الآخر و يؤيد ذلك رواية عبد الملك بن عمر قال قلت لأبي عبد الله (ع) اشترى مائة روية من زيت فاعترض رواية أو اثنتين فانتزهنما ثم آخر سايره على قدر ذلك قال لا- بأس فإن أخذ سائره بقدر ما فرض وزنه انما يكون بجعل ظرف الزيت طريقا إلى إحراز وزنه و استدلال بها في التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذره بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقي اليه.

و عطف على الاستدلال بها قوله و لانه يحصل العلم بالوزن و مقتضى المعطوف عدم انحصار جواز التقدير بالنحو المزبور بصورة تعذر الوزن و تقييد الجواز في كلامه بصورة التعذر لاستظهاره القيد المزبور من الرواية المشار إليها و بما أنه قيد غالبى لا يقتضى انحصار الجواز بتلك الصورة و لكن عدم الاقتضاء مع فرض ان الجواز في التقدير بالنحو المزبور على القاعدة لما ذكرنا من انه في الحقيقة بيع ذلك الشيء بذلك التقدير و الا لما كان التجويز في فرض التعذر تجويزا لما ذكر مطلقا.

و إذا كان التفاوت المحتمل فيه غير متسامح فيه فالظاهر الجواز ايضا مع البناء على المقدار المستكشف و معنى البناء هو الاشتراط بان لو علم التفاوت لكان للمشتري الرجوع الى البائع بمقدار النقص أو للبائع الرجوع الى المشتري بمقدار الزيادة نظير الاشتراء بإخبار البائع بالوزن أو الكيل و ما تقدم في صحيحة الحلبي من المنع عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٢

ثم أنه لو علم ما ذكرنا أنه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم (١)

كيل أحد العدلين و شراء الآخر بحسابه محمول على الشراء بدون البناء.

أقول إذا جعل الكيل في الوزن طريقا الى الوزن أو في المعدود طريقا الى العدد بحيث لو انكشف تخلف الكيل المزبور عن العدد

المكشوف يثبت للمشتري حق المطالبة بمقدار النقص أو للبائع باسترداد الزائد فلا- يفرق في ذلك بين كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه و عدمه و يكون الفرض كما لو اشترى الموزون بالوزن و انكشف بعد ذلك نقصان الوزن بمقدار يتسامح فيه فإنه يكون للمشتري حق المطالبة بمقدار النقص.

و اما إذا لم يكن الوزن في المكييل أو بالعكس طريقاً فالأظهر عدم الجواز بلا- فرق بين الموزون و المكييل و ذلك فإن المالية في الموزون يعلم بالوزن و في المكييل بالكيل حتى لو سلم بأن الوزن أصل في الكيل فان كونه أصلاً لا ينافي هجره فعلاً في تقدير مالية المكييل بحيث يكون بيعه بلا كيل من بيعه جزافاً نظير بيعه بملء اليد أو بقصعة مجهولة المقدار مع أن ما ذكر (ره) من ان المكائيل المتعارفة على اختلافها في المقدار ليس لها مأخذ الا الوزن يمكن عكسه بأن الموازين المتعارفة المختلفة في الأماكن المختلفة ليس لها مأخذ الا الكيل.

(١) لم يعلم مما تقدم عدم جواز البيع في الموزون بالوزن المتعارف في ذلك البلد فيما إذا لم يعرفه المشتري و لا يكفي معلومية عنوان الحق أو الوزن أو غير ذلك من العناوين و كيف يكون الفرض مثل بيع الشيء بالمشاهدة مع ان في الأول لو أحرز نقص المبيع عن المقدار المعنون لكان للمشتري المطالبة بما يقابله من الثمن بخلاف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٣

فأن الظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك في غير حال الضرورة (١)

[بقي الكلام في تعيين المناط في كون شيء مكيلاً]

بقي الكلام في تعيين المناط في كون شيء مكيلاً (٢)

بيعه بالمشاهدة أضف الى ذلك جريان السيرة على البيع و الشراء من الغرباء الواردين في البلاد المختلفة و المعاملة مع أهلها بالكيل أو الوزن المعروف عند أهل تلك البلاد من غير علمهم بنسبة ذلك الكيل أو الوزن الى الكيل أو الوزن المعروفين في بلادهم فتدبر جيداً.

(١) لم يعلم من ظاهر السؤال ما ذكر بل ظاهره ارتكاز اعتبار إحراز العدد في بيع مثل الجوز و عدم التعرض في الجواب لردعه مقتضاه تقريره على مرتكزه و على ذلك فلا بأس بجعل الكيل أو الوزن طريقاً الى العدد على قرار ما تقدم من جعل الكيل طريقاً الى الوزن و عكسه اما بيع المعدود بالكيل أو الوزن بما هو من غير جعلهما طريقاً الى العدد فالأظهر عدم جوازه فيما إذا كان تعيين مالية المتاع بالعدد دون الوزن أو الكيل بل يبيعه بأحدهما لا يخرج البيع عن الجراف و المشاهدة و ما قيل من كفاية الوزن في بيع المعدود أو تعيينه في السلم لا يمكن المساعدة عليه الا إذا أريد ما يكون تعيين المالية فيه بالعدد و بالكيل أو بالوزن ايضاً و الله سبحانه هو العالم.

(٢) و حاصله أنه قد ذكر ان المعيار في كون متاع مكيلاً أو موزوناً عصر النبي (ص) فكل متاع كان في عصره مكيلاً فاللزام يبيعه كيلاً في جميع البلاد و جميع الأعصار و كذلك ما كان و في عصره موزوناً فاللزام أن يباع وزناً كما ذكر حتى فيما جرت العادة على بيعه بالعدد و المشاهدة حيث ان البيع على العادة المتأخرة محكوم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٤

.....

بالطلان نعم لو لم يكن شيء في زمانه (ص) مبيعاً بالكيل أو الوزن و لو بعدم وجود ذلك الشيء في ذلك العصر فالمتبع فيه عادة البلدان فأن كان في بلد مكيلاً فيباع في ذلك البلد بالكيل و في الآخر موزوناً فيباع في ذلك الآخر بالوزن و قد نسب ذلك في مجمع

البرهان و الحدائق إلى إجماع الأصحاب و اتفاهم.

و قد أورد على ذلك في الجواهر بان ما في كلمات الأصحاب من أن ما كان يباع كيلا في عصره (ص) يباع كيلا في جميع البلدان و ما كان يباع وزنا يباع في جميع البلدان بالوزن راجع الى جريان الربا في معاوضة الشيء بجنسه لا إلى مسألة اعتبار التعيين في العوضين في البيع و بتعبير آخر كل متاع كان يباع في عصره كيلا، فلا يجوز مبادلته بجنسه بالزيادة أو النقصه حتى ما إذا صار ذلك المتاع في العصور التالية من المعدود أو يباع بالمشاهدة و كذلك ما إذا كان في عصره (ص) موزونا و اما أنه يعتبر في بيع الأول، الكيل حتى في العصور التالية و في بيع الثاني الوزن مع خروجهما الى المعدود فلا دلالة في كلماتهم على ذلك فضلا عن ان يكون إجماعا بل المعيار في اعتبار الكيل أو الوزن أو العدد في بيع شيء عادة كل بلد في كل عصر و دخول الربا في المعاوضة مسألة و اعتبار الكيل أو الوزن في بيع الشيء مسألة أخرى فلا يكون الإجماع في الأولى إجماعا في الثانية.

و ناقش المصنف في كلام صاحب الجواهر بان ما ذكره معيارا في كون شيء مكيلا أو موزونا في باب الربا فهو معيار لا اعتبار الكيل أو الوزن في بيع الشيء في جميع البلاد و جميع العصور.

و استشهد لذلك بوجه ثلاثة- الأول ملاحظة كلام الشيخ (ره) في المبسوط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٥

.....

حيث ذكر فيه انه لو كانت العادة في عصره (ص) الكيل في بيع شيء لم يجز بيعه الا كيلا في سائر البلاد و ما كان في عصره (ص) بيعه وزنا لم يجز بيعه الا وزنا في سائر البلاد و الأصل في بيع شيء كيلا الكيل عند أهل المدينة و في بيعه وزنا الوزن عند أهل مكة هذا كله بلا خلاف.

و اما إذا لم تعرف العادة في عصره (ص) فالمتبع في بيع ذلك الشيء عادة كل بلد الثاني أن الموضوع في المسئلتين أي مسألة جريان الربا في المعاوضة و مسألة اعتبار العوضين بالكيل أو الوزن أمر واحد و هو كون الشيء ما يكال أو بوزن و إذا ذكر تحديد الموضوع في المسئلة الأولى يكون ذلك تحديدا للموضوع في المسئلة الثانية أيضا الثالث القياس الاستثنائي و هو أن الربا إذا جرى في معاوضة شيء بجنسه يعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع الأعصار و البلدان على ما هو ظاهر كلماتهم و لكن الربا يجري فيما كان موزونا أو مكيلا- في زمان الشارع (ص) فتكون النتيجة أنه إذا كان شيء في زمانه (ص) مكيلا أو موزونا فيعتبر الكيل أو الوزن في بيعه في جميع البلدان و العصور حتى إذا صار بعد ذلك عادة البلدان على خلاف ذلك و انتفاء الغرر فيه بالعد أو بالمشاهدة فإن انتفاء الغرر كما تقدم حكمة لا أنه علة في اعتبار المبيع و تعيين مقداره.

و يترتب على ما ذكر انه لو ثبت بيع شيء في عصر النبي (ص) بالمشاهدة ثم جرت العادة في العصور التالية بيعه بالوزن أو الكيل فلا يعتبر في بيعه الوزن أو الكيل مع ان ذلك خلاف ظاهر الروايات مثل قوله (ع) ما من طعام سميت فيه كيلا فلا يصلح بيعه مجازفة فإن ظاهرها وضع المكيال في بيعه في عصر الامام (ع) أو في عادة عرف السائل أو المتبايعين و أجاب (ره) عن ذلك بأنه يمكن أن يكون هذا التعبير و نظيره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٦

.....

باعتبار أنه لم يتغير الأشياء في زمانه (ع) عما كانت عليه في زمان النبي (ص) و لكن يبقى في البين أنه مع إرجاع الاخبار الى اعتبار الكيل أو الوزن في الأشياء التي كانت تباع في زمانهم بالكيل أو الوزن فلا وجه للالتزام بأنه إذا لم يحرز في شيء ذلك يكون المتبع

فيه العرف العام فعلا.

و مع عدم العرف العام و اختلافه فالمتبع في كل بلد عادة عرفه فان الأخبار المشار إليها لا تكون ظاهرة في رعاية هذه الأمور خصوصا بنحو الترتب على ما نطقت به كلماتهم.

و قد تصدى (ره) للجواب عن ذلك كله بحمل الاخبار المشار إليها على لزوم رعاية العادة المعروف بين المتبايعين في كل عصر فان ظاهر تلك الاخبار بيان جعل الحكم بمفاد القضية الحقيقية غاية الأمر يؤخذ في الأحكام الثابتة على خلاف ذلك بالإجماع بأن يقال لو كان شيء في عرف المتبايعين يباع بالمشاهدة و لكن أحرز أنه كان في عصر النبي (ص) مكيلا أو موزونا لا يجوز فيه الربا و لا يجوز بيعه الا بالكيل أو الوزن في جميع البلاد و جميع العصور.

أقول اما دعوى الإجماع على ان العبرة في حرمة الربا و لزوم تعيين العوضين بالكيل أو الوزن كون طبعى الشيء في عصر النبي (ص) مكيلا- أو موزونا بحيث لو خرج عن كونه مكيلا أو موزونا بعد ذلك فيحرم ايضا الربا فيه بل يعتبر الكيل أو الوزن في بيعه إلى الأبد فهذا خارج عن الاخبار الواردة في البابين فان ظاهرها اعتبار الكيل أو الوزن و حرمة الربا في بيع الشيء و المعاوضة عليه ما دام كونه معنونا بعنوان المكيل أو الموزون كما هو الظاهر الاولى في كل حكم جعل بعنوان القضية
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٧

[إخبار البائع بمقدار المبيع]

ثم ان الظاهر اعتبار كون الخبر طريقا (١)

الحقيقة و حمل الاخبار على القضية الخارجية أو على القضية الحقيقية بمعنى ان كون طبعى معنونا بعنوان المكيل و الموزون في زمان صدور الاخبار يوجب حرمة الربا فيه و اعتبار الكيل و الوزن في بيعه إلى الأبد خلاف الظاهر الاولى في الحكم المجعول بنحو القضية الحقيقية و ما ذكر من ان العبرة في الحكم بزمان النبي (ص) لا- يحرز عمومه لاعتبار العوضين و لا يثبت الإجماع في البابين بمجرد كلام الشيخ في المبسوط و العلامة في التذكرة مع ان الإجماع في باب حرمة الربا في المعاوضة أيضا مخدوش لعدم إحراز أصل الاتفاق و عدم إحراز كونه إجماعا تعبديا لاحتمال أنهم أفتوا بما ذكر لزعمهم ان ما ذكر مقتضى بقاء حلال محمد (ص) على حلاله و حرامه على حرمة الى يوم القيمة و أن حكى على واحد حكى على الجماعة فتدبر.

(١) اعتبار خبر البائع في صورة كونه مفيدا للاطمئنان و الوثوق أو كون المخبر ثقة لا اشكال فيه و في صحيحة محمد بن حمران قال قلت لأبي عبد الله (ع) اشترينا طعاما فرعم ان صاحبه أنه كاله فصدقناه و أخذناه بكيه فقال لا بأس فقلت أ يجوز أن أبيع كما اشتريته بغير كيل قال لا- اما أنت فلا- تبعه حتى تكيله و اما إذا لم يكن خبر البائع كذلك فهل يكفى أخباره في جواز الشراء فقد أشكل المصنف (ره) و ذكر أن الأقوى اعتبار الظن بناء على أن اعتبار تقدير المبيع بالكيل أو الوزن و العد لا يدور مدار الغرر الشخصى فيكفى الاخبار المزبور فيما إذا كان البيع مينا على المقدار المخبر به لارتفاع الغرر بالاشتراط.

أقول لو كان الملاك اعتبار رفع الغرر فلا حاجة الى الاخبار ايضا بل لو كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٨

و على تقدير الحكم فيه بالصحة فلو تبين (١)

البيع بشرط كونه كذا مقدارا صح و لو لم يخبر البائع بذلك المقدار بأن قال أنى لا اعلم وزنه و لكن أبيع على أن يكون كذا مقدار أو يرتفع الخطر باشتراط الخيار للطرفين من غير تعيين للمقدار ايضا و صحة البيع كذلك يشكل الالتزام بها لقوله (ع) و اما أنت فلا

تبعه حتى تكيله فإنه لو لم يجر البيع استنادا إلى اخبار البائع الأول فكيف يجوز مع اشتراط الخيار كما لا يخرج عن المجازفة بمجرد اشتراط المقدار.

والحاصل انما يجوز الشراء بإخبار البائع فيما إذا خرج البيع بالاعتماد عليه عن البيع بالمجازفة و خروجه به عنها يحصل بأمرين كون اخباره موجبا للوثوق و الاطمئنان و كون الشراء مبني على المقدار المخبر به و النهي عن البيع قبل الكيل محمول على صورة وقوع البيع بدون الاخبار المزبور و غير مبني على المقدار المعين و مما ذكرنا يظهر الفرق بين أوصاف المبيع و بين كيله و وزنه فان المعبر فيه خروج البيع عن الغرر و في الثاني إحراز كيله أو وزنه كما هو مفاد الاخبار و على ذلك فيكفي في الأوصاف اشتراطها و لا يكفي في الكيل و الوزن إلا إحرازهما بوجه معتبر كما تقدم.

(١) أقول قد تقدم انحلال البيع بالإضافة إلى الأجزاء الخارجية فيما إذا كان يبعه من قبيل بيع المتعدد و عليه فظهور النقص يكون من قبيل عدم بعض المبيعات و لازمه رجوع ما يقابله من الثمن إلى المشتري و في صورة ظهور الزيادة يبقى الزائد على ملكه و لا يكون ذلك موجبا لبطلان البيع رأسا كما في صورة اختلاف الموجود خارجا مع عنوان المبيع عرفا كما إذا باع فرسا فبان حمارا و لا يكون من قبيل تخلف الوصف الموجب للخيار بين إبقاء البيع بحاله أو فسخه نعم يجرى فيما نحن فيه مع إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٠٩

[بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء]

بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء (١)

التخلف بالزيادة و النقيصة خيار فسخ البيع لتبعض الصفقة كما لا يخفى.

(١) المراد بالبعض ما يقابل تمام المجموع فيعم البعض جميع الأقسام الآتية كما أن المراد بمتساوية الأجزاء كون الجملة مشتملة على أبعاض يساوي بعضها مع بعضها الآخر في العنوان كصاع من صبرة فيمكن أن يريد بقوله بع صاعا من هذه الصبرة الحصاة التي يكون كيلها صاعا و بقوله بع ذراعا من هذا الكرباس الحصاة التي تكون مساحتها ذراعا و بقوله عبدا من العبدین نصف كل منهما و لا ينبغي التأمل في صحة بيع البعض من الجملة كذلك و كون المشتري شريكا مع البائع بالحصاة المقدره بعنوان الصاع و نحوه أخذا بأدلة حل البيع و وجوب الوفاء بالعقود و لكن اختار في التذكرة في بيع عبد من عبيدین أو شاء من الشاتين البطلان فيما إذا كان المراد بالعبد أو الشاة الحصاة المشاعة و حيث أنه لا يمكن للعلامة أن يلتزم بعدم جواز تملك الحصاة من العبدین أو الشاتين للآخر مجانا أو بالعوض فلا بد من ان يكون حكمه بالبطلان في الفرضين باعتبار عدم ظهور عبد من عبيدین أو شاء من شاتين في الإشاعة و يعتبر في صحة البيع ظهور الكلام في المراد بالإضافة إلى العوضين أيضا.

و بتعبير آخر لا يظهر من لفظ عبد نصف عبيدین و من الشاة نصف الشاتين بنحو الإشاعة و لكن لا يخفى ما فيه أولا بأن المعبر في إنشاء البيع ظهور الكلام في التملك بالعوض، و اما كون العوضين أي شيء فالمعبر فيه علم المتعاقدين به و تعيينهما سواء كان للكلام ظهور فيه أم لا لان مع العلم المزبور يخرج البيع عن كونه غريبا كما تقدم في اعتبار العلم بوزن المبيع أو كيله و المفروض في المقام علم الطرفين بالمراد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٠

.....

و ثانيا لو كان ظهور الكلام معتبرا في صحة البيع لما يصح البيع مع إرادة الإشاعة حتى في قوله بع صاعا من هذه الصبرة لما سيأتي

من عدم ظهوره في الإشاعة.

و مما ذكرنا يظهر ما في كلام النائيني (ره) في الإيراد على التذكرة من أن مقام الإثبات لا دخل له في مورد البحث و إنما الكلام في مقام الثبوت و وجه الظهور ان ظاهر كلام التذكرة البطلان فيما إذا أراد بقوله بعث عبدا من عبيدين أو شاة من شاتين الحصه المشاعه و هذا الحكم صحيح لو قلنا باعتبار ظهور الكلام في تعيين العوضين زائدا على ظهوره في تملك العين بعوض و ليس مراد العلامة ان يبيع الحصه من العبيدين غير جائز و الا كما تقدم تملك الغير الحصه منهما بالعوض أو مجاناً من الواضحات.

ثم انه قد أشار النائيني (ره) في المقام الى المسئلة المعروفة من كون القسمة و تعيين حصه كل من الشركاء بيعا أو انها إفراز و بنى ذلك على الاختلاف في ان مادة الجسم المطلق تنتهي الى اجزاء لا تقبل شىء منها القسمة خارجا و لا ذهنا و يسمى بالجزء الذى لا يتجزى أو أنه لا ينتهي الى ذلك و كل ما يكون به الجسم قابل للقسمة الى غير النهاية كما هو المذهب المعروف أو أن الاجزاء الى غير النهاية بالفعل و أن الجسم مؤلف منها كما هو مذهب النظام و على القول بالجزء الذى لا يتجزى يكون القسمة بيعا حيث ان الجزء المزبور لا تقبل الإشاعة فيكون ملكا لأحد الشريكين و بالقسمة يقع المعاوضة بين تلك الاجزاء بخلاف الالتزام بأن الجسم لا ينتهي الى الجزء كذلك و ان كل جزء مفروض فيه مشترك و يفرز حصه كل من الشركاء في فرد من تلك الحصه.

و بتعبير آخر المملوك لكل من الشركاء حصه من السهم و تلك الحصه في نفسها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١١

.....

كلى يقبل الانطباق على غير المعين من المجموع و على المعين منه و بالقسمة يفرز و يعين فى المعين أقول فى المقام أمران أحدهما ابتداء القول بكون القسمة بيعا ليجرى عليه أحكامه من ثبوت خيار المجلس مطلقا و خيار الحيوان فيما إذا كان المال المشترك حيوانا و غير ذلك من الأحكام أو كونها افرازا و تعيين الحصه فيلزم بحصولها و لا- يجرى عليه أحكام البيع حتى على الاختلاف فى مادة الجسم و أنها تنتهى الى الجزء الذى لا يقبل القسمة خارجا و لا ذهنا.

و الثانى فى ان المملوك لكل من الشركاء فى نفسه كلى يقبل الانطباق على المعين و غيره و بالقسمة يتعين.

اما الأمر الأول فالظاهر أن الاختلاف مادة الجسم و أنها تنتهى الى الجزء الذى لا يتجزى أم لا؟ و على الثانى تكون القسمة فيها الى غير النهاية فعليه أم بالقوة لا يرتبط بمسئلة كون القسمة بيعا أو افرازا حيث ان الجزء الذى لا يتجزى و كذا الاجزاء غير المتناهية لا تعتبر ملكا أو ما لا بدون فعليه الشىء و حصوله بصورة. و مع حصوله كذلك يقبل القسمة و يكون مورد الإشاعة كما أن الاشتراك بالإشاعة يجرى فى الأعمال و المنافع و فى بعض الحقوق ايضا مع ان شيئا منها لا يرتبط بالجسم و انتهائه الى الاجزاء و عدمه.

و اما كون المملوك لكل من الشركاء كليا فلان السهم كالنصف فى نفسه كلى ينطبق على كل نصف خارجى على البدل و على ما يفرض من الشىء بعد الافراز و كل ما فى الخارج و ان كان متعينا فى نفسه الا ان السهم المملوك لأحد الشريكين لا يتعين فى الخارج الا بالاعتبار المعبر عنه بالقسمة فلا تكون القسمة بيعا ليجرى عليها أحكام البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٢

.....

و لا معاوضة ليجرى عليها مثل ربا المعاوضة كما إذا كانت فى الخارج صبرتان إحداها حنطة و الأخرى شعير و كانت الشعير ضعيف الحنطة كيلا و الحنطة ضعف الشعير قيمة فيجوز لأحد الشريكين فى مقام القسمة اختيار صبرة الشعير مع القراضى من غير لزوم ربا المعاوضة حيث ان حقيقة القسمة اعتبار تعين السهم اى النصف الكلى فى المعين غاية الأمر يكون اعتبار التعين فى موارد القسمة

الافرازيه بحسب المالیه و اجزاء العين و فى موارد قسمة التعديل بحسب القيمة و لذا لا يجبر بعض الشركاء على قسمة التعديل مع إمكان القسمة الافرازيه بل يكون الافراز مقدما على التعديل بحسب المرتبة.

لا يقال إذا كان السهم من الشركاء كليا فى موارد الشركة بنحو الإشاعة فما الفرق بينه و بين الكلى فى المعين و ايضا لو كان السهم كليا فلا واقع معين لذلك الكلى قبل القسمة فكيف يرجع فى تعيين ذلك السهم فى المعين الخارجى إلى القرعة و يعين بها على ما هو ظاهر كلماتهم مع ان القرعة لا مورد لها إلا إذا كان الواقع فيه مجهولا و لذا التزم صاحب الجواهر بان المملوك لكل من الشركاء سهم معين فى علم الله و لو باعتبار علمه سبحانه بما يخرج بالقرعة مردد بين مصاديق الى ان يخرج عن التردد. فإنه يقال كل من السهم فى الإشاعة و الكلى فى المعين و ان كان كليا فى نفسه الا ان الثانى يتعين بحسب الخارج بالاعتبار مع تعدد الافراد و بالانحصار مع عدمه بخلاف الأول فإنه ينطبق على الكسور الخارجيه من الجملة و اجزائها و لا يتعين فى شىء إلا بالاعتبار و القسمة كما تقدم.

و بتعبير آخر فيما إذا كان الشىء الخارجى واحدا كالشاة الواحدة فلا مورد فيها للكلى فى المعين و يمكن تحقق الإشاعة فيها و إذا كان ما فى الخارج متعددا بحيث يمكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٣

و لا بين العلم بعدد صيعان الصبرة (١)

إخراج الكلى منه فكما يمكن فيه بيع الكلى فى المعين كذلك يمكن بيع بعض منه بنحو الإشاعة غاية الأمر الكلى فى المعين ينطبق على بعض يكون له وجود مستقل بخلاف البعض بنحو الإشاعة فإنه ينطبق على الكسور و لكن يصلح تطبيقه على البعض الذى له وجود مستقل و يعبر عن هذا التطبيق بالقسمة و ما فى الجواهر من فرض تعيين السهم فى الواقع بحسب علم الله قبل القرعة لا دليل عليه بل مخالف لما يعتبره العقلاء فى موارد الإشاعة نعم يمكن دعوى استفادة التعيين بالقرعة فى مقام تنازع الشركاء فى مقام القسمة و عدم رضاهم بها بدون القرعة من بعض الروايات و فى صحيحة أبى بصير ليس من قوم تقارعوا ثم فرضوا أمرهم الى الله الا خرج سهم المحق.

لا- يقال المملوك فى مورد الإشاعة هى العين الخارجيه و كيف يصير الملك لأحدهما السهم الكلى مثلا- إذا ورث اثنان البيت الخارجى تدخل نفس ما فى الخارج فى ملك الوارثين و الا تبقى الخارج فى ملك الميت أو تصير بلا مالك فإنه يقال نعم تكون البيت الخارجى ملكا لهما و يكون الكلى المنطبق على الكسور الخارجيه من البيت ايضا موردا لاعتبار الملكية حيث لهذا الاعتبار اثر و بما ان الكلى لا وجود له سوى ما فى الخارج فلا يعتبر الكلى ملكا و الموجود الخارجى ملكا آخر و ان شئت فلاحظ موارد بيع الكلى فى المعين فان ما هو ملك للبائع هو الخارج و إذا باع منها صاعا بنحو الكلى فى المعين يكون ذلك الكلى أيضا ملكا لا انه ملك آخر حيث ان اعتبار الملكية فى ناحية الكلى باعتبار وجوده و ليس للكلى وجود آخر غير ما فى الخارج فتدبر.

(١) و ذلك فان الجهل بصيعان الصبرة لا يوجب جهالة فى مقدار المبيع بعد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٤

و يؤيده انه حكم فى التذكرة (١) و ان قصدا معينا من عين (٢) و ارتفاع الجهالة فى الخصوصية (٣)

تحديد الكسر المشاع المبيع بالصاع من تلك الصبرة.

(١) و وجه التأييد انه لو كانت الجهالة موجبة لبطلان البيع دون الإبهام لكان على العلامة الحكم بالصحة فى الصورة الأولى أيضا فحكمه بالبطلان فيها و بالصحة فى الصورة الثانية أى فيما إذا تلف أحد العبدین المتساويين من غير علم بعين التالف ظاهر فى ان

الإبهام في المبيع في نفسه موجب لبطلان البيع و لذا يحكم بالصحة مع ارتفاعه كما في الصورة الثانية.

(٢) المراد بالمعين من عين مقابل الكلى في المعين اى الفرد الخارجى المنتشر و المردد سواء كان التردد بحسب صورة العقد فقط أو المردد الواقعى كما يشهد بذلك تعليل حكمه بالبطلان بالغرر و كونه من بيع المعدوم حيث ان الغرر يجرى فى المردد بحسب صورة العقد و المعدوم فى المردد الواقعى و لو كان مراده المردد بحسب صورة العقد فقط لاختصر بالتعليل بالغرر.

(٣) يعنى ان الغرر الشرعى تحققه لا يلزم تحقق الغرر العرفى كما فى بيع الفرد المنتشر كبيع أحد العبدین المتساويين فى القيمة كما ان الغرر العرفى لا يلزم الغرر الشرعى فيتحقق الأول دون الثانى فى بيع العبد الآبق مع الضميمة و إذا كان لا يدري ان المبيع حنطه أو أرز و فرض تساويهما فى القيمة السوقية تكون الجهالة بالماهية موجبة للغرر شرعا مع عدمه عرفا لتساويهما فى خصوصية القيمة المنظورة فى البيع عند العرف و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٥

.....

مما ذكرنا يظهر ان النسبة بين الغررين عموم من وجه فلا بد من ان يكون مراده بان دائرة الغرر فى الشرع أضيق كثرة موارد تحقق الغرر شرعا بالإضافة إلى موارد الغرر العرفى.

أقول ان أريد ببيع الفرد المنتشر ما هو مفاد جاء رجل من أقصى المدينة فبطلان البيع فى مثل بيع صاع من الصيعان المتفرقة مبنى على اعتبار رفع الإبهام عن العوضين فى عقد البيع و ان أريد بيع المردد الواقعى فالبيع محكوم بالبطلان باعتبار عدم الوجود للمردد فكل ما فى الخارج معين و ان أريد مفاد قوله جئنى برجل من هؤلاء الرجال فمرجه الى بيع الكلى فى المعين المحكوم بالصحة كما يأتى غاية الأمر اختيار تطبيق الكلى على الفرد الخارجى يكون بيد البائع و إذا اقترن إنشاء العقد بما يكون قرينه على ان التطبيق بيد المشتري فيتبع كما إذا قال بعتك صاعا صاعا أى شئت من هذه العصيان.

و الحاصل مقتضى إطلاق خطاب حل البيع و أوفوا بالعقود صحة البيع كما ذكر و لزومه و الإجماع المدعى على كون الإبهام مبطلا لا يجرى فى المقام كما يأتى فى بيع الكلى فى المعين كما لا يعم الفرض خطاب النهى عن بيع الغرر.

و ربما يستدل على جواز بيع الفرد المنتشر بمعتبره محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال سئلته عن رجل اشترى من رجل عبدا و كان عنده عبدان فقال للمشتري اذهب فاختر أيهما شئت و رد الآخر و قد قبض المال و ذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده الى ان قال فان وجده اختار أيهما شاء و رد الآخر و ان لم يوجد كان العبد بينهما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع.

و لكن لا يخفى ان ظاهر الرواية هو بيع الكلى فى المعين و لا وجه لحمله على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٦

.....

بيع الكسر المشاع اى نصف كل من العبدین و ما ورد فى ذيلها من الإشاعة باعتبار ان كل من البائع و المشتري يملك الكلى فى المعين الموجود بيد المشتري و قد تلف أحدهما و بقى الآخر و حيث لم تعين شىء منهما فى عبد معين يحسب التالف عليهما و و يكون الباقي لهما و ما يأتى من انه لو تلف الجملة و بقى منها فرد واحد يكون ذلك للمشتري الذى يملك الكلى فى المعين انما هو فى التالف قبل القبض لا فى تلف الجملة بعد قبضها من المشتري كما هو ظاهر الرواية.

و ما عن بعض الأجلة من ان التالف فى مثل ذلك اى فيما يقبض الكلى فى ضمن جملة بحسب على المالك فقط لانه يملك الجملة الخارجية لا يمكن المساعدة عليه فان ملك المالك لا يبقى على تمام الجملة بعد البيع على ما تقدم.

و ايضا قد قيل بتعلق البيع بالفرد المنتشر بما ورد في الوصية بعق البعض من الجملة بدعوى عدم الفرق بين البيع والوصية من هذه الجهة و في صحيحة محمد بن مسلم قال سألت أبا جعفر (ع) عن الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعق ثلثهم فقال كان على (ع) يسهم بينهم و في رواية محمد بن مروان عن موسى بن جعفر (ع) عن أبيه ان أبا جعفر مات و ترك ستين مملوكا فأعققت ثلثهم فأقرعت بينهم و أعتقت الثلث و ظاهرهما الوصية بعق ثلث العبيد و يحتمل الثاني بالنحو المشاع و لكن لا دلالة لهما على الفرد المنتشر الذي ذكرنا ان مرجعه إلى الكلى في المعين بل ظاهرها نحو المشاع كما هو ظاهر الألفاظ الموضوعه على الكسر و القرعة في المقام لتعيين السهم الذي يعتق عملا بالوصية أو لتعيين ما أعتقه المولى حال حياته نظير تعيين الوقف بالنحو المشاع بالقسمة و يمكن ان يحمل على الكلى في المعين نظير ما في صحيحة حبيب بن دراج عن ابي عبد الله (ع) في رجل تزوج خمسا في عقده قال يخلى سبيل أيتهن شاء إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٧

فرع على المشهور (١)

و يمسك الباقي بأن يقال النكاح المحكوم بالبطلان هو الواحد بنحو الكلى المشاع و الممضى هو الأربع كما ذكر، و يمكن ان يكون المراد بالإمساك بعقد جديد كما لا يخفى.

(١) المفروض في التفريع على بطلان بيع الفرد المنتشر هو تردد المبيع بين الإشاعة و الفرد المنتشر و فرض عدم وقوعه على الكلى في المعين فان تسالما ايضا على عدم وقوعه بنحو الإشاعة يكون ذلك تسالما على بطلان البيع و ان لم يكن هذا التسالم بان ادعى المشتري وقوعه على البعض بالنحو المشاع في قصدهما حال العقد و أنكر البائع ذلك و ادعى قصدهما أو قصده الفرد المنتشر فقد يقال بان مقتضى أصالة الصحة الجارية في البيع وقوعه على البعض بنحو الإشاعة و أضاف في التذكرة الى ذلك بان الصحة مقتضى أصالة عدم التعيين.

و ذكر المصنف (ره) بما حاصله ان الحمل على الإشاعة بأصالة الصحة لا بأس به و لكن فيما إذا تسالما على صورة العقد الظاهرة في وقوعه على الفرد المنتشر كقوله بعث عبدا من هذه العبيد فيحكم بفساد البيع لعدم جريان أصالة الصحة مع أصالة الظهور فان الظهور اماره على المقصود فلا- يجرى معها الأصل العملي بل على تقدير كون أصالة الصحة أماره فلا دليل على اعتبارها في مقابل أصالة الظهور كسائر الأمارات التي تكون اعتبار بعضها في طول بعضها الأخرى.

و اما أصالة عدم التعيين فإن أريد بها أصالة عدم وقوع العقد على الفرد المنتشر فهي معارضة بأصالة عدم وقوعه على البعض بنحو الإشاعة و ان أريد غير ذلك فلا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٨

و فيه نظر (١) لأنه حينئذ أمر كلى (٢)

نتعلها.

أقول كلام العلامة أيضا في الحكم بالصحة ناظر الى عدم تسالهما على صورة العقد الظاهرة في الفرد المنتشر بقريته حكمه بالفساد مع ظهور العقد في غير الإشاعة حتى مع قصدها كما تقدم.

ثم انه قد يورد على التمسك بأصالة الصحة بأنه لا تعين للمبيع كما إذا تردد وقوع البيع على الشاة أو الخنزير بان ادعى المشتري وقوعه على الخنزير و البائع وقوعه على الشاة نظير عدم إمكان الحكم في الكلام المردد بين الشتم و السلام انه سلام بأصالة الصحة ليجب رده و فيه ان الدليل على أصالة الصحة هي السيرة العملية الثابتة و موردها ما إذا أحرز عنوان المعاملة و أركانها و شك في سائر شرائطها و المبيع في باب البيع ركن و مع عدم إحراز وقوع البيع على الشاة لا مجرى لها و اما إذا أحرز وقوعه على الشاة و شك في

فساده و صحته كما إذا ادعى المشتري جهله بحال الشاة حال البيع و أنكره البائع فيحكم بصحته و ما نحن فيه من هذا لقبيل حيث يعلم ان متعلق البيع بعض من الجملة و يحتمل وقوعه عليه بوجه صحيح و اما أصالة الصحة في الكلام المردد فهي أجنبية عن المقام فان مفادها عدم صدور الحرام عن الفاعل بحيث يكون ذلك منه فسقا و لا يرتبط بأصالة الصحة الجارية في المعاملة كما لا يخفى.

(١) و ذلك فان الموجب لانعقاد الظهور أو للعلم للمراد منه القرينة العامة أو الخاصة و أصالة الصحة لا تحسب قرينته أو موجبه للعلم بالمراد بل هي أصل عملي لا مجرى له مع الامارة و هي أصالة ظهور العقد كما تقدم.

(٢) يعنى وجه الحكم بالصحة فيما لو باع ربعا قبل القسمة بحمله على الإشاعة هو كون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢١٩

فان قلت المبيع في الاولى (١) و الثانى بأنه معهود في الوصية (٢) و يمكن دفع الأول (٣)

الربع المزبور كليا لا جزئيا خارجيا مبهما ليحكم بفساده.

(١) الاشكال هو ان المبيع في الأولى أى في صورة جريان البيع على الفرد المنتشر أيضا كلى فلا موجب للحكم بفساده و أجاب عن ذلك بالفرق و ان المبيع في صورة جريانه على الفرد المنتشر جزئى خارجى مبهم بحسب صورة العقد فيشبه المبيع الكلى أقول قد تقدم ان المبيع إذا كان مفاد قوله جثنى برجل لا يمكن ان يكون جزئيا خارجيا بل هو أمر كلى لا محالة فلا نعيد و على ما ذكر يحكم بصحة البيع في جميع الفروض المتقدمة فيما إذا لم يكن في البين جهة أخرى موجبه للبطلان كما في بيع الكلى من جملة تكون اجزائها مختلفة.

(٢) يعنى ان ملكية الكلى في المعين ثابت في مورد الوصية التملكية و كذا في جعل المهر فكيف لا تكون معهودة و لو قيل بأنها غير معهودة في البيع الذى لا يكون متعلقه كليا في المعين قلنا بان كل قسم من الملكية غير معهود في قسمها الأخرى فإنه إذا كان متعلق البيع كليا بنحو الإشاعة أو الفرد المعين فلا يمكن ملكية الكلى في المعين فيهما كما لا يتحقق الملكية بنحو الإشاعة أو ملكية الفرد المعين في مورد بيع الكلى في المعين.

(٣) أقول لم يعلم كون الوضع مقتضاه الفرد المنتشر فأن التوئين الداخلة على الصاع لو سلم ظهورها في الوحدة الا ان تقييد الطبيعى بالوحدة باعتبار الوجود

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٠

أحدها كون التخير في تعيينه بيد البائع (١)

لا يستلزم كون مدلوله فردا خاصا ليكون جزئيا خارجيا و بتعبير آخر مقتضى الوضع كالمعنى العرفى هو الكلى في المعين و الشاهد لكون المعنى العرفى كذلك انهم يرون اختيار التطبيق بيد البائع خصوصا فيما إذا كان الصيعان مجتمعة كما هو فرض الصبرة و دعوى ان المعنى العرفى هي الإشاعة أى الحصه المقدره بالصاع لا يمكن المساعدة عليها لأن الصاع ليس موضوعا للسهم و الحصص و اما الصحيحه فظاهاها ايضا كون المبيع كليا في المعين و لا حاجة في حملها عليه إلى القرينة الخارجيه أى الإجماع على بطلان بيع الفرد المنتشر مع ملاحظة أن حساب التلف بتمامه على البائع مقتضاه عدم الإشاعة.

(١) المعروف ان مقتضى كون المبيع كليا في المعين كون التخير في تعيين الكلى في فرد بخصوصه بيد البائع لأن المشتري لا يستحق المطالبة بخصوصية ذلك الفرد فما عن المحقق القمى من ان اختيار التعيين بيد المشتري لا وجه له و ايضا المعروف ان مقتضى كون المبيع كليا في المعين انحصار ذلك الكلى في الفرد الباقي من الجملة في صورة تلفها حيث ان التلف يحسب على البائع فقط لكونه قبل القبض و باعتبار بقاء فرد من الكلى لا يبطل البيع فيجب دفعه إلى المشتري بخلاف التلف فيما إذا كان المبيع بنحو الإشاعة فإن

مقتضى الإشاعة كون كل جزء من الجملة مشتركا بين البائع والمشتري فتلف البعض يتلف بعض المبيع وان كان هذا التلف يحسب على البائع لكونه قبل القبض فتكون النتيجة بطلان البيع في بعضه وبقائه في البعض.

ولكن ذكر المحقق الإيرواني (ره) بما حاصله عدم الفرق في الحكمين المتقدمين بين كون المبيع بنحو الإشاعة أو بنحو الكلي في المعين وان كل ما يذكر فيما إذا كان المبيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢١

.....

من الجملة بنحو الإشاعة يترتب على البيع فيما إذا كان المبيع كليا في المعين فيكون اختيار المبيع بالتراضي وتلف بعض من الجملة يوجب بطلان البيع في بعض المبيع لانه لو كان المبيع كليا في المعين يكون الباقي على ملك البائع أيضا كليا في المعين وحيث أنه لا امتياز بين المالكين تكون الجملة الموجودة خارجا مشتركا بينهما بمقدار الكليين ولو عمل بالصحيحة الواردة في احتراق القصب وتعدى منها فيتعدى الى موارد كون المبيع بعضا بنحو الإشاعة أيضا والا لاقتصر الى موردها وهو بيع القصب.

أقول الشركة الواقعية غير الشركة الصورية والاختلاط الموجب للشركة الواقعية هو اختلاط المالكين الشخصيين الذين لكل منهما مسالك ولا يكون بينهما ميز بعد الاختلاط كما تزاج الخليين أو الحنطتين وأما إذا كان المال الخارجى لمالكين بحيث يكون كل منهما مالكا منه الكلي في المعين كما هو الفرض في المقام فلا دليل على حصول الشركة بالحصص في ذلك المال بل اختلاف نحوى اعتبار المبيع في بيع البعض من الجملة عند العرف دليل على خلافه ولو كانت الشركة الواقعية حاصلة بكل من بيع الحصص من الجملة وبين بيع الكلي منها على حد سواء في الأثر لما كان لاعتبار الاختلاف وجه.

نعم إذا كان المبيع بنحو الكلي في المعين وقد قبضه في ضمن قبض الجملة كما هو الفرض فلا يمكن ان يحسب تلف البعض على أحد المالكين بخصوصه فإنه ترجيح بلا مرجح بخلاف ما إذا كان هذا التلف قبل القبض فإنه بما ان المبيع في ضمان البائع ويقع تلفه في ما له فلا يكون حساب التلف عليه ترجيحاً بلا مرجح ولا يكون قبل القبض الشركة الصورية بخلاف صورة التلف بعد القبض فإنه يعبر عن حساب التلف على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٢

إذا بقى صاع واحد كان للأول (١) نعم لو لم يكن إقباض البائع على وجه الإيفاء (٢) الفرق بين مسئلة الاستثناء و مسئلة الزكاة (٣)

البائع والمشتري معا بالشركة الصورية ومما ذكرنا يظهر الوجه في كون اختيار التعيين بيد البائع فيما لم يشترط في البيع كونه بيد المشتري لأن ما يملك المشتري هو الكلي وعلى البائع تسليمه الى المشتري.

(١) لما تقدم من ان البائع بعد بيع الأول يملك من الجملة الكلي في المعين كالمشتري وبيع الثاني واقع على مال البائع وحيث ان التالف تمام الكلي الذى كان للبائع قبل وقوع البيع الثاني فلا موجب لشمول ما ورد في التلف قبل القبض للكلي في المعين الذى بيع أولا وهذا بخلاف ما إذا كان كل من البيعين أو خصوص الأول بنحو الإشاعة فإنه يحكم بفساده بنسبة التالف كما لا يخفى.

(٢) أقول الظاهر عدم تصور ذلك فإنه إذا كان الكلي في المعين من الجملة ملكا للمشتري يكون دفع الجملة اليه دفعا للمبيع وإذا لم يكن تمام الجملة ملكا للبائع كما هو الفرض فكيف يكون تمامها امانة بيد المشتري حيث لا يعقل ان يكون ما للمشتري من الجملة أمانة بيده للبائع نعم يتصور ذلك في الكلي على العهدة باعتبار كون المال المدفوع إلى المشتري بعنوان الامانة ملكا بتمامه للبائع فلا ينطبق الوفاء على المدفوع ولو بنحو الإجمال كما هو مقتضى كون أداء الدين عنوانا قصديا كما لا يخفى.

(٣) قيل في الفرق بين مسئلة استثناء الأبطال و مسئلة الزكاة ونحوها مما يحمل الكلي فيه على الإشاعة وبين بيع الكلي في المعين

الذي تقدم تعين الباقي بكونه مبيعا
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٣
و فيه مع ما عرفت (١)

بتلف بعض الجملة وجوب القبض في الثاني و كونه دخيلا- في لزوم البيع فمع وجود فرد من المبيع يجب دفعه الى المشتري و أجاب المصنف (ره) بان وجوب القبض حاصل في مسألتى استثناء الأبطال و الزكاة أيضا حيث يجب في الأول دفع الأبطال إلى البائع و في الثاني إلى أرباب الزكاة مع ان وجوب دفع الباقي في بيع الكلى فرع عدم الإشاعة و إثبات عدم الإشاعة بوجوب دفع الباقي تكون مصادرة و اما مسألة لزوم البيع بالقبض فلا دخل له في الفرق أصلا.

ثم ذكر (ره) الفرق المذكور في مفتاح الكرامة و هو كون ضمان المبيع في بيع الكلى في المعين على البائع فيجب دفع الباقي الى المشتري بخلاف مسألة الأبطال فإن الأبطال المستثناء امانة للبائع بيد المشتري حيث ان البائع قد قبض الكل فيكون الكل بيد المشتري فيدخل النقص على المالكين أى حصه البائع و حصه المشتري.

(١) و حاصل ما ذكره في رد مفتاح الكرامة هو انه لو باع الكلى في المعين و تلف بعض الجملة قبل القبض يكون وجوب دفع الباقي الى المشتري متفرعا على عدم الإشاعة و لو لم يكن في هذا لفرض إشاعة فما الموجب لها في مسألة استثناء الأبطال مع ان البائع يملك فيها الكلى في المعين و يكون تمام الجملة بيد المشتري و كون التلف فيها بعد إقباض البائع يوجب عدم كون البائع ضامنا لتلف مال المشتري و يبقى الإشكال في انه لم يكون تلف بعض الجملة في مسألة الاستثناء بنحو الإشاعة مع ان ما للبائع بيد المشتري من قبيل الكلى في المعين و لم لا يحسب التلف على المشتري فقط لان ما يستحقه البائع لا يتعين في جزء معين الا بعد قباض مالك الكل يعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٤

.....

المشتري.

و ان أريد انه بعد ما باع الثمرة مع استثناء الأبطال يكون ما بيده مشتركا بينه و بين المشتري و إذا دفع الكل إلى المشتري فقد دفع المال المشترك فيقال الموجب لهذا الاشتراك في بيع الكلى في المعين أيضا موجود فيحسب فيه أيضا التلف على المبيع و على الباقي على ملك البائع هذا مع انه لم يظهر التزام القوم بالإشاعة في مسألة الاستثناء حتى بعد دفع الكل إلى المشتري فإنهم لم يذكروا عدم جواز تصرف المشتري في الثمرة بلا استيذان من البائع.

و ذكر بعضهم انه لو فرط المشتري و تلف بعض الثمرة بإفراطه يجب أداء المستثنى إلى البائع من الباقي و لو كان في البين إشاعة لم يصح القول بالأداء من الباقي كما لا يخفى.

أقول قد تقدم عدم الإشاعة في المسألتين و ان حساب التلف على كل من المشتري و البائع في مسألة الاستثناء باعتبار عدم الترجيح في الضمان حيث ان كلا- منهما يملك الكلى في المعين بخلاف مسألة بيع الصاع من الصبرة فإن تلف بعض الجملة فيها قبل القبض و كون ضمان المبيع على البائع مقتضاه خروج البائع من ضمان المبيع بدفع الكلى من الباقي و مما ذكرنا يظهر وجه عدم جريان أحكام الإشاعة في مسألة الاستثناء و انه يجوز للمشتري التصرف في الثمرة بلا- استيذان من البائع و انه لو تلف الثمرة بإفراطه لا ينقص عما يستحقه البائع شيء و يجب عليه الدفع من الباقي.

و اما ما ذكره المصنف (ره) في وجه حساب التلف في مسألة الاستثناء على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٥

[مسألتى بيع صاع من صبرة و استثناء الأبطال]

و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه (١)

المشترى و البائع معا من دعوى ان المتبادر من الاستثناء تمام المستثنى على تقدير سلامته تمام المبيع للمشترى و إذا تلف بعضه سقط من الأبطال بحسابه بان تكون نتيجة ذلك هى الإشاعة بالإضافة إلى التالف و لا- يجرى أحكام الإشاعة على الباقي فلا- يمكن المساعدة عليه فان لازم ذلك جهالة مقدار المبيع فإنه على تقدير بقاء المبيع مقدار و على تقدير تلف بعضه مقدار آخر كما لا يخفى. ثم ذكر (ره) فى مقام الفرق إنه على تقدير الالتزام بالإشاعة فى مسألة الاستثناء من أول الأمر ان المستثنى منه المبيع فيها كالمستثنى كلى معين و لا ترجيح فى حساب التلف على خصوص المستثنى منه بخلاف مسألة بيع الصاع من الصبرة فإن مال البائع فيها لا يكون بعنوان الكلى فى المعين بخلاف ما تملكه المشتري فلا- وجه لحساب التلف عليهما لا يقال يكون ملك البائع بعد بيع الصاع كليا لا محالة فإنه يقال نعم و لكن ملك الباقي ليس بعنوان تملك الكلى فى المعين لىوجب تخصيص التلف على ملك الباقي دون ما تملكه المشتري ترجيحاً بلا مرجح.

أقول التملك بالعنوان و عدمه لا يكون فارقا و الا فالمستثنى فى مسألة الاستثناء ايضا ليس مملوكا للبائع بعنوان الكلى فى المعين حيث ان ملك البائع كان ثابتا لجميع المال من الأول فيكون بيعه المال باستثناء الأبطال تمليكا للكلى فى المعين من المشتري فتكون بعد البيع الباقي فى ملكه كليا فى المعين لا محالة فتدبر جيدا.

(١) لا- يخفى أنه إذا كان مقدار الصبرة معلوما و بيع جميعها كل قفيز منها بكذا فلا بد من الحكم بصحته لعدم اعتبار جمع مقدار الثمن بالذكر فى العقد و هذا هو القسم الرابع فى كلام الروضة و المحكوم بالفساد فى كلام الروضة و غيرها عدم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٦

.....

بيع جميعها بل إيكال اختيار مقدار المبيع إلى المشتري بأن يقول بعثك من الصبرة ما أردت كل صاع منها بكذا و هذا هو القسم الخامس فى كلام الروضة و وجه الحكم بالبطلان هو عدم تعيين مقدار المبيع فى عقد البيع نظير ما يقال فى قوله آجرتك الدار كل شهر بكذا.

و لكن لا يبعد ان يقال بتمام البيع بالإضافة إلى قفيز واحد نظير ما ذكرنا من صحة الإجارة فى الشهر الأول بل يمكن ان يقال ان قول البائع بعث من الصبرة كل قفيز بكذا بمنزلة الايجابات المتعددة كما قال بعث قفيزا منها بكذا و قفيزا آخر بذلك السعر و قفيزا ثالثا كذلك و هكذا و إذا ذكر المشتري فى قبوله ما يعين به مقدار المبيع كما إذا قال اشترت قفيزين كما هو المتعارف فى البيوع المتعارفة فى زماننا الحاضر فيتم البيع بالإضافة الى ذلك المقدار لعدم الجهالة فى مقدار المبيع عند تمام البيع و لا يستفاد من الأدلة المقدمة إلا بطلان البيع الغررى أو تمام البيع من غير تعيين الكيل أو الوزن أو العدد فيه.

و لو لم يذكر المشتري فى قبوله ما يعين ذلك فالحكم بالبطلان مبنى على أن يكون المنتهى عنه فى الاخبار المتقدمة بيع الشئ من غير تعيين مقدار المبيع كيلا أو وزنا أو عددا و أما إذا قيل بان مدلولها بيع الشئ جزافا فلا يحكم ببطلانه فى الفرض حيث لا جزاف فى ناحية المبيع أو فى ناحية الثمن و بهذا يظهر أنه لا يختلف فى الحكم بالصحة أو الفساد بين كون الصبرة معلومة من حيث المقدار أم لا و ما ذكر المصنف (ره) فى وجه الصحة فيما إذا كانت الصبرة مجهولة المقدار من كون المبيع معلوم بالمشاهدة فلا بد من ان

يكون مراده العلم بأوصافه لا كيله أو وزنه و مع الإيجاب المفروض لا يكون في البين جزاف لا في ناحية المبيع و لا في ناحية الثمن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٧

و لا يخلو عن قوة (١) و لو كان من جهة استصحاب الاشتمال (٢)

(١) اي لا يخلو الحكم بالصحة عن قوة و ليس الوجه هو تدارك الضرر المحتمل بالخيار على تقدير عدم اشتمال الصبره حيث ان ارتفاع الغرر بالخيار لا يفيد في صحة البيع لان الخيار حكم يترتب على البيع الصحيح و لو لم يتعلق دليل الإمضاء للبيع المنشأ فلا يعمه خطاب الخيار بل الوجه في الحكم بالصحة عدم الغرر في البيع المزبور.

لا يقال الجهل بوجود المبيع من أعظم الغرر فإنه يقال الثمن المزبور لم يقع في مقابل الموجود مطلقا و لو على تقدير عدم الاشتمال بل البيع الجارى على المقدار المزبور انحلالى و إذا قال بعت الكر من هذا الصبره بكذا فهو بمنزلة قوله بعت نصف الكر ينصف الثمن و إذا ظهر عدم اشتمال الصبره إلا لنصف الكر يستكشف بطلان البيع في نصفه و يثبت خيار التبعض للمشتري.

أقول ما ذكره من ان ثبوت الخيار لا ينفذ في ارتفاع الغرر صحيح بالإضافة إلى الخيارات الشرعية فإن خطاباتا تثبت الخيار في البيع الممضى و اما الخيارات المشروطة الإضائية فلا بأس بارتفاع الغرر بها و خيار تبعض الصفقة منها و تفصيل الكلام موكول الى بحث الخيارات.

(٢) لا يخفى ان استصحاب الاشتمال لا يفيد في نفي الغرر عن البيع لان الغرر ليس مطلق الجهل بل الجهل الخاص و هو ما فيه خطر و ضرر و استصحاب الاشتمال لا ينفذ نظير ما يقال من ان فوت الفريضة عدم خاص و استصحاب عدم الإتيان بالصلاة في وقتها لا يثبت.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٨

إذا شاهد عينا في زمان سابق (١)

(١) و حاصل ما ذكره (ره) في مقام من أنه إذا بيعت العين المرئية سابقا فأن علم تغير أوصافها السابقة إلى غيرها عادة فيعتبر في بيعها ذكر الأوصاف الفعلية فتصير ذكرها اشتراطا رافعا للغرر و إذا لم يعلم من العادة التغير أو عدمه فيجوز بيعها اعتمادا على أصالة عدم تغيرها و لو فرض في مورد عدم جواز الاعتماد على الاستصحاب للاطمئنان بتغير أوصافها فيجوز بيعها باشتراط أوصافها السابقة لأن العين المرئية سابقا لا تزيد عن العين العائبة التي لم ترها المشتري و يشتريها باشتراط أوصافها الفعلية.

ثم أنه إذا اشترى العين بالرؤية السابقة فانكشف التغير ثبت الخيار للمشتري فيما إذا تغيرت بالنقيصة و للبائع فيما إذا تغيرت بالزيادة حيث ان لزوم البيع في الفرض ضررى على المشتري أو على البائع فيثبت الخيار لأحدهما بانتفاء اللزوم.

أقول قد تقدم ان استصحاب بقاء العين بحالها لا يفيد في انتفاء الغرر لان الغرر هو الجهل الخاص و هو ما فيه خطر غاية الأمر ان مع الاستصحاب ينتفى مطلق الجهل لا الجهل الخاص و على ما ذكر فلو احتمل التغير و عدمه في العين المرئية سابقا يكون بيعها باشتراط بقائها على تلك الأوصاف محكوما بالصحة لانتفاء الغرر في بيعها بالاشتراط المزبور و مع بيعها كيف اتفقت يحكم ببطلان بيعها و لا يفيد الاستصحاب في انتفاء الغرر شيئا و لا يخفى ان شراء العين بالرؤية السابقة الذى مرجعه الى اشتراط الأوصاف السابقة مقتضاه ثبوت الخيار مع التخلف حيث لا معنى لاشتراط الأوصاف في بيع العين الخارجية إلا ثبوت الخيار مع عدمها و ليس ثبوته مقتضى قاعدة نفي الضرر لما نذكر في بحث الخيارات من أنه لو جرت قاعدة نفيه في بيع كان مقتضاها بطلانه لأن منشأ الغرر و الحكم الضررى صحته لا لزومه و ليس مفاد القاعدة تدارك الضرر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٢٩

إشارة

و يضعفه ان الأوصاف الخارجة عن حقيقة المبيع (١) لو اختلفا في التغير (٢)

ليكون مقتضاها نفي لزمه.

و الحاصل بيع العين المرئية سابقا باشتراط بقائها على أوصافها لا يكون غريبا و البيع المزبور مع تخلف الأوصاف و ان يكون ضروريا الا ان صحته لا تنتفى بالقاعدة حيث ان نفي صحته مع اشتراط الخيار مناف للامتنان و مقتضى القاعدة نفي حكم يكون في نفيه امتنانا. (١) و حاصله أن الوصف المذكور للمبيع ان كان مقوما للمبيع فبانكشاف الخلاف يحكم بطلان البيع حتى فيما إذا أتى الوصف بصورة الاشتراط كما إذا قال بعتك هذا المال على أنه أرز فبان حنطة و الوجه في البطلان ان انكشاف فقد الوصف في الفرض يساوى عدم وجود المبيع خارجا بخلاف ما إذا كان الوصف في بنائهم خارجا عن حقيقة المبيع بحيث لا يكون مقوما له فأن انكشاف الخلاف في هذه الصورة يوجب الخيار لان الوصف مرجعه الى اشتراط الخيار على ما يأتي في بحث الخيارات.

(٢) و حاصله انه لو بيعت العين بالرؤية السابقة و ادعى المشتري تغيرها بالنقيصة فله الخيار في فسخ العقد و ادعى البائع كونها على ما كانت فالبيع لازم قيل بتقديم قول المشتري بوجوه ثلاثة- الأول الأصل عدم جواز انتزاع الثمن من يده و برأيه عهده من الثمن حيث لا ينتزع الثمن من يده و لا يثبت عهده به الا بالبينة أو إقراره.

الثاني الأصل عدم علم المشتري بالوصف الموجود فعلا في العين الخارجية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٠

.....

و دعوى البائع علمه بالوصف المزبور يحتاج إلى الإثبات بالبينة أو إقرار المشتري.

الثالث الأصل عدم وصول حق المشتري الى يده عن البائع ليستحقق عليه المطالبة بالثمن.

و ذكر المصنف (ره) في رد الوجه الأول ان الثمن بيد المشتري ملك للبائع بإقرار المشتري بوقوع البيع الناقل فالثمن بيده امانة للغير فيجب رده عليه بمطالبته غاية الأمر ان المشتري يدعى سلطنته على تملكه بفسخ البيع فعليه إثبات تلك السلطنة، اللهم الا أن يقال الأصل عدم وجوب رد الثمن على البائع بناء على ما ذكروا من أنه لا يجب على ذي الخيار زمان خياره رد ما بيده من مال الغير و لو مع تسلمه العوض الأخر من صاحبه و لكن لا يخفى أنه لو جرى أصالة لزوم البيع و عدم ثبوت الخيار يكون حاكما على الأصل المزبور لان موضوع لجواز الإمساك الخيار المنفى بأصالة اللزوم.

و في رد الوجه الثاني مع أن أصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود فعلا معارضا بأصالة عدم علمه بوصف آخر مفقود ليثبت له الخيار ان الشك في علم المشتري بالوصف الموجود أو المفقود مسبب عن الشك في تغير العين عما كانت عليه و الأصل عدم تغيرها.

و في الوجه الثالث بان حق المشتري من نفس العين قد وصل اليه و لذا يكون له إبقاء البيع و عدم فسخه و ثبوت حق آخر له الموجب للخيار غير محرز و الأصل لزوم البيع و لذا حكم بعض في المقام بتقديم قول البائع.

أقول لا يخفى ان دعوى البائع علم المشتري بالوصف الموجود و جريان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣١

و يمكن بناء المسألة (١)

البيع على العين بالوصف المزبور لا يكون احتمال صدقها مسببا عن الشك في التغير و عدمه ليكون استصحاب بقاء العين بحالها رافعا للاحتمال المزبور مع ان استصحاب بقاء العين بحالها لا- مجرى له لاتفاقها على الوصف الموجود فعلا- و الشك في انه كان هذا الوصف في السابق أيضا أم لا فيرجع أصالة عدم التغير إلى الاستصحاب القهقري و لا دليل على اعتباره. و الحاصل لا مجال في المقام لأصالة عدم التغير و لا تصل النوبة أيضا إلى أصالة عدم علم المشتري بالوصف الموجود مع قطع النظر عن معارضة بأصالة عدم علمه بوصف آخر مفقود لأن علم المشتري بالوصف الموجود أو بغيره بنفسه لا يكون حكما و لا موضوعا للخيار على ما يأتي.

(١) و حاصله ان الموضوع للخيار بحسب جعل المتعاقدين هو أخذ الوصف في العين المبيعة و كأن الخيار حكم لهذا الأخذ فيقع الكلام في ان أخذ الوصف فيها هل بمعنى اشتراطه في العقد نظير سائر الشرائط في انه التزام زائد على أصل البيع و يرتبط بالبيع بكون البيع ظرفا له مثلا- أو ان أخذ الوصف عبارة عن كونه مأخوذا في متعلق البيع بمعنى جريان البيع على العين المقيده فليس في البين الا التزام واحد و هو التزام بالبيع غاية الأمر ان جريانه على العين المقيده يشترك مع البيع المشروط فيه التزام آخر في ضمنه في كون كل منهما موجبا للخيار على تقدير التخلف و لو قيل بالوجه الأول فمقتضى الأصل العملي عدم تحقق التزام آخر غير الالتزام البيعى فيكون قول البائع موافقا للأصل فيحلف على عدم التغير و اما إذا قيل بكون الوصف مأخوذا في المبيع بمعنى جريان البيع على العين المقيده فالأصل عدم وقوع العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٢

.....

على ما ينطبق على العين بالوصف الموجود فيكون البيع جائزا أى يثبت الخيار للمشتري.

لا يقال الأصل عدم جريان البيع على العين بالوصف المفقود فإنه يقال هذا الأصل لا يفيد و لا يثبت جريان العقد على العين بالوصف الموجود ليرتب لزوم البيع الا بنحو الأصل المثبت.

و الحاصل ما دام لم يثبت جريان البيع على العين بما ينطبق على الوصف الموجود لا يكون دفع العين بالوصف الموجود وفاء للعقد ليجب على المشتري دفع ثمنه و البيع المفروض في المقام نظير الماء المخلوق دفعه فيما إذا شك في كونه كرا فإن أصالة عدم كون الماء المزبور كرا بمفاد كان الناقصة ليست له حالة سابقة و أصالة عدم الماء الكر بمفاد كان التامة و ان كان لها حالة سابقة الا أنه لا تفيد في إثبات مفاد كان الناقصة بمعنى ان الماء المفروض ليس بكر.

أقول الظاهر وقوع الوهم في كلامه (ره) بين الوصف المأخوذ في المبيع بنحو الكلى و بين الوصف الملحوظ في المبيع الذى يكون عينا خارجية فإن الوصف في العين الخارجية لا يمكن ان يكون مقيدا للعين و المفروض ان الوصف في المقام ليس امرا مقوما و معنى ذلك جريان البيع على العين كان له الوصف السابق أم لا و إذا فرض جريان البيع عليها كذلك فلا معنى للحاظ الوصف السابق الا جعل الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف و إذا جرى البيع على عين خارجية بالرؤية القديمة يكون اختلاف المتبايعين في التغير و عدمه راجعا إلى دعوى المشتري جعل الخيار له على تقدير فقد الوصف و هو مفقود و ينكر البائع هذا الجعل و الأصل مع البائع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٣

و لذا لا يجوز إلغائها (١)

و هذا بخلاف الوصف المأخوذ في المبيع بنحو الكلى فإن أخذ وصف فيه عبارة عن تقييد متعلق بالمبيع و تضيق دائرته و لو ادعى البائع تقييده بوصف و المشتري تقييده بوصف مصاد يكون المورد من موارد التداعي و التحالف و إذا ادعى البائع جريانه على المطلق و المشتري جريانه على المقيد ففي مثل ذلك الأصل عدم جريانه على المطلق فان تسليم ما ينطبق عليه عنوان المقيد وفاء للمبيع باتفاقهما و ما يدعيه البائع من كون تسليم الفاقد ايضا وفاء ينكره المشتري و أصالة عدم جريان البيع على المطلق جارية من غير ان تعارضها أصالة عدم جريانه على المقيد حيث ان أصالة عدم جريانه على المقيد لا اثر لها لان دفع المقيد وفاء للمبيع باتفاقهما و إثبات جريانه على المطلق بها من الأصل المثبت كما لا يخفى.

(١) أقول الوصف الذى لا يجوز إلغائه هو المأخوذ في المبيع بنحو الكلى و وجه عدم الجواز وقوع البيع على المقيد و إنشاء البيع على المطلق يحتاج الى بيع جديد بعد اقالة الأول و اما فيما إذا كان المبيع عينا خارجية كما هو الفرض في المقام فالغاء الوصف عبارة عن إسقاط الخيار المترتب على تخلفه و هذا الإلغاء صحيح نظير إسقاط خيار العيب المترتب على اشتراط عدم النقص في المبيع بلا فرق بينهما أصلا.

و ما ذكر (ره) من ان الوصف قيد ملحوظ في المعقود عليه كالجزة كأنه يريد كما ان الجزة يؤخذ في متعلق البيع كذلك وصف المبيع مأخوذ فيه و لكن لا يخفى ان أخذ الوصف و لحاظه في المتعلق صحيح و لكن لحاظه فيه يكون بالترام آخر غير الالتزام البيعى و هذا فيما إذا كان المبيع عينا خارجية و لم يكن الوصف مقوما كما هو الفرض في المقام بخلاف لحاظ الجزة فإنه يكون أخذه في متعلق البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٤

و مما ذكرنا يظهر الحال (١)

بنفس الالتزام البيعى و لذا لو تخلف الجزة و انكشف عدمه يكون البيع بالإضافة إليه باطلا من الأول فتدبر جيدا.

(١) قد يتمسك في تقديم قول البائع في فرض اختلافه مع المشتري في تغير المبيع بالعمومات الدالة على عدم جواز استقلال الغير في تملك مال أحد و تلك العمومات يعم الثمن في مفروض الكلام حيث انه ملك للبائع فلا يجوز للمشتري تملكه بزعم ثبوت الخيار كقوله سبحانه لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ فَإِنْ فَسَخَ الْمَشْتَرِي لَا تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَ وَضِعَ يَدَهُ عَلَى الثَّمَنِ مَعَ عَدَمِ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ أَكَلُ لَهُ بِالْبَاطِلِ وَ كَذَلِكَ قَوْلُهُ (ع) لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسِهِ فَإِنْ مَقْتَضَاهُ عَدَمُ جَوَازِ تَمَلُّكِ الثَّمَنِ بِلَا رِضَا الْبَائِعِ وَ قَوْلُهُ (ع) النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ فَإِنْ مَقْتَضَاهُ وَلَا يَأْتِي التَّصَرُّفَ فِي الْمَالِ تُثَبَّتْ لِلْمَالِكِ دُونَ غَيْرِهِ وَ كَانَ هَذِهِ الْعُمُومَاتُ حَاكِمَةً عَلَى الْأَصُولِ الْعَمَلِيَّةِ الْمُتَقَدِّمَةِ الْقَاضِيَّةِ بِعَدَمِ لَزُومِ الْبَيْعِ عَلَى الْمَشْتَرِي كَمَا فِي سَائِرِ الدَّلِيلِ الْاجْتِهَادِيِّ فِي مَقَابِلِ الْأَصْلِ الْعِلْمِيِّ.

و حاصل ما ذكره (ره) في الجواب عن العمومات هو ان العمومات المزبورة مخصصة في المال الذى لم يدفع عوضه في المعاملة إلى المشتري و إذا شك في وصول العوض المزبور فالأصل عدمه و بهذا يدخل الثمن المفروض في المستثنى المحكوم بجواز أكله و حله و سلطنة غير المالك عليه و ما تقدم من أن الأصل عدم وصول حق المشتري إليه يراد به ما ذكر و يرجع إليه أصالة عدم الترام المشتري بتملك ما يدعى تغيره ليجب عليه الوفاء بما الترام.

لا يقال لم يعلم ان الخارج من تلك العمومات معنون بالعنوان المزبور ليكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٥

نعم ما في المبسوط و السرائر و الدروس من أصالة بقاء يد المشتري (١)

مقتضى الأصل إخراج الفرد المشكوك عن عموم المستثنى منه و دخوله في المستثنى بل نقول الخارج منها المال الذي وقعت المعاملة بينه وبين ما لا- ينطبق على المدفوع و الأصل عدم وقوع المعاملة على ما لا ينطبق و بذلك يثبت بقاء الثمن المفروض في المستثنى منه فإنه يقال أصالة عدم وقوع المعاملة على ما لا ينطبق على الموجود خارجا لا يثبت وقوعها على ما ينطبق و كون أداء العين أداء لما وقع عليه العقد و وفاء له و هذا الانطباق و الدفع موضوع لزوم العقد و عدمهما موضوع الخيار.

(١) و لعل مراده أصالة بقاء يد المشتري على الثمن الراجعة إلى استصحاب بقاء أولويته عليه فإنه قبل البيع كان أولى به و الآن كذلك و يتمسك بها عند الشك في لزوم العقد و جوازه و لو بالشبهة الحكمية كما إذا شك في كون المعاطاة لازمة أو جائزة و كأن مقتضى الأصل عند هؤلاء عدم لزوم العقد في كل مورد بخلاف الوجهين السابقين فإنهما يجتمعان مع الالتزام بأصالة لزوم العقد المستفاد من العمومات المتقدمة و يخرج مورد الاختلاف في تغير المبيع عن تلك العمومات بالوجهين المزبورين باعتبار إدخالهما المفروض في المقام في عنوان المخصص كما تقدم.

و بتعبير آخر يختص الوجهان بمثل المفروض في المقام بخلاف أصالة بقاء يد المشتري على الثمن فإنها تجرى في عقد شك في جوازه و لزومه و لو بالشبهة الحكمية و لكن لا تصل النوبة إليها مع العمومات المتقدمة.

أقول لا تجرى الأصل المزبور في نفسه فإن الأولوية المزبورة ان كانت بمعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٦

و اما دعوى ورود أصالة عدم التغير (١)

الملك فقد ارتفعت بالبيع قطعا و ان كانت بمعنى آخر فليست لها حالة سابقة كما لا يخفى.

(١) قد أجاب (ره) عما قيل من حكومة أصالة عدم التغير على الأصول المقتضية لجواز البيع في مفروض الكلام بوجهين.

الأول ان أصالة عدم التغير لا- تجرى فيما إذا اتفقا على كون الحيوان سميئا قبل المشاهدة و اختلفا في التغير حين المشاهدة فادعى البائع حصوله حين المشاهدة فلا خيار للمشتري و قال المشتري حصوله بعدها فله الخيار فإنه لا يجرى في الفرض أصالة عدم التغير بل الجارى أصالة تأخر التغير عن زمان المشاهدة المقتضية لتقديم قول المشتري.

الثاني ان أصالة عدم التغير الراجع الى عدم كون المبيع حين المشاهدة سميئا لا- يثبت جريان البيع على الحيوان المهزول الا- بنحو الأصل المثبت و بتعبير آخر أصالة عدم كون الحيوان حين المشاهدة سميئا كأصالة عدم جريان البيع على الحيوان السمين لا يفيد في إثبات موضوع لزوم العقد و هو جريان البيع على الحيوان المهزول.

أقول لا يخفى ان مقتضى العمومات المتقدمة بضميمة أصالة عدم اشتراط السمن في الحيوان المبيع يثبت بقاء الثمن في مدلول تلك العمومات حيث ان الخارج عنها موارد ثبوت الخيار بالأصالة أو الاشتراط و لا يكون في مفروض الكلام خيار بالأصالة و مقتضى الأصل عدم اشتراطه.

و اما الأصول العملية المتقدمة فلا مجال لشيء منها فيما إذا كان المبيع عينا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٧

الثاني لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة (١)

خارجية لجريان البيع على تلك العين على كل تقدير و كونها عوضا عن الثمن كذلك و اشتراط وصف مفقود مدفوع بالأصل كما مر و بهذا يظهر الحال فيما إذا اختلفا في العين الخارجية فادعى البائع تغيرها بالزيادة فله الخيار و قال المشتري لا زيادة فيها فأن مقتضى أصالة عدم الاشتراط عدم الخيار للبائع كما لا يخفى.

(١) تعلق البيع في الفرض بالعين الخارجية بوصف خاص متفق عليه بين المتبايعين و اختلافهما في التغيير الى زمان البيع ليكون التغيير المزبور موجبا للخيار للمشتري أو حصوله بعد البيع بوجه لا يكون له خيار.

و ذكر (ره) الموضوع للزوم العقد وصول العين بذلك الوصف إلى المشتري بأن ينتقل إليه بذلك الوصف عند البيع و مع الشك في هذا الوصول و الانتقال يكون مقتضى الأصل عدمه فينتفى موضوع لزوم العقد و استصحاب بقاء السمن الى حال البيع لا يثبت وصول السمين إلى المشتري لأن الوصول ليس أثرا شرعيا لبقاء السمن كما ان استصحاب عدم جريان البيع الى زمان فقد ذلك الوصف لا ينفي الوصول المزبور لعدم كونه أثرا شرعيا أيضا.

أقول قد تقدم ان تعلق البيع بالعين الموجودة فعلا متفق عليه كما ان اشتراط الوصف الموجود زمان المشاهدة أيضا متفق عليه بينهما و معنى اشتراطه أنه لو لم يكن في البين ذلك الوصف زمان البيع لكان للمشتري خيار الفسخ و استصحاب بقاء الوصف الى زمان البيع ينفي تحقيق ما علق عليه الخيار فلا- خيار للمشتري و هذا ليس من الأصل المثبت في شيء لما تقدم من ان موضوع الخيار في الخيارات الجعليه للمتعاقدين يؤخذ على وفق جعل المتعاقدين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٨

و لو وجد المبيع تالفا (١)

و اما استصحاب عدم وصول حق المشتري الى المشتري فان أريد به عدم انتقال العين الموجود فعلا فهو متفق عليه بين المتعاقدين و ان العين على كل تقدير تعلق بها البيع و الا لكان فقد الوصف و انكشاف التغيير موجبا لبطلان البيع كما في تخلف الأوصاف المقومة. و ان أريد عدم الوصف المشروط زمان العقد فالمفروض ان استصحاب بقاء الوصف جار بلا معارض و بهذا يظهر الحال فيما ادعى البائع حصول التغيير الى زمان البيع بالزيادة فله خيار الفسخ و قال المشتري بحصول الزيادة بعد البيع فلا خيار للبائع و أنه يقدم مدعى اللزوم فان استصحاب بقاء الوصف المشاهد الى زمان البيع ينفي تحقق ما عليه خيار البائع على ما تقدم و لا يعارضه أصالة عدم وقوع البيع الى زمان حصول الزيادة فإنها لا تثبت وقوعه في زمان حصولها كما لا يخفى.

(١) و لعل فرض كفاية التخليه في القبض لتصوير فرض الاختلاف في تقدم البيع على التلف و تأخره عنه بحيث يكون تأخره عن البيع موجبا لذهابه على المشتري و لكن لو قلنا بعدم كفايتها فيمكن أيضا فرض الاختلاف كما إذا كان المبيع قبل البيع امانة بيد المشتري فباعه البائع منه ثم ظهر تلفه و اختلفا في تقدمه على البيع و تأخره عنه و على كل تقدير فالأظهر تقديم قول المشتري و على البائع إثبات وقوع البيع قبل التلف أخذا بأصالة بقاء الثمن على ملك المشتري.

و دعوى انه لا مجال للاستصحاب المزبور لأن أصالة الصحة الجارية في البيع حاكمه عليه لا يمكن المساعدة عليه لأن أصالة الصحة الجارية في المعاملات تجرى فيما إذا أحرز تحقق المعاملة و شك في تحقق ما يعتبر في إمضاءها و اما إذا لم يحرز تحققها
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٣٩

[بيع المجهول مع الضميمة]

إشارة

لا فرق في عدم جواز البيع المجهول (١)

بان شك في حصول المقوم لها أو في ولاية المنشأ لها فلا- مورد لها و لا دليل على اعتبارها في احرازها و من الظاهر ان تملك المعدوم لا- بلحاظ وجوده و لا بلحاظ تملكه بدله من المثل أو القيمة أمر غير معتبر عند العقلاء لأن البيع عندهم تملك الموجود

بعوض.

و بتعبير آخر إنما تجرى أصالة الصحة بعد الفراغ عن أصل وجود المعاملة و نظير دعوى أصالة الصحة في المقام ما تقدم عن بعض فيما إذا باع الراهن الرهن باذن المرتهن و رجع المرتهن عن اذنه و شك في تقدم البيع على الرجوع ليكون الرجوع لغوا لعدم المورد له أو تقدم الرجوع على البيع ليكون له مورد من إجراء أصالة الصحة في الرجوع و لكن كما تقدم انه لا مجال لأصالة الصحة في الرجوع مع عدم إحراز المورد له، لا سيما لو قيل بأصالة الصحة في البيع المقتضية لانتهاه الرهن كما لا يخفى.

(١) و حاصله انه إذا كان بيع شيء لكونه مجهولا محكوما بالبطلان فلا يخرج ذلك البيع إلى الصحة بضم معلوم اليه و بيعهما معا لان ضم معلوم اليه لا يخرج بيعه عن كونه غرريا بل يكون البيع بالإضافة إلى المجموع محكوما بالبطلان باعتبار كون البيع بالإضافة إلى المجموع غرريا أو مجهولا- لان ما يكون بيعه محكوما بالبطلان باعتبار جهالته لا يراد به جهالة كل جزء منه الا ترى انه إذا بيع قطع غنم لا يعلم عدده و لا وصفه بمقدار من الثمن و لم يعلم و لم يشاهد المتعاقدان من القطيع الا واحدا أو اثنين يكون البيع بالإضافة إلى القطيع غرريا و لا ينفع مشاهدة الواحد أو الاثنين و كذلك إذا اشترى مزرعة شاهد بعضها و لم يعلم أو يوصف الباقي يكون البيع المزبور محكوما بالبطلان و على ذلك فلا يفيد في بيع الصبرة المجهولة مقدارها ضم مقدار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٠

.....

معلوم إليها أو في بيع السمك في الأجمة المجهول عددا أو وصفا ضم القصب الكافي في بيعه المشاهدة. و ربما يقال ان بيع المجهول انما يحكم ببطلانه فيما كان المجهول مقصودا بالبيع استقلالاً أو كان المقصود بالبيع منضمنا الى المعلوم بحيث يكون متعلق البيع و المقصود تملكه هو المركب من المجهول و الضميمة و اما إذا كان المجهول يعد تابعا للمبيع كأساس الجدار فلا تكون جهالته موجبة لبطلان البيع.

و هذا على ما ذكر المصنف (ره) ليس تفصيلا لان المانعين عن بيع المجهول و لو بالضميمة يرادون بيعه استقلالاً أو منضمنا و اما إذا كان بحيث يعد تابعا فلا يضر حيث لا يخلو بيع الشيء كالدار و الثوب و نحوهما عن مثل هذه الجهالة. هذا كله خلافا للشيخ و ابن حمزة و الإسكافي و القاضي بل المنسوب الى المشهور كما في مفتاح الكرامة صحة بيع المجهول مع الضميمة و استدلووا على ذلك بعدة من الروايات.

منها مرسله البرزطي من ابي عبد الله (ع) قال إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شيئا من سمك فيباع و ما في الأجمة و ذكر المصنف (ره) ان وجود (سهل) في سندها كارسالها سهل لا- يضر باعتبارها و لعل نظره (ره) الى ما يقال في توثيق سهل من كثرة رواياته التي تصدى لنقلها أرباب الحديث كالكليني و الصدوق و الشيخ قدس سرهم و قد يبلغ ما رووا عنه ما بين الألفين و الألفين و خمسمائة حديث و قد ورد عن المعصومين عليهم السلام اعرفوا منازل الرجال بقدر رواياتهم عنا و من كونه شيخ الإجازة و من ان الشيخ (قده) و ثقة في رجاله.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤١

.....

و لكن لا يخفى ما في الوجوه فإن كثرة الرواية بمجرد لا تقتضى وثاقه الراوى حتى مع تصدى أرباب الحديث لنقلها لأن غاية ما يمكن ان يقال في حق أرباب الحديث ان شأنهم نقل الروايات التي تصلح الاعتماد عليها و لو بعد اعتضادها برواية أو روايات اخرى. و ما ورد في ان كثرة الرواية طريق لمعرفة منزلة الراوى ضعيف سنداً و ظاهره ان كثرة الرواية بوجه معتبر تكون طريقا الى جلاله

الرجل و محافظته على دينه لا مجرد كثرة الرواية و لو لم تكن بذلك الوجه و كذلك لا دلالة لكون الشخص من المشايخ الإجازة على وفاقته حيث يكون تحمل الرواية بقراءة الشيخ أو القراءة على الشيخ أو وجدانه في نسخة منسوب الى شخص و الإجازة تحتاج إليها في القسم الثالث فإنه يمكن معها ان ينسب الراوى الرواية إليه كما لا يخفى.

و اما توثيق الشيخ (قده) في رجاله فهو سهو من قلمه الشريف أو من النساخ حيث لم يذكر التوثيق في موضع آخر من رجاله بل ذكر في فهرسته انه عند نقاد الحديث ضعيف و كيف ما كان فقد ضعف الرجل النجاشي و غيره و استثناء ابن الوليد من روايات احمد بن محمد بن يحيى و لو لم يكن تضعيفه ثابتا فلا أقل من عدم ثبوت توثيقه خصوصا بملاحظة ما فعل في حقه احمد بن محمد بن عيسى الأشعري من إخراجهم من (قم) إلى (الري) و النهي عن الاستماع الى حديثه فان هذا الفعل و ان لا يكون حجة على ضعفه في الحديث كما في فعل ذلك في حق احمد بن ابى عبد الله البرقى الا انه لا يخلو عن تأييد ضعفه.

و الوجه في عدم كون الإرسال مضرا فلما ذكر الشيخ (قده) في العدة في حق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٢

.....

جماعة منهم ابن ابى عمير و البرزنى من انهم لا يروون و لا يرسلون الا عن ثقة و لكن قد تقدم في التكلم في مراسيل ابن ابى عمير انه لا يمكن الاعتماد على المراسيل أولا فلأن كلام الشيخ (قده) اجتهاد في القول المنقول في حق أصحاب الإجماع.

و ثانيا انه قد علم رواية هؤلاء عن بعض الضعفاء كما يظهر ذلك لمن لاحظ اسناد الروايات و على ذلك فمن المحتمل ان يكون المرسل عنه في الحديث المفروض في المقام ذلك الراوى الضعيف.

و منها موثقة معاوية ابن عمار عن ابى عبد الله (ع) قال لا بأس ان يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب «١» و المصنف و ان عبر عن هذه بالرواية ألا أنها موثقة لأن الشيخ رواها بسنده عن حسن محمد بن سماعه و محمد بن زياد في سندها هو محمد بن حسن بن زياد العطار الكوفى ثقة يروى عنه ابن سماعه فلا حظ و اما دلالتها على المقام فإن المراد في بيع الآجام هو بيع سمكها مع ضميمه القصب الموجود فيها بقربنة ما تقدم و ما يأتى مثل رواية أبى بصير عن ابى عبد الله (ع) في شراء الأجمة ليس فيها قصب انما هي ماء قال تصيد كفا من سمك تقول اشترى منك هذا السمك و ما في الأجمة بكذا و بكذا «٢».

و منها موثقة سماعه قال سألت عن اللبن يشتري و هو في الضرع فقال لا الا ان يحلب لك منه أسكرجة فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الاسكرجة و ما فى ضروعها بثمان مسمى فان لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى الاسكرجة «٣» و على ذلك يحمل

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب ١٢- الحديث ٥.

(٢) الوسائل الجزء (١٢) الباب ١٢- الحديث ٦.

(٣) الوسائل الجزء (١٢) الباب ٨- الحديث (١).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٣

.....

صحيحة عيص ابن القاسم قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل قال نعم حتى تنقطع أو شىء منها «١» بناء على ان المراد منها بيع اللبن في الضرع تماما أو بعضه فى الضرع و بعضه محلوبا و فى الصحيح الى ابن محبوب عن إبراهيم أبى زياد الكرخى قال قلت لأبى عبد الله (ع) ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهم

فقال لا بأس بذلك ان لم يكن في بطونها حمل كان رأس ما له في الصوف و في موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال و بخراج النخل و الآجام و الطير و هو لا يدرى لعله لا يكون من هذا شيء أبدا أو يكون أ يشتريه و في أي زمان يشتريه و يتقبل منه قال إذا علمت ان من ذلك شيئا واحدا أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به و ظاهر هذه الموثقة كما قبلها و كموثقة سماعه المتقدمة ان الضميمة يصح البيع فيما إذا كان المجهول غير معلوم الحصول أصلا لا ان الضميمة المعلوم مقدارها يصح بيع المجهول مقداره فان المحلوب في الاسكرجة بنفسه مجهول مقداره و كذلك الضميمة المعلوم إدراكها في المذكورات في موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي.

و الضميمة المذكورة في رواية إبراهيم الكرخي و هي الصوف على ظهور الغنم في نفسه غير جائز البيع فكيف يصح بيع ما في بطون الغنم.

و عن بعض جواز بيع الصوف على ظهور الغنم و لكن مع منعه عن ضم ما في بطنه الى بيعه فظاهر الرواية غير معمول به عند أحد و كذلك الحال في الضميمة المذكورة في روايتي أبي بصير و البزنطي فإن الكف من السمك في نفسه غير جائز البيع حيث ان

(١) الوسائل الجزء (١٢) الباب ٨- الحديث (٢)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٤

.....

السمك من الموزون و لذا يجري فيه ربا المعاوضة فكيف تصحيح البيع و لو قيل بكفاية المشاهدة في بيع السمك في الأجمة فهو باعتبار عدم اعتبار الوزن في بيع الكثير من الشيء فيما لم يجعل له الميزان كزبر الحديد.

أقول المتحصل من كلامه (ره) ان الضميمة المذكورة في بعض الروايات في نفسها غير جائز بيعها فكيف تصح بيع المجهول مع ان مدلولها تصحيح بيع المجهول حصوله لا مقداره و ظاهر بعضها الأخرى كرواية الكرخي غير معمول به عند أحد فلا يصح الاعتماد عليها في الحكم بصحة بيع المجهول مع الضميمة، و لكن لا يخفى عدم كون شيء مما ذكر موجبا لرفع اليد عن ظاهر الروايات و هو كون ضم ما يصح بيعه من المعلوم الى المجهول موجبا لصحة البيع و الضميمة و ان لا يوجب خروج البيع عن كونه غرريا الا أنه يتعين تخصيص ما دل على النهي عن بيع الغرر لان الروايات الواردة في المقام بالإضافة الى ما دل على النهي عن بيع الغرر من قبيل الخاص الى العام و ذلك فإن موثقة سماعه مثلا ظاهرة في ان حلب مقدار من اللبن في الاسكرجة و ضمه الى ما في ضرع الحيوان في البيع يوجب صحته و لكن لا نظر لها إلى كفيته ضم ما في الاسكرجة من كون ذلك بعد اعتبار كيل ذلك المحلوب و عدمه بل في مقام لزوم ضم الموجود الفعلي و مقتضى ما دل على اعتبار الكيل في بيع المكيل رعاية كيل ذلك المحلوب و كذلك موثقة معاوية عمار ظاهرها ان ضم القصب الى ما في الأجمة في البيع يوجب صحة البيع و لو مع احتمال ان لا يكون في الأجمة سمك و رواية أبي بصير ظاهرها ان ضم الموجود الفعلي و هو الكف من السمك يوجب صحة بيع ما في الأجمة و السمك مطلقا لم يحرز كونه موزونا بل الظاهر أنه في أطراف الشط و البحر يباع بالمشاهدة و كذا الحال في الصوف على ظهر الغنم و لذا يصح ضم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٥

.....

ذلك الصوف الى ما في البطون من الحمل و بيعها بصفقة و دعوى ان ضم الصوف على الظهر الى الحمل لم يلتزم به أحد مجازفة. نعم يبقى في البين ان الاستفادة من هذه الروايات و ما ورد في بيع الأبق مع الضميمة و في بيع الثمرة مع ضم السنة الآتية ان الضميمة

تصحح البيع في المجهول الذي لا يحرز حصوله لا المجهول الذي لم يحرز كفه أو وصفه.

ولكن يمكن ان يقال بكفاية الروايات في القول بجواز بيع المجهول مع الضميمة سواء كان المجهول من قبيل مجهول الوجود أو مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف وذلك فأن الظاهر السؤال في موثقة سماعه فرض اللبن في الضرع ولو كان شراء اللبن في الضرع محكوما بالصحة باعتبار ان اللبن في الضرع ليس من المكيل والموزون بل من قبيل الثمرة على الشجرة لكان على الامام (ع) ان يجيب بالجواز ولو مع التأكيد على فرض السائل من اعتبار إحراز وجود اللبن في الضرع لكن قد ذكر (ع) في الجواب لا الا ان يحلب لك منه أسكرجة و ظاهره اعتبار حلب بعضه و اجراء البيع على المحلوب و ما في الضرع و قوله (ع) فيما بعد (فان لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة) تعرض لصورة نادرة في الفرض و هي اتفاق عدم كون اللبن في الضرع و كون المبيع مقدار المحلوب فقط و انه يصح البيع في تلك ايضا و يكون الثمن في مقابل ذلك المحلوب كما يدل على هذه الجهة أي كون الثمن في مقابل الضميمة على تقدير عدم حصول المجهول ما في رواية الكرخي من أنه ان لم يكن في بطونها شيء كان رأس ماله في الصوف.

□

و ما في موثقة سماعه عن ابي عبد الله (ع) في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٦

.....

اهله قال لا يصلح الا ان يشتري معه شيئا آخر و يقول اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا فان لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه.

و مما ذكرنا يظهر أنه لا يمكن المساعدة على دعوى جواز بيع اللبن في الضرع بلا ضميمة فيما إذا كان وجود اللبن في الضرع محرزا مع الكراهة جمعا بين صحيحة عيص بن القاسم المتقدمة حيث ذكر سلام الله عليه فيها بعد السؤال عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل نعم حتى ينقطع أو شيء منها و بين موثقة سماعه المتقدمة التي ورد فيها لا الا ان يحلب لك منه أسكرجة أو الحكم بالجواز من غير كراهة بحمل الموثقة على صورة عدم إحراز اللبن في الضرع و الصحيحة على صورة إحرازه و وجه عدم المساعدة هو كون ظاهر الموثقة أيضا إحراز وجود اللبن في الضرع كما لا يخفى.

□

و اما المجهول وصفه فيمكن الاستفادة جواز بيعه مع الضميمة من مثل موثقة معاوية بن عمار المتقدمة حيث ذكر سلام الله عليه فيها لا بأس ان يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب فان من الظاهر ما في الأجمة من السمك كما يكون مجهولا من حيث المقدار كذلك يكون مجهولا- من حيث الوصف أيضا إذ للسمك أنواع مختلفة و يختلف قيمته بالصغر و الكبير و الأجمة الواحدة يشتمل على السماك المختلفة نوعا غالبا و بالصغر و الكبير دائما و مما ذكرنا يظهران ما قيل في وجه تصحيح المعاملة بالضميمة فيما إذا كان الشيء مجهول الوصف أو الكم بالأولية من أنه إذا حكم الشارع بصحة البيع فيما إذا كان بعض المبيع مجهول الوجود يكون البيع محكوما بالصحة في مجهول الوصف و الكم بالفحوى لا يمكن المساعدة عليه فان المراد بالصحة فيما إذا كان البعض مجهول الوجود وقوع الثمن في مقابل الضميمة و ذلك المجهول على تقديره

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٧

.....

و وقوعه بتمامه في مقابل الضميمة على تقدير عدمه و هذا لا يجري في مجهول الوصف و العمدة في المقام ما ذكرنا. نعم يبقى في البين دعوى ان تصحيح الضميمة يختص بموارد النصوص أو يعم كل مجهول من حيث الوجود أو المقدار أو الوصف و

لا يعد التعميم لان السمك أو اللبن أو الحمل أو العبد أو الثمرة من موارد النصوص معرض للجهالة و لذا وقع السؤال عنها و المتفاهم من الأجوبة الواردة فيها ان الضميمة علاج لبيع المجهول.

و لكن الاستفادة من النصوص ان كل مبيع يكون النهى عن الغرر مقتضيا لفساد بيعه اما لعدم العلم بوجوده أو بحصوله أو للجهل بأوصافه يكون بيعه مع الضميمة محكوما بالصحة و يرفع اليد بها عن عموم النهى عن بيع الغرر.

و اما إذا كان الشيء مكيلا- أو موزونا أو معدودا بالفعل و أريد فى التخلص عن كيله أو وزنه أو عدده بضم الضميمة اليه و بيعها بصفقة فهذا خارج عن مدلولها فان اللبن فى الضرع أو السمك فى الأجمة أو العبد الآبق أو الحمل فى بطن الدابة لا يكون شىء منها من المكيل أو الموزون أو المعدود بالفعل و لذا يجرى البيع عليها عند العقلاء و لا يعدونها من المكيل أو الموزون أو المعدود و لا يفيد الضميمة فى التخلص عن بيعها بالكيل أو الوزن أو العدد أخذا بإطلاق النهى عن بيع المكيل أو الموزون أو المعدود من غير تعيين كيله أو وزنه أو عدده فإن النهى المزبور يعم ما إذا كان بيعها مع ضميمة معلوم كيلها أم لا كما لا يخفى هذا كله ما إذا بيع المجهول مع الضميمة بصفقة واحدة و اما إذا جرى البيع على الضميمة فقط و اشترط فى بيعها كون المجهول ملكا للمشتري بلا عوض فيحكم بصحة البيع و الشرط بناء على ما هو الأظهر من ان الغرر فى الشرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٨

[بقي الكلام فى ما كان المجهول تابعا]

بقي الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم (١)

لا يبطل الشرط و لا البيع إلا إذا كان موجبا للغرر فى نفس البيع.

و اما ما ذكره المصنف (ره) فى أول كلامه من ان مقتضى الأدلة ان يبيع المجهول مع الضميمة بصفقة واحدة يوجب بطلان البيع بتمامه فلا يمكن المساعدة عليه فان مقتضى انحلال البيع نظير انحلاله فيما إذا باع ما يملك و ما لا يملك الحكم بصحة البيع بالإضافة إلى الضميمة و البطلان بالإضافة إلى المجهول و يعلم طريق تقسيط الثمن المسمى لكل من المجهول و الضميمة مما تقدم فى طريق تقسيطه فى بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله بصفقة واحدة فتدبر.

(١) حكى عن العلامة التفصيل فى المجهول بأنه إذا كان مقصودا بالبيع بطل و إذا كان تابعا فلا بأس به بمعنى انه يصح البيع و يدخل المجهول فى ملك المشتري و يقع الكلام فى المراد من التابع و المقصود بالبيع و استظهر المصنف (ره) من كلماتهم ان مرادهم من التابع يختلف و هذا الاختلاف ينتهى إلى وجوه.

الأول ما يظهر من القواعد و التذكرة و غيرهما من انه إذا كان المجهول شرطا فى المبيع بحيث يدخل فى ملك المشتري يحكم بصحة البيع و جهالة الشرط لا يضر بصحة البيع بخلاف ما إذا جعل جزءا من المبيع بان يكون الثمن بإزاء المجموع من المعلوم و المجهول فى مدلول الإيجاب و القبول و على ذلك فلو باع العبد لا يدخل ماله فى المبيع بناء على تملكه المال نعم مع اشتراط دخوله فى المبيع يدخل العبد فى ملك المشتري مع ماله على النحو الذى كان مالكا للمال عند البائع و اما إذا قيل بعدم جواز تملك العبد و جعل المال جزءا من المبيع لاعتبر فيه شرائط البيع و منها معلوميته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٤٩

.....

الثانى ما عن جامع المقاصد و المحكى عن الشهيد فإنه قد ذكر الأول فى رد ما تقدم فى بيان التابع ان عبارة العقد لا اعتبار بها و ان ما

قيل من انه لو كان حمل الحيوان جزءا من المبيع لكان باطلا و ان جعل شرطا صح غير صحيح بل يبيع الأم مع حملة محكوم بالصحة لأن الحمل تابع شرطا أو جزءا و لو باع العبد مع ماله يدخل ماله أيضا في المبيع ان قلنا بان العبد يملك سواء جعل جزءا أو شرطا و ان قلنا بأنه لا يملك لا يصح جعل المال في البيع إلا إذا كان معلوما لانه ليس بتابع على هذا القول و المتحصل من كلامه ان ما يعد تابعا عرفا بان يكون الشيء محسوبا عرفا من فروع المبيع كالحمل بالإضافة إلى الأم و ان لم يكن تملك الأصل مقتضيا لتملكه أيضا يجوز كونه مجهولا سواء ذكر في العقد بصورة الاشتراط أو بصورة الجزء و كل ما لا يكون كذلك فلا يجوز كونه مجهولا سواء أتى بصورة الاشتراط أو بصورة الجزء كما انه لا يفرق في كون شيء تابعا كما ذكر بين تعلق الغرض الشخصي من المتبايعين أو أحدهما بتمليكهما و تملكهما معا في مقابل الثمن أو كان عرضهما أو غرض أحدهما تمليك المتبوع و تملكه أو التابع كما يتفق الأخير في شراء بعض افراد الخيل حيث يكون الغرض الأصلي تملك حملة.

الثالث ان يكون كون شيء تابعا أم لا- بقصد المتعاقدين نوعا و إذا كان الغرض الأصلي للمتعاقدين غالبا في تملك المجهول و المعلوم خصوص المعلوم كما إذا كان الثمن في البيع بمقدار يشتري به المعلوم فلا يضر جهالة الآخر جعل سواء جزءا أو شرطا و إذا انعكس الأمر يحكم بطلان البيع من غير فرق بين جعل المجهول جزءا أم شرطا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٠

.....

الرابع: ان يكون الميزان في كون شيء تابعا الغرض الأصلي للمتعاقدين بشخصهما فإنه لو كان الغرض الأصلي لهما تمليك و تملك المجهول فيحكم بطلان البيع جعل جزءا أو شرطا و إذا انعكس الأمر يحكم بصحته.

الخامس: ان الميزان في كون شيء تابعا الغرض العقدي للمتعاقدين دون الغرض الأصلي الباطني نظير ما قد يفعله المتعاقدان في التخلص عن المخاصمة المحتملة مستقبلا في متاع لعارض من العوارض من اجرائهما البيع على متاع آخر لا يحتمل النزاع فيه و جعل الآخر تابعا و لكن لا يخفى ان مرجع هذا الوجه الى الوجه الأول من ذكر المجهول في عبارة العقد شرطا فيكون تابعا.

ثم انه (ره) قد ذكر عدم الفرق في بطلان البيع بضم المجهول من غير فرق بين كون الضم بنحو الجزئية أو الشرطية للغرر الحاصل بالجهالة نعم إذا كان المجهول تابعا عرفيا للمعلوم بنحو ما تقدم من اضافة البيع الى المعلوم عرفا بحيث لا يعد المجهول امرا آخر منضمنا الى المبيع بل من فروعاته فان اتى الفرع بصورة جزء المبيع في عقد البيع بطل للجهالة و إذا اتى بطور الشرط فلا يكون داخلا في الغرر كما لا يكون داخلا في معقد الإجماع على كون المبيع معلوما هذا في التابع الذي لا يدخل في ملك المشتري من غير جعله شرطا أو جزءا و اما التابع الذي يدخل في المبيع و ينتقل إلى المشتري و لو كان مغفولا عنه حين البيع و لم يذكر فيه جزءا أو شرطا فالظاهر عدم كون جهالته مضره بصحة البيع إلا إذا أوجب جهالة ذلك التابع جهالة المتبوع و هذا خارج عن محل الكلام في الضميمة لأن الكلام فيها ان جهالة المجموع من الشيء و الضميمة توجب بطلان البيع أو ان معلومية الضميمة كافية في صحته و اما إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥١

.....

المتبوع الذي جرى عليه البيع مجهولا بجهالة سارية إليه من التابع فليس مورد الكلام في المقام. أقول قد يذكر للتابع وجه آخر و هو كون المجهول مذكورا في عبارة العقد بعد ذكر المعلوم أولا- و على ذلك يحمل الروايات الواردة في ضم المعلوم الى المجهول و لكن لا- يخفى فساده لانه لا يفهم فرق في مدلول الكلام بين ان يذكر المعلوم أولا بأن يقول بعث ما في الاسكرجة من اللبن و ما في الضرع بكذا أو يقال بعث ما في الضرع و في الاسكرجة بكذا أضف الى ذلك ما ورد في بيع

العقد الآبق من ذكر المجهول أولاً و في صحيحة رفاعه النحاس قال سألت أبا الحسن موسى (ع) أ يصلح ان اشترى من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا قال لا يصلح شراؤها الا ان تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فان ذلك جائز و ظاهرها جواز جعل المجهول متبوعا في عبارة العقد و كيف كان فقد تقدم ان الوجه الأول و هو التفصيل بين ما إذا كان المجهول شرطاً أو جزءاً لا- يصح في النصوص الواردة في الضميمة فإن ظاهرها جواز جعل المجهول جزءاً ولكنها لا- تعم ما إذا كان المجهول من قبيل المكييل أو الموزون أو المعدود و لو كان المجهول منها فلا- بد من التفصيل بين جعل المجهول شرطاً أو جزءاً فيصح على الأول و يبطل البيع بالإضافة إلى المجهول على الثاني و صحته على الأول مبني على ما هو الأظهر من ان الغرر في البيع موجب لبطلانه و اما الشرط فلا يبطل بالغرر كما ان الشرط المزبور لخروجه عن البيع حيث انه تمليك الشيء بالعوض لا يوجب الغرر فيه.

و بتعبير آخر و لو يكون الشرط من العقد فيعنه ايضاً و جوب الوفاء بالعقد الا انه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٢

.....

لا- يدخل في البيع و مجرد كونه غررياً لا- يوجب الغرر في البيع فما ذكر المصنف (ره) من عدم الفرق بين جعل المجهول جزءاً أو شرطاً ضعيف غايته بل لو قلنا بان الغرر في الشرط يوجب بطلانه فالباطل هو الشرط فقط و لا يسرى الى البيع لما يأتي في محله من ان بطلان الشرط لا يوجب بطلان أصل البيع و هذا فيما إذا كان الشرط بمعنى المشروط أمراً آخر لا يرجع الى خصوصية المبيع أو الثمن كما هو الفرض في مسألة الضميمة.

و إذا كان الشرط بمعنى المشروط امراً راجعاً إلى خصوصية في أحدهما فالشرط على تقدير كونه غررياً يبطل و يوجب بطلان أصل البيع ايضاً كما إذا باع المتاع بثمن و اشترط انه لا يسلمه المتاع اليه الا في زمان شاء فبطلان البيع في الفرض باعتبار كونه غررياً كما لا يخفى.

و اما كون الميزان في التابع الغرض النوعي من المتعاقدين بالمعنى المذكور في المختلف من شراء المجموع بثمن يساوي الضميمة المعلومة فيحكم بصحته لعدم الغرر و شرائه بثمن يزيد عنه بمقدار بعثني به فيحكم ببطلانه للغرر فلا يمكن المساعدة عليه لان الغرر يصدق على البيع في الفرض الأول ايضاً لو بالإضافة إلى البائع و كذا الحال على احتمال الغرض الشخصي فإن كون غرض المشتري تملك الضميمة فقط بإزاء الثمن لا- يخرج عن كونه غررياً عرفاً حيث ان الصديق عندهم لا يكون بملاك الغرض الشخصي من المتبايعين.

نعم لو كانت القيمة السوقية للشيء لا يختلف سواء إحراز جميع خصوصيات الشيء أو لم يحرز كخصوصية باطن الثوب فلا يضر الجهل بها مع إحراز عنوان المبيع و لذا يشتري الثوب و لا يدري أن بطاته قطن مصنوعى أو زراعى و يشتري الثوب و لا يدري أن مادته من النايلون أو القطن الى غير ذلك مما يتعارف الشراء في السوق من غير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٣

[مسألة الإندار للظروف]

يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه (١)

إحراز بعض الخصوصيات و لا- يدخل البيع بالجهل المزبور في عنوان الغرر و لو فيما فرض ان المشتري على تقدير علمه بواقع تلك

الخصوصية لم يقدم على شرائه و هذا أمر آخر لا يرتبط بمسألة الضميمة.

فقد تحصل ان التابع العرفي الذي لا يندرج في المبيع من غير أخذه جزءاً أو شرطاً لا بد من إحرازه مع أخذه في المبيع جزءاً ولا يضر الجهالة به فيما إذا أخذ شرطاً فإنه لا يزيد عن الشرط غير التابع و اما التابع الذي يدخل في المبيع من غير حاجة الى ذكره في العقد جزءاً أو شرطاً أم لا كمفتاح الدار و بيض الدجاجة فجهالته لا يوجب صدق الغرر في البيع أصلاً.

(١) المنسوب إلى الشهرة انه يجوز ان يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل زيادة ذلك المقدار على الوزن الواقعي للظرف و نقيصته و صرح الفخر (ره) بالإجماع على ذلك فإنه قال نص الأصحاب على انه يجوز الإندار للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصة و فرع على هذا الجواز بأنه قد استثنى من المبيع أمر مجهول و استثناء المجهول من المبيع مبطل إلا في هذا المورد و مراده من الاستثناء على ما ذكر المصنف (ره) إخراج الظرف عن متعلق البيع ابتداء بإجراء البيع على المظروف من الأول بأن يقول بعث السمن الذي في هذا لظرف بكذا و الاستثناء الحقيقي أى المصطلح و ان يكون كذلك ايضاً بمعنى انه يخرج عن حكم العام ابتداء الا ان هذا الخروج بملاحظة ذكر الاستثناء في الكلام و لو لم يذكر ذلك الاستثناء لشمل الحكم المستثنى بحسب مدلول الكلام كقوله أكرم العلماء الا الفساق منهم بخلاف الاستثناء في المقام فإنه قد ذكر البيع في الكلام ابتداء للمظروف فقط.

ثم ان في المسئلة أقوال ستة: الأول- ان المقدار المندر يعتبر كونه متعارفاً

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٤

.....

عند التجارة و عدم العلم بزيادته على الوزن الواقعي للظرف.

الثاني ما ذكر مع اعتبار عدم العلم بالنقيصة أيضاً.

الثالث اعتبار أحد الأمرين من اعتبار العادة و عدم العلم بالزيادة أو النقيصة.

الرابع جواز إندار المقدار المحتمل مطلقاً أى تراضى به المتعاقدان أم لا و لكن مع العلم بزيادته يعتبر تراضيهما.

الخامس ما ذكر مع اعتبار تراضيهما في صورة العلم بالنقيصة.

السادس انه يعتبر ان لا يوجب الإندار الغرر في البيع كما إذا لم يحتمل زيادته أو نقيصته الا بمقدار يسير يتسامح فيه ثم ان الإندار للظرف قد يكون بعد إجراء البيع على المظروف بان يوزن المظروف مع ظرفه فيعلم وزنه معاً و بعد ذلك يجرى البيع على المظروف بنحو الجملة بأن يقول بعث السمن الذي في هذا لظرف بكذا أو بنحو التسعير كما يقول بعث السمن الذي في هذا لظرف كل الكيلو منه بكذا و يحكم بصحة البيع في فرض البيع بنحو الجملة للإجماع على كفاية إحراز وزن المبيع مع ظرفه على ما تقدم في كلام الفخر و لا يحتاج إلى الإندار في هذا لفرض و يبقى الظرف في ملك البائع فيما لو لم يشترط أو لم يهبه البائع للمشتري و الأمر في فرض البيع بنحو التسعير ايضاً كذلك و لكن يحتاج تعيين الثمن الذي يستحقه البائع على المشتري الى الإندار و قد يكون الإندار قبل البيع بان يحرز وزن المظروف في نفسه بالإندار أولاً ثم يجرى البيع على المظروف المحرز وزنه بالإندار و يحكم بصحة هذا البيع أيضاً للإجماع على انه لا يعتبر وزن المبيع في الفرض بغير الإندار من اخبار البائع أو وزن المظروف مستقلاً.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٥

خصوصاً اعتبار التراضى بصورة العلم بالزيادة (١)

و استظهر المصنف (ره) من أصحاب الأقوال المتقدمة اختلافهم في تحرير المسئلة و ان بعضهم قد حررها لتعيين وزن المظروف ليجرى البيع عليه بعد ذلك و لذا اعتبر ان لا يكون الإندار بحيث يوجب الغرر في البيع و اعترض على من ذكر جواز الإندار بما يعلم

زيادته أو نقيصته مع التراضي بأن التراضي لا يوجب صحة البيع الغررى و مع إندار المقدار المعلوم زيادته أو نقيصته يكون البيع غرريا.

و يمكن استظهار هذا الوجه اى كون الإندار موجبا لإحراز وزن المبيع ليجرى البيع عليه بعد ذلك من الكلام المتقدم فى صدر المسألة عن الفخر و وجه الاستظهار ان الفخر (قده) قد فرع جواز استثناء المجهول عن المبيع أى جواز اجراء البيع ابتداء على المظروف المجهول وزنه الواقعى للجهل بوزن ظرفه على جواز الإندار فيكون جواز الإندار موجبا لصحة البيع بخلاف فرض تحرير المسألة بحيث يكون الاحتياج إلى الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير فإنه عليه يكون جواز الإندار متفرعا على جواز بيع المظروف المجهول وزنه الواقعى بنحو التسعير و يحرز بالإندار جملة الثمن الذى يستحقه البائع على المشتري.

(١) قد استظهر (ره) من كلام من اعتبر التراضي فى جواز الإندار مع العلم بزيادة المقدار المندر على الوزن الواقعى للظرف أو نقيصته عنه ان هذا القائل قد فرض الإندار بعد بيع المظروف الموزون مع ظرفه على وجه التسعير لتعيين ما يستحقه البائع على المشتري من الثمن و وجه الاستظهار ان الإندار لو كان لتعيين وزن المظروف ليجرى عليه البيع بعده فاللازم تراضي المتبايعين فى إجراء البيع على المظروف المعلوم وزنه بالإندار سواء كان المقدار المندر محتمل الزيادة و النقيصة أو معلوم الزيادة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٦

.....

أو النقيصة إذ لا- معنى لصحة البيع بدون تراضي المتبايعين و اما إذا كان الإندار بعد وزن المظروف مع ظرفه و اجراء البيع على المظروف على وجه التسعير لكان للتفصيل المزبور وجه حيث ان مع احتمال الزيادة و النقيصة لا يعلم المشتري باستحقاق البائع بأزيد مما يأخذه منه بعنوان الثمن فلا موجب لتراضيهما.

و اما إذا علم بزيادة المقدار المندر فقد يأخذ البائع من المشتري بأزيد من الثمن الذى يستحقه كما انه إذا علم نقيصته عن وزنه الواقعى يأخذ البائع أقل مما يستحق و يكون أخذ الزيادة أو النقيصة من قبيل التمليك المجانى فيعتبر تراضيهما و لا وجه فى فرض الإندار بعد بيع المظروف على وجه التسعير للإيراد على اعتبار التراضي بأن التراضي لا يدفع الغرر عن البيع و وجه عدم الإيراد ان البيع قد وقع على المظروف قبل الإندار و لو كانت معلومية وزنه مع الظرف غير رافع للغرر عن البيع يكون صحة البيع المزبور بالإجماع أو الرواية مقتضية لتخصيص النهى عن بيع الغرر.

و بذلك يظهر انه على تقدير كون الإندار بعد اجراء البيع على المظروف الموزون مع ظرفه يكون ذكر الإندار فى مسألة تعيين العوضين باعتبار ان جواز البيع كذلك تخصيص فيما دل على اعتبار الوزن المستقل فى المبيع الموزون.

و يظهر ايضا كون الإندار لتعيين مقدار استحقاق البائع من الثمن على المشتري فى فرض بيع المظروف على وجه التسعير من كلام الأردبيلي (قده) حيث ذكر فى أول كلامه فى عنوان المسئلة انه يجوز بيع الموزون بان يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقدار الظرف تخميناً فان التعبير ب (ثم) الظاهرة فى التراخي مقتضاه فرض الإندار لتعيين مقدار الثمن للمظروف المبيع على وجه التسعير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٧

.....

و نظير ذلك كلام الحدائق و ان كان ما ذكره من كون الإندار حقا للمشتري ضعيفا لأن الإندار لتعيين حق البائع على المشتري لا انه حق للمشتري و عليه فيعتبر عدم العلم بالنقيصة كالزيادة كما لا يخفى.

أقول ما ذكر المصنف (ره) من انه لو كان الإندار لإحراز وزن المظروف الذى يجرى عليه البيع بعد ذلك لاعتبر التراضي مطلقا و لم

يختص بصورة العلم بالزيادة أو النقيصة لا- يمكن المساعدة عليه لأن الإندار في هذا الفرض طريق لإحراز وزن المبيع و من الظاهر اعتبار الشيء طريقا مع العلم بمخالفته للواقع غير معقول و لا يصححه تراضى المتعاقدين و على ذلك فلا وجه لاعتبار التراضى فى إحراز وزن المبيع بل لا بد من تخصيص اعتبار الإندار بما احتمال ان يكون المقدار المندر مساويا للوزن الواقعي للظرف رضى به المتعاقدان أم لا.

و ايضا لا- يخفى ان مقتضى القاعدة الأولية عدم جواز بيع المظروف الموزون مع ظرفه من غير إحراز وزن المظروف منفردا الا- مع ثبوت ان القسطاس المستقيم فى بيع المظروف الذى يتعارف بيعه فى ظرفه هو وزن المجموع على ما جرت عليه السيرة التى لا تحتمل حدوثها بعد زمان الشارع.

و على ذلك فلو كان الإندار قبل البيع لإحراز وزن المظروف منفردا كان مشروطا باحتمال تساويه مع وزن الظرف و ان كان بعد البيع لتعيين الثمن فى المبيع على وجه التسعير جاز سواء علم بزيادته، على الوزن الواقعي أم لا- لأنه فى فرض الزيادة يتضمن التملك المجانى فيعتبر فيه التراضى و كذا الحال فيما علم نقصانه على ما تقدم، و الحاصل الظاهر ثبوت السيرة على الإندار فى كلام المقامين و لكن الإندار فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٨

.....

مقام إحراز وزن المبيع قبل البيع مشروط باحتمال تساوى المقدار المندر مع الوزن الواقعي للظرف و فى الإندار بعد البيع يجوز مطلقا و لكن مع التراضى فى صورة العلم بالزيادة أو النقصان.

بقى للإندار صورة ثالثة و هى ما إذا بيع المظروف باشتراط الوزن المعين ثم فى مقام القبض يوزن مع ظرفه و يسقط لمكان الظروف مقدار من الوزن و لا- إشكال فى جواز البيع فى الفرض لاین المعتبر فى البيع ليس خصوص الكيل الخارجى أو الوزن فعلا بل يكفى اشتراط الكيل المعين أو الوزن المعين و بهذا الاشتراط يخرج بيعه عن الجراف و لذا يصح بيع المكيل أو الوزن بنحو الكلى على العهدة أو فى المعين و على ذلك فلو كان وزن المبيع مع ظرفه و إندار المقدار المعين معلوما و لو بالتعارف صح البيع لان شراء المال مع التعارف المزبور بمنزلة اشتراط القبض المزبور سواء كان المقدار المتعارف محتمل الزيادة و النقصان أو علم أحدهما و الجواز المزبور لا يحتاج الى التثبت بالسيرة أو بذيلى الإجماع أو الرواية بل هو مقتضى القواعد الأولية كما لا يخفى.

بقى فى المقام أمر و هو ان الإندار للظروف و ان يعتبر طريقا الى تعيين وزن المظروف سواء وقع قبل البيع أو بعده لتعيين الثمن فى المبتاع على وجه التسعير أو كان للوفاء بالبيع المشروط فيه وزن خاص و لكن لو انكشف الخلاف و كون المقدار المندر زائدا أو ناقصا عن وزن الظرف لا يتدارك فيما كان مقدار التخلف متعارفا لان مقتضى السيرة المشار إليها كون الناقص أو الزائد على تقدير التخلف ملكا للآخر مجانا بالشرط الضمنى فى المعاملة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٥٩

قيل ظاهره عدم اعتبار التراضى (١)

نعم إذا كان التخلف بنحو غير متعارف فلا بد من تدارك الزائد على المتعارف باسترداد مقدار من الثمن أو المثلن هذا مع الغمض عن الروايات و يأتي التعرض لها.

(١) كان مراد القائل ان ظاهر الموثقة عدم اعتبار التراضى فيما إذا كان مما يزيد و ينقص و انه إذا كان المقدار المندر بما يزيد و ينقص فيجوز و مع كونه يزيد و لا ينقص فلا يجوز فيقع المعارضة بينها و بين رواية معلى بن حمزة حيث ظاهرها اعتبار التراضى مع

كون المندر مما يزيد و ينقص و كذا مع رواية قرب الاسناد حيث ان ظاهرها ايضا اعتبار التراضى و لو مع كون المقدار المندر مما يزيد و ينقص.

و ذكر المصنف (ره) عدم المعارضة بينها من هذه الجهة فإن التراضى مفروض فى مورد الموثقة فإن الحاسب المفروض فيها البائع أو وكيله فالرضا من قبله متحقق و المحسوب له هو المشتري السائل عن جواز اقدمه على الشراء المزبور و ظاهر هذا السؤال رضاه بالاقدم لو لا المنع الشرعى و يؤيد فرض رضاه نهييه عن الاقدام بالشراء المزبور فان نهى شخص يناسب فرض إرادته ذلك الفعل و على ذلك فيكون حاصل الجواب انه إذا كان المقدار المندر مما يزيد و ينقص فيجوز و ان كان يزيد و لا ينقص فلا يجوز الشراء رضى به المتعاقدان أم لا فيتحد الموثقة مع رواية على بن حمزة و كذا مع رواية قرب الاسناد نعم يقيد إطلاق رواية قرب الاسناد بما إذا لم يكن المقدار المندر بما يزيد و لا ينقص.

و أردف (ره) على ما ذكر ان قوله (ع) ان كان يزيد و ينقص فيه احتمالات ثلاثة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٠

.....

الأول كون المقدار المندر فى مجموع المبيع يزيد و يقتص بحسب شخص المعاملة و حيث لا- يمكن كون المقدار المندر فى المجموع بحسب شخص المعاملة زائدا و ناقصا فالمراد احتمالهما.

الثانى ان يكون المراد زيادة المقدار المندر على وزن الظرف فى بعض المبيع و نقصانه عنه بالإضافة إلى البعض الآخر فى شخص المعاملة.

الثالث ان يكون المقدار المندر مما يزيد و ينقص فى نوع المعاملة بأن يزيد فى بعض أفرادها و ينقص فى بعضها الأخرى فيستفاد كون المقدار المندر متعارفا مع عدم العلم بزيادته فى جميع الموارد و يشهد لاحتمال الأول رجوع الضمير فى قوله يزيد و تنقص الى مجموع المقدار المندر كما انه يشهد للثانى عطف ينقص على يزيد و هو العاطفة الظاهرة فى الجمع، و استشهد للثالث بما ورد فى فضول المكائيل و الموازين كصحيحه على بن عطية قال سئلت أبا عبد الله (ع). قلت انا نشترى الطعام من السفر ثم نكيه فزيد قال لى و ربما نقص عليكم قلت نعم قال فإذا نقص يردون عليكم قلت لا قال فلا بأس.

ثم ذكر (ره) انه مع الشك فى كون المندر بمقدار الظرف فالأصل عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن و لكن هذا حكم ظاهرى لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الخلاف و اما مع العلم بزيادة المقدار المندر أو نقصانه فان كان إنذار ذلك المقدر عادة فيقتضى العادة كون إسقاطه شرطا ضمنيا مع علم المتبايعين بها و مع عدم ثبوت العادة أو جهلها بها فلا يجوز الاسقاط المزبور الا باشرطه فى متن العقد بان يقول بعثك ما فى هذه الظروف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦١

.....

الموزنة مع ظرفها كل رطل بكذا على ان يسقط لكل ظرف منها كذا فيرجع هذا الاشرط إلى هبة الزيادة من المثلن أو الإبراء من المثلن أو تراضيا على هذه الهبة أو الإبراء بعد تمام البيع هذا مع قطع النظر عن الروايات.

و اما بالنظر إليها فالمتع موثقة حنان لضعف غيرها أو عدم معارضتها للموثقة و المستفاد منها جواز الإنذار جوازا واقعا فيما إذا كان المقدار المندر امرا متعارفا و لم يعلم زيادته على مقدار الظرف و قد فهم الشيخ (ره) هذا منها و لذا ذكر ذلك فى النهاية مع جريان عادته فيها على التعبير عن الفتوى بمضمون الرواية و لا يجوز المقدار المندر فيما إذا علم زيادته و المراد بعدم جوازه نظير عدم جواز

الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح فيها عدم صيرورة الزائد ملكا للآخر بمجرد الإندار وفاء للمعاملة المزبورة بل يحتاج إلى هبة جديدة.

والحاصل ان المقدار المندر لو كان مقدار المعتاد و يحتمل الزيادة و النقصان فيجوز واقعا و مع عدم أحد القيدين فان شك في زيادته و نقصانه مع عدم العادة فيجوز الإندار و لكن بحكم ظاهري و مع العادة و العلم بالزيادة أو النقصان يجوز ذلك بناء على كون الزيادة و النقيصة مع العادة بمنزلة الاشرط الضمني و لكن الحكم محل اشكال ما لم تبلغ العادة حدا يحرز كونها كالشرط في ضمن العقد لان انصراف العقد إلى العادة ليس من قبيل انصراف المطلق الى بعض افراده بل من قبيل إضافة شىء آخر من الهبة أو الإبراء إلى أصل البيع.

أقول إذا كان المستفاد من الموثقة عدم الجواز في غير ما كان المقدار المندر امرا عاديا يحتمل الزيادة و النقيصة فمقتضاه ان المقدار المندر مع العلم بزيادته أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٢

ثم الظاهر ان الحكم المذكور (١)

نقصانه حتى مع العادة يحتاج إلى هبة أو إبراء مستقل أو اشرط مستقل فلا يحكم بأحدهما بمجرد الشرط الضمني في العقد حيث ان الشرط الضمني المزبور محكوم بعدم الاعتبار.

(١) و حاصله ان الحكم بجواز الإندار لا- يختص بظروف السمن و الزيت بل الظاهر عمومه لكل ظرف يجري البيع على مظهره كما هو مقتضى رواية قرب الاسناد و لكن لضعف سندها صالحة للتأييد فقط و يحتمل قريبا ان لا يعم كل مظهر بل يختص بالظروف التي يكون بيع المظروف في ظرفه بمعنى عدم تفرغ منه عند بيعه متعارفا حيث لا يمكن التعدى عن ظروف السمن و الزيت إلى أزيد من ذلك.

نعم كما انه قد يكون بيع الشىء حال كونه في الظرف متعارفا كذلك يتعارف بيع الشىء الموزون مع صاحبه غير الموزون و على ذلك فيحتاج في تعيين مقدار ثمن الموزون إلى الإندار من وزن المجموع و إندار مقدار لصاحبه الغير الموزون كالشمع المنصوب على الحلبي المصنوع من الذهب أو الفضة فإن الحلبي موزون و صاحبه غير موزون فيوزنان معا و يندر للشمع مقدار و نظيره ما إذا بيع الظرف و المظروف و لكن كان المقصود بالأصالة هو شراء الظرف و قصد بيع المظروف تبعا كما إذا أراد شراء زقاق و لا يجد الا ما فيه دبس قليل يباع الظرف معه فإن الدبس بما انه موزون يوزن مع ظرفه و يندر للظرف مقدار لتعيين مقدار الدبس و تعيين ثمنه.

أقول تعدية الحكم الى كل ظرف يتعارف بيع مظهره حال كونه في الظرف لا بأس به للسيرة المشار إليها و عدم احتمال خصوصية لظرف السمن و الزيت من دون منع عن السيرة بل مع كونها مؤيدة برواية قرب الاسناد و كذا فيما إذا كان شراء المظروف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٣

[بيع المظروف مع ظرفه]

يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون (١)

تبعا لشراء ظرفه و اما التعدى إلى المصاحب فان أحرز ثبوت السيرة فيه ايضا فهو و الا- فمقتضى ما دل على اعتبار الوزن في بيع الموزون عدم الجواز و الله سبحانه هو العالم.

(١) يجوز بيع المظروف الذى يباع وزنا مع ظرفه بوزن المجموع و اجراء البيع عليهما بصفحة واحدة على المشهور بل لم يعرف خلاف

من الخاصة إلا- ما ذكر في الروضة من نسبة الخلاف الى بعض من غير تعيينه و عن التذكرة نسبة المنع الى بعض العامة و يمكن الاستدلال على المنع بان ما يباع وزنا و هو المظروف غير معلوم وزنه و الظرف لا يباع وزنا بل لو كان الظرف مما يباع وزنا ايضا فلا يفيد العلم بوزن المجموع لان اختلاف المظروف مع الظرف في القيمة يوجب الغرر الموجود في بيع المظروف جزافا.

و ذكر المصنف (ره) في المقام تفصيلا و هو انه إذا كان بيع المظروف في ظرفه بوزن المجموع متعارفا كما تقدم في المسألة السابقة فيكفي وزن المجموع في المقام لأن الإندار في تلك المسئلة كانت لتعيين مقدار الثمن و كان لا يعتبر في بيع مظروفه وزنه منفردا و عليه فلو كان الظرف داخلا- في البيع كما هو الفرض في المقام فلا- يحتاج إلى الإندار و لم يحصل من ضم الظرف الى مظروفه في البيع مانع آخر أو فقد شرط.

نعم إذا لم يكن الضم من قبيل بيع المظروف مع ظرفه بل من وزن الشئيين الموزونين معا و بيعهما بصفقة واحدة فان لم يحصل من بيعها كذلك غرر كما إذا كان كل منهما مساويا للآخر في القيمة السوقية فلا إشكال في صحة البيع لان الدليل على إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٤

.....

المنع اما النهى عن بيع الغرر ولا- غرر في البين على الفرض و اما ما دل على اعتبار الوزن و ظاهره اعتبار وزن مجموع المبيع لا وزن كل واحد من اجزائه التي ينحل إليها البيع و لو حصل من جمعها في البيع غرر كما إذا ضم قطعة الذهب الى قطعة الرصاص يبلغ وزن مجموعهما ألفا بصفقة واحدة مع جهالة وزن الذهب بأنه مائة أو مأتان يحكم ببطلان البيع للغرر لا لاعتبار الوزن.

أقول يحكم بصحة البيع في الفرض ايضا على الأظهر لأن الغرر في البيع مندفع بثبوت خيار الغبن و قد تقدم سابقا ان ما هو المعروف في الألسنة من ان الخيار حكم للبيع الصحيح يتم في الخيار الشرعى التأسيسى كخيار المجلس و الحيوان لا الإمضائى كخيار الشرط و يدخل فيه خيار الغبن على ما يأتي بل قيل كما عن الإيروانى (ره) بصحة البيع حتى مع إسقاط خيار الغبن فان المقام لا يزيد على بيع مالك الذهب ذهبة بقيمة الرصاص و لكنه ضعيف لان مع العلم بكون المبيع ذهبا و العلم بوزنه لا يكون بيعه بقيمة الرصاص غرريا لأخذ الجهالة في معنى الغرر فلا- يعمه النهى عن بيع الغرر كما لا- يعمه ما دل على بطلان بيع الموزون بلا وزن بخلاف مسألة ضم الذهب الى الرصاص و بيعهما بصفقة واحدة فإن مع الجهل بمقدار الذهب منفردا يعمه النهى عن بيع الغرر.

و ايضا ما يذكر المصنف (ره) من ان المصاحب غير الموزون وزنه مع الموزون و بيعهما بصفقة صحيح فيما إذا كان المصاحب تابعا لا- يمكن المساعدة عليه لان وزن المجموع يكفي في موردين أحدهما فيما إذا كان كل من الشئيين موزونا و الثانى ما إذا كان في المظروف الذى يتعارف تعيين وزنه عند بيعه بوزنه مع ظرفه و اما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٥

ثم ان بيع الظرف مع الظرف يتصور على صور (١)

في غير ذلك فلا- موجب لرفع اليد عما دل على اعتبار الوزن في بيع شىء يكون تعيين مالىته بالوزن و المفروض أنه الفضة دون الشمع.

(١) صور بيع المظروف مع ظرفه أربع: الأولى ما إذا يباع باعتبار انهما متاعين قد يباع بصفقة واحدة نظير سائر الأمتعة المباعه بصفقة واحدة بحيث لو انكشف بطلان البيع بالإضافة إلى أحدهما يقسط الثمن عليهما بتقويم كل واحد منهما منفردا ثم يؤخذ بنسبة قيمة أحدهما إلى المجموع فإذا قيل بان الظرف قيمته دينار و المظروف قيمته دينار ان يؤخذ للظرف ثلث الثمن كما تقدم في بيع ما يملك و ما لا يملك بصفقة واحدة.

الثانية ما إذا بيع المظروف و الظرف بثمان على ان يكون بعضه بإزاء المظروف على وجه التسعير بان يكون كل رطل منه بدینار و الباقي من الثمن بإزاء الظرف و لو ظهر الظرف أو المظروف مستحقا للغير يعین ثمنه بالإنذار.

الثالثة ان يباع الظرف و المظروف الموزنان معا باعتبارهما شيئا واحدا يباع على نحو التسعير و لو كان وزن المجموع عشرة أرتال يباع كل رطل من المفروض شيئا واحد بدینار بحيث لو كان وزن الظرف مفردا رطلين يكون ثمنه دینارين.

و الرابعة ان لا- يفرض المجموع شيئا واحدا بحسب التقويم بل يباع الرطل المركب من المظروف و ظرفه بدینار و على ذلك يكون تقسيط الثمن على تقدير الحاجة بحسب القيمة السوقية لكل منهما منفردا مثلا لو كان وزن الظرف خمس وزن المجموع فلا يكون ثمنه خمس تمام الثمن كما في الفرض الثالث بل بحسب قيمة الظرف منفردا و قيمة المظروف منفردا فلو كان قيمة الظرف مساوية مع تمام قيمة المظروف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٦

[دفع المال إلى الغير لصفه على طائفة]

و لم يحصل للمدفع إليه ولاية على ذلك المال (١)

يكون قيمة الرطل و هو الدينار أربعة أخماسه للظرف و ربه للمظروف و المصنف (ره) قد ذكر هذه الصورة الثالثة بقوله لا- من المركب من الظرف و المظروف لأنه إذا باع إلخ فتدبر.

(١) و تفضيل الكلام في المقام هو ان المال المدفوع الى الغير لصفه على طائفة قد يكون بحيث للمدفع إليه ولاية ذلك المال من دون ولاية لدافعه كمال الامام (ع) أو المال المجهول مالكة المدفوع الى الحاكم الشرعي فيتصرف الحاكم في المال المزبور على ما يراه الوظيفة فيهما و لكن ثبوت الولاية كذلك فيهما للحاكم شرعي كلام و ذلك فان نصف الخمس بمقتضى الآية المباركة بملاحظة الروايات ملك للإمام (ع) و لو بعنوان الامام للمسلمين و له (ع) ولاية صرف النصف الآخر على مواضعه بحيث لا يجوز لمن تعلق بماله الخمس المباشرة في وضعه في تلك المصارف كما هو ظاهر امره (ع) بإرسال الخمس إليه أو كون الخمس له مثل قوله (ع) خذ مال الناصب و ادفع إلينا خمسه و في الصحيح عن علي بن محمد بن شجاع النيشابوري فوق (ع) لي منه الخمس مما يفضل من مؤنته و في صحيحة علي بن مهزيار من كان عنده شيء من ذلك فليوصله إلى و كيلى و في موثقة عمار عن ابي عبد الله (ع) فان فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى أهل البيت الى غير ذلك.

و على ذلك فلو قيل بأن الولاية الثابتة للإمام (ع) تثبت للحاكم و الفقيه العادل في زمان الغيبة تثبت له أيضا الولاية بالإضافة إلى سهم السادة بحيث لا يجوز للمكلف صفه على موارد بلا استئذان منه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٧

.....

و اما بناء على ما هو الأظهر من انحصار ولايته بموارد الأمور الحسينية على ما تقدم تفصيلها فيجوز للمكلف الاستقلال في صرف ذلك السهم بدفعه إلى أربابها حيث ان مقتضى أصالة البراءة عدم اشتراط الاستئذان في دفعه بعد كون مقتضى الآية و الروايات ثبوت الخمس في المال نعم لو طلب الفقيه المتصدى لتنظيم أمور المسلمين، السهم المزبور للصرف على بعض مصارفه لضرورته و حبت الإجابة اطاعة أولى الأمر و لكن هذا لا يفيد الاشتراط بحيث لو خالف المكلف و دفعه الى أربابها لم يجز كما لا يخفى.

و اما بالإضافة إلى السهم المبارك فيما ان المال المزبور ملك الامام (ع) و لا دليل على دخوله في ملك الغير في زمان الغيبة ابتداء

حاكما كان أو غيره و لكن يعلم برضاه (ع) بصرفه في مصالح نظير الحوزات العلمية و الاحتفاظ بها و نشر أحكام الشرعية أصولا و فروعاً و دفع بعض ضرورات الضعفاء من المؤمنين فيجوز للفقيه صرفه على هذه المواضع مع ملاحظة الأهم و المهم و إذا كان ملاك تصرفه علمه برضاه (ع) فان رضا الدافع بصرف ذلك المال على البعض المعين من تلك المواضع فلا بد للفقيه رعايته لو احتل دخله في رضاه (ع) نعم على القول بثبوت الولاية للفقيه مطلقا لا في خصوص الأمور الحسبية فلا حاجة الى رعايته.

و اما المال المجهول مالكة فقد تعرضنا لحكمه في بحث المكاسب المحرمة و انه يظهر من بعض الروايات ثبوت ولايته للإمام (ع) و لو قيل بثبوت هذه الولاية للفقيه العادل فيعمل فيه بما وظيفته و على ما ذكرنا من انحصاره ولايته بموارد الأمور الحسبية و انتظام نظام جامعة المسلمين فيعمل كل من وقع بيده المال المزبور بوظيفة المال من التصديق به بعد يأسه عن الظفر بمالكة بعد الفحص عنه أو قبله و احتمال اعتبار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٨

.....

الاستيذان مدفوع بإطلاق الروايات الظاهرة في أن الوظيفة في المال المزبور هو التصديق فراجعها. ثم انه ذكر (ره) في المقام أي فيما كان المدفوع اليه من طائفة يصرف المال عليهم و لم يكن له ولاية في ذلك المال صور ثلاث الاولى ما إذا علم بقرينة حالية أو مقالية إخراج الدافع المدفوع اليه من ذلك القبيل و عدم رضاه بأخذه من المال كما إذا عين له مقدارا قبل الدفع أو بعده ففي هذه الصورة لا يجوز للمدفع إليه الأخذ منه لان المال المزبور ملك للدافع أو له ولاية في دفعه و على كل تقدير فلا يجوز أخذه بلا رضاه.

الثانية ما إذا كان في البين قرينة على رضاه بأخذ الدافع لنفسه ايضا فيجوز له الأخذ و لكن فيما إذا اختلف المقدار المعين للأصناف و لو من قبل الدافع فهل الميزان في أخذ المدفوع اليه اعتقاده أو اعتقاد الدافع الأظهر التفصيل بين ان يكون تعيين الدافع على عنوان صنف على وجه الموضوعية فالمتبع إحراز المدفوع اليه و اعتقاده و بين كونه على وجه الداعوية فالمتبع اعتقاد الدافع و إحرازه.

و مراده (ره) من كون عنوان الصنف على وجه الموضوعية ان يكون التعيين للعنوان بنحو القضية الحقيقية فإنه يوكل فيها إحراز عنوان الموضوع في الخارج الى المكلف كما إذا قال ادفع لكل مجتهد كذا و لكل مشغل كذا و خذ أنت ما يخصك و من كونه على وجه الداعوية كون التعيين بنحو القضية الخارجية حيث ان تطبيق العنوان على الخارج في التعيين بمفادها بعهدة الدافع و لكن لا يخفى انه كما يكون في المجعول بنحو القضية الحقيقية الميزان نظر المدفوع إليه بالإضافة إلى الأخذ لنفسه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٦٩

.....

كذلك يكون هو المتبع بالإضافة إلى تعيين كون فرد من أي صنف و كذا يكون المتبع في المجعول بنحو القضية الخارجية نظر الدافع بالإضافة إلى المدفوع اليه و غيره.

الصورة الثالثة ما إذا لم تقم قرينة على رضا الدافع بأخذ المدفوع اليه لنفسه و لا عدم رضاه فهل يجوز له الأخذ لنفسه قيل لا مطلقا و قيل يجوز لنفسه مثل ما يعطى لغيره و قيل يجوز لو قال ضع هذا المال في مواضعه أو ما يفيد ذلك و لا يجوز فيما لو قال ادفع المال أو أعطه و قيل بالجواز لو قال ضع هذا المال أو نحوه و اما إذا قال ادفعه أو أعطه فإن كان الدافع عالما بكون المدفوع اليه من القبيل فلا يجوز و ان لم يعلم به فيجوز للمدفع إليه الأخذ لنفسه و استدل على المنع مطلقا بظهور اللفظ في مغايرة المأمور بالدفع مع المعطى لهم المؤيد بما ورد فيمن و كله المريعة في تزويجها فأراد تزويجها من نفسه و فيمن و كله الآخر في الشراء له فاعطى المتاع من

عنده و بصحيفة عبد الرحمن بن الحجاج على ما فى التحرير قال سألته عن رجل أعطاه رجل ما لا ليقسمه فى محاييج أو مساكين و هو محتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئاً حتى يأذن له صاحبه.

أقول دعوى ظهور كلام الدافع فى مغايرة المعطى لهم مع المدفوع اليه ممنوع فيما إذا كان توكيله فى تقسيم المال بنحو يفهم منه إيكال إحراز كون المعطى له من أى القبيل الى المدفوع اليه سواء قال ضع هذا لمال لكل مجتهد من البلد أو قال ادفعه اليه و مغايرة الموكل مع المعطى له كاف فى صدق الدفع و خصوصاً فيما إذا كان المال المزبور من قبيل الزكاة المعبر فيها مغايرة المكلف بالأداء مع المعطى لهم سواء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٠

.....

كان أدائه بالمباشرة أو بنحو التوكيل و التسبيب.

و أما تأييد المنع بما ذكروا فى توكيل المريئة من عدم جواز تزويج الوكيل المرأة من نفسه فلا يمكن المساعدة عليه فان المنع فى تلك المسئلة مورد الخلاف و قد ذكر جماعة جواز تزويج الوكيل المرأة من نفسها فيما كان توكيله بنحو العموم بل مع الإطلاق أيضاً و ربما يستدل على المنع فيها بصحيفة الحلبي عن ابى عبد الله (ع) فى حديث انه قال فى امرأة و لت أمرها رجلاً فقال زوجنى فلانا فقال لا زوجتك حتى تشهدى أن أمرك بيدى فأشهدت له فقال عند التزويج للذى تخطبها يا فلان عليك كذا و كذا قال نعم فقال هو للقوم اشهدوا ان ذلك لها عندى و قد زوجتها من نفسى فقالت المرأة ما كانت أتزوجك و لا كرامة و لا امرى الا بيدى و لا وليتك امرى إلا- حياء من الكلام قال تنزع منه و يوجع رأسه و لكن لا يخفى عدم دلالتها ما ذكر بل ظاهرها إنكار المرأة توكيلها إلا فى تزويجها من شخص معين قد كان خطبها قبل التوكيل أو بعده و انها قد وكلها لاستحيائها فى المكالمة مع ذلك الشخص فلا يدل على المنع فيما إذا اعترفت بأنها و كلته بنحو العموم أو الإطلاق بحيث يعم التوكيل الزواج من كل زوج كما هو المفروض فى المقام. و ان استندوا فى المنع فى تلك المسئلة بموثقة عمار الساباطى قال سئلت أبا الحسن (ع) عن امرأة تكون فى أهل بيت فتكره ان يعلم بها أهل بيتها أ يحل لها ان يوكل رجلاً يريدان يتزوجها تقول له قد و كلتك فاشهد على تزويجى قال لا، قلت جعلت فداك و ان كانت أيما قال و ان كانت أيما قلت فان و كلت غيره بتزويجها منه قال نعم و لا يخفى ان مقتضاها عدم جواز توكيل المرأة رجلاً فى تزويجها من نفسه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧١

.....

و لو مع التصريح و لذا ذكروا ان المنع باعتبار عدم جواز تولى شخص واحد طرفى العقد فى نكاح المتعة كما هو ظاهر السؤال أو مطلقاً و هذا ليس مورد الكلام فى المقام و يحتمل قريباً ان يكون المنع يختص بما إذا كان المتولى لطرفى العقد زوجاً و لا يعم توكيل الواحد من الزوجين فى إجراء العقد حيث يحتمل ان يكون ملاك المنع فى تولى الزوج دفع التهمة الناشئة من عدم الشاهد للعقد.

و اما التأييد بما ورد من انه ليس للوكيل فى الشراء إعطاء المتاع من عنده فهو ايضاً مورد الخلاف لمعاوضة الأخبار الواردة فيه و بقرينة التعليل الوارد فى بعضها يكون مقتضى الجمع بينهما الحمل على الكراهة نعم فى رواية على بن سليمان قلت له الرجل يأتينى فيقول اشتر ثوباً بدينار أو أقل أو أكثر و اشترى له بالثمن الذى يقول ثم أقول هذا الثوب بكذا و كذا بأكثر من الذى اشتريته و لا أعلمه أنى ربحت عليه و قد شرطت على صاحبه ان ينقذ بالذى أريد و لا أزد به عليه فهل يجوز الشرط و الربح أو يطيب لى شىء منه و هل

يطيب لى ان أريح إذا كنت استوجبتة من صاحبه فكتب لا يطيب لك شىء من هذا فلا تفعله و لكن مع ضعف سندها ان المنع فيها باعتبار الغش فى البيع و إيهاام انه اشترى الثوب من صاحبه له بنحو التوكيل بالثمن الأزيد كما لا يخفى.

و يبقى فى البين صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج و مقتضى الجمع بينها و بين صحیحة الأخرى و سائر الروایات الظاهرة فى الجواز هو حمل النهى فيها على الكراهة و اما حمل الصحیحة المانعة عن الأخذ على صورة كون العنوان المفروض لصرف المال داعيا لدافع المال بان يكون دفعه المال لقبيل بنحو القضية الخارجية المحض و حمل المجوزة على صورة كون الدفع بنحو القضية الحقيقية بأن يكون غرض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٢

[خاتمة فى احتكار الطعام]

احتكار الطعام و هو كما فى الصحاح (١)

الدافع صرف المال على كل معنون بذلك العنوان من غير خصوصية لفرد دون فرد فليس من الجمع العرفى.

وقيل بحمل المانعة على ما إذا كان المال المدفوع ملكا لشخص الدافع كما هو ظاهر لفظ صاحبه و المجوزة على ما إذا كان المال المدفوع من الحقوق كالزكاة و لكن هذا الحمل أيضا غير صحيح لورود صاحبه فى الاخبار المجوزة أيضا و الأظهر جواز الأخذ لنفسه الا ان يعلم المدفوع اليه بعدم رضا الدافع بأخذه و على تقدير جواز الأخذ لا يختص جواز الأخذ بالمقدار المساوى لما يعطى لغيره كما هو القول الثانى من الأقوال المتقدمة فإن الظاهر و لا- أقل من الاحتمال ان يكون ما فى قوله (ع) مثل ما يعطى لغيره مصدرية فيكون مفاده انه كما يجوز إعطائه للغير يجوز الأخذ لنفسه ايضا و الله سبحانه هو العالم.

(١) يقع الكلام فى الاحتكار بمعنى جمع الطعام و حبسه لتربص الغلاء يقع فى مقامين، الأول فى حكم الاحتكار من حيث الجواز و عدمه و الثانى فيما للحاكم و ولى المسلمين ان يفعله فى معالجة الاحتكار و دفع اضطرار الناس و اما الأول فمن الصدوق و الشيخ فى الاستبصار و ابن إدريس و القاضى و العلامة فى بعض كتبه عدم جواز الاحتكار فعلى مالك الطعام جعله فى معرض البيع مطلقا و عن الشيخ (ره) فى المبسوط و المقنعة و الحلبي و العلامة فى بعض كتبه جواز الاحتكار ما كان فى البين باذل يكفى بذله بحيث لا يقع مع حبسه الناس أو بعضهم فى الحرج فى تحصيل قوتهم و مع عدم وجود البازل كذلك فيحرم و ذكر المصنف (ره) كراهة الاحتكار مع وجود البازل و ادعى بأن الكراهة مسلم عند القائلين بالجواز و يحرم مع عدم البازل و استدل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٣

.....

على ذلك بصحیحة سالم الحناط قال قال أبو عبد الله (ع) ما عملك قلت حناط و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على كساد فحبست قال فما يقول من قبلك فيه قلت يقولون محتكر فقال يبيعه أحد غيرك قلت ما أبيع انا من الف جزء جزءا قال لا بأس انما كان ذلك رجل من قريش يقال حكيم بن حزام و قال إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبى (ص) فقال يا حكيم بن إياك ان تحتكر (١).

و صحیحة الحلبي عن ابى عبد الله (ع) قال سئل عن الحكرة فقال إنما الحكرة ان تشتري طعاما و ليس فى المصر طعام يباع فلا بأس ان تلتمس بسلعتك الفضل و فى صحیحة حماد قال و سألته عن الزيت فقال إذا كان عند غيرك فلا بأس بإمساكه و فى كتابه (ع) الى مالك الأشرع على ما فى نهج البلاغة (فامنع عن الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه) و ظاهره الحكم الشرعى للاحتكار فى نفسه لا

الحكم ولاية كما هو مقتضى التعليل بان رسول الله (ص) قد منع منه خصوصا بملاحظة مثل صحيحة سالم الحنات المتقدمة. و صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله (ع) قال سلته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك قال ان كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا بأس به و ان كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره ان يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام و المراد بالكراهة هو التحريم حيث ان الكراهة بمعناها اللغوي يطلق على الكراهة الاصطلاحية و على التحريم و القرينة على إرادة الحرمة في المقام ان الكراهة الاصطلاحية ثابتة في احتكار الطعام مع البازل بلا ريب فإنه موضع وفاق من القائلين بالجواز

(١) الوسائل الجزء ١٢- الباب ٢٨ من أبواب آداب التجارة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٤

.....

فيكون مقتضى الشرطية الأولى انتفاء الجواز الكراهتي مع عدم سعة الطعام للناس و كان الشرطية الثانية تصريح بالمفهوم من الشرطية الأولى أضف الى ذلك انه لا يناسب الكراهة الاصطلاحية ترك الناس و لا طعام لهم كما لا يناسب شدة الكراهة. أقول ثبوت الكراهة مع البازل و سعة الطعام للناس لم يظهر له وجه معتبر لتكون الشرطية الثانية دالة على ثبوت التحريم نعم عدم مناسبة التعليل مع الكراهة بل مع الكراهة الشديدة صحيح ثم أيد (قده) التحريم مع عدم البازل كفاية برواية المجالس بسنده عن ابي جعفر (ع) قال رسول الله (ص) أيما رجل اشترى طعاما فكبسه أربعين صباحا يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفارة لما صنع و لكن لا يخفى ما في التأييد حيث انها ضعيفة سندا و دلالة اما من حيث السند فلو قوع على بن محمد الزبير في سندها و كونه راويا لكتب بنى فضال لا يقتضى نقله هذه الرواية من كتبهم التي عرضوها للعسكري (ع) و لا دلالة لقوله (ع) خذوا بما رووا أو ذروا ما رأوا على اعتبار كل رواية وجدت في كتبهم حتى ما إذا كان اتصالها الى المعصوم (ع) بسند ضعيف بل مفاده ان فساد مذهبهم لا- يوجب ترك رواياتهم بل يعمل بها على طبق موازين العمل بالخبر الواحد و لذا لم يعهد من أحد الالتزام عند تعارض الخبرين بتقديم ما يكون في سنده من بنى الفضال و بتعبير آخر لا- يزيد الكلام المزبور على ما ذكر الكشي في حق جماعة من الإجماع على تصحيح ما يصح عنهم هذا مع ان في ثبوت القول المزبور عن العسكري (ع) تأملا.

و اما دلالة فلان مقتضى معتبرة السكوني جواز الاحتكار إلى أربعين يوما كما ان مقتضى صحيحة الحلبي المتقدمة جوازه بأكثر منه و لو كان ذلك بالتماس الفضل و الغلاء و أيد التحريم ايضا بما في كتاب ورام بن أبي فراس عن النبي (ص) عن جبرئيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٥

.....

قال اطلعت في النار و رأيت واديا في جهنم يعلى فقلت يا مالك لمن هذا قال لثلاثة للمحتكر و المدمنين للخمر و القوادين و بما ورد في إجبار المحتكر على البيع كما في موثقة غياث الآنية فإن الإجماع على البيع مع عدم حرمة الاحتكار بعيد و ينافي قاعدة تسلط الناس على أموالهم بخلاف ما حرم الاحتكار فإن الإجماع على تركه من الوالي داخل في عنوان المنع عن المنكر.

أقول حرمة الاحتكار مع عدم باذل بقدر الكفاية مقتضى صحيحة سالم الحنات فان قوله (ص) لحكيم بن حزام ظاهر في كونه تحذيرا أو نهيا شرعيا لا- بعنوان اعمال ولايته (ص) على الرعية لتنظيم اجتماعاتهم و أمورهم فإن حمل الأمر أو النهي على ذلك يحتاج إلى قرينة و الا كان الظاهر كونه بعنوان أنه الشارع خصوصا بملاحظة مثل ما في موثقة إسماعيل بن زياد من قوله (ع) لا يحتكر الطعام الا خاطئ فإن النهي بالجملة الخبرية و التعبير عن المحتكر بالخاطئ الظاهر في العاصي كقوله سبحانه لا- يأكله الا الخاطئون يناسب

التحريم و كذلك معتبرة السكونى المتقدمة فإنه و ان ورد فيها التحديد بالأربعين و ثلاثة أيام الا أنه كما يأتي بملاحظة ضرورة الناس و عدمها فى ذلك الزمان جمعا بينها و بين غيرها مما تدل على عدم البأس بالحكرة مع سعة الطعام للناس .
و الحاصل انه لا- دليل على كراهة الاحتكار فى الخصب بل ظاهر الروايات إباحته مع وجود البازل بقدر الكفاية و عدم جوازه مع الشدة و عدم البازل و لو لم يحصل حاجة الناس الى حد يوجب الاحتكار هلاك النفس منهم بالجوع و نحوه و على ذلك فيكون التحريم كذلك خلاف الأصل و بتعبير آخر المراد بضرورة الناس
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٦

.....

الى الطعام ليس الاضطرار الموجب لبذل الطعام إليهم لإنقاذ أنفسهم عن الهلاك بل المراد حاجتهم اليه بحيث يكون حبسه عنهم موجبا لوقوعهم فى الضيق و الصعوبة كما هو ظاهر قوله (ع) و ان كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره ان يحتكر و ترك الناس ليس لهم طعام و فى صحیحه حماد و سألته من الزيت فقال إذا كان عند غيرك فلا بأس بامساكه فإن تصوير الاضطرار الموجب للبذل مجانا أو مع العوض فى الزيت غير واقع أو نادر جدا.

و على ذلك فيقع الكلام فى موارد الاحتكار و لا- خلاف فى كون الغلات الأربع من موارد و كذا السمن و المشهور على اضافة الزيت و عن بعض اضافة الملح ايضا و فى موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام ليس الحكرة إلا فى الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و الزيت و نحوها رواية السكونى و غيرها و اما الملح فلم يرد فى روايته و استفادته من فحوى التعليل الوارد فى بعض الروايات على ما ذكر المصنف (ره) لا يمكن المساعدة عليها فان قوله (ع) فى صحیحه الحلبي فإنه يكره ان يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام لا يستفاد منه الا عدم جواز حبس الطعام مع حاجة الناس اليه.

لا يقال قد ورد المنع عن احتكار الطعام فى الروايات المعتبرة و تحديد موارد الاحتكار بالغلات الأربع لكونها الطعام الغالب فى ذلك الزمان نظير تحديد الاحتكار فى الخصب بأربعين يوما و الشدة بالثلاثة و على ذلك فلو كان الطعام الغالب فى زمان آخر فى البلاد أو بعضها غير تلك الغلات أيضا كالأرز بالإضافة إلى عصرنا الحاضر و الذرة فى بعض البلاد فلا يبعد الأخذ بما ورد فى احتكار الطعام من المنع و الالتزام بعدم جواز احتكاره مع حاجة الناس اليه و لذلك ذكر بعض الفقهاء بأنه لا يبعد تحقق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٧

الثانى روى السكونى (١)

الاحتكار المحرم فى كل ما يحتاج إليه عامة أهالى البلد من الأطعمة كالأرز و الذرة بالإضافة الى بعض البلاد.

فإنه يقال لم يظهر ان الطعام فى تلك الروايات بمعنى ما يطعم به المعبر عنه ب (غذا) بل من المحتمل جدا ان يكون بمعنى الحنطة كما هو الشائع فى استعماله بحيث ذكر انه أحد المعنيين له بل يظهر كونه المراد من صحیحه سالم الحنط و على تقدير كونه بمعنى ما يطعم به يكون ظاهر التحديد فى مثل موثقة غياث بن إبراهيم حاكما على الإطلاق و ينحصره بالغلات و كيف يمكن المساعدة على الدعوى المزبورة مع ان الأرز و الذرة كانا فى زمان الأمة من القوت الغالب كما يظهر ذلك بملاحظة بعض ما ورد فى انحصار الزكاة الفريضة بالغلات و مع ذلك ذكر (ع) بأنه ليس الحكرة الا من الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و الزيت و لا يقاس ذلك بتحديد الاحتكار فى الخصب بأربعين يوما حيث ان الحمل المزبور فيه مقتضى الاستشهاد على الجواز و تعليل المنع فى الروايات فلا حظ.

□

(١) حاصله انه قد ورد فى معتبرة السكونى عن ابى عبد الله (ع) جواز الاحتكار فى أيام الخصب بأربعين يوما و فى الشدة بثلاثة أيام

قال الحكرة في الخصب أربعون يوما و في الشدة ثلاثة أيام فما زاد على الأربعين يوما في الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد على ثلاثة أيام في عسرة فصاحبه ملعون و يؤيد تحديد الجواز بأربعين يوما رواية أبي مريم المروية في مجالس الاخبار عن أبي جعفر (ع) قال قال رسول الله (ص) أيما رجل اشترى طعاما فكبسه أربعين صباحا يريد غلاء المسلمين ثم باعه و تصدق بثمانه لم يكن كفارة ما صنع و حكى عن الشيخ و القاضي و ابن حمزة قد سرهم العمل بمضمون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٨

.....

معتبرة السكوني و ذكر الشهيد (ره) ان الأظهر تحريم الاحتكار مع حاجة الناس و مظنة الحاجة مضي أربعين يوما في الخصب و ثلاثة أيام في الغلاء و أعقب (ره) على ذلك بان تحديد انتفاء الجواز عن الاحتكار بحاجة الناس كما عن المقنعة و غيرها حسن و كذا حمل معتبرة السكوني على حصول الحاجة في الخصب بالأربعين و ان الأربعين كان مظنتها في الخصب و الثلاثة في الشدة و لذا لا يكون التحديد المزبور تحديدا شرعيا.

أقول ما ذكر المصنف (ره) من تأييد تحديد الجواز بالأربعين يوما في الخصب و في الشدة بثلاثة برواية المجالس عجيب فان ظاهر المعبرة جواز الاحتكار بأربعين يوما و انما يحرم بعد ذلك و ظاهر رواية المجالس انه حبس الطعام و احتكار بأربعين يوما حرام من غير فرق بين أيام الخصب أو الشدة و أنه لا بد قبل انتهاء الأربعين من جعل الطعام في معرض البيع فكيف يكون الثاني مؤيدا للمستفاد من المعبرة و من هنا يظهر انه لا يمكن الأخذ بظاهر المعبرة باعتبار معارضتها بصحيفة إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام الظاهرة في عدم جواز الاحتكار بأربعين يوما بلا فرق بين أيام الخصب و الغلاء قال رسول الله (ص) فيها في عداد المكاسب المكروهة و اما الحنات فإنه يحتكر الطعام على أمته و لئن يلقى الله العبد سارقا أحب الى من ان يلقاه سارقا قد احتكر الطعام أربعين يوما فان ظاهره لزوم جعل الطعام في معرض البيع قبل انقضاء أربعين يوما بلا فرق بين أيام الخصب و الضيق و ظاهر المعبرة عدم لزوم ذلك و انما يلزم بعد انقضاء أربعين يوما هذا أولا و ثانيا قد تقدم ان التحديد المزبور لا يناسب الجواز الوارد في صحيفة سالم الحنات و غيرها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٧٩

الثالث مقتضى ظاهر صحيفة الحلبي (١)

(١) الظاهر من صحيفة الحلبي في بدو النظر انحصار عدم جواز الاحتكار بما إذا كان تملك الطعام و نحوه بالشراء و أنه إذا كان حبس الطعام المشتري لغرض الاسترباح فلا بأس به مع عدم حاجة الناس و ضرورتهم و لا يجوز ذلك الحبس مع الحاجة و الضرورة و هذه الصحيفة ناظرة إلى تحديد الاحتكار المحرم فيرفع اليد بها عن إطلاق سائر الروايات و عن بعض العامة و الخاصة اختيار ذلك و لكن ذكر المصنف (ره) انه يرفع اليد عن خصوصية التملك بالشراء بقريته التفريع على الحصر يعني قوله (ع) فان كان في المصر طعام يباع فلا بأس ان يلتبس بسلعتك الفضل فان مفهوم التفريع عدم جواز انتظار الفضل بالسلعة مع عدم وجود الطعام للناس سواء كان تملك السلعة بالشراء أو بالزرع أو الإرث أو غير ذلك و يؤيد عدم الانحصار تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه سواء كان الجمع و الحبس جمعا خارجيا بالزرع أو بالشراء و نحوه نعم يحتمل ان يراد بالجمع في كلامهم الجمع في الملك أي التملك بالشراء و يؤيد أيضا عدم الانحصار التعليل الوارد في صحيفة الأخرى من قوله (ع) فإنه يكره ان يحتكر الطعام و يترك الناس ليس لهم طعام فان مقتضاه عدم جواز الاحتكار مع حاجة الناس في جميع ما ذكر و حتى فيما إذا اشترى الطعام لحاجة غير التجارة و زاد عن حاجته فحبسه لبيعه أيام الغلاء.

أقول لعل التعبير بالتأييد في كلام أهل اللغة و في التعليق باعتبار انه لا اعتبار بهما مع تمام ظهور الصحيحة في الانحصار حيث انها لدلالاتها على تحديد الاحتكار المحرم تكون حاكمة على المطلقات فالعمدة التكلم في تمام ظهورها و عدمه و لا يبعد كون ذكر الشراء للغبلة فإن تملك الطعام في الأمصار يكون به غالبا كما ان قيد إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٠

الرابع أقسام حبس الطعام كثيره (١)

المصر باعتبار ان أهل الأمصار في معرض الحاجة و الاضطرار غالبا فتدبر.

و اما دعوى كون التفريع قرينة على التعميم فإنه لو كان الشراء دخيلا في الاحتكار المحرم لذكر فيه فان كان في المصر طعام أو لم تشتريه فلا بأس ان تلتمس فلا يمكن المساعدة فيه فان ذكر السلعة يمكن كونه قرينة على فرض الشراء مع ان التفريع بمعنى ذكر بعض المفهوم أمر متعارف.

(١) قد تقدم حرمة الاحتكار مع حاجة الناس و ذكر (قده) في هذا الأمر تحقق الاحتكار بتملك الطعام و حبسه مع ضرورة الناس و حاجتهم اليه و تملكه الاختيارى لغرض حبسه تارة و لغرض آخر كالاتجار به اخرى و إذا كان غير اختياري كالانتقال إليه بالإرث فلا مورد للغرض فيه و حبس الطعام يكون الغرض منه تقليل الطعام إضرارا بالناس في أنفسهم تارة و الإضرار في أموالهم المعبر عنه بحصول الغلاء اخرى و يكون الغرض من الحبس ثلثة عدم الخسارة من رأس ماله من دون حصول الإضرار بالناس في أنفسهم و أموالهم كما يتفق ذلك في الغلاء العارض الحاصل بورود عسكر أو زوار في البلد و توقفهم فيه يومين أو ثلاثة فيحدث في تلك الأيام عزة و لكن لا يضر بأهل البلد في أنفسهم و أموالهم.

هذا كله فيما إذا كان حبسه موجبا لحصول الغلاء و اما إذا لم يوجب حبسه الغلاء كما إذا كان الغلاء لقله الطعام في آخر السنة سواء حبس هذا الشخص هذا الطعام أم لا و يكون حبسه في هذه الصورة لتحصيل الربح بعد الغلاء أو لإعانة المضطرين في تلك أيام حاجة الناس الى الطعام اما لقوتهم أو للبذر أو علف دابتهم أو للاسترباح بان يبيعوا بالثمن الزائد بعد شرائهم و على الخبير البصير استخراج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨١

.....

أحكام كل من الأقسام و تمييز قسم المباح أو المستحب أو الواجب من الاحتكار الحرام.

أقول حبس الطعام الموجب للغلاء المستلزم لحاجة الناس و اضطرارهم الى الطعام غير جائز سواء أريد بالحبس الإضرار بهم في أنفسهم أو زيادة الربح أو عدم الخسارة في رأس ماله أخذا بقوله (ع) و يترك الناس ليس لهم طعام و المفهوم من قوله (ع) فان كان في المصر طعاما غيره فلا بأس ان يلتمس بسلعتك الفضل و قاعدة نفى الضرر لا تنفي الحرمة فيما إذا كان في الاحتكار إضرار الناس و الخلاف في الامتنان لهم.

نعم إذا كان الحبس المزبور لغرض اعانة الزوار أو العسكر مما يعدل الفعل معه إحسانا إليهم فلا يبعد دعوى انصراف الأخبار المانعة عنه كانصرافها عما إذا كان الحبس لقوت نفسه و عياله لو قيل بدخوله ذلك في عنوان الاحتكار و في صحیحہ معمر بن خلاد انه سأل أبا الحسن (ع) عن حبس الطعام سنة فقال أنا أفعله يعني بذلك إحراز القوت و نحوها غيرها و اما إذا لم يكن حبسه موجبا للغلاء فان كان الغلاء حاصلًا فعلا بسبب آخر فلا يجوز الاحتكار ايضا لما ذكر إلا إذا كان حبسه و تأخيره في البيع مما يعد إحسانا على مثل الزوار و المضطرين و اما إذا لم يكن بالفعل غلاء بل يحدث مستقبلا فيجوز الاحتكار الى ذلك الزمان كما هو ظاهر الاخبار المجوزة

و المراد بحاجتهم و اضطرارهم هو الاضطرار الى الطعام لاكلهم و اما اضطرارهم في البذر أو علف الدابة فوجوب البيع فيه دائر مدار توقف الزرع و تحصيل القوت للناس الواجب كفاية على المكلفين على البيع المزبور و عدمه فلا حظ و تدبر و الله إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٢

.....

سبحانه هو العالم.

ثم لا- يخفى ان ما ذكر من اختصاص حرمة الاحتكار بموارد خاصه و ان مقتضى الحصر الوارد فيها جوازها في غيرها و لو مع حاجة الناس لانه لا يجب على مكلف قضاء حاجة الآخرين نعم قضاء حاجة المؤمنين و إعانتهم في أمر دينهم و دنياهم مرغوب اليه قد ورد فيه روايات كثيرة جدا متفرقة في أبواب مختلفة من أبواب فعل المعروف و في معتبرة السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) من أصبح و لم يهتم بأمر المسلمين فليس بمسلم و نحوها و غيرها و بما ان الإسلام قد حدد في الأدلة بالشهادتين فيعلم ان المراد بها نفى كماله و ان الاهتمام بأمر المسلمين أمر مطلوب من المسلم.

هذا كله فيما لم يوجب الاحتكار في سائر الأموال الاختلال و الهدم في السياسة الشرعية لبلاد الايمان و الا فكل فعل أوجب الاختلال و الهدم المزبور و تهيأت به البلاد لسيطرة الفساق و الكفار عليها و على المؤمنين فلا يجوز سواء كان بالاحتكار أو بالاضرابات أو غيرها لما تقدم في بحث ولاية الفقيه ان اقامه السياسة الشرعية و التصدي لتنظيم أمر بلاد المؤمنين من أول الأمور الحسبية و أهمها و لذا يجب على السائر ان اعانة المتصدي بما يتوقف عليه تلك الإقامة على تفصيل تقدم في بحث ولاية الفقيه و على ذلك فلو أحرز ان الفعل الفلاني هدم لتلك الإقامة أو مشاركة في الهدم فلا يجوز.

و اما الكلام في المقام الثاني أي مقدار ولاية المتصدي لتنظيم أمور البلاد و اقامة السياسة الشرعية فيها فلا ريب في ان له إزام المحتكر على بيع السلعة سواء كانت مما يحرم الاحتكار فيها مع حاجة الناس و ضرورتهم بعنوانه أو سائر الأموال فيما كان إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٣

.....

احتكارها موجبا للاختلال في نظم البلاد أو انهدام السياسة الشرعية فيها بحيث تكون البلاد عرضة للفساد الموجب لسيطرة الفساق أو الكفار عليها حتى و لو لم يعتقد المحتكر كون احتكاره كذلك و الوجه في ذلك كون التحفظ على نظام البلاد و عدم تعرضها للفساد الموجب لما ذكر أهم من رعايته سلطنة المالك و اختياره في بيع ماله أو حبسه بل يمكن دعوى وجوب طاعة ذلك المتصدي في امره ببيع السلعة و ترك احتكارها لما تقدم في بحث ولاية الفقيه من دخول الفقيه و المتصدي لما ذكر و كذا الوكيل الأمين من قبله في عنوان اولو الامر في جهة تنظيم سياسة البلاد فيجب اطاعة أمره في تلك الجهة.

و الحاصل انه لو أمكن الإلزام القولي بالأمر و النهي فهو و الا- فللمتصدي إزام المحتكر بالبيع و ترك الاحتكار بالمنع العملي لأن المنع العملي عن المنكرات مشروع عن المتصدي الشرعي لأمر البلاد و يؤيد ذلك ما ورد في كتابه (ع) الى المالك الأشر فامنع من الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه الى ان قال فمن قازف حكرة بعد نهيك إياه فنكل و عاقب من غير إسراف و الوجه في التعبير بالتأييد إمكان دعوى ظهور المنع في القولي بقريته الاستشهاد بمنع رسول الله (ص) و ان الشيخ و ان ذكر ان له الى العهد سند صحيح الا ان تضمن ما وصل الى الشيخ ره بتمام ما في نهج البلاغة قابل للمناقشة و ان لا يبعد ذلك و الا لتعرض الشيخ (ره) و لو في بعض كتبه للعهد و ان الواصل اليه هكذا و أما إذا لم يكن الاحتكار في سائر الأموال موجبا لما ذكر من الاختلال أو الفساد فأقامه الدليل على وجوب اتباع الأمر و النهي عن الفقيه المتصدي فضلا عن غيره من الفقيه العادل مشكل فإنه لا بد من إثبات نفوذ الحكم الابتدائي

أو إثبات وجوب طاعة المتصدى لنظام البلاد مطلقاً.

ثم ان جواز إجبار المحتكر على ترك الاحتكار و بيع السلعة فى موارد حرمة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٣، ص: ٢٨٤

.....

الاحتكار مجمع عليه كما عن جماعة حتى عند القائلين بكراهة الاحتكار فى تلك الموارد و هذا الإيجار عندنا داخل فى عنوان المنع عن المنكر و لكن المشهور عدم جواز التسعير على المحتكر و عن المقنعة أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم و لا يبعد عدم الجواز لموثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام ان رسول الله (ص) مر بالمحتكرين فأمر بحكرتهم ان تخرج الى بطون الأسواق الى ان قال فقيل لرسول الله (ص) لو قومت عليهم فغضب رسول الله (ص) حتى عرف الغضب فى وجهه فقال انا أقوم عليهم انما السعر الى الله يرفعه إذا شاء و يخفضه إذا شاء و ظاهرها نفيه (ص) و لاية التسعير عن نفسه من غير فرق بين الطعام و غيره نعم يجوز للحاكم الشرعى المتصدى للإيجار على تنزيل السعر فيما إذا طالب المالك سعرا لا يتمكن المحتاجين. على الشراء بذلك السعر و الله سبحانه هو العالم.

الى هنا انتهى الجزء الثالث من مباحث البيع و ما يتعلق بها بقلم مؤلفه جواد بن على عفى عنهما و يتلوه الجزء الرابع فى بحوث الخيارات و الحمد لله رب العالمين.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

[الجزء الرابع]

إشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧

[الخيارات]

[مقدمتان]

[الأولى لغة اسم مصدر]

الخيار لغة اسم مصدر (١).

(١) ذكره (قده) ان الخيار اسم مصدر من الاختيار و لعل مراده انه فيما لوحظ قيام السلطنة على فعل بفاعله فيطلق عليه الاختيار و ان لو حظ تلك السلطنة بنفسها مع قطع النظر عن جهة قيامها بفاعله فيقال له الخيار ثم ذكر انه يطلق فى كلمات جماعة على ملك فسخ العقد على ما فى الإيضاح و هذا من التعريف بالأعم فإنه يدخل فيه السلطنة على الفسخ فى العقود الجائزة و جواز إبطال المالك عقد الفضولى الجارى على ماله و ملك الوارث فسخ العقد الذى أجرى المورث على الزائد على الثلث بناء على عدم نفوذ تصرفاته

المنجزة فيما زاد على الثلث كما يدخل فيه ملك العمية و الخالفة فسخ النكاح الجارى على بنت الأخ أو الأخت مع انه لا يطلق على شيء من ذلك الخيار اصطلاحا لان الخيار حق يترتب على العقد التام و ملك الفسخ فى تلك الموارد ليس بحق أو ان العقد فيها غير تام.

و ايضا يدخل فى التعريف ملك الأمه بعد عتقها فسخ نكاحها السابق من عبد و كذلك ملك الزوجين فى فسخ النكاح من العيوب و لكن مع ذلك يمكن ان يقال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨

.....

انّ التعبير عن الخيار بملك فسخ العقد لا بالقدرة على الفسخ ظاهر فى كون جواز الفسخ فى الخيار من قبيل الحق و لذا يورث و يسقط بالإسقاط فلا يعمّ ما إذا كان الجواز من قبيل الحكم كما فى جواز الفسخ فى العقود الجائزة بالذات و الإجازة و الرد فى عقد الفضولى فإن هذا الجواز حكمى و لذا لا يقبل الإسقاط أو الإرث.

ثم تعرّض (ره) لما ذكر صاحب الجواهر (ره) من ان الخيار ملك إقرار العقد و إزالته و أورد عليه بأنه ان أريد من إقرار العقد ترك فسخه يكون ذكر الإقرار زائدا لأنّ السلطنة على فسخ العقد و التمكّن عليه كالتمكن على سائر الأمور لا يتعلق بأحد الطرفين و الّا كان اضطرارا و ان أريد من إقراره جعله لازما بحيث لا يفسخ فمعناه ان الخيار ملك إسقاط الخيار و فسخ العقد و من الظاهر ان إسقاط الخيار لا يدخل فى معنى الخيار و لا يؤخذ فى تعريفه لانه من أحكام الخيار و آثاره، هذا أولا.

و ثانيا إقرار العقد ظاهره ما يقابل فسخ العقد بجعله لازما مطلقا و عليه فينتقض بالخيار المشترك كخيار المجلس فإن إسقاط الخيار من أحدهما يكون إلزاما للعقد من طرفه لا مطلقا.

أقول: لو صحّ انتقاض التعريف بالخيار المشترك على ما ذكر لصحّ انتقاضه بالخيار المتعدد فى العقد الواحد حيث ان إسقاط أحد الخيارين لا يكون إلزاما لذلك العقد مطلقا بل لا يكون إلزاما له من ناحيته أيضا فإن مشترى الحيوان لو أسقط خيار مجلسه مع ثبوت خيار الحيوان له إلى ثلاثة أيام فلا يكون فى إسقاط المزبور إلزام للعقد من ناحيته أيضا نعم يكون إلزام من ناحية ذلك الخيار الساقط.

و ذكر السيد اليزدى (ره) ان الاختيار بمعناه اللغوى يتعلق بالفعل لا بالعين و كذلك معناه الاسم المصدرى و إذا قيل له اختيار الفعل الفلانى فيراد منه اختيار التصرف، و لعل حذف المتعلق و اسناد الاختيار الى العين باعتبار كون التصرفات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩

.....

أو معظمها فى اختياره نظير اسناد التحريم الى العين و حيث ان الفسخ أحد الأفعال فيكون تغليب على خيار الفسخ من قبيل تغليب المطلق الى بعض أفراده.

و ناقش بعض الأجله (دامت أيامه) بأن إطلاق الخيار على خيار الفسخ لا يكون من باب تغليب المطلق فى بعض أفراده و ذلك فان الاختيار و ان يتعلّق بالفعل لا- بالعين الّا انه أمر تكوينى يكون من صفات النفس أو من أفعالها حيث ان الفعل الاختيارى له مباد من التصور و التصديق بالفائدة ثم الترجيح ثم الاصطفاء أى الانتخاب ثم الاشتياق فى بعض الموارد ثم الإرادة و هى تصميم العزم و لعل الاشتياق مقدم على الاصطفاء و كل من هذه المبادى غير الآخر فما قيل من ان الإرادة هو الشوق المؤكد أو ان نسبة الإرادة إلى القدرة نسبة التمام و الفعلية إلى النقص أو القوة أو ان الاصطفاء هو الفعل خارجا لا يمكن المساعدة عليه فإنه قد يتحقق القدرة التامة و لا

توجد الإرادة و قد لا توجد القدرة مع تحقق الإرادة كما لو تخيل انه متمكن على الفعل الفلاني فأراد.

والحاصل: ان الاصطفاء المعبر عنه بالاختيار صفة للنفس أو من أفعالها فما يقال من ان الفعل الفلاني مراد و مقدور و مختار كل ذلك لا يدل على وحدتها، بل يكون من قبيل انطباق المفاهيم المتعددة على الموجود الخارجى.

و بتعبير آخر ان الاصطفاء يعنى الاختيار غير الإرادة و مقدمه عليها و على الإيجاد و لا دلالة فى مثل قوله سبحانه و **اخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا** على ان الاختيار عين التعيين الخارجى فإنه يصح ان يقال انه اختار التعيين و اصطفاه فيكون الاختيار غير التعيين ثم انه لا يكون الاصطفاء و الاختيار اعتباريا أصلا بخلاف الخيار المراد فى المعاملات فإنه سواء كان إمضائيا كخيار الشرط أو تأسيسيا كخيارى المجلس و الحيوان أمر اعتباري.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠

.....

لا يقال كيف لا يكون الاختيار اعتباريا فإنه إذا جعل شخص حاكما لبلد فيجعل له اختيار أى شىء فى ذلك البلد فإنه يقال لا يكون الاختيار اعتباريا بل الاعتبارى هو حق الاختيار و الاصطفاء و بعد ثبوت هذا الحق يكون الاختيار حقيقيا و على ذلك فاختيار الفسخ فى موارد ثبوت الخيار حقيقى فاختياره متفرع على ثبوت الخيار فلا- يكون الخيار فى المعاملات من قبيل تغليب المطلق الى بعض افراده كما عن السيد الزدى (ره) بل الخيار فيها أمر مابين للمعنى اللغوى للاختيار فان الاختيار نفس الاصطفاء و الخيار حق الاختيار و على ذلك فليس الخيار اختيار فسخ العقد و ملكه بل هو حق اختيار فسخ العقد فلا يرد على ما ذكرنا ما يورد على تفسير الفخر حيث ان لازم التفسير المزبور ان لا- يثبت الخيار فى المعاملات على القصر فإنه لا يتصور منهم اختيار فسخ العقد أو لا ينفذ منهم ذلك الاختيار بخلاف ما إذا قلنا بان الخيار حق الاختيار فان الحق المزبور يثبت للقصر ايضا و يستوفيه أوليائهم لقصورهم.

أقول: يقع الكلام فى جهتين الأولى فى الاختيار الثابت للفاعل المختار و الثانية فى ان الخيار فى المعاملات مابين للاختيار فيها أو ان اختلافهما فيها بالمعنى المصدرى و الاسم المصدرى فنقول فى الجهة الأولى ان الاختيار يطلق على إيجاد الفاعل و تعيين أحد طرفى الشىء خارجا بالتمكن عليه نظير ما يقال انه اختار الكفر أى كفر أو العلم أى علم أو قتل فلان أى قتل الى غير ذلك و من هذا القبيل قوله سبحانه **(وَ اخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا)** أى عينهم و يطلق على نفس التمكن على الشىء و القدرة عليه فيقال له اختيار شرب الخمر أو الأكل أو القتل و نحو ذلك و من هذا القبيل إطلاق المختار على المتمكن فى مقابل إطلاق العاجز على غير المتمكن و الفاعل بالاضطرار فى مثل قوله النار أحرقه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١

.....

ثم انه يكفى فى تحقق الاختيارى مقابل الاضطرارى مجرد التمكن عليه بمعنى عدم الحاجة الى إرادة ذلك الفعل و القصد إلى إيجاده فلا- حظ هدم بيت من غير النفات من الهادم ان فى البيت انسان يموت بهدمه فإنه لو هدمه يستند قتل الإنسان المزبور الى الهادم فيقال انه قتله باختياره باعتبار انه كان متمكنا على عدم قتله و لو بعدم هدم البيت نعم بما ان القتل تحقق فى الخارج بلا قصده و إرادته يكون القتل خطأيا.

و الشاهد لكون القتل المزبور اختياريا تمكنا للفاعل على تركه و انه يصح للشارع العقاب على ذلك القتل فيما إذا أوجب التحفظ عليه من الخطأ كما إذا قال و ان قتلت إنسانا أعاقبك على ذلك القتل فمع وصول هذا الخطاب اليه لو نسي ان فى البيت المزبور إنسانا فهدمه و قتل الإنسان فيصح ان يعاقبه على ذلك القتل لكونه متمكنا على التحفظ بترك الهدم و على التحفظ بذكره بان فى البيت

إنسانا وهذا هو المراد في حكايته سبحانه عن نبيه (ص) ليلة المعراج (رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا)، ولكن لا يمكن للشارع ان يعاقب البالغ العاقل على تحيزه المكان فيقول له انى أعاقبك على كونك فى مكان و السّرّ فى ذلك الإنسان بالإضافة إلى الكون فى المكان فاعل بالاضطرار، فلا يصحّ العقاب على فعل لا يستند الى اختيار الفاعل و تمكّنه.

فالمحصّل ان المصحّح للفعل الاختيارى تمكن الفاعل عليه و الإيجاد بالتمكن لا يتوقف على الإرادة و القصد فلا يكون لحاظ الفعل و التصديق بصلاحه و ميل النفس و الإرادة علة للفعل أو من مبادئ العلة أصلا نعم الفعل العمدى يتوقف بعد التمكن على الإرادة و يعبر عنها بالقصد و العزم و الجزم و الاختلاف فى التعبير نظير اختلاف التعبير عن زيد بالإنسان و البشر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢

.....

و الحاصل ان الفعل الاختيارى العمدى يتوقف على القصد و الإرادة الموقوفة على لحاظ ذلك الفعل و اما التصديق بصلاحه و ميل النفس و شوقها اليه فقد لا- يكون من مبادئ الإرادة و القصد كما إذا كان الفعل من الفاعل حياء أو تقية أو نحو ذلك، نعم الفاعل المختار الحكيم لا يفعل بلا إحراز صلاح ذلك و هذا أمر آخر و التأمل فى الأفعال الصادرة عنّا و المراجعة إلى الوجدان عند الفعل و تمييز موارد إمكان ترتب العقاب عن غير مواردنا شاهد قطعى لما ذكرنا فتدبر.

ثم ان الفسخ عبارة عن حلّ العقد و إلغاءه و هذا الحل و الإلغاء أمر إنشائى اعتبارى بلا ريب و لم يختلف فيه اثنان و إذا فرض الفسخ بعد البيع فإنشاؤه لا- يختلف بين أن يكون له خيار الفسخ أو لم يكن. و الحاصل التمكن الواقعى على إنشاء فسخ المعاملة و إلغاءه حاصل كان له خيار أم لا- غاية الأمر الحل و الإبطال المنشأ قد يكون مع التزام صاحبه به عند المعاملة و قد يكون لا مع التزامه و كذلك الشارع قد يمضى الحل و الإلغاء منه و قد لا يمضيه و عليه فان كان حلّه و إلغاءه ممضى عند الشارع يكون تمكّنه على الفسخ شرعيًا ايضا و ان لم يقبل الشرع ذلك الحل و الإلغاء لم يتمكن على الفسخ الشرعى أى لا يكون إلغاءه العقد مورد إمضاء الشارع فالمراد بالخيار فى المقام هو التمكن على الفسخ الذى يقبله الشرع و يمضيه و كون الفسخ مورد قبول الشرع و إمضائه بأحد أمرين: الأول: أن يلتزم فى المعاملة طرفه بالفسخ إذا صدر عنه و يكون هذا الالتزام من الطرف مورد إمضاء الشرع كما هو مفاد قوله (ص): (المؤمنون عند شروطهم)، أو قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على ما يأتى.

الثانى: ان يعتبر الشارع فسخه بان يمضيه ابتداء أى من غير التزام من طرفه فى المعاملة فيكون الخيار الثابت فى حقه تأسيسا، و الحاصل ان التمكن و الاختيار من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣

.....

كل من المتعاملين على فعل نفسه و هو إلغاء العقد حقيقى و إذا لم يكن الإلغاء مورد الإمضاء الشرعى بأحد نحوين لا يكون الاختيار و الخيار فيه شرعيين و إذا وقع مورد الإمضاء كما هو المراد بالخيار فى المقام يكون التمكن المزبور على الفسخ شرعيًا فالخيار الشرعى هو التمكن على فسخ يكون ممضى للشارع و لو عبّر عن هذا التمكن بجواز الفسخ فليس المراد الجواز التكليفى فإنه لا يحتمل حرمة إنشاء الفسخ بل المراد جوازه الوضعى نظير ما يقال فى حلية البيع المستفاد من قوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) بمعنى انه إذا وقع بيع يكون ذلك مورد إمضاء الشرع، فالجواز الوضعى الثابت لفسخ أحد المتعاملين أو كلاهما يكون مطلقا تارة أى غير مقيد بعدم الالتزام فى المعاملة أو بعدها بترك الفسخ و إبقاء العقد بحاله فيكون جواز الفسخ حكيميا و لا يطلق على التمكن عليه الخيار فى الاصطلاح و يكون مقيدا أخرى بعدم حصول ذلك الالتزام فيكون الجواز حقيقيا، و يطلق على التمكن عليه فى الاصطلاح الخيار، و

بتعبير آخر كما يقال له بيع ماله و يجوز له بيع ماله فيراد الجواز الوضعي كذلك يقال له فسخ عقده أو التزامه بترك الفسخ و إبقاء عقده و الفرق في المقام بين الحق و الحكم ان كلا- منهما حكم شرعي و أنما الاختلاف بينهما بالاشترط و الإطلاق حيث لا يقبل الحكم الاسقاط و يقبله الحق، و لعل جواز الفسخ وضعا بجواز حقي يناسب التعبير في مورد بملك الفسخ و جوازه لعدم التمكن على إسقاط هذا الجواز الوضعي يناسب التعبير بالحكم (و لذا ذكر المصنف (ره) لعل التعبير بملك الفسخ يوجب خروج موارد ثبوت جواز الفسخ حكما حيث ان الملك في المال يطلق في موارد تمكن الشخص على قطع سلطنته عن ذلك المال و قطع أحد المتعاقدين تمكنه على الفسخ ينحصر بموارد كون جواز الفسخ حقا و لكن الأمر كما ذكر السيد اليزدي (ره) من ان ملك الشيء مطلق السلطنة و التمكن عليه سواء كان جواز ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤

.....

الشيء حقا أو حكما و دخل التمكن على ازالة التمكن عن نفسه في صدقه غير محرز كما يظهر بأدنى تتبع في إطلاق الملك على السلطنة و التمكن في موارد لا يمكن فيها دفع هذا التمكن فقد تحصل من جميع ما ذكرنا اختيار الفسخ و خياره لا يكون امرا اعتباريا و انما الاعتبار وصف المتعلق أى الفسخ حيث يعتبر جائزا أى ممضى تارة و لا يعتبر أخرى و مع عدم الاعتبار لا يطلق على تمكن إنشاء الفسخ اختيارا و لا خيارا في الاصطلاح.

ثم انه لم يظهر وجه صحيح في ان الخيار على تقدير كونه حق اختيار الفسخ ان يثبت في حق القاصرين ايضا و لا- يثبت لهم على تقدير كونه بمعنى حق فسخ العقد فإنه إذا لم يمكن تحقق الفسخ من القاصر فكيف يتحقق منه اختياره و على تقدير ثبوته لهم بمعنى استيفاء وليهم فيمكن الاستيفاء على تقدير كونه بمعنى حق الفسخ أيضا.

بقي الكلام فيما ذكره القداماء في تعريف الخيار من ملك فسخ العقد و إقراره و ما أورد عليه المصنف (ره) من انه ان أريد من إقراره ترك فسخه فالقيد مستدرك و ان أريد به جعل العقد غير قابل الفسخ فمرجه إلى إسقاط الخيار فلا يصح أخذ إسقاط الخيار في تعريف الخيار لأن إسقاطه من حكم الخيار، فنقول قد تقدم ان الخيار الثابت في المعاملات هو التمكن على فسخ يكون جوازه الوضعي حقا و معنى كون جوازه حقا التمكن على إسقاط هذا الجواز و إسقاطه كما تقدم يكون بالالتزام الإنشائي على ترك الفسخ عند المعاملة أو بعدها فان كان هذا الالتزام عند المعاملة فلا يتحقق معه التمكن على الفسخ المحكوم بالجواز و إذا كان الالتزام المزبور بعد المعاملة يرتفع الخيار من حين الالتزام فيكون المراد بإقرار العقد الالتزام الإنشائي بترك الفسخ عند المعاملة أو بعدها فالتمكن على هذا الالتزام مقوم لعنوان الخيار على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥

.....

ما تقدم من أنه يطلق في الاصطلاح على موارد كون جواز الفسخ فيها حقا، و عليه فلا يرد على هذا التعريف النقص بموارد ملك الفسخ بحيث يكون جوازه حكما بخلاف تعريف الفخر الذي رضى به المصنف (ره).

و ذكر النائيني (ره) في توجيه اضافة إقرار العقد على فسخه في تعريف الخيار وجها آخر و ان الخيار بمعنى الملك و السلطنة يكون طرفا متعلقه و جوديين بخلاف تعريف الفخر (قده) فان عليه يكون أحد طرفي متعلقه و جوديا و الآخر عدميا و مهيد على بيان ذلك الوجه مقدمة و هي ان العقود بحسب مقام الثبوت أى بحسب حكمها الواقعي من حيث لزومها و جوازها على ثلاثة أقسام:

منها ما يقتضى اللزوم بنفسه أى لا يكون لزومه باعتبار التزام خارجي منضم الى مدلوله المطابقي بل العقد بمدلوله المطابقي يقتضى

لزومه بمعنى ان الشارع قد حكم عليه باللزوم مع قطع النظر عن التزام المتعاقدين بالوفاء به و إبقائه و قد ظهر من الأدلة ان النكاح و عقد الضمان كذلك، و لا ينافي ذلك ثبوت الخيار في النكاح لبعض العيوب أو ثبوت الخيار للضامن فيما إذا ظهر له فيما بعد إفسار الضامن لان مثل هذا الخيار باعتبار قيام الدليل عليه يكون تخصيصا بالإضافة إلى خطاب لزومهما.

و منها ما يقتضى جوازه أى يكون بمدلوله المطابقى موضوعا للجواز بمعنى ان الشارع قد حكم عليه بالجواز بمدلوله المطابقى و قد علم من الأدلة ان الهبة كذلك و لا- ينافى أيضا حكم الشارع باللزوم فى بعض مواردنا لان ذلك لقيام الدليل لا- للالتزام من المتعاقدين فيكون اللزوم فى القسم الأول و الجواز فى هذا القسم حكما و الالتزام من المتعاقدين بإبقاء المدلول و عدم إغائه يكون فى الأول مؤكدا و فى الثانى مخالفا لمقتضى العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦

.....

و منها ما لا يقتضى بمدلوله المطابقى اللزوم و لا الجواز بل يكون لزومه بالالتزام الخارجى من المتعاقدين بإبقاء ذلك المدلول و عدم إغائه كما فى عقد البيع حيث ان مدلوله المطابقى هى المعاوضة بين المالىين و يكون التزام من المتبايعين على إبقاء تلك المعاوضة و عدم إغائها بقريئة العادة و بناء العرف على ان من أوجد المعاوضة فيلتزم بها و إلا لم يقدم أحد بالمعاوضة خصوصا فى الأشياء الخطيرة، و يعم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) للبيع بلحاظ المدلول الالتزامى الثابت له بقريئة العادة و بناء العرف فيكون لزومه حقا مالكيًا لا حكما فيدخل فى هذا القسم الخيار بالاشتراط كما يدخل عليه الإقالة حيث ان اشتراط الخيار فيه لا يكون مخالفا لمقتضى العقد فيعمه قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و دخول الإقالة باعتبار ان لكل من المتعاملين ردّ التزام طرفه اليه و المفروض ان حكم الشارع باللزوم تابع لالتزامهما و ان البيع فى نفسه لا اقتضاء فيه بالإضافة إلى اللزوم و الجواز.

و بذلك يظهر ما ذكره من ان الخيار يدخل فى كل معاملة تدخل فيها الإقالة و يترتب على ما ذكر من ان الخيار هى السلطنة على إلغاء المعاملة و إبرامها حيث ان باشتراط الخيار يملك أحد المتعاملين التزامه بالمعاملة و التزام طرفه بها و مع عدمه يملك التزام طرفه فقط و بالإقالة يرد عليه ما خرج عن ملكه و يخرج عنه ما دخل فى ملكه بالالتزام بالمعاملة.

أقول: ان كان الالتزام من المتبايعين بإبقاء البيع و عدم إغائه دخيلا فى صدق عنوان العقد يكون الأمر كذلك فى غيره ايضا كالتكاح و الضمان و عليه فكما يكون اللزوم فى البيع باعتبار ذلك الالتزام يكون الأمر فى النكاح و الضمان ايضا لذلك لان الموضوع لوجوب الوفاء فيها وضعها و هو العقد كما هو مفاد قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فلا وجه لأخذ الالتزام فى موضوع لزوم البيع و لا يؤخذ فى موضوع لزوم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧

.....

النكاح و نحوه و مجرد عدم مشروعيتها شرط الخيار فى النكاح لا يكون دليلا على ذلك لإمكان ان يقال ان شرط الخيار فى النكاح ايضا على القاعدة و الالتزام بعدم المشروعية لقيام دليل أوجب التخصيص فى قوله (ص) (المؤمنون عند شروطهم)، و بتعبير آخر يكون عدم الالتزام بالوفاء بالنكاح كما هو مقتضى اشتراط الخيار عند الشارع ملغى فيعامل معه معاملة الالتزام بالوفاء و يؤيد أخذ الالتزام فى موضوع لزوم النكاح ما ذكره جماعة انه يصح اشتراط وصف فى الزوج أو الزوجة فى النكاح و مع ظهور فقده يثبت الخيار للمشروط له.

و إن قلنا بعدم دخالة الالتزام بالوفاء فى عنوان العقد و ان المعاملات بأنفسها عقود فلا وجه للقول بأخذ الالتزام بالوفاء فى البيع فى

موضوع لزومه بل الموضوع له نفس عنوان البيع والإجارة ونحوهما ومشروعية اشتراط الخيار و دخول الإقالة فيها لا يكشف عن ذلك فإنّ الدليل على مشروعيتها شرط الخيار فيه يكون تخصيصاً في دليل لزومه كما التزم بذلك التخصيص في قيام الدليل على ثبوت الخيار ببعض العيوب في النكاح و كذا في الإقالة التي في حقيقتها الاجتماع على الفسخ فان جواز الإقالة على خلاف القاعدة حتى على القول بأنّ الالتزام بالوفاء بالبيع مأخوذ في لزومه فإنّ المأخوذ في لزومه على تقديره هو الالتزام من المتبايعين عند البيع و بتعبير آخر الالتزام منهما بحدوثه مأخوذ للزوم البيع و بالإقالة بالمعنى الذى ذكره لا ينتفى ذلك الالتزام منهما كما لا يخفى.

ثم ان ما ذكر (ره) في الاستشهاد على أخذ الالتزام بالوفاء بالبيع في موضوع لزومه بالمعاطة حيث ذكر ان المعاطة باعتبار عدم الالتزام فيها بالوفاء لعدم العادة و بناء العرف فيها بالوفاء بيع و لا يكون لازماً فيحكم بجوازها لا يخفى ما فيه فإنه إذا كانت المعاطة بيعاً لا عقداً، و لذا حكم بجوازها فأين ما ذكره أولاً من أنّ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨

[الأصل في البيع للزوم]

ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه (١).

البيع بنفسه لا يكون مقتضياً للزوم و لا الجواز و دعوى كون الجواز على خلاف القاعدة و لقيام السيرة عليها لا يمكن المساعدة عليها فإنه يمكن دعوى كون البيع بنفسه موضوعاً للزوم و خروج المعاطة و الحكم بجوازها يكون بالسيرة المشار إليها مع اننا قد ذكرنا في محلّه ان المعاطة كسائر البيع محكومة بالزوم من الأول لا يختلفان في الحكم أصلاً. و على الجملة فالخيار هو التمكن على فسخ النافذ بنحو الحق.

(١) ذكر جماعة تبعاً للعلامة في كتبه ان الأصل في البيع للزوم و علل في التذكرة أصله للزوم بأنه مقتضى استصحاب بقاء ملك الثمن للبائع و المثلث للمشتري بعد إنشاء أحدهما الفسخ و بأنّ وضع البيع لنقل العوضين و الشارع قرّره على ذلك، و الغرض من الملك الحاصل بالبيع تمكّن كل واحد منهما على التصرف فيما يملكه و لو كان البيع محكوماً بالجواز لا يتمكن على ذلك لعدم الأمن بالفسخ الموجب لنقض الغرض و ذكر جماعة انه يحتمل ان يراد من الأصل أمور:

منها الراجح كما يقال الأصل في الأشياء الصحة و عدم العيب و لا يخفى ان الرجحان يحصل بالغلبة و ان أريد أنّ أكثر أفراد البيع لازم لا يقبل الفسخ فمن الظاهر انّ هذا غير صحيح لأنّ أكثر أفراده غير لازم بخيار المجلس و الحيوان و نحوهما و ان أريد ان كل فرد من أفراد البيع في غالب الأزمان لازم بحيث لا ينافى كون غالب أفراده في زمان قليل جائزاً فهذا صحيح، و لكن لا يفيد فيما إذا شك في فرد من افراد البيع انه يقبل الفسخ و لو في زمان قليل، أو انه لا يجوز فيه الفسخ أصلاً كما إذا شك في ثبوت خيار المجلس في بيع الدين على من هو عليه. هذا، مع ان ارادة غلبة الأزمان لا يناسب قول العلامة في القواعد بأنه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور العيب فان مفاده ان ثبوت الخيار أو ظهور العيب خلاف الأصل و انه إذا لم يعلم ثبوت الخيار و العيب يحكم بلزوم البيع و عدم جواز فسحه أصلاً كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩

.....

في المثال المزبور. و بتعبير آخر يكون ثبوت الخيار أو ظهور العيب محقق الأصل أى الغلبة لا انها ينافيانها.

ومنها: ان يراد بالأصل القاعدة المستفاد من العمومات أو المطلقات الواردة في العقود و المعاملات الظاهرة في لزومها المعبر عنها

بالأصل اللفظي.

و منها: الاستصحاب أى الأخذ بالملك الحاصل للطرفين بالبيع المزبور بعد إنشاء أحدهما الفسخ حيث ان مقتضى الاستصحاب عدم زوال ذلك الملك بذلك الفسخ.

و منها: ان الحكم المجعول للبيوع بناء العرف و الشرع مع قطع النظر عن جعل الخيار هو اللزوم و الخيار حق خارجي يرفع اليد في موارد ثبوته عن الحكم الأول المقتضى لصيرورة المالك أجنبيا عن ماله السابق بالبيع نظير ما يقال الأصل في الأجسام الاستدارة و انما يخرج عن الاستدارة بالقاصر الخارجي، و قد ظهر مما ذكر في المعنى الرابع ان ثبوت خيار المجلس في كل بيع لا يوجب خروجه عن كون الأصل فيه اللزوم لأن خيار المجلس كسائر الخيار حق خارجي قد ثبت في كل بيع بالدليل؛ فما ذكره صاحب الوافية من كون الأصل في البيوع بعد ثبوت خيار المجلس الجواز غير تام و ان أراد بالأصل استصحاب الجواز الثابت في كل البيوع بخيار المجلس فيأتي ما فيه من عدم جريان الاستصحاب في بقاء الجواز بعد التفرق.

أقول: الأصل بمعنى مقتضى العموم أو الإطلاق فلا بأس به و سيأتى التعرض له و كذا بمعنى الاستصحاب في وجهه؛ و أمّا بمعنى الراجح يعنى الغلبة فلا يفيد شيئا لأنه لا اعتبار بالغلبة سواء أريد غلبة الأفراد اللازمة أو غالب الأزمان، و أمّا الأصل بالمعنى الرابع فلا مورد له في المقام لان البيع أمر اعتباري و حكمه أيضا اعتباري و البناء العرفي أو الشرعي لا يزيد على الحكم و اعتبار اللزوم فلا يجرى فيه ان أصل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠

بقي الكلام في معنى قول العلامة (١).

الشيء بمعنى ان تأثير العلة لولا القاصر الخارجى أى المزاحم عن كمال تأثيره ما هو كما لا يخفى.

ثم ان ما في التذكرة من تعليل الأصل في البيع اللزوم بأمرين الاستصحاب و كون المراد بالبيع حصول الملك و الفرض من الملك التمكن من التصرف في المال و يكون جواز البيع نقضا لهذا الغرض لا يمكن المساعدة عليه فإنه لو تم لكان مقتضاه كون الأصل في كل معاملة يحصل بها الملك هو اللزوم و لو كانت تلك المعاملة مثل الهبة و ايضا يمكن أن يقال الغرض من الملك التصرف في المال ما دام ملكا و بالفسخ ينتهى الملك و لا ينتقض التصرف الواقع في المال حال ملكه بل يرجع الفاسخ الى بدله من المثل أو القيمة على ما يأتى في أحكام الخيار.

(١) بقي الكلام فيما ذكر العلامة (قده) في القواعد بعد قوله الأصل في البيع اللزوم من انه يخرج عن الأصل بثبوت الخيار أو ظهور عيب فان مقتضاه كون ظهور العيب موجبا لتزلزل البيع في مقابل تزلزه بالخيار و توجيهه بان ذكر ظهور العيب من قبيل عطف الخاص على العام لا يمكن المساعدة عليه فان ظهور العيب لم يعطف على موجبات الخيار بل على نفس الخيار المباين لظهور العيب.

نعم يؤيد التوجيه المزبور عبارة التذكرة حيث عطف فيها ظهور العيب على موجب الخيار و الغرض منه و قال انما يخرج عن الأصل بأمرين ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين بل للتروى الخاصة أى التفكر في الصلاح من فسخ البيع و إبقائه. و الثانى ظهور العيب في أحد العوضين و لكن ذكر بعد ذلك في ثبوت الخيار للتروى فصولا سبعة و جعل سابعها خيار العيب و مقتضى عطف ظهور العيب على سائر الموجب أى التروى أن يتكلم في خيار العيب في الأمر الثانى لا في الأمر الأول.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١

ثم ان الأصل بالمعنى الرابع انما ينفع (١).

و وجه المصنف (ره) عطف ظهور العيب على ثبوت الخيار بوجه آخر و حاصله ان ظهور العيب يوجب في البيع الجارى على المعيب

نحوين من التزلزل أحدهما ثبوت الخيار لمن انتقل إليه المعيب و هذا التزلزل داخل في الأمر الأول و لذا جعل الفصل السابع فيه خيار العيب.

الثاني التزلزل في البيع بالإضافة إلى مجموع الثمن بان يسترد المشتري من البائع بعض الثمن و هذا التزلزل يخالف الخيار في السنخ المعبر عنه بحق الأرض و لكن قد ضعّف (ره) هذا التوجيه بما حاصله ان الأرض على ما هو المعروف عندهم يجب دفعه الى المشتري بمطالبتة و لا- يكون جزءا من الثمن؛ و لذا يجوز لمالك المبيع عدم دفعه من الثمن بل من مال آخر و لو كان ظهور العيب موجبا لتزلزل البيع بالإضافة إلى مجموع الثمن بان كان للمشتري التنقيص من ذلك المجموع كان له إلزام البائع بدفعه من الثمن لا من مال آخر.

و وحيه النائيني (ره) عطف ظهور العيب على الخيار بعين ما ذكره المصنف (ره) و لكنّ تخلّص عن الإشكال الوارد على توجيه المصنّف (ره) بتفسير التزلزل بكونه في ناحية المبيع لا في ناحية الثمن و بان للمشتري حق المطالبة من البائع بضم مقدار من جنس الثمن الى المبيع المعيب لساوى معه مجموع الثمن.

أقول: حق مطالبة الأرض لا يوجب التزلزل في البيع، و لذا يثبت بعد لزومه، و لا في المبيع، و لذا يجوز دفع الأرض من عين الثمن. (١) و حاصله: انّ الأصل بالمعنى الرابع يفيد فيما لو شك في ثبوت خيار في بيع فان الخيار حق خارجي يحتاج الى قيام الدليل عليه و مع عدمه يؤخذ بالمقتضى العرفي و الشرعي للبيع و اما لو شك في عقد آخر انه لانزم لا- يفسخ أو جائر حكما فلا يمكن الأخذ بالأصل بذلك المعنى لأنه مع الشك المزبور لا يحرز مقتضاه ليؤخذ به.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢

.....

أقول: الأصل بذلك المعنى لا ينفذ حتى فيما إذا شك في بيع انه يثبت فيه خيار أم لا و ذلك فإنه لو فرض تصريح الشارع في خطاب بان البيع عنده ايضا لازم و لولا الخيار لا يفسخ و شك بعد ذلك في بيع ان فيه خيارا أم لا فلا يفيد التصريح المزبور ما لم يكن في البين عموم أو إطلاق أو أصل عملي ينفي الخيار و مع وجوده يدخل الأصل في المعنى الثاني أو الثالث.

و بتعبير آخر الأصل بالمعنى الرابع مبني اعتبار قاعدة المقتضى و المانع التي قد ذكرنا في محله انه لا اعتبار بها. و أمّا الأصل بالمعنى الأول أى الأخذ بالراجح فقد تقدّم الكلام فيه و بمعنى الاستصحاب مبنى على اعتباره في الشبهات الحكمية و قد منعنا عن ذلك في بحث الاستصحاب و ذكرنا ان الموجب لعدم اعتباره ابتلائه بالمعارض فيها دائما.

و العمدة في المقام العمومات و الإطلاقات المستفاد منهما قاعدة اللزوم المشار إليها. منها قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المفسر بالعهود. في صحیحہ عبد الله ابن سنان التي رواها على بن إبراهيم في تفسيره عن أبيه عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قال بالعهود و ذكر (ره) في وجه دلالة على اللزوم بأنّ المستفاد منها ابتداء الحكم الكليفي و هو وجوب ترتيب ما هو عمل بمقتضى المعاملة و إذا كان مفادها تملك المال بعوض فيلزم العمل على مقتضى كون المال ملكا للغير من لزوم دفعه اليه و عدم جواز الإمساك به أو أخذه و التصرف فيه بلا رضاه حتى فيما إذا كان ذلك الأخذ و التصرف بعد إنشائه الفسخ؛ و إذا وجب العمل على طبق مدلول المعاملة كذلك ينتزع منه لزوم البيع وضعا فان الحكم الوضعي في المقام كسائر الأحكام الوضعيّة منتزعه عن التكليف و مما ذكر يظهر ما قيل من انه لا يستفاد من الآية لزوم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣

.....

المعاملة فإن الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى ذلك العقد من لزوم أو جواز و وجه الظهور ان اللزوم كالجواز حكم شرعى يترتب على المعاملة و ليس داخلا فى مدلولها و مدلول البيع مثلا جعل ملكية المال للغير بإزاء الثمن و ما يترتب على ملكية المال يجب ترتيبه وفاء بالعقد حتى بعد إنشاء الفسخ الملازم للغوية الفسخ فينتزع من هذا الوجوب لزومه وضعا على ما تقدم.

و قد يقال انه لا يمكن التمسك بقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على لزوم المعاملة و عدم نفوذ فسخها و ذلك فإنه إذا فرض ان البائع باع المال بشرط أن يكون له خيار يوم الثامن و اقبض المبيع من المشتري و أخذ الثمن ثم فسخها يوم الثامن و أخذ المبيع من يد المشتري و استرد الثمن لا- يكون ذلك خلاف الوفاء بالعقد بخلاف ما إذا أخذ المبيع من يد المشتري قبل يوم الثامن أو امتنع عن الإقباض و الفرق بين يوم الثامن و قبله هو ان العقد يوم الثامن مفسوخ لا بقاء له ليلزم الوفاء به بخلاف قبل ذلك اليوم و عليه فلو شك فى بيع ان فيه خيار لأحد المتبايعين أم لا، فبعد إنشائه الفسخ لا يمكن الحكم بعدم جواز أخذه المال من صاحبه أخذًا بعموم وجوب الوفاء بالعقود حيث ان بقاء العقد بعد الفسخ المزبور غير محرز و التمسك فى بقاءه باستصحابه و عدم انفساخه خروج عن التمسك بالآية.

و أجاب عن الإشكال المحقق النائيني (ره) بان هذا لو كان المراد بالعقد معناه الاسم المصدرى فإنه على هذا التقدير لا يحرز بقاء الاسم المصدرى مع إنشاء الفسخ من أحدهما مع احتمال الخيار بخلاف ما إذا كان المراد بالعقد معناه المصدرى فإن العهد بمعنى المصدرى يتحقق حال الإنشاء فالالتزام العقدى بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به الى الأبد و لا يكون التمسك بلزوم الوفاء به فى الحكم ببطان فسخه من التمسك بالعام فى شبهته المصادقية و لذا يكون مورد ثبوت الخيار تخصيصا فى العموم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤

.....

المزبور.

أقول: الظاهر عدم الفرق بين ارادة المعنى المصدرى و الاسم المصدرى فى ان التمسك بالآية عند الشك فى لزوم عقد أو جوازه لا يكون من التمسك بالعام فى شبهته المصادقية فإن الاختلاف بين المعنيين بالاعتبار فالحمد بملاحظة صدوره عن الفاعل معنى مصدرى و بملاحظته فى نفسه معنى اسم مصدرى و على كلا التقديرين فالعهد بحدوثه محكوم بلزوم الوفاء به و إنهائه أو بوجود ترتيب الآثار و العمل بمدلوله نظير ما يقال من ان الشئ بحدوثه موضوع للحكم أى لحدوثه و بقاءه كما فى قوله سبحانه (لَا يَنْتَلُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ) و قد يكون موضوعا للحكم بمعنى حدوثه موضوع لحدوث الحكم و بقاءه موضوع لبقائه كما فى قوله (لا تصل خلف الفاسق) و بما أن مناسبة الحكم و الموضوع فى المقام كون وجوب الوفاء بالعهد من قبيل الأول فلا- يكون التمسك بقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فى موارد فى موارد الشك فى كون بيع أو غيره خياريا أو جائزا من التمسك بالعام فى شبهته المصادقية هذا أولا.

و ثانيا: قد تقدم ان المراد بالعقود العهود سواء كان العهد لله سبحانه كالعهد و النذر أو للغير كما فى المعاملات المالية كالبيع و الإجارة أو غير المالية كالنكاح كما يشهد لذلك مضافا الى عموم العهد إطلاق العقد على كل منها فى مثل قوله سبحانه (لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ) و قول سبحانه (وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيحَتَهُمْ) و لا تغرؤوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ الى غير ذلك ثم ان متعلق العهد يختلف فتارة يكون فعلا للغير فالوفاء به عبارة عن الإنيان بذلك الفعل و أخرى يكون الأمر الوضعى أى الاعتبارى كالملكية مجانا أو مع العوض فالوفاء بالعهد فيه إنهائه و عدم الغاية، أو ترتيب الأثر العملى على ذلك الأمر الاعتبارى و وجوب الوفاء بالعهد من القسم الأول تكليفى كما هو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥

.....

ظاهر الأمر بالفعل الخارجي فالوفاء في ذلك القسم عبارة عن الإتيان بمتعلق العهد كما تقدم.

و الأمر بالوفاء في القسم الثاني أما بمعنى عدم إلغاء العهد لكونه من قبيل الأمر بالمعاملة فيكون ظاهرا في الإرشاد إلى اللزوم المراد ترتيب الأثر على متعلق العهد والعمل بمدلوله في مقابل نقض العهد عملا فالأمر بالوفاء باعتبار كونه أمرا بالأفعال الخارجية يكون ظاهرا في التكليف، و لكن لا أظن أن يلتزم المصنف (ره) أو غيره بان إمساك البائع مثلا بالمبيع ابتداء أو بعد إقباضه يوجب عقابين أحدهما بعنوان ترك الوفاء بالمعاملة؛ و الثاني انه تصرف و إمساك بمال الغير بلا رضاه، كما هو مقتضى قوله عليه السلام (لا يحل مال امرء مسلم) بل لا بد من الالتزام بان الأمر بالوفاء و لو بمعنى ترتيب الآثار إرشاد إلى لزوم المعاملة، فلا يصح دعوى ان مدلول الأمر بالوفاء حكم تكليفي بحيث ينتزع منها الحكم الوضعي.

لا يقال على ذلك يلزم استعمال الأمر بالوفاء في الإرشاد و التكليف فالإرشاد بالإضافة إلى العهد في المعاملات و التكليف بالإضافة إلى العهد بالفعل الخارجي كموارد النذر و الحلف فإنه يقال الأمر بالوفاء انحلالى فالأمر بالإضافة إلى بعض العهود يكون إرشادا و بالإضافة إلى البعض الآخر تكليفا و قد تقدم سابقا من ان ليس إرادة الإرشاد و التكليف معا من قبيل استعمال اللفظ في أكثر من معنى لادن المستعمل فيه لصيغة الأمر أو مادته في موردى الإرشاد و التكليف واحد و يختلف الإرشاد عن التكليف بالعرض من البعث الى الفعل و تفصيل ذلك في بحث الأصول).

ثم ان المصنف (ره) قد أجرى ما ذكره في آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَإِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بَدْعَى ان المراد بحلية البيع جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦

و لكن يمكن ان يقال انه إذا كان (١).

ترتيب الآثار بمدلول البيع، و إذا جاز ترتيب الأثر على مدلوله حتى فيما إذا فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه ينتزع عن الجواز المزبور اللزوم الوضعي، و كذلك الأمر في جواز ترتيب الآثار على مدلول التجارة عن تراض فإنه ينتزع من جواز الترتيب حتى بعد فسخ أحدهما اللزوم الوضعي للتجارة.

و لكن لا يخفى ان قوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) مدلوله المطابق كما هو مقتضى إضافة الحلية إلى المعاملة؛ و منها البيع جوازها الوضعي أى إمضاءها، و لذا لو كان بيع البائع بشرط الخيار له أو لصاحبه إلى مدة يحكم بصحة البيع المزبور و كونه خياريا أخذنا بإطلاق الإمضاء المستفاد من الآية.

و بتعبير آخر إمضاء البيع على طبق ما قرره المتبايعين في إنشائه فإن كان بشرط الخيار فيحكم بإمضاءه كذلك؛ و ان كان بدون شرطه يكون إمضاءه مطلقا و على ذلك فيمكن نفي احتمال الخيار الشرعي التأسيسي بناء على ظهور الآية في إمضاء المعاملة بما له الحكم عند العقلاء كما هو ظاهر الآية؛ و اما إذا ادعى بأن مدلولها هو نفس إمضاء البيع بمدلوله من غير نظر الى إمضاء حكمه عند العقلاء فلا يمكن التمسك به في مورد احتمال الخيار الشرعي التأسيسي أيضا، كما لا يبعد ذلك في قوله سبحانه (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) فان مدلوله جواز تملك مال الغير بالتجارة؛ و اما ان الأحكام المترتبة على التجارة ما هي و ان أحكامها العقلية كلها ممضاء أم لا كل ذلك خارج عن مدلول الاستثناء فتدبر جيدا.

(١) مراده ان حلية التصرفات المترتبة على البيع بعد فسخه من أحدهما من غير رضا صاحبه لم تذكر في الآية بخصوصها و كذا حلية التصرفات المترتبة على التجارة بل المدعى شمول الحلية لتلك التصرفات بالإطلاق في الآيتين؛ و عليه فيمكن دعوى ان حلية

التصرفات المترتبة على البيع و التجارة دائرة مدار بقاء البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧

و منها قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (١) *.

و التجارة، حيث ان ظاهر كل خطاب كون الحكم المذكور فيه حدوثا و بقاء دائرا مدار حدوث الموضوع و بقاءه، كما في خطاب لا تصل خلف الفاسق؛ و انما خرجنا عن ذلك في آية أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و قلنا ان تحقق عقد أى عهد في زمان موضوع لوجوب الوفاء حدوثا و بقاء بمناسبة الحكم و الموضوع المفقودة في الآيتين الأخيرتين).

(١) قد تقدم سابقا ان المراد بالأكل في الآية الاعتبارى أى التملك و وضع اليد على مال الغير كما هو مقتضى إضافة الأكل إلى المال و المراد بالباطل الباطل في اعتبار العرف و بنائهم، فيكون النهى عن الأكل المال بالباطل من قبيل النهى عن المعاملة ظاهرا في الإرشاد إلى فساد ذلك الأكل و من الواضح ان تملك أحد المتبايعين مال الآخر بالفسخ من غير رضا صاحبه تملك بالباطل؛ نعم إذا ثبت الخيار في البيع من الشارع و لو تأسيسا يخرج التملك المزبور عن الباطل شرعا و كذلك الأمر في الأكل الخارجى، فلو اذن الشارع في أكل المار من ثمرة طريقه فلا يكون ذلك من الأكل بالباطل؛ و اما مع عدم ثبوت الخيار أو الإذن فيكون عموم النهى متبعا و نتيجة ذلك لزوم البيع المفروض.

و لا- يخفى انه إذا كان المراد بالأكل ما ذكر فيكفى في التمسك به أتصاف المال بكونه مالا لشخص فإنه مع كونه مالا له يكون تملكه و وضع اليد عليه بالوجه الباطل العرفى و منه الفسخ في المعاملة باحتمال الخيار الشرعى محكوما بالبطالان شرعا. و الحاصل انه لا يتوقف التمسك به على إحراز ان المال بعد الفسخ المحتمل جوازه ملك ايضا لمالكه الأول ليكون التمسك به من قبيل التمسك بالعام في شبهته المصدقية؛ اللهم إلا أن يقال ان الفسخ لا يكون تملكاً للمال بل هو حل العقد و بعد حله يكون التملك بالسبب الذى كان قبل العقد؛ و لكن لا يخفى ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨

و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم (١).

و منها قوله الناس مسلطون على أموالهم ٢ في دعاء التوبة و لك

التمسك بالسبب السابق ايضا بعد الفسخ المزبور تملك بالباطل فلا بأس بالأخذ بالآية في الحكم بفساد الفسخ.

(١) و لعل مراده ان الاستفادة من الحديث ابتداء الحكم التكليفى أى حرمة التصرفات الخارجية المتعلقة بمال الغير حتى التصرفات الواقعة بعد فسخ أحد المتعاملين و ينتزع من حرمتها عدم نفوذ ذلك الفسخ، و فيه ان الموضوع لعدم جوازها مال الغير بلا رضاه و كون المال بعد فسخ أحد المتعاملين و لو بلا-رضا صاحبه مال الغير غير محرز فيكون التمسك بعموم عدم الجواز فى الفرض من التمسك بالعام فى شبهته المصدقية.

و لو قيل بأن عدم الحل يعم التصرفات الخارجية و التصرفات الاعتبارية فيكون عدم الحل بالإضافة إلى التصرفات الاعتبارية حكما وضعيا، بمعنى الفساد فيشكل التمسك به فى الحكم بفساد الفسخ أيضا، لأن الفسخ كما ذكرنا ليس تصرفا فى مال الغير بل هو تصرف فى العقد حيث انه حله و مدلول الرواية عدم جواز التصرف فى مال الغير لا عدم جواز التصرف فى المعاملة التى صار بها المال للغير.

و الحاصل ان استفادة الحكم الوضعى أى فساد الفسخ من حرمة التصرفات فى المال تكليفا أو وضعيا ايضا تمسك بالعام فى شبهته المصدقية و أن فسخ العقد باعتبار عدم كونه تصرفا فى المال غير داخل فى مدلول الرواية.

(٢) لو كان مراده (قده) ان تصرف البائع مثلا في المبيع بعد فسخه غير جائز بل التصرف الحلال ينحصر بالمالك لكان التمسك بالرواية بعد فسخ أحد المتعاقدين
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩
يا رب شرطى (١).

من التمسك بالعام في شبهته المصدقية، لأن مع احتمال نفوذ الفسخ لا يحرز ان التصرف في المال المزبور تصرف من غير المالك. و
امرا بناء على ما تقدم منا سابقا من ان مفادها ولاية المالك على التصرفات المشروعة في المال و ليس راجعا الى تعيين التصرف
المشروع فلا يمكن التمسك به في المقام لان الشك في كون الفسخ تصرفا مشروعاً أم لا هذا أولاً.
و ثانيا قد ذكرنا ان الفسخ لا يكون تصرفاً في المال بل هو تصرف في العقد بحله و التصرف في المال بعد الفسخ المحتمل لم يحرز
كونه تصرفاً من غير المالك ليحكم بعدم جوازه كما لا يخفى.

(١) كأن مراده (قده) ان الالتزام بعدم العود إلى المعصية التزم في ضمن التوبة التي هي في حقيقتها الندم على ما فعل و ان شرط
الزهد على الأئمة عليهم السلام قد وقع في ضمن اختياره سبحانه إياهم للعناية الخاصة بجعلهم أولياء المجد و العز و مهبط الوحي و
موارد الكرامة؛ و لكن لا يخفى أن ملاحظة ما ذكر قبل كل منهما يشهد بان المراد منه الإلزام أو الالتزام الابتدائي فإنه سلام الله عليه
ذكر على ما في الدعاء (و قد قلت يا إلهي في محكم كتابك أنك تقبل التوبة عن عبادك و تغفو عن السيئات و تحب التوابين)، فان
هذا بيان لالتزامه سبحانه بقبول التوبة من التائبين و حبهم، فيكون قول التائب و أوجب لي محبتك كما شرطت استدعاء للوفاء بالالتزام
كما ان توبة النادم من معصية قابلة للتكرار يلزم الالتزام بعدم العود الى مثلها، و يكون هذا دخيلاً في تحقق التوبة و الأ فلا يكون ندمه
الأ لفظياً لا أنه التزم زائد على التوبة فيكون قوله (يا رب شرطى ان لا أعود) بيانا للالتزام المحقق للتوبة و من العجب عن بعض الأجلة
حيث فرق بين الشرط في قوله أوجب لي محبتك كما شرطت و جعل الشرط فيه بمعنى المعلق عليه لإيجاب المحبة و بين الشرط
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠

.....

في قوله لك يا رب شرطى حيث ذكر انه بمعنى الالتزام مع وضوح انه في كلا الموردین بمعنى الالتزام.
و اما دعاء الندبة فإن إعطاء الله سبحانه العز و المجد و اختياره الأولياء ليس من قبيل المعاملة ليكون شرط الزهد من قبيل الإلزام في
المعاملة؛ بل الإلزام فيه بمعنى التكليف و بما انه سبحانه قد علم بطاعتهم و الوفاء بالتزامهم بالزهد و قد شملهم العناية من الأول
فأعطاهم ما اقتضى علمه و قضاءه جل و علا و مثل ذلك من استعمال لفظ الشرط في الإلزام أو الالتزام الابتدائيين، و لكن و استعماله
فيه أو في مطلق الحكم تكليفياً كان أو وضعياً كما في قوله شرط الله قبل شرطكم و الشرط في الحيوان ثلاثة أيام و في غيره حتى
يفترقا لا يوجب ظهوره في مطلق الالتزام أو الإلزام ليحمل قوله عليه السلام في صحبة عبد الله ابن سنان أو غيرها (المسلمون عند
شروطهم) عليه و يتمسك به في موارد الشك في لزوم المعاملة و جوازها بالتقريب المتقدم في قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بان يقال
أصل المعاملة شرط فيجب الوفاء بها فينتزع من وجوبه لزومها).

و قد يقال ان الشرط بمعنى مجرد ربط الشيء بالشيء و قد يكون الربط أمراً واقعياً خارجياً كالشرط الأصولي و النحوي و قد يكون
جعلياً كما في التزام الشخص بفعل حيث يربط الشخص الفعل لنفسه و عهده أو معاملياً بان يربط المعاملة بذلك أي على الالتزام به لا
على الملزم به. و لكن لا- يخفى ان ذلك مع عدم تمامه في نفسه كما يأتي لا يوجب ظهور اللفظ في الرواية في مطلق الربط الذي
يجعله المسلم سواء كان من قبيل الالتزام الابتدائي أو الالتزام في المعاملة بل المتيقن منه هو الشرط في المعاملة لو لم نقل بظهوره فيه

بخصوصه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١
و ربّما يقال ان مقتضى استصحاب عدم انقطاع علاقة المالك (١).

(١) و حاصل ما ذكر (قده) في الجواب عن استصحاب عدم انقطاع علاقة المالك الأول هو أنه ان كان المراد بعلاقة المالك الأول، الملك فمن الظاهر انه قد زال بالبيع، و كذا ان كان المراد بها متفرعات الملك فإنّه مع زوال الملك لا تبقى متفرعاته، و ان أريد السلطنة على إعادة العين الى ملكه فهذه السلطنة لم تكن في زمان الملك، و لا- يمكن اجتماعها معه إذ إعادة الملك فرض عدم الملك فعلا.

و الحاصل ان هذه السلطنة تحدث بعد زوال الملك بثبوت الخيار في المعاملة.

و ان أريد استصحاب هذه السلطنة بعد انقضاء خيار المجلس فلا مجال لهذا الاستصحاب فإنه لا يجرى في موارد عدم ثبوت خيار المجلس، بل مطلقاً لأن خيار المجلس كما هو ظاهر الأخبار ينتهي بالتفرق و مع الشك في لزوم المعاملة و جوازها يكون المورد من موارد الأخذ بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و يكون استصحاب بقاء الملك بعد إنشاء الفسخ من أحدهما جارياً بلا معارض.

أقول: لا يخفى ما في كلامه (قده) من الضعف فإنه إذا كان خيار المجلس موقفاً بالافتراق فلا مجال لاستصحاب هذا الخيار بعد هذا الخيار، و لو كان البيع بعد الافتراق خيارياً كما في شراء الحيوان. فالخيار الثابت خيار آخر، و مع عدم قيام الدليل عليه لا يصح استصحاب طبيعي الخيار فإنه من استصحاب القسم الثالث من الكلى. و لو قيل بان المرجع في العام المخصيص في غير زمان التخصيص هو عموم العام سواء كان عمومه من جهة الزمان ايضاً استغراقياً أو استمرارياً كان المرجع في مفروض الكلام عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و ان لم نقل بالتمسك بالعام فيما إذا كان عمومه استمرارياً فيتعين الأخذ باستصحاب بقاء الأثر الحاصل بالعقد فالجمع بين التمسك بعموم العام و الأخذ بهذا الاستصحاب كما هو ظاهر كلامه غير ممكن. و أمّا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢

نعم هو حسن في خصوص المسابقة (١).

ما ذكر في استصحاب عدم انقطاع سلطنة المالك عن المال و كون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب بقاء الأثر ففيه ما تقدم من ان الخيار لا يكون حقاً متعلقاً بالمال بل هو كما تقدم ملك فسخ العقد، و هذا الملك غير ثابت قبل البيع لا للبائع و لا المشتري حتى يستصحب.

و دعوى ان الخيار مرتبة ضعيفة من ملك المال، و لذا يقال ان الحق مرتبة ضعيفة من الملك و بتعبير آخر السلطنة المتعلقة بالمال بمرتبتها القويّة تكون ملكاً و ان تنزلت الى مرتبتها الضعيفة فتكون حقاً و على ذلك فيكون استصحاب طبيعي السلطنة على المال من قبيل استصحاب طبيعي السواد للجسم بعد العلم بزواله بمرتبه الشديدة و احتمال بقائه بمرتبه الضعيفة موهوم لأن كل من ملك المال و خيار الفسخ في المعاملة أمر اعتباري يؤخذ من العرف و الخيار في المعاملة عندهم كما مرّ حق يتعلّق بفسخ العقد و لا يكون حقاً في المال؛ و لذا يجوز لمن انتقل اليه المال في المعاملة التصرف فيه بما شاء و لو مع الخيار لصاحبه إلّا إذا اشترط صاحبه عليه إبقائه، كما في بيع الخيار و لا يكون الملك و الخيار عندهم شيئاً واحداً يختلفان بالشدة و الضعف. و أمّا ثبوت حق آخر متعلق بالعين غير الخيار في العقد و غير الجواز الحكمي فلا يحتمل في العقود.

(١) و حاصله انه إذا تضمن العقد التمليك كالباع و الإجارة أو التسليط، كما في الوكالة حيث ان المالك يسّط الغير على التصرف في ماله و لم يتمّ دليل على جوازه أو لزومه فيمكن الحكم بلزومه باستصحاب ذلك الملك أو التسليط بعد فسخ أحد المتعاقدين. و أمّا

إذا لم يتضمن العقد التمليك أو التسليط أى التمليك أو التسليط الفعليين و ان تضمن ملكا أو تسليطا تعليقا و مشروطا كما فى عقدى المسابقة و الوصية فمع عدم قيام الدليل على لزومه أو جوازه يكون مقتضى الأصل جوازه
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣
ثم ان ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم (١).

حيث يستصحب فيه عدم الأثر فيقال أنه قبل ان تحقق فوز السابق لم يكن العوض المقرر ملكا له و بعد فوزه مع فسخ أحد المتعاقدين قبله يشك فى استحقاقه و تملكه إياه فالأصل عدم انتقال ذلك العوض اليه و كذا الحال فى الوصية).
أقول: لو وصلت النوبة الى الأصل العملى فى مثل عقدى المسابقة و الوصية لكان مقتضى استصحاب بقاء العقد بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه لزومه لأن عقد المسابقة و لو قيل بعدم تضمنه الالتزام و التعهد بالسبق و النضال بل مدلوله مجرد جعل ملك العوض لمن فاز فى السابق بمفاد القضية الشرطية على ما قيل بان مفادها مفاد الجعالة إلا ان هذا الجعل بعنوان القضية الشرطية بقاءه مشكوك بعد فسخ أحدهما بلا رضا صاحبه فيستصحب و يجرى هذا فى الوصية أيضا، فإن جعل ملكية مال لشخص على تقدير وفاة الجاعل كما هو مفاد الوصية التمليكية يستصحب و يكون هذا الاستصحاب حاكما على استصحاب عدم الأثر قبل تحقق الشرط كالفوز فى المسابقة و حياة الموصى، فإن الجعل بمفاد القضية الشرطية مفاده فعليته الجزاء بفعليته الشرط على ما هو المقرر فى بحث عدم نسخ الأحكام.
و مما ذكر يظهر أنه لا- تصل النوبة فى الشك فى العقود التى مفادها الملك أو التسليط الفعلى إلى استصحاب ذلك الملك أو التسليط بل الاستصحاب فى ناحية بقاء نفس العقد من البيع و الإجارة أو الوكالة أو غيرها، بمعنى عدم إمضاء الشارع إلغائها بعد فسخ أحدهما يكون جاريا و يترتب عليه بقاء الملك أو التسليط و غيرها هذا كله مع القول باعتبار الاستصحاب فى الشبهات الحكمية كما هو المفروض فى المقام.

(١) و حاصله انه إذا شك فى لزوم عقد و جواره بالشبهة الموضوعية بأن لم يعلم ان العقد الواقع خارجا ما هو و هل هو داخل فى عنوان العقد الجائر أو اللازم فان قيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤

.....

بجواز التمسك بالعام فيما إذا تردد أمر الفرد بين بقاءه تحت العام أو دخوله فى عنوان الخاص الخارج فيحكم بلزوم ذلك الفرد أخذا بعموم مثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و ان منعنا عن ذلك تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الأثر المتيقن الحاصل بالعقد على كل تقدير و يكون نتيجة هذا الاستصحاب لزوم العقد.

و الأخذ باستصحاب الأثر ينحصر بما إذا لم يكن فى البين أصل موضوعى يعين ان الواقع خارجا فرد جائر كما إذا تردد تمليك العين مجانا بين كونها هبة أو صدقة فإنهما يشتركان فى كونهما تمليك المال مجانا و افتراق الصدقة عن الهبة بكون التمليك فى الصدقة بقصد التقرب و استصحاب عدم قصد التقرب فى التمليك مقتضاه كونها هبة يجوز لصاحب العين ان يرجع فيها ما دامت باقية.

ثم ان ما ذكر من الأخذ باستصحاب بقاء الأثر مع عدم الأصل الموضوعى المحرز لعنوان العقد الجائر فيحكم باللزوم ليس معناه انه باستصحاب بقاء الأثر يثبت عنوان العقد اللازم و يرتب سائر آثاره كما إذا شك فى ان تمليك العين كان بعنوان الهبة ليجوز لصاحبها الرجوع فيها ما دامت باقية أو كان يباع فلا يجوز الرجوع فيها فباستصحاب بقاء ملك العين لمن انتقلت اليه يحكم بلزوم التمليك. و أما ثبوت عنوان البيع فلا- لأن إثبات عنوان الموضوع باستصحاب حكمه أصل مثبت بخلاف إثبات الحكم باستصحاب عنوان الموضوع بل يرجع بالإضافة إلى سائر آثار عنوان العقد اللازم بالأصل الجارى فيها و لو شك فى ثبوت العوض بذمة من انتقل اليه العين

فالأصل عدم اشتغال ذمته بالعوض هذا فيما إذا تردد الأمر بين الهبة الصحيحة و البيع الصحيح.

و أما إذا تردد بين الهبة الفاسدة و البيع الفاسد و كانت العين تالفه في يد من انتقل اليه بالعقد الفاسد فيحكم بضمانه تلك العين أخذا بعموم على اليد و لو قيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥

.....

بان خروج المأخوذ بالهبة من عموم حديث (على اليد) مانع عن الأخذ به في الفرد المشكوك في الضمان أيضا إلى أصالة البراءة.

أقول: ان كان تملك المال مجانا مطلقا أو من فقير بداع قربي يطلق عليه الصدقة، و ان كان بداع آخر يطلق عليه الهبة و الهبة يجوز الرجوع فيها ما دامت العين باقية الأ في موارد خاصة كالهبة للأرحام أو مع التعويض و في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله و عبد الله بن سليمان جميعا قالوا- سألتنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أ يرجع فيها ان شاء أم لا؟ فقال (تجوز الهبة لذوى القرابة) و الذى يثاب عن هبته و يرجع في غير ذلك ان شاء؛ و المراد بالجواز النفوذ و اللزوم و هذا بخلاف الصدقة فإنه لا ترجع في تملك يقصد به وجه الله؛ و في صحيحة زرارة كان الناس على عهد رسول الله (ص) ينحلون و يهبون) و لا ينبغي لمن أعطى لله شيئا أن يرجع فيه و ما لم يعط لله و في الله فإنه يرجع فيه نحلته كانت أو هبة). و المراد بلا- ينبغي عدم نفوذ الرجوع و لو بقريته سائر الروايات و على ذلك فإذا شك في كون العقد الواقع خارجا هبة ليجوز الرجوع فيها أو أنها صدقة ليلزم فأصالة عدم قصد التقرب فيه كما هو مفاد استصحاب السالب بانتفاء الموضوع المعبر عنه باستصحاب العدم الأتلى محرزة لجوازه فإنها تحرز دخول التملك المفروض في قوله و ما لم يعط لله و في الله و لا نحتاج في إثبات الجواز إلى إثبات عنوان الهبة ليقال ان عنوان الهبة لا يثبت بالأصل المزبور و يجاب بأن الهبة هي التملك مجانا غاية الأمر حكم على بعض أفرادها المعبر عنه بالصدقة باللزوم كما هو ظاهر الصحيحة. ثم ان القبض معتبر في الهبة على المشهور و يدل على ذلك الروايات منها الدالة على ان العين الموهوبة مع عدم القبض يرجع ميراثا للواهب و كذا الصدقة لا تكون لازمة الأ بالقبض فإنه و ان ورد في بعض الروايات ما ظاهره عدم اعتبار القبض في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦

.....

الصدقة كرواية أبي بصير و لا يبعد اعتبارها سندا عن أبي عبد الله عليه السلام قال الهبة لا تكون أبدا هبة حتى يقبضها و الصدقة جائزة عليه الأ أنها تحمل على استحباب القبض بقريته بعض الروايات الدالة على اعتبار القبض في الصدقة كصحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر عليهما السلام قال (إذا كان أب تصدق بها على ولد صغير فإنها جائزة لأنه يقبض لولده إذا كان صغيرا، و ان كان ولدا كبيرا فلا- يجوز له حتى يقبض)؛ و أيضا ما في بعض الروايات من إطلاق نفوذ الهبة على الأرحام يقيد بما بعد القبض بشهادة موثقة جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وهب لابنه شيئا هل يصلح أن يرجع فيه قال (نعم الأ أن يكون صغيرا)؛ و في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال (الهبة و النحلة يرجع فيها صاحبها حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيها)، فإنه بناء على ما تقدم يقيد عدم جواز الرجوع في الهبة لذى رحم بما إذا كان بعد القبض أى الحيازة بقريته موثقة جميل و نحوها.

و أما مسئلة الاختلاف في كون العقد الواقع هبة أو يباع فان كان الاختلاف في مجرد اشتغال ذمة من انتقل اليه العين بالعوض و عدمه كما إذا كان الاختلاف بعد تلف العين أو مع كون المنتقل اليه من الأرحام فيجوز استصحاب عدم البيع بلا معارض، فالقول قول

منكر البيع فعليه الحلف على عدم البيع، و ان كان الاختلاف في جواز الرجوع في العين و عدمه خاصة، كما إذا ادعى من انتقل اليه العين انه اشتراها و دفع الى صاحبها ثمنها و قال المالك قد وهبتها فله الرجوع فيها فالقول قول مدعى البيع أخذا بأصالة بقاء الملك لمن انتقلت اليه فعليه الحلف على عدم وقوع الهبة.

و ان كان الاختلاف في كل من اشتغال الذمة بالعوض و جواز الرجوع كما إذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧

.....

ادعى المالك انه قد باعها بكذا و ادعى من انتقل إليه أنه وهبها، فربما يقال ان المورد من موارد التحالف لان لكل من الهبة التي يدعيها من انتقل اليه العين و البيع الذي يدعى صاحبها أثر خاص فيكون أصالة عدم وقوع البيع معارضة بأصالة عدم وقوع الهبة و بالتحالف يحكم بانفساخ المعاملة و رجوع العين الى صاحبها.

و لكن الصحيح ان المورد ليس من موارد التحالف فان التحالف ينحصر بموارد دعوى كل من المتخاصمين على الآخر شيئا، و في الفرض لا- يدعى من انتقل اليه العين على الآخر شيئا، و لذا يحلف على نفي البيع أو على عدم اشتغال ذمته بالعوض، و لكن يجوز لصاحب العين الرجوع فيها لاتفاقهما على ذلك فإنه يعترف من انتقل اليه بذلك بمقتضى الهبة كما يدعيه صاحبها باعتبار أنه مقتضى تخلف الآخر عن أداء الثمن فان التخلف المزبور أحد موجبات الخيار، كما يأتي فما ذكره المصنف (ره) من الحكم في الفرض بلزوم الملك و عدم اشتغال ذمة من انتقل اليه بالعوض لا يمكن المساعدة عليه.

هذا كله مع دوران العقد بين الهبة و البيع في مقام المرافعة، و اما دورانه بينهما في غير مقام المرافعة كما إذا علم بأن العين قد تملكها من الآخر و شك في كونه بالهبة أو بالبيع و ان عهده مشغولة بالعوض فان كانت العين تالفه أو ذى رحم فيأخذ بأصالة برأيه عهده عن الاشتغال بالعوض و كذا إذا كانت العين موجودة ما دام لم يرجع في الهبة المالك الأول. و اما رجوعه فيها فعلمه إجمالا بوجوب دفع العين اليه كما لو كانت هبة أو بدله كما إذا كانت يباعا يكون موجبا لوقوع التعارض بين أصالة عدم الهبة و لزوم الملك و بين أصالة عدم البيع و عدم اشتغال عهده بالبدل فيلزم عليه التصالح كما لا يخفى).

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨

[أقسام الخيار]

[الأول: خيار المجلس]

إشارة

فالمراد مطلق مكان المتبايعين (١).

و اما مسألة ضمان المال فيما إذا تردد أمر العقد الفاسد بين كونه هبة فاسدة أو يباعا فاسدا فيحكم فيه بالضمان سواء كان ذلك في مورد الترافع أو غيره و ذلك فإن الإقدام على الضمان لا يكون موضوعا لضمان المال، و لذا لو وضع أحد يده على مال الغير اعتقادا بأنه ماله و تلف ذلك المال في يده يكون ضامنا مع عدم حصول الإقدام على الضمان و لا فرق في الحكم به القول باعتبار (حديث على اليد) و ان الخارج منه موارد إلغاء المالك احترام ماله بدفعه الى الغير مجانا أو بالإذن له بالإتلاف و الإيتمان المالكى أو أخذ

المال إحسانا إلى مالكه أم قلنا بعدم اعتباره لضعف سنده فإنه إذا قيل باعتباره الحديث و خروج الموارد المشار إليها بالتخصيص فالأمر ظاهر لان مع وضع اليد على المال و أصالة عدم إسقاط المالك حرمة ذلك المال بدفعه إليه مجانا يحرز بقاء ذلك المال تحت عموم على اليد.

و أمّا إذا قلنا بعدم اعتباره فلا- ينبغي الريب في ان وضع اليد على مال الغير فيما إذا لم يكن مع إلغاء المالك احترامه أو الايمان أو الإحسان إليه موضوع للضمان في بناء العقلاء الممضى من الشارع كما يكشف عنه عدم وصول الردع بل في وصول الإمضاء في بعض الموارد و عليه فإذا أحرز وضع اليد على المال الغير كما هو الفرض في المقام و جرى أصالة عدم إلغاء المالك احترام ماله بالهبة فيحكم بالضمان لتمام موضوعه بضم الوجدان الى الأصل.

(١) يعني ليس المراد بالمجلس في خيار المجلس ليس خصوص المجلس لثلا يثبت الخيار فيما إذا تبايعا حال المشى بل المراد ثبوت الخيار للمتبايعين حال العقد، و ان لم يكن مكانهما من قبيل المجلس فإنه في الفرض ايضا يثبت الخيار لهما الى افتراقهما و لا خلاف في ثبوت خيار المجلس عندنا، و ان خالف فيه بعض مخالفينا و في موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال (إذا صفق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩

لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصليين (١).

الرجل على البيع فقد وجب و ان لم يفترقا)، و قيل انها تحمل على ثبوت البيع و عدم اشتراط أمر آخر في تمامه كما في بيع الصرف و السلم، لأن الوجوب في اللغة هو الثبوت.

و لكن لا يخفى انه لا يعد ذلك جمعا عرفيا بين الموثقة و بين مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أيتما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فإذا افترقا وجب البيع حيث ان حمل الوجوب في الأول على ثبوت البيع، و في الثاني على لزومه جمع تبرّعى و عليه فيتعين طرحها لكونها معرض عنها عند الأصحاب و موافق لبعض العامة حيث أنكروا خيار المجلس كما مرّ.

(١) و حاصله انه إذا كان المباشر للبيع و الشراء أصليين يثبت لهما خيار المجلس و كذا فيما إذا كانا وكيلين فإن ثبوته لهما في الجملة أيضا مقطوع، و أنّما الكلام في ثبوته للوكيلين مطلقا حتى فيما لو كانا وكيلين في مجرد إجراء صيغة عقد البيع و ذكر العلامة في التذكرة ثبوته للوكيلين و لموكليهما ايضا مع كونهما في مجلس العقد لا مع عدم حضورهما؛ نعم إذا مات أحد الوكيلين قبل الانتقال ينتقل خياره الى موكله الغائب لأنه أحقّ بالخيار من وارث الوكيل؛ ثم ذكر ان للشافعية القائلين بخيار المجلس قولين أحدهما ثبوت الخيار للموكل ابتداء و الثاني انه يثبت للوكيل.

و ذكر المصنف (ره) انّ الوكيل فيما كان وكلا في مجرد إجراء لصيغة العقد فلا يثبت له الخيار أصلا، و ذكر لذلك وجوها الأول انّ قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا المتفاهم منه غير هذا الوكيل و لو بناء على عموم المتبايعين و شموله للوكيلين ايضا، و الإغماض عمّا ذكره في جامع المقاصد من انصرفهما بملاحظة الغلبة إلى البائع و المشتري المالكين.

و الثاني: ان مقتضى أدلّة الخيار و منها خيار المجلس تعلق حق لكل من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠

.....

المتعاقدين على ما انتقل عنه بعد الفراغ عن كونه سلطانا لما انتقل اليه فلم يحرز في المقام سلطنته الوكيل العاقد لما انتقل الى المالك الموكل فيكون ما نحن فيه نظير ما شك في ثبوت خيار المجلس في مورد كون ما انتقل اليه ممن ينعق عليه أو احتمال أن يكون ما

انتقل إليه مما يجب صرفه في الإنفاق الواجب عليه أو وجوب إعتاقه بالنذر فإنه لا يمكن الحكم بثبوت الخيار في هذه الموارد أخذًا بقوله عليه السلام (البيع بالخيار ما لم يفترقا)، وإثبات أن المبيع ليس ممن يعتق عليه أو لا يجب عليه إعتاقه بالنذر أو لا يجب صرفه في إنفاقه.

الثالث: أنه لا ينبغي الريب في أن الخيار الحيوان لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغته شراء الحيوان وقد ذكر مقارنا مع خيار المجلس في الأخبار كما في قوله عليه السلام الشرط في الحيوان إلى ثلاثة أيام وفي غيره حتى يفترقا وخيار الحيوان مع خيار المجلس، وإن كانا حكيمين يمكن أن يكون الموضوع لأحدهما العاقد المالك وللآخر مطلق العاقد إلا أن وحدة السياق يشهد بأن من ثبت له الخيار في شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام هو الذي يثبت له خيار في غيره حتى يفترقا.

الرابع: أن الحكمة في جعل الخيار ملاحظة المتبايعين صلاحتهما في البيع الواقع وهذا لا يجري في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغته البيع.

والخامس: أن سائر الخيارات كالغبن والغيب وغيرهما لا يثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغة ويكون خيار المجلس أيضا كذلك ولا يبعد أن يكون مراد التذكرة من الوكيل غير هذا الوكيل، فالقول بثبوت الخيار لهذا الوكيل كما عن صاحب الحدائق ضعيف وأضعف منه ثبوته في حقه حتى مع منع موكله عن فسخ البيع بدعوى أن الخيار حق للعاقد فله أن يستوفيه بفسخ العقد وليس منع المالك مبطلا للحق المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١

.....

أقول: ما ذكره (ره) من انصراف أدلة الخيار عن الوكيل في مجرد إجراء الصيغة فله وجه فإن البيع وإن ينتسب إلى كل من الوكيل والموكل فيصح للوكيل أن يقول بعث دار فلان من فلان كما إذا احتاج إليه في مقام الشهادة ونحوها كما يصح للموكل أن يقول بعث دارى من فلان ومناسبة الحكم والموضوع وملاحظة حكمه الخيار وهو التروى في صلاح البيع مقتضاه ثبوت الخيار للموكل كما قد يقتضى ملاحظة المناسبة بين الحكم وموضوعه ثبوت الحكم لمن ينتسب إليه الفعل بالتسبب كقوله عليه السلام (من بنى مسجدا بن الله بيتا له في الجنة)، أو ثبوت الجزاء لمن ينتسب إليه الحلق كذلك في قوله من حلق أو قصر قبل السعى فعليه كذا إلى غير ذلك.

وأمّا الوجه الثانى: فلا يمكن المساعدة عليه فإن الخيار كما تقدم ملك فسخ العقد فلا يكون لدى الخيار سلطنة على ما انتقل عنه وكذا كون الخيار فرع سلطته إلى ما انتقل إليه، وإنما يرجع ما انتقل عنه إلى ملكه بالسبب السابق على البيع على تقدير الفسخ، ولذا لا يكون قوله (ص) (الناس مسلطون على أموالهم)، نافيا للخيار في البيع ودعوى أن الخيار فرع الإقالة بمعنى أن الخيار يثبت في حق من شرع في حقه الإقالة، وإن الإقالة لا تثبت في حق الوكيل في مجرد إجراء صيغته البيع، بل يثبت في حق المكلّف بالقبض والإقباض والوفاء بالبيع فلا يمكن المساعدة عليها أيضا فإن عدم ثبوت الإقالة في حق الوكيل في مجرد إجراء الصيغة بالوجه الأول أى دعوى الانصراف الجارى في خيار المجلس وغيره ومع قطع النظر عنه فيمكن دعوى صحة الإقالة من الوكيل المزبور أيضا حيث إن الإقالة هو الاجتماع مع الطرف الآخر على فسخ البيع أو غيره كما لا يخفى.

وأمّا وحدة السياق فلا شهادة فيها فإن ذكر خيار الحيوان مع خيار المجلس في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢

.....

خطاب و العلم بعدم ثبوته خيار الحيوان للوكيل غايته إن لا يكون ذلك الخطاب ظاهرا في ثبوت خيار المجلس للوكيل، وهذا لا

ينافى الأخذ بخطاب آخر لم يذكر فيه خيار الحيوان بل ذكر فيه خيار المجلس لعنوان عام يعم الوكيل أيضا، وأيضا بما أن الحكمة في الحكم ومنه حكمه الخيار غير العلة فلا يمكن الاستشهاد لعموم الحكم أو اختصاصه بعموم الحكمة وخصوصها وغاية ما يمكن ان يقال هو استظهار الحكمة من الروايات الواردة في خيارى المجلس و الحيوان و انها بحسب المتفاهم العرفى هو التأمل فى صلاح البيع و فساده، و هذا شأن المالك دون الوكيل فى مجرّد إجراء الصيغة البيع أو غيره.

وقد يستدل على عدم ثبوت الخيار للوكيل بوجه آخر وهو ان أدلة الخيارات تخصيص فى عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من مثل قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و بما ان وجوب الوفاء فى الآية متوجه الى المالكين لما تقدم من ان المراد بالوفاء بالعقد ترتيب الآثار عليه حتى بعد فسخ أحدهما فيكون وجوبه وظيفه على المالكين و ينتزع منه الحكم الوضعى أى لزوم العقد فيكون أدلة الخيار تخصيصا فى التكليف بالوفاء بالعقد و يكون الخيار حكما للمالكين لا محالة.

و الجواب ان توجه وجوب الوفاء الى المالكين لا- يلزم ثبوت الخيار لهما دون الوكيلين حيث ان وجوب الوفاء، إمّا إرشاد إلى لزوم العقد باعتبار أنه ليس فى البين ملا- ك الحكم التكليفى فى الوفاء بعقد البيع و نحوه من المعاوضات فيكون ما دل على ثبوت الخيار موجبا لارتفاع ذلك الحكم الإرشادى مطلقا فيما إذا كان الخيار ثانيا للمالكين، و فى فرض فسخ ذى الخيار فيما إذا كان الخيار ثابتا للوكيل أو الأجنبى، و اما تكليف نفسى على ما يظهر من المصنف (ره) و غيره فيكون ثبوت الخيار موجبا لورود التخصيص عليه أيضا كما ذكر و على كل تقدير فتوجه الوجوب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣

و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه إشكال (١).

الإرشادى أو التكليفى بالوفاء بالمعاملة لا تكون قرينه على انصراف أدلة الخيار الى ثبوته لمن هو مكلف بالوفاء بالعقد فإنه إذا جاز اشتراط الخيار للأجنبى و الوكيل أمكن ثبوت الخيار التأسيسى لهما أيضا فلا بد فى كونه حقا للمالك أو غيره من الوكيل أو الأجنبى من ملاحظة أدلة الخيارات و سائر القرائن.

(١) قد ظهر مما ذكرنا ثبوت الخيار فى الفرض للموكلين لاستناد البيع إليهما و الى الوكيلين أيضا إلا أن ملاحظة مناسبة الموضوع و الحكم و لو بملاحظة حكمه الخيار الظاهرة من الروايات كون الخيار فى الفرض حكما على من ينتسب اليه البيع بالتسبب بالمعنى المتقدم و لكن ثبوت الخيار للموكلين مختص بصورة حضورهما مكان العقد من حين العقد لاستفادة ذلك من الافتراق الوارد غاية للخيار المزبور فان الافتراق فرع فرض الاجتماع الحاصل حال العقد فيكون العبرة بافتراق الموكلين و لا اعتبار بافتراق الوكيلين هذا. و لكن قد ذكر بعض الأعاضم (دامت أيامه) ان الخيار كما لا يثبت فى الفرض فى حق الوكيل كذلك لا يثبت فى حق الوكيل، و اما عدم ثبوته فى حق الوكيل لانصراف خطاب الخيار عن الوكيل المزبور فإن الوكالة فى مجرد إجراء صيغة البيع أمر نادر ينصرف خطاب الخيار عنه؛ و اما عدم ثبوته فى حق الموكل فى الفرض بل فى الفرضين الآتين أيضا لعدم قيام مبدء البيع به و عدم صدوره عنه بل قيامه و صدوره عن الوكيل و دعوى ان الوكيل كالألة و لسان الموكل كل ذلك غير صحيح لأن الفاعل المختار لا يكون من آلة الفعل لينتسب الفعل الى من يستعمل الآلة. و الحاصل قيام المبدء بالوكيل و انتسابه إليه حقيقى و قيامه بالموكل و انتسابه إليه مجازى و الجمع بينهما بإرادة كل منهما يكون من قبيل استعمال اللفظ فى أكثر من معنى و الاستعمال المزبور على تقدير إمكانه يحتاج إلى قرينه و استعمال البائع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤

و ان كان وكيلا فى التصرف المالى كأكثر الوكلاء (١).

أو البيع في الجامع بحيث يعتمها لعدم الجامع بين الربطين الذين كل منهما معنى حرفي غير موجود و على تقدير إمكان الجامع يحتاج هذا النحو من الاستعمال أيضا إلى القرينة.

أقول: لو فرض شخصان أحدهما بنى مسجدا بالمباشرة و صرف مؤنته من ماله و الآخر بنى مسجدا آخر لا بالمباشرة أو شخصان أحدهما حلق رأسه بالمباشرة في إحرام عمرته المفردة قبل سعيه و الآخر حلق رأسه كذلك بالتسبيب فهل يعتمها قوله عليه السلام: (من بنى مسجدا بنى الله بيتا له في الجنة)، و قوله (من حلق أو قصير قبل سعيه فعليه كذا) أو يختص بالمباشر بالبناء أو الحلق فقط لا أظن الالتزام منه طال بقاءه أو من غيره بالاختصاص، و ان قال بالعموم كما هو ظهورهما في ذلك عرفا فيقال نظيره في المقام بالإضافة إلى قوله عليه السلام (البيعان بالخيار ما لم يفترقا)، و أنه يعتم الموكل في الفرض و الوكيل في الفرض الآتي بل الوكيل و الموكل في بعض الفروض على ما يأتي و كون هذا الاستعمال بنحو الحقيقة أو المجاز كما لا يخفى.

(١) و حاصله ان الوكيل في التصرف المالي في مقابل الوكيل في إجراء صيغة البيع فيما كان مستقلا في التصرف في مال الموكل نظير العامل في مال المضاربة بحيث يكون وكيلا في التصرف في المال المزبور بما يراه مصلحة من بيعه و إقاله ذلك البيع أو فسخه باشتراط الخيار لنفسه و شراء مال آخر ببدله و نحو ذلك فلا يبعد ثبوت خيار المجلس لهذا الوكيل بخلاف ما إذا كان وكيلا في التصرف الخاص في ذلك المال كبيعه أو شراء ثوب له و نحو ذلك فان هذا الوكيل لا يثبت في حقه خيار المجلس، و ليس الوجه في ثبوت الخيار في الفرض الأول دون الثاني انصرف اخبار الباب عن الثاني دون الأول ليقال ان إطلاق البائع و البيع على الوكيل في إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥

.....

الفرضين لتعارفهما شائع بل الوجه ان الخيار سلطنة على إعادة ما انتقل عنه بعد تمكنه على رد ما انتقل اليه و يكون للوكيل هذه السلطنة في الفرض الأول دون الثاني لأن المفروض في الفرض الأول انه وكيل في التصرف في المال بما يراه من بيعه و اقاله ذلك البيع و فسخه بشرط الخيار و شراء شيء آخر بثمنه أو غير ذلك بخلاف الفرض الثاني فإنه ليس وكيلا إلا في بيع المال و لا سلطان له على إعادة الثمن و رده على مالكة الأصلي بالإقالة أو غيرها لأنه تنتهي و كالتة بتمام البيع.

أقول: قد تقدم ان الخيار هي السلطنة على فسخ العقد لا على إعادة المال المنتقل عنه بعد الفراغ عن السلطنة عن رد المال المنتقل اليه و ما ذكر المصنف (ره) في الاستشهاد لذلك من قوله ألا ترى أنه لا يجوز الأخذ بعموم البيعان بالخيار و الحكم بكون ما انتقل اليه ليس مما ينعق عليه أو مما يجب صرفه في النفقة الواجبة عليه أو في الوفاء بالنذر لا يخفى ما فيه فان مسألة ثبوت الخيار في مورد كون المبيع ممن ينعق عليه يأتي الكلام فيها و على تقدير القول بعدم ثبوت الخيار فيها يكون ذلك تخصيصا في دليل خيار المجلس و يؤخذ بالعموم المزبور في مورد الشك في كون المبيع منه فيحكم بثبوت الخيار بعد جريان الاستصحاب في عدم كونه ممن ينعق عليه. و أمّا في مورد الشك في كون المبيع ممن يجب صرفه للمؤنة أو في الوفاء بالنذر يحكم بثبوت الخيار حتى مع العلم بوجوب صرفه فيهما لعدم التنافي بين الخيار و جواز الفسخ و ضعا و ثبوت التكليف بالصرف في المؤنة أو الوفاء بالنذر و لو فسخ البيع فلا يكون مبغوضيته موجبا لبطلانه لعدم كون النهي عن معاملته، و منها الفسخ موجبا لفسادها.

و على تقدير كون المراد فرعياً الخيار ملك الفسخ على جواز الإقالة فقد تقدم ان الخيار و الإقالة في مرتبة واحدة و ليس أحدهما فرعاً للآخر و على ذلك فلا بأس بالالتزام بثبوت خيار المجلس للوكيل في الصورة الثانية أيضا كالأولى مع عدم جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦

.....

الإقالة منه لانتهاه وكالته بالبيع لان الفسخ بخيار المجلس حكم وضعى للبائع الصادق على الوكيل و لو مع انتهاء سلطنته على التصرف فيما انتقل الى موكله؛ أضف الى ذلك ان الوكيل لا- يقل عن نفس المالك فيما إذا باع المال و أخذ الثمن و تلف الثمن بيده قبل حصول الافتراق فان مع تلف الثمن لا- يكون له سلطنته على ما انتقل اليه التالف مع بقاء خياره حتى يفترقا، كما لا يخفى، و اما ثبوت الخيار للموكلين فثبوته في الصورة الأولى مشكل جداً، من حيث ان المالك فيها و ان يكون صاحب المبيع أو الثمن إلا ان الخيار في الأدلة لم يترتب على مالهما بل على المتبايعين، و لذا لا يصدق عنوان البائع أو المشتري إلا على الولي أو العامل في المضاربة و يصح سلبهما عن المولى عليه أو مالك رأس المال مع كونهما مالكين، لأن البائع ما يصدر عنه البيع بالباشرة أو بالاستنابة و شيء من ذلك لم يتحقق بالإضافة إلى المالك في هذه الصورة، فلان مع تفويض أمر التصرف في المال إلى الآخر بحيث كان له التصرف فيه بالبيع أو المصالحة أو الإجارة أو الهبة المعوضة و غير ذلك يكون البيع باختيار الوكيل فلا يستند إلى المالك، بل لو استند لكان الاستناد ضعيفاً، و لذا لا يصدق على مالك رأس المال في المضاربة أنه تاجر يبيع و يشتري بقصد الربح.

لا يقال على ذلك يلزم ان لا يكون حث لو حلف المالك على ترك بيع المال و باعه و كيله المزبور فإنه يقال الحث تابع القصد فإن أراد عدم إخراج المال عن ملكه و لو يبيع و كيله حصل الحث و إلا فلا.

و أما ثبوته للموكل في الصورة الثانية التي يعين فيها المالك على الوكيل خصوص البيع و الشراء لاستناد البيع إليه كاستناده إليه في صورة التوكيل في مجرد إجراء الصيغة فيثبت له الخيار مع اجتماعه مع الطرف الآخر في مجلس العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧

ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة (١).

(١) و عن النائيني (قده) ثبوت الخيار للوكيل في صورة كونه مستقلاً في التصرف في المال دون ما إذا كان وكيلاً في مجرد إجراء الصيغة أو التصرف الخاص و ثبوته للوكيل في الأول لكونه هو البائع حقيقة، كما إذا كان الأمر عليه فيما كان المالك هو العاقد و عدم ثبوته للوكيل في مجرد إجراء الصيغة أو التصرف الخاص فلعدم تمكنه على الإقالة باعتبار انتهاء وكالته بالبيع فلا يثبت في حقه الخيار. أما الموكل فيثبت له الخيار مع حضوره مجلس العقد إلا في صورة التوكيل المستقل فإنه يثبت فيه الخيار للموكل و لو مع عدم حضوره مجلس العقد لان حضور الوكيل مجلس العقد و اجتماعه مع الطرف الآخر يحسب حضوراً و اجتماعاً للموكل ايضاً. و عن بعض تلامذته انه لا يثبت الخيار للوكيل في شيء من الصور بل يثبت الخيار للمالك و يكون للوكيل الفسخ عنه فيما إذا كان وكيلاً في جميع شؤون المعاملة كما في الوكيل المستقل، و لكن لا يعتبر في ثبوت الخيار للمالك حضور مجلس العقد بل العبرة في ثبوت الخيار اجتماع المباشرة للعقد و افتراقه في جميع الصور.

أقول: إذا لم يكن المالك حاضراً مكان العقد فكيف يثبت في حقه الخيار خصوصاً مع انتهاء وكالته الوكيل بإجراء صيغة البيع و تمام الشراء سواء كانا وكيلين في مجرد إجراء الصيغة أو في البيع و الشراء فلا يكون بقائهما في مجلس العقد محسوباً لوجود الموكلين في ذلك المجلس بدنهما التنزييل بل يجرى ذلك فيما إذا كان الوكيل مستقلاً بحيث يكون له الوكالة في المال المنتقل إلى موكله لأن الاجتماع و الافتراق من الوكيلين كالقيام و القعود منهما لا ينتسب إلى موكلهما و ليست دعوى كون جلوسهما فيه جلوساً للموكل إلا كدعوى أن أكلهما فيه طعاماً أكلاً من موكلهما. و الحاصل ان ظاهر اخبار خيار المجلس فرض الاجتماع في مكان العقد في البيعان المحكوم لكل منهما بالخيار إلى افتراقهما، و إذا لم يكن الموكل حاضراً مكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨

العقد حينه فلا يدخل في الموضوع للخيار بلا فرق بين الصور الثلاث المتقدمة.

و على تقدير حضوره و ثبوت الخيار له و لو كيله فهل الثابت لهما خيار واحد بنحو سبق إلى إعماله كل منهما بالإسقاط أو الفسخ نفذ أو بنحو لا- ينفذ إلا مع اجتماعهما على الفسخ، و ان لكل منهما خيار مستقل الظاهر من الروايات ان الثابت لكل من البائع و المشتري في معاملة واحدة خيار واحد، و حيث ان ثبوته لأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح لاشتراكهما في الدخول في الموضوع للخيار فيكون مشتركا بينهما، نظير ما يأتي من ثبوت خيار واحد للورثة فلا ينفذ الفسخ منهم إلا مع اجتماعهم عليه، و لو افترق واحد من الوكيل أو الموكل مجلس العقد سقط ذلك الخيار لحصول الافتراق بين البيعين الذين كان لهما الخيار.

و القول بكفاية بقاء واحد من الوكيل أو الموكل مع واحد من الطرف الآخر بدعوى ان الخيار ثابت لعنوان البائع الصادق مع بقاء واحد من الوكيل أو الموكل لا يمكن المساعدة عليه لأن مدلول قوله عليه السلام (البيعان بالخيار حتى يفترقا ثبوت الخيار للأشخاص لا لعنوان البائع نظير ما ذكر بعض الفحول في الواجب الكفائي من توجه التكليف بالفعل إلى طبعي المكلف لا إلى اشخاصه فإن هذا خلاف ظاهر الروايات. اللهم إلا ان يقال هذا لا ينافي لاستقلال كل منهما في استعمال الخيار بمعنى ان كل منها سبق إلى استعماله نقد كما هو ظاهر اسناد جواز الأمر الواحد إلى كل من الوكيل و الموكل.

لا- يقال: لم لا- يكون لكل من الوكيل أو موكله خيار مستقل كما هو مقتضى انحلال خطاب البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإنه يقال الخطاب المزبور انحلالى بالإضافة إلى أفراد البيع المنشأة ابتداء، و لكن لا انحلال فيه بالإضافة إلى كل من صدق عليه عنوان البائع أو المشتري في بيع واحد؛ و لذا لا يثبت لكل من الوارث

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩

تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى (١).

خيار مستقل بالإضافة إلى حصّة و كذا لو اشترى حيوانين بصفقة واحدة و أراد فسخ البيع بالإضافة إلى أحدهما دون الآخر، فلا ينفذ ذلك لأن البيع المنشأ التام واحد؛ و ظاهر الأدلة ثبوت الخيار فيه لا فى البيوع التى ينحل إليها ذلك البيع الواحد.

(١) ظاهر الأدلة ثبوت الخيار للبائع و المشتري و يستفاد مما دلّ على جواز إسقاط الخيار انه من الحقوق أى قابل للإسقاط؛ و اما جواز نقله الى الغير فلم يدل عليه دليل كما أنه لم يقيم دليل على ان كل حق يقبل النقل الى الغير ليؤخذ به فى المقام و على ذلك فليس للموكل فيما ثبت له الخيار تفويضه الى وكيله أو الأجنبي.

نعم حيث ان للموكل الفسخ و الإمضاء و كل منهما من الأفعال القابلة للنياية فيمكن ان يوكل الغير فى الفسخ أو الإمضاء، بحيث يكون فسخه أو إمضائه أعمالا- لخيار الموكل و هذا ليس من التفويض فان معنى التفويض نقل الخيار من نفسه الى الغير بحيث لا يكون للموكل خيار بعد النقل و التوكيل فى الفسخ أو الإمضاء ليس من هذا القبيل بل للموكل بعده اعمال خياره بنفسه بالإمضاء أو الفسخ و يكون ذلك فسخا عمليا للوكاله.

لا- يقال: بناء على إرث الخيار كما عليه المشهور يكون ذلك دليلا على جواز النقل أيضا فإنه إذا لم يقبل النقل فكيف يورث أضف الى ذلك عموم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فإن تفويض الخيار الى الغير بالعوض أو مجانا عقد يجب الوفاء به فإنه يقال عموم وجوب الوفاء بالعقود منصرف الى العقود المتعارفة بين الناس و لو فى كل عصر لا خصوص العقود المتعارفة فى زمان صدور الآية و تفويض الخيار الشرعى بمعنى نقله الى الغير مجانا أو بالعوض غير متعارف، و المتعارف هو التوكيل فى الفسخ و الإمضاء كما تقدم.

و اما إرث الخيار فهو على تقدير الالتزام به كما يأتي لا يقتضى جواز كل نقل، و لذا لا أظن الالتزام بجواز تفويض مثل حق القصاص الى الغير مجانا أو مع العوض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠

و مما ذكرنا عدم ثبوت الخيار للفضولين (١).

لا- بمعنى توكيل الغير في استيفائه مع أن الحق المزبور موروث بلا- شبهة؛ و على الجملة ثبوت النقل القهري لا يقتضى جواز النقل الاختياري.

(١) الأظهر عدم ثبوت خيار المجلس للفضولين باعتبار ان البيع مع عدم اجازة المالكين و ان يستند الى الفضولين ألا أن عدم ثبوت الخيار لهما باعتبار ان خيار المجلس كسائر الخيارات الشرعية التأسيسية حكم شرعى للبيع التام المترتب عليه الانتقال الشرعى كما هو ظاهر الروايات، فمع اجازة المالكين يستند إليهما البيع و على تقدير اجتماعهما مجلس الاجازة يثبت لهما خيار المجلس و احتمال اعتبار مجلس العقد لا مجال له ألا بناء على الكشف الحقيقى حيث ان الاجازة بناء عليه تكشف عن تمام البيع و ترتب الحكم عليه من حين صدوره و لكن المبنى المزبور كما تقدم فى محله ضعيف. و الحاصل ان المعتبر الاجتماع مجلس الاجازة سواء قلنا بالنقل أو بالكشف الحكمى.

و مما ذكرنا يظهر ان ثبوت خيار المجلس فى بيع الصرف و السلم بعد حصول التقابض و القبض، و ليس فى ذلك محذور أصلا، و احتمال ان يكون اجازة المالكين إسقاطا لخيار المجلس كما عن المصنف (ره) لا يمكن المساعدة عليه فان الخيار حكم شرعى يترتب على العقد بعد الاجازة ألا مع اشتراط سقوطه و اجازة العقد بمجرد لا ظهور لها فى اشتراط السقوط و لا فرق فى عدم ثبوت الخيار للفضولين بين كونهما غاصيين أم لا، و حيث انه ليس لهما خيار المجلس، فلو تفاسخا قبل الاجازة لغى الفسخ و يبقى البيع بحاله. نعم لو ألغى أحد الغاصيين إيجابه قبل قبول الآخر لا يكون ذلك البيع قابلا للإجازة لاختلال صورة العقد بالإلغاء المزبور بناء على ما تقدم عن المصنف (ره) من أن الرد المزبور تسقط الموالاته المعتبرة بين إيجاب العقد و قبوله على كلام تقدم فى محله و الموالاته بين العقد و أجازته غير معتبرة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١

و يكفى (ح) الإنشاء أصالة من أحدهما و الاجازة من الآخر (١) لو كان العاقد واحدا (٢).

(١) يعنى يكفى فى ثبوت خيار المجلس فيما إذا كان أحد المتعاقدين أصيلا و الآخر فضوليا فرض مكان قد جمع ذلك المكان الأصيل و المجيز بان حصول الإنشاء من الأصيل و الاجازة من المجيز فى ذلك المكان.

(٢) و حاصله: انه لو كان العاقد فى البيع واحدا كما إذا باع ماله من غيره فيما كان و كيلا أو وليا على ذلك الغير فى الشراء له أو باع مال الغير من نفسه فيما كان وليا على ذلك الغير أو و كيلا عنه فى البيع و يثبت له خيار البائع و المشتري لأن مقتضى قوله عليه السلام (البيعان بالخيار) ثبوت الخيار لكل من صدق عليه عنوان البائع و من صدق عليه المشتري؛ و المفروض ان العاقد المزبور يصدق عليه كل من العنوانين و بتعبير آخر صيغة التثنية هنا لا باعتبار تعدد الوجود من طبيعة كما فى مثل الرجلين و المرأتين و نظائرهما، بل باعتبار الطبعيتين و تعدد العنوانين أى البائع و المشتري نظير قوله (القتيلان فى النار)، حيث يعم ما إذا كان شخص قاتلا و مقتولا فى واقعه.

و دعوى ظهور التثنية فى المقام فيما إذا كان كل من عنوان البائع و المشتري منطبقا على من انفرد بالإنشاء فلا يتحقق الخيار فيما إذا لم يكن فى البين انفراد بإنشاء البيع و الشراء، كما إذا كان العاقد واحدا لا يمكن المساعدة عليها، فإنه لا وجه للدعوى المزبورة بعد ظهور الخطاب فى كون الخيار حكما لمن ينطبق عليه عنوان البائع أو المشتري و يكفى فى الجزم بطلانها ملاحظة سائر الأحكام الثابتة لعنوان البائع أو المشتري كثبوت خيار الحيوان فإنه لا ينبغى الشبهة فى ثبوته للولى فيما إذا باع الحيوان المملوك له من المولى عليه.

نعم المذكور فى الروايات غاية لخيار المجلس افتراق المتبايعين و الافتراق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢

و فيها ايضا لو اشترى جمدا (١).

لا يتحقق إلا مع تعددهما فيكون ذكر الغاية قرينة على اختصاص خيار المجلس بصورة تعدد البائع والمشتري خارجا؛ وقد يقال في الجواب عن ذلك بان (حتى) من أداء الغاية و تدخل على الممكن و الممتنع كقوله سبحانه (حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ) فيكون مقتضى دخول حتى في الروايات على الافتراق ثبوت خيار المجلس أمكن الافتراق أم لا، و لكن لا يخفى ان دخوله في بعض الموارد على الممتنع لا ينافي ظهور مدخوله فيما إذا كان قيذا للحكم في فرض الاجتماع لموضوع ذلك الحكم فلا يكون للخيار موضوع فيما لم يكن اجتماع ليعين سواء كان عدم الاجتماع بالافتراق حال العقد كعدم حضور الموكل مجلس العقد أو بعدم تعددهما في مفروض الكلام.

و ذكر المصنف (ره) في الجواب عن ذلك بأن الافتراق المزبور و ان كان ظاهرا في فرض الاجتماع المختص بصورة تعدد العاقد إلا ان جعله غاية مبنى على الغالب من تعدد العاقد و كون البائع غير المشتري خارجا، فلا يوجب ذلك اختصاص خيار المجلس بصورة التعدد.

أقول: لا يخفى بان الحمل في قيد على الغالبى ينفع فيما إذا كان في البين خطاب يثبت الخيار للبائع و المشتري من غير ذكر الغاية فيه ليتمكن الأخذ بالإطلاق و لا يرفع اليد عنه بالقيد الغالبى و لكن ليس في المقام مثل ذلك الخطاب المطلق.

(١) و هل يثبت خيار المجلس فيما إذا لم يكن العين قابلا للبقاء بعد العقد لحصول التلف كلا- أو بعضا قبل الافتراق كالجمد في الصيف. ذكر في التذكرة ان في ثبوت الخيار اشكال؛ و وجهه على ما ذكر المصنف (ره) اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد و الجمد في الفرض لا يكون كذلك. و في جامع المقاصد ان خيار المجلس لا يسقط بالتلف فكيف يكون عدم قابلية الجمد موجبا لانتفاء الخيار؛

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣

[لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود سوى البيع]

لا يثبت خيار المجلس في شيء من العقود (١).

و أجاب المصنف (ره) بأن التلف لا يكون مسقطا فيما إذا ثبت خيار المجلس قبله بالعقد؛ و في المقام أصل ثبوت الخيار بالعقد غير معلوم.

أقول: إطلاق أدلة الخيار فيما إذا لم يكن سقوطه شرطا في البيع و لو بنحو الشرط الارتكازى عدم الفرق بين المقام و سائر المقامات. و هل يثبت فيما إذا كان المبيع دينا لبائعه على المشتري فقد يقال بعدم الثبوت باعتبار ان الدين يبيعه من المديون يسقط و اشتغال الذمة بإعادة الدين إليها غير معهود. و عن السيد الزدى (ره) انه يمكن القول بثبوت خيار المجلس مع كون سقوط الدين عن العهدة من قبيل تلف المبيع و بفسخ ذى الخيار يرجع الى بدله.

أقول: و يظهر الثمرة فيما إذا كان الدين من القيميات كما إذا باع حيوانا موصوفا بنحو السلم، ثم باع المشتري الحيوان المزبور من بائعه فإن قيل بثبوت خيار المجلس في البيع الثانى و كون سقوط الدين عن العهدة من التلف فيرجع بعد الفسخ إلى قيمة ذلك الحيوان على ما هو المستفاد من العرف و الأدلة ان الحيوان و غيره من القيميات يضمن بالقيمة، و ان لم نقل بأن سقوط الدين عن العهدة من

التلف، و ان عود العهدة مع قيام الدليل عليه ممكن، كما هو الصّحيح فيلتزم بالعود في المقام كما هو مقتضى الخيار الثابت بإطلاق مثل قوله عليه السلام (البيع بالخيار (إلخ)).

(١) قد ذكر (قده) اختصاص خيار المجلس بالبيع فلا يثبت في سائر العقود اللازمة سواء كانت مالية كالإجارة أم غيرها كالنكاح فان هذا الخيار تأسيس من الشرع و ما ورد فيه لا يعمّ غير البيع، و قد نقل الإجماع على اختصاصه بالبيع في كلمات الأصحاب كالشيخ في الخلاف فإنّه ذكر الإجماع على عدم دخوله في الوكالة و الوديعة و العارية و المضاربة و الحوالة. و في غير موضع من المبسوط صرح باختصاص خيار المجلس بالبيع، و لكن مع ذلك ذكر أيضا في المبسوط لا مانع من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤

.....

ثبوت خيار المجلس و الشرط في الوكالة و الوديعة و العارية و المضاربة و الجعالة.

و قد حمل في الدروس هذا الكلام على أنّه لا يجوز التصرف في العقود المزبور الّا بعد انقضاء المجلس و الشرط، و حيث ان تصرف المالك في ماله لا يصحّ ان يتوقف على مضي زمان ذكر المصنف (ره) ان مراد الشهيد عدم جواز تصرف الطرف الآخر أى غير المالك الّا بعد ذلك الزمان المزبور لأنّ ثمره هذه العقود تصرف غير المالك في المال و هذا كالتزامه (قده) في البيع بأنه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع و البائع في الثمن الّا بعد مضي زمان الخيار و لم يقبل المصنف (ره) هذا الحمل لتصريح الشيخ (قده) في غير موضع من المبسوط باختصاص خيار المجلس بالبيع فكيف يلتزم مع ذلك بجريانه و جريان خيار الشرط في تلك العقود الجائزة. و قال الأولى حمل كلامه على ما اذا كانت تلك العقود الجائزة منشأه في ضمن البيع بنحو شرط النتيجة فإنها مع الشرط كذلك تكون خيارية بخيارية البيع و لازمة بلزوم البيع. و ذكر في السرائر دخول خيار المجلس و الشرط في العقود و علل دخولهما فيها بحصول المقصود من الخيارين و هو جواز فسخها. و احتمل المصنف (ره) أن يكون مراد الشيخ (قده) ايضا من دخولهما ثبوت نتيجهما في تلك العقود بجواز فسخها.

لا يقال كيف يكون مثل الوكالة شرطا في ضمن العقود اللازمة فتكون لازمة بلزومها مع ان العقود الإذنية تكون قوامها بالأذن، و إذا رجع الموكل عن إذنه للغير في الفعل فلا يبقى الإذن المقوم لها و لو مع اشتراطها في ضمن العقد اللازم.

فإنه يقال حدوث تلك العقود يكون بالإذن بنحو خاص و ينتزع منه أمر يعبر عنه بالاسم المصدري فيكون المعنى الاسم المصدري باقيا مع عدم قيام الدليل على جواز العقد بالرجوع في الإذن و نحوه؛ و يكشف عن ذلك ما ورد في ثبوت الوكالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥

[مبدء هذا الخيار من حين العقد]

مبدء هذا الخيار من حين العقد (١).

و عدم بطلانها بعزل الموكل فيما إذا لم يوصل عزله الى الوكيل، و إذا أمكن ثبوت الوكالة مع رجوع الموكل عن إذنه السابق فيؤخذ به فيما إذا كانت شرطا في ضمن العقد اللازم بنحو الشرط النتيجة، حيث ان مقتضى لزوم البيع مثلا نفوذ تلك الوكالة و عدم انفساخها و لو برجوع الموكل و إظهاره عدم مأذونية الطرف في مورد الوكالة كما لا يخفى.

(١) تعرض (قده) لمبدء خيار المجلس و انه من حين تحقق العقد أو من حين ترتب الأثر أى انتقال المالكين، و حيث ان الانتقال

الشرعى يتوقف فى بيع السلم و الصرف على القبض و التقابض يقع الكلام فى ان الخيار فيهما من حين تحقق العقد أو من حين القبض أو التقابض. و حاصل ما ذكر أنه ان قلنا بوجود القبض أو التقابض يثبت فيهما الخيار كسائر البيوع من حين تحقق العقد و يكون فائدة الخيار فيها فسخ العقد و إغائه لئلا يحصل بترك القبض أو التقابض عصيان و لو لم نقل بوجود القبض و الإقباض، ففي ثبوت الفائدة للخيار قبلهما تأمل ألا ان يدعى ان فائدته إخراج العقد عن قابلية الصحة بلحوق القبض و الإقباض.

و الوجه فى وجوب القبض أو التقابض بتحقيق العقد أحد الأمرين: أما ثبوت الربا كما إذا كان العوضان فى الصرف من جنس واحد فإنه على تقدير تحقق القبض من أحدهما دون الآخر يلزم أن يكون فى أحد العوضين زيادة حكمية لأن للأجل قسطا من الثمن. و أما ان مقتضى قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وجوب العمل على مقتضى العقد و الوفاء به قبل القبض أو الإقباض يتحقق بالقبض و الإقباض؛ و نقل فى المقام كلام العلامة فى التذكرة، حيث يظهر منه ثبوت خيار المجلس فى الصرف من حين تحقق العقد حيث ذكر أنه إذا حصل التقابض فى بيع الصرف، و أجاز المتبايعين البيع أى أسقطا خيارهما لزم العقد؛ و كذا إذا أجازا العقد قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦

.....

التقابض فإنه يلزم معها التقابض و لو تركا التقابض بعد ذلك الى افتراقهما بطل البيع لعدم حصول الشرط، و لكن لو كان تفرقهما بدون التقابض برضاهما فلا عصيان، لأن رضاها اقالة للبيع، و ان كان تفرقهما بمفارقة الواحد منهما عصي ذلك المنفرد. و كذا كلام الدروس حيث صرح بثبوت خيار المجلس فى الصرف تقابضا أم لا فإن أسقطا خيارهما وجب التقابض فلو هرب أحدهما بعد الاسقاط عصي، و لكن يفسخ البيع و لو هرب أحدهما قبل إسقاط خياره فلا عصيان و يحتمل قويا عدم العصيان مطلقا لعدم لزوم العقد ما دام لم يحصل التقابض كما عن الشيخ (قده) فى المبسوط حيث صرح بعدم وجوب التقابض فى الصرف و لم يقيد بصورة التزامهما به بإسقاط خيارهما.

أقول: ان أراد العلامة (ره) استفادة اشتراط القبض و التقابض فى السلم و الصرف من دليل حرمة الربا و بطلان المعاوضة الربوية فلا يمكن المساعدة عليه أولا، فإن الدليل المزبور لا يجرى فى بيع السلم مطلقا، و فى بيع الصرف فيما إذا كان العوضان من غير جنس واحد كبيع الدراهم بالدنانير؛ و ثانيا حرمة الربا و بطلان المعاوضة الربوية تكون مع اشتراط التأخير فى ناحية أحد العوضين المتجانسين المتساويين وزنا لا- بمجرد تأخيرا أحد العوضين بعد انقضاء مجلس العقد مع عدم ثبوت حق التأخير و على ذلك إثبات اشتراط وجوب التقابض فى المجلس بلزوم الربا غير ممكن.

و ان أراد إثبات وجوب التقابض تكليفا، فمن الظاهر ان مع عدم وجوبه لا- يلزم الربا حيث بدون حصول التقابض لا- نقل لتكون المعاوضة ربوية و مع التقابض يصح و لا موضوع للربا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧

.....

و أمّا قضية وجوب التقابض أخذنا بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فهو ايضا غير ممكن لما تقدم من ان وجوب الوفاء بالعقود بالإضافة إلى المعاوضات المالية و منها البيع حكم إرشادى إلى التخلص من محذور التصرف فى مال الغير من غير رضا صاحبه أو عدم انحلاله بعد حدوثه، و إذا قام الدليل على عدم حصول النقل فى بيع السلم و الصرف قبل القبض و الإقباض فينتفى ذلك الحكم الإرشادى لأن المال قبل القبض ليس من مال الغير و لم تتم المعاملة ليحكم بلزومها و عدم انحلالها؛ و ايضا ما دلّ على اشتراط السلم أو الصرف بالقبض و التقابض، كما يكون مقيدا لقوله سبحانه (أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و انّ إمضاء البيع فى الصرف و السلم بعد القبض و التقابض

كذلك يكون حاكما لقوله (البيعان بالخيار حتى يفترقا)، لأن ظاهر الخطاب ثبوت الخيار للبائع و المشتري في البيع الممضى شرعا. و ظاهر دليل الاشتراط عدم إمضاء البيع قبل القبض و التقابض. و هذا هو المراد من حكومته على قوله (البيعان بالخيار ما لم يفترقا). و لكن عن بعض الأجله (دامت أيامه) ان الموضوع لخيار المجلس في الروايات البائع و المشتري و مقتضى ذلك ثبوت الخيار لكل منهما من حين تلبسه بالمبدء و على تقدير تحقق البيع من البائع بتمام الإيجاب يثبت الخيار له من ذلك الحين و على تقدير القول بان تلبس كل منهما يكون بتمام القبول يثبت لكل منهما الخيار من ذلك الحين فان قوله عليه (البيعان بالخيار الى ان يفترقا) بمنزلة القول بان لكل من البائع و المشتري خيارا من حين التلبس بالمبدء الى حصول الافتراق من غير فرق في ذلك بين بيع الصرف و السلم و غيرهما؛ لأن ثبوت الخيار في بيع قبل حصول النقل الشرعى أمر ممكن. و إنما لا يمكن ثبوت الخيار في بيع لا يلحقه الصحة لا في بيع يمكن عروضها له، ثم على تقدير القول بعدم ثبوت الخيار في بيع الصرف و السلم قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨

[مسقطات خيار المجلس]

[الأول لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه في ضمن العقد.]

إشارة

لا خلاف ظاهرا في سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه (١)

القبض فيشكل إثبات حدوثه لكل من البائع و المشتري بعد القبض لان الدليل قد دلّ على ثبوت الخيار لكل من البائع و المشتري من حين التلبس بالمبدء و بقاءه إلى حصول الافتراق، و إذا خرج بيع الصرف و السلم عن الحكم بعدم حدوث الخيار بالتلبس فيشكل إثبات حدوثه لكل منهما بالقبض الى حين الافتراق.

و لكن الاشكال يمكن دفعه بان المقام من صغريات ما إذا خرج فرد عن العام أو المطلق في زمان ثم بعد ذلك الزمان يتمسك بالعام أو المطلق لإثبات حكمهما للفرد المزبور، فان ما دلّ على اشتراط القبض أو التقابض في السلم أو الصرف تخصيص أو تقييد في الحكم المستفاد من قوله عليه السلام (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) و لو يكون هذا التخصيص أو التقييد بلسان الحكومة أى بنفى البيع قبل القبض لأن القبض ليس شرطا عرفيا فيهما ليكون خروج بيع الصرف أو السلم قبل القبض لا بنحو التخصيص أو التقييد انتهى.

أقول: قد تقدم ان الموضوع لخيار المجلس أو غيره من الخيارات الشرعية ليس مجرد البيع العرفي بل البيع الممضى لظهور أدلتها عرفا في ان الخيار حكم للبيع الممضى نظير ما دلّ على مشروعيتها الإقالة في كل بيع؛ و لسنا ندعى ظهور البيع في الممضى في كل خطاب حتى في مثل قوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) بل المدعى في المقام الظهور الناشئ عن مناسبة الحكم و الموضوع و على ذلك فما دلّ على اعتبار القبض في السلم أو التقابض في الصرف يوجب دخول البيع فيهما في خطاب الخيار من حين القبض و التقابض من غير ان يكون تخصيص أو تقييد في البين.

(١) مسقطات خيار المجلس اشتراط سقوطه في البيع و إسقاطه بعد البيع و التفرق و التصرف و الكلام في المقام في سقوطه بالاشتراط في البيع و كأنّ سقوطه بالاشتراط في البيع متسالم عليه بينهم و يقتضيه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم)

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩

حيث أنّ الشرط يعمّ سقوط خيار المجلس وقد يقال ان العموم المزبور معارض بقوله عليه السلام (البيع بالخيار ما لم يفترقا) حيث أنّ مقتضاه ثبوت الخيار لكل من البائع والمشتري اشترطاً سقوطه في البيع أم لا؛ ولكن يقدم خطاب لزوم الوفاء بالشرط باعتبار المرجح وهو التسالم على سقوط الخيار بالشرط، وأورد عليه المصنف (ره) بأنّ تقديم خطاب لزوم الوفاء بالشرط بالترجيح في مقام المعارضة غير صحيح لفقد المرجح والتسالم المزبور مدركي حيث يظهر ان وجه التسالم الأخذ بخطاب لزوم الوفاء بالشرط، وإذا فرض معارضته يلزم الإغماض عن التسالم المزبور كما في سائر الإجماعات المدركية.

و ايضاً قد يقال ان لزوم البيع بشرط سقوط الخيار مقتضى لزوم الوفاء بالعقد المستفاد من قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بملاحظة أنّ شرط سقوط الخيار يحسب من العقد الذي يجب الوفاء به، وفيه ان قوله عليه السلام (البيع بالخيار حتى يفترقا) أخصّ مطلق بالإضافة إلى العموم المزبور فيرفع اليد عن ذلك العموم بل الوجه في عدم الخيار مع اشتراط سقوطه في البيع ان خطاب الخيار متضمن لبيان الحكم أي الخيار للبيع بعنوانه الأولي و خطاب وجوب الوفاء بالشرط حكم للبيع بعنوان ثان فيجرى فيهما ما يجرى في سائر الخطابات الدالة على ثبوت حكم ترخيصي لفعل بعنوانه الأولي و خطاب آخر دال على حكم آخر له بعنوانه الثانوي في أنّ المتفاهم العرفي مع ملاحظة الخطابين هو ان الحكم الأول ثابت للفعل لولا العنوان الثانوي، فلاحظ ما ورد في استحباب غسل الجمعة أو الوضوء بعد الحدث مع ما دلّ على وجوب الوفاء بالندب أو العهد وان الجمع العرفي فيهما إذا تعلّق النذر بالغسل أو الوضوء هو ان الغسل أو الوضوء يجب مع النذر.

و يكشف عن هذا الجمع أي تقديم خطاب الوفاء بالشرط على خطاب حكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠

.....

□

البيع أو غيره صحيحة مالك بن عطية عن سليمان ابن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك ان أعينك في مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار قال (لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم)، و حيث أنّ الشرط الابتدائي غير نافذ فاللازم حمل اشتراط سقوط الخيار في ضمن عقد أو حملها على المصالحة في السقوط.

و الحاصل ما دلّ على خيار زوجة العبد بعد صيرورتها حرّة في فسخ نكاحها نظير ما دلّ على ثبوت خيار المجلس للبائع والمشتري في أنّ مقتضى الجمع بينهما و بين ما دلّ على نفوذ الشرط حمل ثبوت الخيار على الحكم الاقتضائي بمعنى ثبوته لولا شرط سقوطه في ضمن عقد لازم.

أقول: يأتي عن المصنف (ره) إبطال هذا الوجه فان الخيار الثابت لو كان من قبيل الحكم للبيع بعنوانه الأولي لكان شرط عدم ذلك الحكم بل ثبوت خلافه محكوماً بالبطلان لأنه يعتبر في صحّة الشرط في المعاملة أن لا يكون على خلاف الحكم المستفاد من الكتاب أو السنّة، كما إذا تزوّج المرأة على ان لا يكون لزوجها اختيار طلاقها فإنه يحكم ببطلان الشرط المزبور لكون المشروط خلاف السنّة الدالة على ان الطلاق بيد الزوج و كذا إذا باع المال بشرط أن لا يكون للمشتري اختيار الرجوع في هبته السابقة فإن شرط عدم الاختيار في الرجوع خلاف السنّة الدالة على ان اللواهب الرجوع في الهبة ما دامت العين باقية.

و الحاصل لا- يكون تقديم خطاب لزوم الشرط على قوله (البيع بالخيار حتى يفترقا) لمجرد ان الخيار حكم للبيع بعنوانه الأولي، و سقوط الخيار حكم له بعنوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦١
نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط في المقام من وجوه (١).

الشرط فيه، بل الصحيح في الجواب ما يأتي من أنّ الخيار من الحقوق لا من قبيل الحكم و مقتضى كونه حقا سقوطه بكل مسقط من فعل أو قول، فيكون شرط سقوطه في البيع مسقطا أخذًا بقوله عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم) و لا ينافيه قوله عليه السلام (البيعان بالخيار) فان مقتضى كون الخيار حقا ثبوته في البيع لولا إسقاطه و لو من حين ثبوته كما لا يخفى.
و مما ذكرنا أنه لا موجب لحمل صحيحة سليمان بن خالد على اشتراط سقوط خيار الأمانة في ضمن عقد لازم فإن الهبة إذا كانت مشروطة بشرط من قبيل النتيجة كما إذا وهب المال بشرط أن يكون وكيلا في بيع داره فبمجرد قبول الهبة يصير لازمة لحصول التعويض، أي الوكالة في بيع الدار فلا يجوز للواهب الرجوع في هبته كما لا يجوز للمتهب الرجوع في شرط الوكالة أخذًا بقوله عليه السلام (المؤمنون عن شروطهم)، و من هذا القبيل هبة المال للجارية بشرط أن لا يكون لها خيار في فسخ نكاح الأب فتدبر جيدا.
(١) قد أورد على اشتراط سقوط الخيار في البيع بأمور عمدتها ما أشرنا إليه من كون هذا الشرط مخالفا للسنة الدالة على ثبوت الخيار لكل من البائع و المشتري قبل الافتراق و أجبنا عن ذلك بأنه إنما يتحقق المخالفة للسنة لو كان الخيار قبل الافتراق من قبيل الحكم ليكون نظير شرط عدم جواز الطلاق للزوج في عقد النكاح؛ و أما إذا كان من قبيل الحقوق أي القابلة للإسقاط فلا يكون في شرط سقوطه مخالفة لها.

و أما الأمور الثلاثة التي ذكرها المصنف (ره) من لزوم الدور من شرط سقوط الخيار أو كون شرط سقوطه مخالفا لمقتضى العقد أو كون شرط سقوطه في البيع إسقاطا لما لا يجب فلا مورد لشيء منها. أما لزوم الدور فقد يقال في تقريبه من توقف نفوذ الشرط و لزومه على لزوم العقد فان الشرط في ضمن عقد جائز لا يزيد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٢

.....

على أصل العقد في الجواز و إذا فرض توقف لزوم العقد أيضا على لزوم الشرط كما في فرض شرط سقوط الخيار لزم الدور. و الجواب ان الشرط ينفذ فيما إذا كان العقد محكوما بالزوم و لو بواسطة ذلك الشرط و لا يتوقف على لزومه مع قطع النظر عن الشرط فان الموجب لاشتراط لزوم العقد عدم إمكان لزوم الشرط مع عدم لزوم العقد و بقاءه على جوازه و إذا فرض خروج العقد عن الجواز بالاشتراط المزبور صح الشرط و لزم بلزوم العقد، أضف الى ذلك ما يأتي من عدم توقف لزوم الشرط على لزوم العقد و صحة الشرط في العقود الجائزة.

و أما كون شرط سقوط الخيار منافيا لمقتضى البيع فيأتي ان المراد من كون الشرط منافيا لمقتضى العقد عدم إمكان اجتماع ذلك الشرط مع تحقق العقد كما في قوله بعثك المال على ان لا يكون المبيع ملكا لك و نحو ذلك. و أما الشرط الذي يمكن اجتماعه مع تحقق العقد بمدلوله فلا بأس به فيما إذا لم يخالف الكتاب و السنة. و الوجه في عدم البأس ان ما يقتضى العقد لا بشرط لا يكون منافيا لمقتضاه بشرط بمعنى ان ما يترتب على العقد إذا كان من قبيل الحقوق يكون العقد موضوعا لثبوته بشرط عدم اشتراط سقوطه بان يكون العقد مطلقا، كما لا يخفى.

و أما الثالث: و هو ان إسقاط الخيار بشرط سقوطه في العقد كإسقاطه قبل العقد إسقاط لما لا يجب، فالجواب ان إسقاط الشيء فيما كان أمرا اعتباريا قبل تحقق موضوعه لا- بأس به، لأن موضوعه مقيّد بعدم الإسقاط، كما هو مقتضى كونه حقا؛ و قد استفيد من صحيحة سليمان بن خالد جواز إسقاط الخيار في فسخ النكاح قبل تحقق موضوعه و هو صيرورة الأمانة المزوجة حرّة.

و الحاصل مقتضى كون الخيار حقا تقيده موضوعه بعدم إسقاط ذلك الخيار.
 نعم الإسقاط قبل تحقق موضوعه كما هو ظاهر صحيحة سليمان بن خالد يحتاج إلى
 إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٣
 ثم إن هذا الشرط يتصور على وجوه (١).

دليل و مع عدمه فالبطالان لعدم الدليل لا لعدم الإمكان، و أما إسقاطه بشرط في البيع كإسقاطه فيما بعد فجوازه مقتضى كون الخيار
 حقا و موضوعه البيع فيعمه (المسلمون عند شروطهم) لتمام البيع و الشرط معا كما لا يخفى.
 (١) ذكر (قده) في هذا الاشتراط بأنه على وجوه: الأول- ان يشترط عدم الخيار في البيع بان يكون شرط عدمه بنحو شرط النتيجة
 مسقطا على ما تقدم من ان عدم الخيار يحصل بكل مسقط و شرط عدمه ايضا من مسقطاته كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه و
 آله) (المسلمون عند شروطهم) و ان ذلك لا ينافي السنة الدالة على (ان البيعان بالخيار حتى يفترا) لأن كون الخيار حقا قرينه على ان
 الموضوع له البيعان مع عدم شرط السقوط.

الثاني: يشترط ترك الفسخ و لا شبهة في جواز هذا الشرط و كونه من شرط الفعل و لو خالف المشروط عليه فهل ينفذ فسخه و ان
 فعل محرما بمخالفته الشرط أو لا- ينفذ فسخه ايضا اختار (قده) عدم نفوذه لأن شرط ترك الفسخ يوجب أن يكون تركه حقا
 للمشروط له، و لذا يجبر عليه المشروط عليه و لو كان في تركه مجرد التكليف لما يجبر عليه إلا بنحو الأمر بالمعروف من كل أحد، و
 على ذلك فلا- يكون المشروط عليه مستقلا في اختياره الفسخ بان يكون سلطانا على الفعل و الترك لينفذ فسخه نظير ما ذا نذر
 التصديق بمال ثم باع ذلك المال فإنه قد ذكر غير واحد من الأصحاب بطلان البيع المزبور.

أقول: اشتراط ترك الفسخ لا يوجب حقا للمشروط له إلا في الترك بان يطالبه من المشروط عليه و يجبره عليه و اما لفسخ فلا حق له
 فيه بل الفسخ مجرد تفويت لحق المشروط عليه فيكون محرما و لكن النهي عن معاملته و منها الفسخ لا يوجب فسادها. و بتعبير آخر
 اشتراط ترك الفسخ على ذي الخيار لا ينافي بقاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٤

.....

الخيار لأن الخيار التمكن على الفسخ الممضى شرعا و إذا لم يكن بينهما تناف فاللزام نفوذ الفسخ و لو مع كونه محرما، بل لو لم
 يكن فسخه نافذا فلا يتصور ان يطالبه المشروط له بترك الفسخ و كيف يعقل إجباره عليه.

و ذكر (ره) في ذيل كلامه وجها آخر لبطلان الفسخ و هو ان وجوب الوفاء بالشرط نظير وجوب الوفاء بالعقد أمر بترتيب الآثار على
 الشرط و ان كان الشرط عدم الفسخ فاللزام ترتيب آثاره حتى بعد إنشاء المشروط عليه الفسخ و لو جاز للمشتري الإمساك بالمبيع
 مثلا و لو بعد فسخ البائع المشروط عليه فينتزع منه بطلان الفسخ و لكن لا يخفى ما فيه فان الشرط بمعنى المشروط إذا كان فعلا أو
 تركا فالوفاء به كالوفاء بالنذر عبارة عن الإتيان بذلك المشروط أي الفعل أو الترك لا ترتيب الآثار و المفروض في المقام كون
 الشرط ترك الفسخ لا عدم الانفساخ و بقاء العقد.

و ذكر النائيني (ره) ان النهي عن الفسخ في المقام يوجب فساده فإن النهي عن معاملته بمعناها المسببي موجب لفسادها بخلاف النهي
 عنها بمعناها السببي أو التسببي، و ذلك لأن مع مبغوضية المسبب بأي سبب حصل كما في حصول ملكية السلاح لأعداء الدين في
 قتالهم المسلمين كان حصوله بالبيع أو غيره لا يمكن إمضاء ذلك المسبب بخلاف ما إذا كان النهي عن المعاملة باعتبار مبغوضية
 السبب أو التسبب فإنها لا تنافي إمضاء المسبب، و في المقام مبغوضية الفسخ باعتبار المسبب حيث أنها في رجوع ما انتقل عن ملكه

إلى ملكه ثانياً.

و فيه: إنَّ النهي و المبعوضيَّة في المقام في المعاملة بمعناها التسببي لا المسببي فإنَّ عود الملك إلى مالكة الأصلي بغير الفسخ أمر جائز تكليفاً و وضعاً، كما إذا اشترى البائع المبيع من المشتري ثانياً. و الحاصل لا أرى وجهاً صحيحاً لبطلان الفسخ و عدم نفوذه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٥

.....

نعم قد يقال كما عن المحقق الأيرواني (قده) بأنَّ بيع المال بشرط أن لا يفسخ في المجلس بناء على نفوذ الفسخ لا يخلو عن الإشكال فإنَّ الشرط أنما يلزم الوفاء به إذا كان العقد و لو بالشرط المزبور لازماً و المفروض أنَّ البيع المزبور لا يكون لازماً حتَّى بالشرط المزبور حيث ان الفسخ و لو يكون محرماً إلاَّ أنَّه نافذ على الفرض.

و الجواب أنَّ المراد بعدم لزوم الشرط مع جواز العقد ان يثبت وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً و لا يثبت وجوب الوفاء كذلك بالعقد و لو بعد ذلك الشرط. و أمّا إذا ثبت وجوب الوفاء بالعقد ايضاً كما في المقام حيث ان وجوب ترك الفسخ مساوق لوجوب الوفاء بالعقد تكليفاً فلا بأس بالاشتراط المزبور و كذا لا يكون صحة الشرط فيما إذا كان المشروط أمراً وضعياً منحصراً بصورة لزوم العقد، بل يصحَّ مع جوازه ايضاً كما إذا أعار المال بشرط ضمان ذلك المال فإنَّ العارية مع الضمان المزبور، جائزة تكليفاً و صحيحتان وضعياً. و أمّا دعوى أنَّه مع اشتراط ترك الفسخ يكون خطاب وجوب الوفاء بالشرط وارداً على دليل خيار المجلس لأنَّ الخيار هو التمكّن على الفسخ الممضى و مع تحريم الفسخ لا يكون تمكّن على الفسخ فلا يمكن المساعدة عليها فإنَّه ان أريد من التمكّن جواز الفسخ و تركه تكليفاً زائداً على نفوذه فليس في البين ما يدلُّ على اعتباره في الخيار و ان أريد مجرد النفوذ فهو حاصل في المقام كما هو الفرض.

و أمّا مسألة بيع المال فيما إذا نذر التصديق به فالأظهر فيها إنَّ تعلق النذر لا يخرج المال عن الملك و لا يوجب تعلق حقِّ به و ذلك فان قول الناذر لله على ان أتصدق بهذا المال ليس إلاَّ التعهد لله بالتصدق بالمال المزبور نظير التعهد للغير في مورد شرط الفعل في بيع و نحوه كما إذا باع المال من زيد على ان يخيظ له ثوباً؛ و من الظاهر انه لا يكون في مورد شرط الخياطة تملك للخياطة من زيد، و لذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٦

الثالث: ان يشترط إسقاط الخيار (١).

لا يكون لزيد المطالبة بعوض تلك الخياطة بل له على تقدير تخلف الشرط فسخ البيع و يشهد على عدم ظهور صيغة النذر في تملك التصديق بالمال من الله سبحانه نظير مورد تملك الفعل من الغير في مورد الإجارة انه لا يكون قوله جعلت خياطة ثوب زيد ملكاً لله سبحانه مرادفاً لقوله تعالى لله على ان أخیط ثوب زيد بخلاف قوله تعهدت لله أن أخیط ثوب زيد فإنه مرادف لصيغة النذر؛ و على ذلك فلو خالف و ترك الخياطة تحقّق الحث، و كذا فيما إذا خالف في نذر التصديق، و باع المال، و لكن يحكم بصحة البيع لأنَّ البيع ضد خاص للمأمور به و الأمر بشيء لا يقتضى النهي عن ضده الخاص و على تقديره فالنهي عن معاملة لا يقتضى فسادها.

ثم لو سلّم صيرورة التصديق بالمال ملكاً لله سبحانه بالنذر فهذا لا يوجب بطلان البيع فإنه بعد كون المال ملكاً للناذر يكون بيعه إتلافاً لملك الله سبحانه، فيكون محرماً و قد تقدّم أنَّ ما يذكر في شرائط البيع كون المبيع ملكاً لغيره ليس شرطاً مستقلاً بل هو أمر انتزاعي عن الموارد التي تعلق فيها النهي الظاهر في الفساد بالبيع و ليس في المقام نظير النهي المزبور.

(١) لو كان المراد اشتراط إسقاط الخيار من الابتداء فيكون الشرط المزبور بنفسه إسقاطاً له لا أمراً آخر في مقابل شرط سقوطه، و ان

كان المراد اشتراط إسقاط الخيار بعد البيع يكون هذا من شرط الفعل و عليه فان لم يسقط المشروط عليه خياره بل فسخ البيع يجرى في الفسخ المزبور ما تقدّم من ان شرط إسقاط الخيار كما قيل يوجب تعلّق حق للمشروط له بخيار ذى الخيار، فلا ينفذ فسخه، و ان وجوب العمل بالشرط و لو بعد الفسخ يوجب بطلان فسخ ذى الخيار، أو أنّ النهى عن خلاف العمل بالشرط و هو الفسخ يوجب بطلانه، و لكن ذكرنا عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٧

.....

تمام شيء من ذلك، و أنّ الفسخ، و ان كان محرما و لكنّه نافذ لأنّ النهى عن معاملة لا يوجب فسادها. و لا يخفى انه مع اشتراط عدم الفسخ أو إسقاط الخيار و تخلف المشروط عليه بالفسخ لا يثبت للمشروط له خيار تخلف الشرط لعدم بقاء البيع مع نفوذ الفسخ ليكون للمشروط له خيار فيه. نعم مع تخلف المشروط عليه في الفرض الثالث بعدم إسقاط خياره بعد البيع يقع الكلام في ثبوت الخيار للمشروط له.

و ذكر المصنّف (ره) أنّه ان قيل بعدم نفوذ فسخ المشروط عليه على تقدير فسخه فلا يثبت للمشروط له خيار لأنّ مع عدم نفوذ فسخ المشروط عليه لا يكون في البين تخلف الشرط حيث أنّ عدم نفوذ فسخه مساوق لسقوط خياره، و ان قيل بنفوذه يثبت للمشروط الخيار لأنّه قد يكون للمشروط له غرض في إسقاط المشروط عليه خياره غير بقاء العقد و عدم فسخه كعدم انتقال خياره الى وارثه على تقدير اتفاق موته بان يخرج عن حال التردد فعلا.

و ذكر بعض الأجلّة (دامت أريامه) أنّ شرط ترك الفسخ أو إسقاط الخيار لا يوجب تعلّق الوجوب بترك الفسخ أو إسقاط الخيار ليقضى وجوبهما النهى عن ضدّهما العام أو الخاص أى الفسخ و ذلك فان تعلّق الوجوب بالوفاء بالشرط لا يسرى الى عنوان آخر ممّا يتحد مع عنوان الوفاء بالشرط خارجا و ترك الفسخ أو ترك الخيار متّحد مع عنوان الوفاء بالشرط بحسب الخارج، و كذا وجوب الوفاء بالنذر فإنّه إذا نذر الإتيان بصلاة الظهر في وقتها صحّ و وجب الوفاء بالنذر و لا يوجب ذلك تعلّق الوجوب بنفس صلاة الظهر فإنّ تعلّق وجوب الوفاء بالنذر سرايته الى عنوان آخر غير معقول و لو كان ذلك العنوان متّحدا مع العنوان الأوّل في الخارج فإنّ الخارج ظرف لسقوط التكليف لا ظرف لثبوته.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٨

.....

ثم ذكر (طال بقاه) أن أوفوا بالشرط أو النذور لا يكون مشيرا الى وجوب العناوين التي يتعلّق بالإتيان بها الشرط أو النذر فإنّ العنوان لا يكون مشيرا الى عنوان آخر بل ما ذكر من قبيل الجمع الإجمالي في الخطاب في مقام تعلّق الحكم بذلك الجمع الإجمالي. و الحاصل ان صلاة الظهر مثلا- لا يتعلّق بها وجوب الوفاء بالنذر بل الوجوب يتعلّق بالوفاء بالنذر أو الشرط، و كيف يتعلّق الوجوب بصلاة الظهر مع انه يوجب تعلّق تكليفين و إرادتين بتلك الصلاة و الالتزام بالتأكّد بالوجوبين أمر غير معقول فإنّ التأكّد فيما إذا كان الأمر الثاني بالفعل و بملاك الأمر الأوّل به.

مع أنّه لو سلم كون وجوب الوفاء بالشرط إيجابا لترك الفسخ فلا نسلم ان إيجاب شيء نهى عن ضده العام أو الخاص لأنّ النهى عن الشيء يتوقف على المفسدة في متعلّقه و ليس في الضد العام أو الخاص مفسدة و الّا لكان في البين تكليفان فيستحق المكلّف عقابين أحدهما على مخالفة الأمر. و الثاني على مخالفة النهى، و النهى عن الشيء باعتبار المصلحة الموجودة في الآخر إرشاد إلى موافقة ذلك الأمر المتعلّق بذلك الآخر أو تأكيد لأمره فلا يكون في البين نهى تكليفي عن فعل الفسخ ليقال ان النهى عن معاملة لا يوجب

فسادها.

أقول: ما ذكر من أن الأمر بشيء لا يقتضى النهى عن ضده العام أو الخاص صحيح كما بيناه في بحث الأصول و ان تعلق الوجوب بعنوان لا يسرى الى عنوان آخر فهو ايضا صحيح، و لكن هذا فيما إذا كان كل من العنوانين تقيدياً، كما إذا كان أحد العنوانين منطبقاً على تحقق و ينطبق العنوان الآخر على تحقق آخر، و يكون المجمع في هذه الموارد من قبيل الانضمامين على ما تقرر في بحث جواز الاجتماع من بحث الأصول؛ و كذا فيما إذا كان أحد العنوانين تقيدياً و الآخر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٩

بقي الكلام في أن المشهور ان تأثير الشرط (١).

انتزاعياً، و يكون منشأ انتزاعه غير ما انطبق عليه العنوان التقيدي، أو كانا كل منهما عنواناً انتزاعياً، و لكن منشأ انتزاع أحدهما غير الفعل الذى ينتزع عنه العنوان الآخر، فان العنوانين في جميع ذلك يكون تقيديين بخلاف ما إذا كان كل منهما انتزاعياً، و يكون منشأ انتزاعهما فعل واحد خارجاً أو كان أحدهما تقيدياً و ينتزع العنوان الآخر عن ذلك الفعل فان العنوانين في ذلك و ان يكونان في عالم المفهوم متعدداً إلا أنهما بحسب الخارج متحدتين، و لذا يكون التركيب بينهما في الخارج اتحادياً و يمتنع فيهما اجتماع الأمر و النهى، حيث أن الطلب يتعلق بما فيه الملاك و الصلاح و الفساد و هو الخارج لا المفهوم لا يقال التحقق الخارجى أى ما هو بحمل الشائع فعل مسقط للطلب و كيف يتعلق به الطلب سواء كان الطلب من قبيل الأمر أو النهى فإنه يقال الحكم طلباً كان أو غيره لا يكون بالإضافة إلى متعلقه عرضاً له ليلزم في تحقق الطلب فعلية ذلك المتعلق بل الحكم من فعل الحاكم و عرض له و يكون الوجود الخارجى بعنوانه طرفاً لإضافته حيث أن المولى يضيف طلبه الى ذلك المتأخر بصورته فيكون تلك الصورة مرآة الى ذلك المتأخر على ما أوضحنا في بحث اجتماع الأمر و النهى من بحث الأصول و عليه فيحصل التأكد بطرو العنوان الثانى على الفعل لا محالة.

(١) و حاصله ان نفوذ شرط سقوط الخيار بأحد أبحاثه الثلاثة كسائر الشروط فيما إذا ذكر في متن العقد و لو ذكر سقوطه قبل العقد مع خلوه إيجاب العقد و قبوله عن ذكره فلا يكون للمذكور قبل البيع حكم بل يثبت خيار المجلس فان ذكره قبل العقد لا يكون شرطاً ليعمه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) فان الشرط كما عن القاموس هو الإلزام أو الالتزام فى بيع و نحوه.

و لكن عن الشيخ و القاضى ترتب الأثر على شرط سقوط الخيار فيما إذا ذكر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٠

.....

قبل العقد لعموم قوله (ص) المسلمون عند شروطهم؛ خلافاً لبعض الشافعية حيث انهم لا يرون لشرط سقوطه قبل البيع حكم و أورد فى المختلف انه أنما يعتبر الشرط فيما إذا ذكر فى متن العقد؛ نعم إذا ذكره قبل العقد ثم تباعاً عليه فيثبت له حكم الشرط أيضاً. و ذكر المصنف (ره) فى المناقشة فى الإيراد المزبور انه ان كان المراد من ذكر الشرط قبل العقد ثم البيع مع البناء على ذلك المذكور الإشارة فى البيع الى المذكور قبله فيدخل هذا فى ذكر الشرط فى متن العقد و ان كان مجرد قصد ذلك المذكور قبل العقد من غير ذكر شيء فى البيع؛ فهذا مراد الشيخ و القاضى أيضاً فلا- يكون ما ذكره فى المختلف مغايراً لما ذكره الشيخ و القاضى ثم قال و الصحيح انه لا يفيد فى سقوط الخيار ذكره قبل البيع، ثم البيع مع قصده لأن المذكور قبل العقد لا يصدق عليه الشرط لما تقدم من أنه إلتزام أو التزم فى البيع بل هو، أما وعد بالالتزام أو الإلتزام تبرعى أى ابتدائى.

لا- يقال كيف لا- يكفى القصد مع ذكره قبل البيع، و قد تقدم سابقاً أنه لو عين كل من المثلث و الثمن خارجاً ثم قال البائع بعث و المشتري قبلت لثم و لا يحتاج إلى إعادة ذكر العوضين فإنه يقال القصد و التية يكفى فى متعلقات البيع حيث انه لا يكون بيع بدون

المثمن و الثمن. و أمّا غير متعلّقات البيع مما هو خارج عن حقيقته كالشرط فلا يكون له حكم الّا بذكره في البيع و نحوه ليعمّه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم). و لعلّ الشيخ و القاضي لا- يخالف ذلك فإنّه يحتمل أن يكون ما ذكره في مقابل بعض الشافعية حيث منعوا عن شرط سقوط الخيار في ضمن عقد البيع بدعوى أنّ الخيار يثبت بعد تمام البيع فلا يجوز شرطه قبل تمام إيجاب البيع و قبوله فمرادهم من ذكره قبل تمام العقد بان يذكر في الإيجاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧١

.....

و القبول.

ثم انه ربّما يذكر في المقام بأنه كيف يصحّ اشتراط أوصاف المبيع كالسلامة، و كذا اشتراط القبض و الإقباض و يثبت بتخلّفهما خيار الفسخ مع أنّ شيئا منهما لم يذكر في عقد البيع و أجاب النائيني (ره) عن ذلك بأنّ الشروط الارتكازية العرفية لا يقاس بغيرها فإن إنشاء البيع في مورد الشرط الارتكازي دالّ على ذلك الاشتراط بالدلالة الالتزامية و كأنّه مذكور في البيع بخلاف الشرط الذي لا يكون من هذا القبيل فإن إنشاء البيع لا يكون دالا على ذلك الالتزام.

و الحاصل أنّما يحتاج الى ذكر الشرط و لو بنحو الإشارة فيما إذا لم يكن البيع دالا عليه بالدلالة الالتزامية لأنّ مع عدم دلالة عليه لا يكون المذكور قبله الّا التزاما تبرعيا أو وعدا به.

أقول: قد ذكرنا في مباحث البيع عدم صدق البيع أو غيره من عناوين المعاملات على مجرد الالتزام بكون الشيء ملكا للغير بعوض من دون إنشاء، و لكن تعلق الالتزام الإنشائي بكل من العين و العوض لا يحتاج الّا على العلم بالعوضين حال البيع ذكرا في عقد البيع أم لا-؛ لأنّ تعلق التمليك بالعوضين ليس أمرا إنشائيا و الأمر الإنشائي هو نفس التمليك. و أمّا الشرط في المعاملات فيما إذا كان ارتكازيا فلا يحتاج الى الذكر حيث ان إنشاء تلك المعاملة و إطلاقها كافيّة في الدلالة على كونها مشروطة، بالشرط المزبور بخلاف ما ذا لم يكن ارتكازيا فإنّه يحتاج الى الذكر ليفهم أنّ المعاملة مبيّته عليه، و لكن لا يعتبر ذكر ذلك في متن عقد البيع بل لو ذكرا هذا الالتزام قبل البيع و بينوا على أنّ البيع المنشأ بعد ذلك مبني على الالتزام المزبور كفى كما لو قال لو بعتك المال فعليّك خياطة ثوبي هذا و رضى بذلك الطرف الآخر، ثم قال البائع بعث المال متّصلا أو منفصلا و قال الآخر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٢

[فروع]

فروع- ذكر العلامة في التذكرة موردا (١)

[الثاني إسقاط هذا الخيار بعد العقد]

بل هذا هو المسقط الحقيقي (٢).

قبلت. و أمّا إذا لم يذكر هذا الارتباط قبل البيع بل اعتقد صاحب المبيع أنّ طرف الآخر بعد المعاملة على ما كان يلتزم به قبل البيع فهذا لا يكون شرطا بل يكون ذلك من تخلّف الداعي.

(١) ذكر العلامة في التذكرة انه لا يجوز شرط سقوط خيار المجلس و لا سائر الخيارات في البيع فيما إذا نذر المولى عتق عبده إذا باعه فإنّ شرط سقوط الخيار مناف للوفاء بالنذر حيث لا يتم الوفاء به برفع الخيار- أي- باشتراط سقوطه، و إذا خالف و اشترط سقوطه

فيحكم بطلان البيع المزبور و على قول آخر من عدم سراية بطلان الشرط الى نفس المعاملة يحكم بصحة البيع و كونه خياريا و ذكر المصنف (ره) من ان تعلق النذر بعق العين كاشتراط عدم فسخ البيع يوجب بطلان التصرف المنافي للنذر أو الشرط. أقول: لا وجه لتقييد النذر بما إذا تعلق بعق العبد إذا باعه بل لو نذر عتقه يكون الأمر كما ذكر فان التصرف المنافي للنذر هو اشتراط سقوط الخيار لا نفس بيع العبد، و قد تقدم ان النذر أو الشرط لا يوجب بطلان التصرف المنافي حيث ان النهى عن المعاملة لا يوجب فسادها فضلا عما إذا لم يتعلق به النهى و إنما يكون منافيا للإتيان بالواجب فتدبر.

(٢) و الوجه فى ذلك ان مع شرط سقوط الخيار أو الافتراق ينتفى الخيار بانتفاء موضوعه و يشهد لسقوط الخيار بالإسقاط فحوى ما دلّ على سقوطه بالتصرف الدال على التزام المتصرف ببقاء البيع فإنه إذا كان الفعل الدال على الإسقاط مسقطا بإنشاء إسقاطه باللفظ أولى بالإسقاط مع ان الإسقاط مقتضى القاعدة المسلمة عندهم بأن لكل ذى حق إسقاط حقه و استفيد هذه القاعدة من فحوى ما دلّ على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٣

لو قال أحدهما لصاحبه اختر (١).

سلطنة الناس على أموالهم فإنه إذا كان الإنسان سلطانا على التصرف فى ماله يكون سلطانا على التصرف فى حقه الذى دون المال و سلطنة التصرف فى الحق فيما إذا لم يكن قابلا للنقل، يعم الإسقاط بل يمكن الاستدلال على جواز الإسقاط بما دلّ على نفوذ الشرط لو قيل بأن الشرط يعم الالتزام الابتدائى حيث ان الإسقاط التزام بعدم الخيار ابتداء أى من غير ان يكون فى ضمن المعاملة). أقول: لعل تقييد الحق بما إذا لم يقبل النقل للاحتراز عن مثل حقى التحجير و السبق حيث يمكن القول بعدم سقوطهما بمجرد الإسقاط حيث يكون بقاء التحجير و السبق بعد الإسقاط موجبا للحق و ان الحق فى مثل ذلك نحو أولوية بالإضافة إلى العين لا يسقط إلّا بالنقل أو رفع التحجير و ترك السبق بخلاف ما إذا لم يكن قابلا للنقل فإن الفرق بين ذلك الحق و الحكم جواز إسقاط الأول دون الثانى.

و على ذلك فالعمدة إثبات كون الخيار حقا لا حكما كما يدلّ عليه ما ورد فى كون التصرف مسقطا معللا بأنه التزام ببقاء البيع. و أما كون الحق قابلا للإسقاط كما يستظهر من فحوى حديث سلطنة الناس على أموالهم أو دلالة ما ورد فى وجوب الوفاء بالشرط فغير مهم.

(١) لو كان لكل من المتبايعين خيار كما فى مورد خيار المجلس و قال أحدهما للآخر اختر فان اختار الآخر الفسخ يفسخ فإن ذلك مقتضى ثبوت الخيار لذلك الآخر. و أمّا إذا اختار إمضاء العقد و إقراره فهل يسقط خيار الأمر ايضا بحيث يكون البيع لازما من الطرفين أو أنه لا- يسقط خيار الأمر ألّا مع إرادته بقوله اختر نقل خياره الى صاحبه المعبر عن ذلك بتملك الخيار و مع عدم ارادة التمليك يبقى خياره مطلقا أو فيما كان الغرض من قوله اختر استكشاف حال صاحبه من أنه يريد فسخ البيع أو إبقائه. و أمّا إذا كان الغرض تفويض أمر البيع اليه فيسقط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٤

.....

خياره بالأمر بالاختيار.

أقول: أمّا مسألة تملك خياره للآخر فلا دليل على نفوذ التمليك فإنه لم يثبت ان الخيار يقبل النقل الاختيارى. و ما عن النائى (ره) من ان الخيار إنما لا يقبل النقل إلى الأجنبى، و أمّا نقله الى صاحبه فى البيع فلا بأس به ضعيف فإن عدم النقل باعتبار عدم الدليل على

نفوذ التقل، وهذا مشترك بين الطرفين الآخر والأجنبي. و أمّا التفويض فان كان المراد توكيل الآخر في الإقرار و الفسخ فلا ينبغي الريب في أن مع اختيار صاحبه الفسخ أو الإمضاء لا يبقى خيار للأمر حيث انه استعمل خياره بوكيله في الفسخ أو الإمضاء و ان كان المراد بالتفويض أمر آخر غير التوكيل و غير إسقاط الخيار ليكون الآخر مستقلا في فسخ البيع و إمضائه فلم يتضح لنا ذلك الأمر. و الإنصاف انه لا دلالة لقوله اختر على التوكيل أو الاستكشاف فلا بد في تعيين أحدهما من قرينه و استفاد مما ورد في قول الزوج لزوجته اختري ان قول الزوج فيما إذا اختارت نفسها بان يفترق عن زوجها يكون طلاقا و قد أنكر ذلك في بعض الأخبار الأخر، و أنه لا يتم الفراق إلا بالطلاق و لو بالتوكيل و ورد في المقام أيضا سقوط خيار المجلس بقوله لصاحبه اختر و في النبوي المروي في المستدرک من أنهما بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر و كان قوله لصاحبه اختر مسقط لخيار الآخر و على كل فرع ضعف سند النبوي و عدم إحراز ظهور الأمر بالاختيار في إسقاط الخيار أو التوكيل يكون المرجع التمسك بما دلّ على ثبوت الخيار لكل من البائع و المشتري الى حصول الافتراق. بعد إحراز عدم الاسقاط و لو بالأصل.

ثم أنه إذا كان لكل من المتبايعين خيار الفسخ و اختلفا في الفسخ و الإمضاء ففسخ أحدهما و أمضاه الآخر يفسخ البيع سواء كان فسخ أحدهما قبل إمضاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٥

[الثالث افتراق المتبايعين]

و لا إشكال في سقوط الخيار به (١).

الآخر أو كان بعده لأن إمضاء أحدهما لا يوجب سقوط خيار صاحبه و لا يكون ذلك من باب تعارض الفسخ و الإمضاء. و أنما يقع التعارض بينهما في موردين أحدهما ما إذا ثبت الخيار للمتعدد من طرف واحد أو لكل من الطرفين، كما إذا قلنا بثبوت خيار المجلس للموكل و وكيله فاختلغا في الفسخ و الإمضاء و ثانيهما ما إذا صدر عن ذي الخيار أمران يقتضى أحدهما إقرار العقد و الآخر فسخه كما إذا باع العبد بجارية، ثم أعتقهما فإن العتق بالإضافة إلى بيع العبد فسخ و بالإضافة إلى الجارية إقرار له فيقع التعارض.

و قيل أنه في مورد التعارض يقدم الفسخ فيما إذا وقعا دفعة و يؤخذ بمقتضى السابق مع وقوعهما تدريجا و لكن في كلا الأمرين تأمل بل منع لأن الثابت للمتعدد في فرض التعارض خيار واحد و مقتضاه اتفاق المتعدد على الفسخ أو الإمضاء أو رعايته السابق في بعض الموارد و إلا فمع الاختلاف يبقى البيع على حاله و إذا أعتق العبد و الجارية لا يبعد الحكم بانعتاق الجارية دون العبد، لأن عتق العبد يتوقف على إرجاعه إلى ملكه بقصد فسخ العقد و لم يحصل هذا القصد كما هو مقتضى عتق الجارية فتدبر جيدا.

(١) ذكروا من مسقطات خيار المجلس افتراق المتعاقدين و عدّه مسقطا لا يخلو عن مسامحة لأن الموضوع للخيار المتبايعين ما دام مجتمعين و بالافتراق ينتهي الاجتماع على ما تقدّم. هذا بناء على ما هو المتسالم عليه عندهم كما صرح بذلك بعضهم من انتهاء الخيار بنفس الافتراق، كما هو ظاهر غير واحد من الروايات أيضا فإنه قد ورد فيها أن المتبايعين بالخيار حتى يفترقا.

لا يقال الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء البيع هو المسقط كما يشهد عليه صحيحة الفضيل عن أبي عبد الله قلت ما الشرط في غير الحيوان قال (البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا منهما)، و لذا ذكر المصنف (ره) ظهور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٦

.....

الصحيحة في كون الافتراق الظاهر في الرضا ببقاء البيع مسقطاً و لكن قد أغمض عن هذا الظهور بالالتزام بكون نفس الافتراق مسقطاً، و لعلّ الموجب للالتزام بذلك التسالم على الحكم.

فإنه يقال ظاهر الصحيحة كون الرضا بالبيع أي الرضا المعاملي الحاصل من حين البيع المكشوف بقائه بترك الفسخ إلى حين الافتراق و أنّ الافتراق مع هذا الرضا غاية للخيار فلا يكون فيه احتراز إلا عن صورة الفسخ قبل الافتراق لا أنه يعتبر ان يكون في الافتراق ظهور في التزامه ببقاء البيع و عدم رفع يده عنه ليكون الافتراق مسقطاً فعلياً في مقابل المسقط القولى، كيف و الخيار ملك فسخ العقد و ثبوته لا ينافي الرضا ببقاء البيع، و لذا يصحّ ان يصرحّ قبل الافتراق أنه راض فعلاً ببقاء البيع مع بقاء حقه في الفسخ لو بدا له ذلك و التفت إلى عدم صلاحه.

و بتعبير آخر الرضا ببقاء البيع عند الافتراق لا يكون مسقطاً بإسقاط ذي الحق بل المسقط إظهار الرضا بحيث يرفع يده عن حقه فلا بدّ من الالتزام بان الافتراق مع الرضا المعاملي ببقاء البيع كما ذكر غاية للخيار. و اما احتمال كون المراد بالرضا في الصحيحة الرضا بالافتراق زائداً على رضاهما بالبيع بان لا يكون عبء بالافتراق فيما إذا حصل بغير رضاهما مع عدم ظهور الصحيحة في ذلك خلاف ظاهر صحيحة الحلبي و غيرها ممّا يكون ظاهراً في سقوط خيارهما بالافتراق و لو لم يكن صاحبه راضياً بذلك الافتراق و حمله على صورة رضا صاحبه بالافتراق ليس أولى من حمل الصحيحة على رضاهما بالبيع بالمعنى المتقدم مع ما عرفت من أنه ليس من قبيل الحمل بل الأخذ بالظهور.

و قد ظهر ممّا ذكرنا من أنّ الافتراق ليس بمسقط بل ينتهي معه موضوع الخيار انه لا دلالة في الصحيحة على ما تقدم من كون الخيار حقاً قابلاً للإسقاط، ثم أنّ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٧

.....

المراد بالافتراق ليس تفرّق المتعاقدين عن مجلس كانا فيه حال البيع لأنه يمكن حصول البيع حال مشيهما أو ركوبهما، و لذا ذكر المصنّف (ره) أنّ المراد به زوال تلك الهيئة الاجتماعية التي كانت حال البيع و لا عبء بالجلوس في مكان واحد أو كونهما فيه و يحصل هذا الزوال بأدنى انتقال يزول معه تلك الهيئة كما إذا كان البائع و المشتري في سفينتين متلاصقتين فإنه إذا تحرك رأس السفينة عن الأخرى حصل الافتراق و لا يعتبر في تحقّقه المشى من أحدهما و لو خطوة، و ان ذكر الخطوة في بعض الكلمات و لكنّه تمثيل و بيان لبعض افراد الافتراق و لو لم يكن المشى و لو خطوة كما في مثال السفينتين كفى في سقوط الخيار.

و ناقش بعضهم في كفاية الخطوة بدعوى انصراف الافتراق إلى غيره و مقتضى الاستصحاب بقاء الخيار إلى حين إحراز حصوله و يؤيد عدم الكفاية قوله عليه السلام في بعض الروايات فلما استوجبتها قمت فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا فإنه لو كان المشى خطوة مسقطاً للخيار لاكتفى عليه السلام بذكرها لا بذكر الخطاء.

أقول: الظاهر من الافتراق بقرينه ثبوت الخيار مع عدم اعتبار المجلس حال البيع زوال المصاحبة التي كانت حال البيع و زوال المصاحبة لا يكون بالخطوة أو بتحريك رأس السفينة عرفاً بل بحيث لا يكون معه المكاملة المتعارفة. نعم لو شكّ في مورد في صدق الافتراق بحيث تكون الشبهة مفهومية لكان المورد من موارد التمسك بالعموم أي (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لا استصحاب بقاء الخيار خصوصاً مع ما ذكرنا من عدم اعتبار الاستصحاب في الشبهات الحكمية).

و ذكر (قده) ان الافتراق كما ذكر عبارة عن زوال الهيئة الاجتماعية أو المصاحبة الحاصلة للمتبايعين حال البيع و زوالها لا يتوقف على الحركة من كلّ منهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٨

المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه (١).

إلى جهة غير جهة حركة الآخر، بل يحصل بحركة أحدهما و السكون من الآخر و بتعبير آخر تحقق ذات الافتراق تكون من أحدهما و أتصافها بالافتراق بترك الآخر المصاحبة و لو تحرك كل منهما إلى جهة غير جهة الآخر يكون كل من الحركتين افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر معه و يشهد لحصول الافتراق بحركة أحدهما، كما ذكر ما ورد في الروايات الحاكية لشرائه عليه السلام قال فلما استوجبتها قمت فمشيت خطاء ليجب البيع حين افترقنا فأثبت عليه السلام افتراقهما بمشييه فقط.

أقول: ما ذكر من حصول الافتراق بفعل أحدهما كما هو ظاهر حكاية شراء الإمام عليه السلام قرينه ظاهرة على ان الافتراق لا يكون من قبيل إسقاط الخيار بالفعل فإنه لا معنى لان يسقط أحد المتبايعين خيار الآخر فإنه من إسقاط غير ذى الحق حق الغير.

(١) المشهور على انه لا عبرة في انتهاء الخيار بالافتراق عن إكراه فيما إذا منع عن التخيار ايضا كما إذا منعها المكروه بالكسر عن فسخ البيع ايضا و كأنه يبقى الخيار في هذا الفرض الى ان يسقط بمسقط آخر و يستدل على ذلك تارة بأن الافتراق الوارد في الروايات غاية للخيار منصرف الى ما كان بالاختيار لا بالإكراه سواء كان الإكراه بنحو يدخل الفعل معه في الاضطرار بمعنى سلب الإرادة و القصد أم لا، و أخرى بأن الافتراق في الروايات و ان يعم زوال الهيئة الاجتماعية مطلقا إلا ان مقتضى حديث رفع الإكراه عدم العبرة بالافتراق عن إكراه فان المقرر في محله عدم اختصاص الحديث برفع خصوص الحكم التكليفي، بل يرفع الحكم الوضعي أيضا و منه كون الافتراق غاية للخيار.

و ناقش المصنف (ره) في كلا الوجهين أمّا الأول فلأن غاية ما يمكن دعوى انصراف الأفعال إلى الاختيارى منها في مقابل الاضطرارى أى الصادر من غير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٧٩

.....

ارادة و قصد فإن الإسناد في مورد الاضطرار يكون ضعيفا بحيث يكون قيام المبدء بجسم المضطر صوريا بخلاف مورد الإكراه، حيث يكون الشخص فاعلا بالإرادة و القصد، و لو كانت إرادته للتحرز عن الضرر المتوقع به، و إذا دخل الفعل الإكراهى في الغاية دخل الاضطرارى أيضا لعدم القول بالفصل، و لذا ذكروا ان الافتراق عن اضطرار ايضا موجب لسقوط الخيار فيما إذا كان متمكنا على التخيار قال فى المبسوط فى تعليل الحكم أنه إذا كان متمكنا على الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتى وقع التفريق كان ذلك دليلا على الرضا و الإمضاء.

و اما الثانى: فلأنه لو عم حديث الرفع المقام لما كان فرق بين التمكن على التخيار و عدمه مع أنهم قَيّدوا سقوط الخيار بصورة عدم التمكن على التخيار و الصّحيح فى الاستدلال على المشهور مع ملاحظة الشهرة المحققة، و إمكان دعوى انصراف الروايات الى ما كان الافتراق عن رضا بالعقد أى ببقائه صحيحه الفضيل حيث ان ظاهرها اعتبار بقاء الرضا بالبيع الى تحقق الافتراق حصل الافتراق بالكراه أم بغيره أو كون الافتراق بحيث يكون كاشفا عن كون المتبايعين راضيا ببقاء العقد و الإعراض عن فسحه، و هذا الكشف النوعى لا- يكون مع الإكراه على التفريق و المنع عن التخيار؛ أقول قد ذكرنا ان الافتراق لا دلالة له على إمضاء العقد حتى ما لو كان الافتراق بلا إكراه بل الكاشف عن الرضا المعاملى ترك الفسخ مع التمكن عن التخيار و فسخ البيع.

و ذكر النائينى (ره) منع انصراف الأفعال إلى الاختيارى بمعنى عدم الإكراه حيث ان الاختيار بمعنى عدم الإكراه غير داخل فى مادة الأفعال و لا فى هيئاتها و التمسك بحديث رفع الإكراه فى المقام غير صحيح لأن المرفوع به الفعل الذى يتعلّق به التكليف و لا يعم الفعل الذى يكون موضوعا للحكم و التكليف كالسفر و الإقامة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٠

.....

و التفرق لأنه لا جامع بين متعلق التكليف و موضوعه، و ذكر الوسوسة و الحسد و الطيرة قرينة على اختصاص الرفع بمتعلق التكليف لا ين تلك الأفعال لو لم تكن مرفوعة لكانت متعلقات التحريم، و يشهد للاختصاص انه لو سافر أو أقام في بلد إكراهها عليهما يجب القصر في الأول و التمام في الثاني و على ذلك فلا يكون رفع الإكراه مقتضيا لنفي الغائية للخيار عن الافتراق عن إكراه لأن الغاية قيد لموضوع الحكم أي الخيار؛ هذا مع ان نفي الافتراق عن إكراه لا يفيد فإنه لا يثبت موضوع الخيار أي بقاء الهيئة المصاحبية التي يكون المتبايعين معها موضوعا للخيار.

أقول: عنوان ما استكرهوا عليه كعنوان ما اضطروا عليه يعم الفعل الذي يتعلّق به التكليف و ما يكون موضوعا للحكم و المراد من رفعه مقابل وضعه و لو كان الفعل المتعلّق به التكليف موضوعا مع الإكراه أو الاضطرار اليه لكان متعلقا معهما أيضا، كما ان الفعل الموضوع للحكم لو كان موضوعا مع الإكراه عليه أو الاضطرار اليه لكان موضوعا له معهما أيضا و الأمر في الوسوسة و الحسد و الطيرة أيضا كذلك، و اما قضية الإكراه على السفر و الاضطرار عليه فعدم كون الإكراه أو الاضطرار رافعا لوجوب القصر فلأن حديث الرفع لا يرفع التكليف و الحكم فيما إذا لم يكن في نفيه امتنان كما أنه لا يرفع و جوب التمام في الإكراه أو الاضطرار إلى الإقامة فلأن الموضوع لوجوب التمام العلم و الاطمئنان بإقامة عشرة أيام و الإكراه أو الاضطرار لا يطرد على العلم و الاطمئنان نظير ما ذكرناه في عدم إمكان قضاء الصلاة أو الصوم بحديث الرفع لأن الموضوع لوجوب القضاء فوت الفريضة لا الترك و على ذلك فلا حكومة لحديث الرفع في الافتراق لما مع الإكراه على ترك الفسخ أيضا لأن الغاية للخيار هو الافتراق مع الرضا المعاملي ببقاء العقد لأنفس الافتراق و مع المنع عن التبايع لا يحصل الرضا المعاملي إلا بنحو الإكراه حيث أنه عبارة أخرى عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨١

.....

ترك الفسخ مع التمكن عليه.

و عن السيد اليزدي (ره) عدم ثبوت الخيار في الفرض بل ينتهي خيارهما بالافتراق و لو من غير قصد و شعور فضلا عن الإكراه عليهما بالافتراق و منعهما عن التبايع حيث ان الإجماع على الخيار في الفرض غير ثابت كما يظهر ذلك لمن تتبع كلمات الأصحاب و الاختيار سواء كان في مقابل الاضطرار أو الإكراه غير داخل في مدلول الأفعال و حديث رفع الإكراه يجري في الأفعال الاعتبارية التي يكون قوامها بالقصد، و لا يعم سائر الأفعال، و لذا لا حكومة له في إتلاف مال الغير و أسباب الوضوء مع ان الافتراق في الروايات لا يكون إلما غاية لموضوع الخيار بمعنى أنه ينتهي موضوع الخيار معه لا- قيد للخيار و موضوع له فان المتبادر من قولهم عليهم السلام (البيعان بالخيار ما لم يفترقا) ان الخيار يثبت للمتبايعين ما دام مجتمعين و بالافتراق لا يكون اجتماع نظير قوله أكرم زيدا ما دام في المسجد فإنه إذا خرج من المسجد بأي وجه و لو من غير القصد و الشعور ينتهي موضوع و جوب إكراهه.

لا يقال صحيحة الفضيل قد دلت على اعتبار الرضا في كون الافتراق غاية فإنه يقال المراد بالرضا منهما الرضا بأصل المعاملة و الرضا بها قد حصل بأقدامهما على البيع من غير إكراه و ليس قيذا زائدا.

أقول: قد تقدّم ان عدم أخذ الاختيار في مادة الأفعال و هيئاتها أمر صحيح، و اما حكومة حديث الرفع فاخصصهما بالأفعال الإنشائية فلا يمكن المساعدة عليه، و لذا لا يكون إتلاف مال الغير مع الإكراه عليه محرّما، و الضمان باعتبار ان نفيه خلاف الامتنان، و اما عدم الحكومة بالإضافة إلى موجبات الوضوء فلأن الموجب له ليس هو الفعل ليكون رفع الإكراه و الاضطرار نافيا له بل خروج البول و غيره

كما هو مفاد قولهم عليهم السلام لا ينقض الوضوء إلا ما يخرج عن طرفيك الذين
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٢
لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخير (١).

أنعمها الله عليك فيكون نظير ما تقدم في وجوب قضاء الصلاة وغيرهما.

و أما ان رفع الافتراق بالحديث غير ممكن لأنه لا يثبت موضوع الخيار و هو اجتماع المتبايعين فهو أمر صحيح لأن مدلول الحديث هو
التنفي لا- إثبات الضدّ إلا ان العمدة في ثبوت الخيار في فرض الإكراه على الافتراق و المنع عن التخير صحيحة الفضيل الظاهرة في
انتفاء الخيار مع الافتراق فيما إذا كان رضاء معاملي ببقاء البيع لا الرضا بأصل المعاملة و ان الخيار يبقى مع عدم ذلك الرضا و لو مع
حصول الافتراق و مقتضى حديث رفع الإكراه عدم حصول ذلك الرضا مع المنع عن التخير.

و على ذلك فالأظهر بقاء الخيار مع الإكراه على الافتراق و المنع عن التخير الى ان يتحقق مسقط آخر).

(١) يفرض الكلام تارة في إكراه أحدهما على الخروج مع منعه عن التخير و بقاء الآخر في المجلس مختارا في المتابعة و التخير و
أخرى فيما إذا خرج أحدهما مختارا في خروجه و تخايره و بقاء الآخر في المجلس مع الإكراه و المنع عن التخير و الكلام فعلا في
الفرض الأول حيث يعلم به الحكم في الفرض الثاني أيضا.

و الأقوال أربعة سقوط خيارهما بذلك و بقاء خيارهما و سقوط خيار المختر و التفصيل بين بقاء المختار في
المجلس فيبقى خيارهما و بين خروجه فيسقط خيارهما.

و مبنى الأقوال هو ان الافتراق المجعول غاية هل يحصل باختيارهما أو يحصل باختيار أحدهما، و مع اعتبار اختيارهما فهل يكون
اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو ان مجموع اختيارهما مسقط لكلا الخيارين، فإنه إذا قلنا بكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره
يسقط خيار المختار و على القول باعتبار مجموع اختيارهما يبقى الخياران؛ و إذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٣

.....

قلنا بكفاية اختيار أحدهما في سقوط الخيارين فهل يعتبر الفعل من المختار أو يكفي كونه تركا كالبقاء في المجلس فعلى الأول أي
اعتبار الفعل يفصل بين بقاء المختار في المجلس فيبقى الخياران و بين خروجه فيسقط كلا الخيارين؛ و على تقدير الثاني أي كفاية
الترك يسقط الخياران.

و نقل المصنف (ره) عن العلامة في القواعد و ولده في الإيضاح ان سقوط خيار المختار ملازم لسقوط خيار الآخر ايضا، و أنه لا
تفكيك بين الخيارين في السقوط و الثبوت كما استظهر مما ذكره في الإيضاح من المبنى للسقوط و الثبوت ان محل الخلاف ما إذا
كان المختار ماكتا في المجلس، و اما مع خروجه و ذهابه فلا خلاف في سقوط الخيارين حيث قال في الإيضاح ان الخلاف في المقام
مبنى على ان بقاء المختار متجدد أو غير متجدد و على تقدير عدم تجدده فهل يحتاج في استمراره إلى العلة أم لا، و ان الافتراق
المجعول غاية للخيارين أمر وجودي أو عدمي، و هل هذا عدم أي عدم تلك الهيئة المصاحبية مستند إلى العلة أم لا فإنه على تقدير
بقاء الأكوان و عدم حاجته إلى المؤثر أو كون الافتراق عدميًا و عدم استناده إلى العلة لم يسقط خيار المختار و يبقى خيار الآخر ايضا
بخلاف ما ذاقيل ببقاء الأكوان و عدم حاجة الباقي إلى المؤثر أو كون الافتراق عدميًا لا يستند إلى العلة فإنه يبقى الخياران.

ثم أنه وجه سقوط خيار المختار لأنه فعل المفارقة فيسقط به الخياران، و هذا الكلام و ان كان مورد المنع لعدم ابتناء الأحكام على
مثل هذه التدقيقات العقلية، بل هي تابعة لحصول موضوعاتها سواء كان لذلك الحصول واقعية عينية عقلا أم لا إلا أنه ظاهر في ان

المختار لو خرج عن مجلس العقد اختياراً فلا خلاف في سقوط الخيارين و سقوط خيار المختار يلزم سقوط خيار الآخر كما هو ظاهر كلام والده ايضاً، مع انّ ظاهر الشيخ في الخلاف و القاضى اختصاص سقوط إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٤

.....

الخيار بالمختار، و لعلّ مراد الشيخ و القاضى انّ سقوط الخيار يستند الى المختار أولاً، فلا ينافى سقوط خيار المكره ايضاً بالتبع باعتبار الملازمة في سقوط الخيارين و ثبوتها بحصول الغاية و عدم حصولها.

و ذكر المصنف (ره) ان مقتضى الأصل في الفرض بقاء الخيارين كما أنّ ظاهر الروايات بقاءهما حيث ان المتبادر منها ما إذا كان الافتراق برضا المتبايعين لبقاء البيع و هذا أوضح في صحیحه الفضيل حيث ما ذكر سلام الله عليه فيها ظاهر في انّ مع الافتراق الظاهر في رضاها بقاء البيع لا خيار لهما و لكن ناقش في ذلك ثانياً انه لا مورد للأصل في المقام لأنّه يستفاد من الروايات كون الافتراق و لو برضا أحدهما مسقطاً للخيارين؛ و صحیحه الفضيل و ان كانت ظاهرة في اعتبار رضاها ألاً أنّه تعارضها ما ورد في شراء الإمام عليه السلام و قوله فمشيت خطأ ليجب البيع حين افترقنا فإنّ ظاهره كفاية الافتراق برضا أحدهما في سقوط الخيارين؛ و الصحیحه و إن كانت أخصّ من الروايات الواردة في شرائه عليه السلام حيث أنّه عليه السّلام لم يتعرّض فيها لحال المتبايع الآخر، فيمكن دعوى تقييدها بصورة التفات الآخر الى خروج الإمام عليه السلام و عدم متابعتة إلّا ان الإطلاق مؤيد بموارد تسالموا فيها على سقوط الخيارين من غير ان يكون في البين رضاها بقاء البيع كما إذا مات أحد المتبايعين في المجلس و خرج الآخر فإنّه قد صرح بعضهم بسقوط الخيارين و كما يظهر عن الإيضاح في ذكر مبنى السقوط و الثبوت حيث ان ظاهره كون خروج المختار عن مجلس العقد موجبا لسقوط الخيارين بلا خلاف).

أقول: قد ذكرنا ان ظاهر الروايات هو انّ الافتراق غاية للخيار فيثبت الخيار للمتبايعين ما دام متصاحبين، و حيث انّ الافتراق ان حصل يحصل بالإضافة إلى كلا المتبايعين و لا يمكن حصوله لأحدهما دون الآخر و يشهد لذلك ايضاً ما ورد في إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٥

.....

شرائه عليه السّلام، فلا بدّ من الالتزام بسقوط كلا الخيارين في هذا الفرض و الفرض الآخر أى بقاء أحدهما في المجلس مكرها ممنوعاً عن التخير و خروج الآخر اختياراً، و لكن في صحیحه الفضيل دلالة على الرضا من المتبايعين ببقاء البيع الى حصول الافتراق دخلاً في سقوط الخيارين بالافتراق، و المراد الرضا المعاملى أى ترك الفسخ مع التمكن عليه، و على ذلك فان كان المتبايعان متمكّنين على الفسخ قبل الافتراق و مع ذلك لم يفسخا الى ان حصل الافتراق فلا خيار لهما بعد ذلك، و ان كان أحدهما فقط متمكّناً على الفسخ و قد تركه الى ان حصل الافتراق فلا خيار له و يبقى الخيار للآخر و حال المكره بالفتح في الفرض حال غير المتمكّن بمقتضى حديث الرفع الجارى في حقّه.

لا يقال إذا لم يسقط خيار المكره لا يحصل الغاية لخيار الآخر أيضاً لأنّ الغاية غاية لكلا الخيارين، و لذلك التزم النائينى (ره) في الفرض بقاء الخيارين بدعوى انه لا شهادة في اخبار الواردة في شرائه عليه السلام على خلاف ذلك لأنّها حكاية قضية، و لعل الآخر كان راضياً بالبيع عند خروجه عليه السلام عن مجلس العقد و دعوى التسالم على السقوط في بعض الموارد، كما ذكر المصنف (ره) غير ثابت و على تقديره يلتزم بالسقوط في تلك الموارد.

فإنه يقال لا يستفاد من صحیحه الفضيل إلّا دخالة رضاها بقاء البيع الى حصول الافتراق بان يكون الافتراق مع كل من الرضائين

مسقطاً لخيار الراضى كما هو مقتضى مقابلة الجمع بالجمع أى سقوط الخيارين بالرضائين و اعتبار مجموع الرضائين فى سقوط الخيارين بحيث لو حصل سقوط الخياران و ألبا بقيا فلا يستفاد منها، و على ذلك فالرضا المعاملى ببقاء البيع مع الإكراه عليه كترك الفسخ مع عدم التمكن عليه فى أنه لا يكون دخيلا فى سقوط الخيار بمعنى ان الافتراق معه إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٦
لو زال الإكراه (١).

لا يكون غايةً بالإضافة إلى خيار المكروه فيبقى خياره دون خيار الطرف الآخر الراضى، و لا ينافى ذلك ما ورد فى شرائه عليه السلام فان مدلوله حصول الافتراق المسقط بفعله عليه السلام؛ و أمّا أنه لا- دخل لرضا الآخر فلا يستفاد منه إلا بدعوى الإطلاق أى ترك التعرض و على تقديره فيرفع اليد عنه بصحيحة الفضيل.

ثم أنه كما ذكر فى محله أتمما يرفع الإكراه الحكم فيما إذا كان اختيار الفعل بداعوية الإكراه فلو كان مكرها على بيع ماله، و لكن بحيث لو لم يكن إكراه لباع ذلك المال أيضا فلا يكون البيع المزبور مشمولا لحديث نفي الإكراه لأنه لا امتنان فى نفي معاملة يريدتها صاحبها، و عليه فالمنع عن التخايير لا يوجب بقاء الخيار ألبا فيما كان تركه فسخ البيع بداعوية المنع المزبور لا فيما ترك الفسخ لا من جهة المنع عن التخايير فإنه لو حصل الافتراق و لو بالإكراه سقط خياره أيضا لأن نفي هذا الرضا المعاملى لا يوجب امتنانا بل لا يبعد القول بسقوط الخيارين فيما إذا تمكنا على الفسخ بين البيع الى حصول الافتراق، و لو فى زمان لصدق ما فى صحيحة الفضيل من قوله عليه السلام فإنه لا- خيار بعد الرضا منهما و لا يعتبر استمرار ذلك التمكن، و على ذلك فلو وقع الإكراه على الافتراق و المنع عن التخايير فى قسم من ذلك الزمان فلا يدخل فى حديث الرفع لأن الداخل فيه ما يكون دخيلا لو لا الإكراه فتدبر جيدا.

(١) المحكى عن الشيخ و جماعة امتداد خيار المجلس بامتداد مجلس زوال الإكراه، و المراد بمجلس الزوال الهيئة التى كان المتبايعان عليها من القرب و البعد حين زوال الإكراه و لو فرض ان البائع كان فى ذلك الحين فى مكان و المشتري فى مكان آخر فيحصل افتراقهما بانتقالهما أو انتقال أحدهما من ذلك المكان اختيارا.

و استشكل على ذلك المصنف (ره) بأن الهيئة الاجتماعية التى كانت حال البيع زائلة فالافتراق حاصل و غاية دليل رفع الإكراه عدم ارتفاع حكم تلك الهيئة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٧

.....

الاجتماعية أى الخيار. و ألبا كون الهيئة الحاصلة بعده، و منها الهيئة حال زوال الإكراه بمنزلة الهيئة الاجتماعية حال العقد، فليس دليل على هذا التنزيل ليرتب عليه ما تقدم فيدخل المقام فى المسألة الآتية و هى أنه إذا ثبت فى مورد خيار و تردد أمره بين أن يثبت فى خصوص أول زمان التمكن على الفسخ أو بنحو التراخي فهل يؤخذ باستصحاب الخيار أو يرجع بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و الحكم عليه بالفور.

أقول: قد تقدم أنه لو كنا و الروايات الدالة على المتبايعين بالخيار حتى يفترقا لم يكن حديث الرفع شاملا للمورد لأن الموضوع للخيار فى تلك الروايات هو المتبايعان ما دام متصاحبين و بالافتراق ينتفى الموضوع، و من الظاهر ان رفع الإكراه يرفع الحكم فى مورد تعلق الإكراه بموضوع الحكم بان يوجد أو متعلق التكليف بان يتركه و الإكراه على الافتراق إكراه على إعدام الموضوع لا على إيجادها على ما تقدم فى كلام السيد اليزدى (ره).

و لكن العمدة فى المقام كانت صحيحة فضيل المتقدمة فإنها قد دلت على انتهاء الخيار بعد الافتراق لكن لا مطلقا بل فيما إذا كان مع

الافتراق رضا ببقاء البيع و حديث رفع الإكراه اقتضى ان لا يعتبر ذلك الرضا المعاملى إكراهيا بل يعتبر الافتراق مع الرضا المعاملى الغير الإكراهي. نعم سبق الرضا على الافتراق لا يستفاد من الصحيحة فإن قوله بعد الرضا متعلق بنفى الخيار لا لفعل الافتراق فيكون حاصل الصحيحة ان الافتراق بمجردة لا يكون غاية بل يعتبر في الغاية حصول الرضا ببقاء البيع ففي أى زمان تم الافتراق و الرضا ببقائه ينتهى الخيار، و نتيجة ذلك كون الخيار بعد زوال الإكراه على الفور.

و بتعبير آخر كلمة بعد فى قوله فلا خيار بعد الرضا منهما نظير الزكاة بعد النصاب مدلوله اعتبار مدخوله فى الحكم لا حدوث ذلك الحكم بحدوثه، بان يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٨

[الثانى خيار الحيوان]

إشارة

لا خلاف بين الإمامية (١).

الرضا أو النصاب تمام الموضوع هذا إذا لم يجعل الافتراق بنفسه كأحداث الحدث فى الحيوان المشتري رضاء تعديا بالبيع و الّا تكون مفاد الصحيحة مفاد الروايات المتقدمة فى عدم جريان رفع الإكراه فى المقام و يتعين الحكم بانتهاء الخيار بالافتراق كيف ما اتفق. و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما قيل انّ المقام لا يرجع فيه لا الى استصحاب بقاء الخيار و لا الى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، بل يحكم ببقاء الخيار بعد زوال الإكراه الى ان يسقط بمسقط آخر فإنّ ما دلّ على انّ لكل من البائع و المشتري خيار الى حصول الافتراق المسبوق بالرضا بالعقد مقتضاه بقاء ذلك الخيار الى حصول الغاية المزبورة أمكن حصولها أو لم يمكن، كما فى المقام حيث انّ مع الإكراه على الافتراق و المنع عن التّخاير لا يحصل الافتراق الحدوثى المسبوق بالرضا ببقاء العقد أو المقارن بذلك الافتراق. و وجه الضعف ما تقدّم من عدم ظهور الصحيحة فى سبق الرضا ببقاء البيع على الافتراق أو ظهورها فى تعلق الرضا منهما بنفس الافتراق.

(١) لا خلاف بين علماء الإمامية فى ثبوت الخيار فى بيع الحيوان للمشتري و ظاهر الروايات كالتاوى ثبوته فى بيع كل حيوان أى كل ذى حياة كبيرة أو صغيرة حتى العلق و دود القز، و فى صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال (فى الحيوان كلّ شرط ثلاثة أيّام للمشتري و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط)، و فى صحيحة الفضيل عنه عليه السلام قلت له ما الشرط فى الحيوان قال (ثلاثة أيّام للمشتري)، قلت له ما الشرط فى غير الحيوان قال (البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما)؛ و فى معتبرة ابن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول الخيار فى الحيوان ثلاثة أيّام و فى غير الحيوان حتى يفترقا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٨٩

.....

الى غير ذلك.

و ظاهرها يعمّ ما إذا كان المقصود حياة الحيوان الى آخر عمره، كما فى الحيوان المقصود به ركب ظهره أو برهه من الزمان كالحيوان المقصود ذبحه أو نحره للأكل بعد زمان كالبقرة و الغنم و لا- يبعد دعوى انصرافها عمّا لم يكن المقصود منه عادة حياته كما فى

السّمك المخرج من الماء و الجراد المحرز في الإناء و غيره لأن كل ذلك يباع بما هو لحم في العادة بل يشكل ثبوت الخيار فيما إذا صار الحيوان كذلك بالعرض كالصيد المشرف على الهلاك بإصابة الشهم أو بجرح الكلب المعلم.

أقول: لعلّ الإشكال فيما إذا اعتبر في حل الحيوان ذبحه لاعتبار دركه حيا، و أما إذا لم يعتبر كما إذا لم يسع الوقت لذلك فلا فرق بينه و بين السّمك المخرج و على تقدير ثبوت الخيار ففي امتداده إلى ثلاثة أيام مطلقا أو مع بقاء حياته في ثلاثة أيام و مع عدم بقائه إلى حين موته أو على الفور وجوه، و لكن لا يكون زهوق روحه و لو قبل الثلاثة تلفا للحيوان ليكون ضمّانه على بايعه سواء كان قبل القبض أو في مدّة الخيار و ليكن المراد زهوق الروح في صورة عدم اعتبار الذّبح أو ازهاقه فيما اعتبر.

و أمّا إذا اعتبر كما إذا أدرك زكاته و تركه بايعه فيما كان الذّبح عليه فيبطل البيع فيما كان قبل القبض أو بعده لأنّ التّرك يعدّ تلفا بخلاف ما إذا كان على المشتري فإنّ إتلاف المشتري البيع في زمان الخيار موجب لسقوط خياره، و لكن دعوى انصراف الروايات عن المشرف للهلاك قريبة جدّا، فإنّ تحديد الخيار بثلاثة أيام و ما يظهر من الروايات عرفا من أنّ الحكمة في ثبوت الخيار ملاحظة حال الحيوان في تلك المدّة قرينة على الانصراف، و أنّ التحديد المزبور خصوصا بملاحظة حكمه جعل الخيار مقتضاه ثبوته في خصوص موارد يقصد من شراء الحيوان فيها عادة حياته و لو في الجملة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٠

.....

و ذكر المصنف (ره) أنّه هل يختص خيار الحيوان بما كان المبيع معينا أو يعمّ الكلى على العهدة لم أجد من صرح بالاختصاص أو بالعموم؛ نعم يظهر من بعض المعاصرين اختصاصه بالمعين كما هو مقتضى مناسبة الحكمة التي دعت الشرع الى جعل الخيار للمشتري و هي ملاحظة حال الحيوان و الأطلاق على خصوصياته، و هذا هو الأقوى، و أضاف الثائني في وجه الاختصاص بالمعين وجها آخر و هو أنّه لا يمكن الالتزام بثبوت الخيار في شراء الحيوان سلما قبل استحقاق المشتري المطالبة بالمبيع و ثبوت الخيار بعد قبض الحيوان إلى ثلاثة أيام خارج عن مدلول اخبار الباب و إذا لم يثبت الخيار في بيع الكلى سلما لا يثبت في بيعه حالا ايضا لعدم احتمال الفرق بينهما في جريان الخيار و عدمه.

أقول: لم يعلم أنّ حكمه الخيار يقتضى اختصاصه بالمعين فإنّه يمكن تعميم الخيار و كون حكمه ملاحظة القيود المعترية في المبيع و ما لا يعتبر فإنّه ربّما يلتفت المشتري الى عدم الصلاح في شراء الحيوان المزبور و بذلك يظهر أنّه مع ثبوت الخيار في بيع السلم يكون مبدأه تمام البيع و لو لم يستحق المشتري المطالبة بالمبيع و يظهر ثبوت الخيار في الكلى على العهدة فضلا عن الكلى في المعين مثل صحيحة فضيل المتقدمة التي قسم فيها المبيع بين الحيوان و غيره و حكم على الأول بالخيار إلى ثلاثة أيام و على الثاني الى ان يفترقا و من الظاهر ان الكلى على العهدة أو في المعين داخل في الأول.

و لكن ذكر بعض الأجلة (دامت أيامه) عدم ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان المبيع السّهم في الحيوان كما إذا باع الشريكان كل منهما النصف المشاع من الحيوان من واحد سواء كان البيع بصفقة أو صفقتين، و ان كان الأمر فيما إذا باع كل منهما نصفه أوضح و لأن نصف الحيوان لا يكون حيوانا و كذلك لا يثبت الخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩١

[المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري]

المشهور اختصاص هذا الخيار بالمشتري (١).

في الكلى على العهدة فإن الكلى على العهدة حيوان بعنوانه و بالحمل الأولى لا بالحمل الشائع، و هكذا الحال في الكلى في المعين؛ أضف الى ذلك انصراف اخبار الباب الى شراء الحيوان بنحو الغالب و هو وقوع البيع على شخص الحيوان و لا يقع البيع على الكلى إلا نادرا. نعم إذا كان الكلى في المعين منحصرًا بواحد صحّ ثبوت الخيار.

أقول: أما دعوى انصراف الأخبار فيدفعها ملاحظة الأخبار الكثيرة الواردة في شراء الحيوان بنحو السلم فإنه يظهر منها أن هذا النحو من الشراء كان متعارفا.

و أما عدم كون الكلى على العهدة حيوانا إلا بالحمل الأولى فقد تقدم أن البيع في موارد الكلى الحيوان الخارجى لا مفهومه و عنوانه غاية الأمر أن الوجود الخارجى غير متعين إلا بالعنوان نظير موارد الطلب على ما تقدم.

(١) المشهور قديما و حديثا ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمشتري خاصة بمدة ثلاثة أيام و يستدل عليه بأنه مقتضى الأخذ بالإطلاق في بعض الروايات الدالة على أن البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا وجب البيع حيث يرفع اليد عن لزوم البيع بعد الافتراق بالإضافة إلى المشتري خاصة و يؤخذ به بالإضافة إلى البائع بل يمكن الأخذ بعموم أو فوا بالعقود فيما إذا لم يكن في البيع خيار المجلس بالأصل أو بالعارض كاشتراط سقوطه، و إذا ثبت لزوم البيع بالإضافة إلى البائع في هذه الصورة يثبت لزومه بالإضافة إليه فيما كان في البين خيار المجلس لعدم احتمال الفرق بين صورتين في ثبوت الخيار لبائع الحيوان و عدم ثبوته.

أضف الى ذلك ظاهر الروايات الواردة في شراء الحيوان حيث صرح فيها بثبوت خيار الحيوان للمشتري و لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس في ثبوته للمتابعين لم يكن وجه لذكر المشتري و ترك ذكر البائع؛ و في صحيحة الحلبي و غيرها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٢

.....

عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط. و في صحيحة الفضيل ما شرط في الحيوان قال ثلاثة أيام للمشتري و ما شرط في غير الحيوان قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا و إذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما بل ظاهر قوله في بيع غير الحيوان و إذا افترقا وجب البيع يعم ما إذا كان الثمن في بيع غير الحيوان حيوانا و أوضح من ذلك كله الصحيحة المحكيّة عن قرب الإسناد عن أحمد و محمد ابني محمد ابن عيسى عن الحسن بن محبوب عن علي ابن رثاب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أولهما كليهما فقال الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء و لكن مع ذلك قد ذهب السيد المرتضى و ابن طائوس الى ثبوت الخيار في شراء الحيوان للمتبايعين و يشهد له صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا و ذكر المصنف (ره) أن هذه الصحيحة تعارضها صحيحة علي بن رثاب و تقدم على تلك الصحيحة ترجيحها في مقام المعارضة فإنهم قد صرحوا بترجيح رواية مثل زرارة و محمد بن مسلم من الفقهاء الثقات على رواية غيرهم ممن يكون دونهم في الثقة و الفقهاء مع أن صحيحة محمد بن مسلم مروية في الكتب الأربعة بخلاف صحيحة علي ابن رثاب فإن اعتبار كتاب قرب الاسناد أو غيره لا تصل مرتبة اعتبار الكتب الأربعة فإن كثيرا من أصحابنا لا يلتفتون الى حديث لا يوجد في تلك الكتب مع التفاتهم الى وجود أحاديث في غيرها؛ و أما سائر الروايات فتقدم صحيحة محمد ابن مسلم عليها للجمع الدلالي بينها و بين تلك الروايات فإن دلالة تلك الروايات على نفي الخيار عن بايع الحيوان بالمفهوم أى الاقتصار بذكر المشتري و عدم التعرض للبائع و يمكن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٣

.....

ان يقال انّ عدم التعرض فيها للبائع ليس لنفى الخيار عنه بل لأنّ الغالب فى شراء الحيوان وقوع الفسخ من المشتري حيث أنّه يطلع فى تلك المدّة على خفايا الحيوان و خصوصياته، و لذا اقتصر بذكره، و من الظاهر ان مع وجود الجمع الدلالى لا تصل النوبة إلى أعمال مرجحات المعارضه ككون احدى الروايتين أشهر ليقال انّ الشهرة فى الروايات النافية للخيار عن البائع. و يبقى فى البين الشهرة من حيث الفتوى و لكن لا- اعتبار بالإجماع فيما إذا أحرز مدركه فضلا عن الشهرة ثمّ قد قرب (ره) اختصاص خيار الحيوان بالمشتري بدعوى انّ الطائفة الأولى لا يقصر ظهورها فى اختصاص خيار الحيوان بالمشتري عن الخبر الدال على ثبوته للمتبايعين و يظهر ذلك بملاحظة مثل صحيحة زرارة حيث انه لو كان خيار الحيوان كخيار المجلس فى ثبوته للمتبايعين، لما كان للعدول عن التعبير بالبيعين الى صاحب الحيوان وجه و تلك الطائفة مشهورة بين أصحاب الحديث حتى عند محمد بن مسلم الراوى للخبر المزبور حيث أنّه روى ايضا الرواية الدالة على انّ خيار الحيوان حق لصاحب الحيوان أى من يملكه بالبيع المفروض فيكون الترجيح لها و على تقدير تعارضهما و تساقطهما يرجع الى عموم قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و إذا افترقا وجب البيع حيث ان المتيقن من تقييد وجوب البيع بعد الافتراق ثبوت الخيار للمشتري فى شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام فيؤخذ بالوجوب بالإضافة إلى البائع فالقول بثبوت الخيار للمتبايعين ضعيف.

نعم هنا قول ثالث أقوى من القول المزبور و هو ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان سواء كان مشتريا أو بائعا و مع كون العوضين حيوانا يثبت الخيار لكلّ منهما إلى ثلاثة أيام و يقتضيه صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال سمعته يقول (قال رسول الله ص) البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٤

.....

ثلاثة أيام.

لا يقال قد قيد صاحب الحيوان بالمشتري فى موثقة حسن بن على بن فضال قال سمعت أبا الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام يقول صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام فإنه يقال تفسير صاحب الحيوان بالمشتري باعتبار الغالب و الغرض من التفسير دفع احتمال ثبوت هذا الخيار للمالك الأصلي للحيوان حيث انّ الغالب فى البيوع كون الحيوان مبيعا لا- ثمنا فلا تنافى الأخذ بإطلاق الصحيحة الدالة على ثبوت الخيار لمن انتقل اليه الحيوان بايضا كان أو مشتريا لأنّ غلبة القيد توجب ان لا يرفع اليد به عن إطلاق المطلق و لكن لا توجب صرف الإطلاق إليه.

لا يقال كيف الجمع بين الصحيحة الدالة على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان و الصحيحة الدالة على ثبوته للمتبايعين فإنه يقال تحمل الصحيحة الثانية على صورة كون العوضين حيوانا.

و ذكر (ره) فى آخر كلامه انه لا يبعد انصراف صاحب الحيوان فى الصحيحة الأولى الى المشتري فعليه لا موجب لرفع اليد عن أصالة اللزوم بالإضافة إلى البائع كان الثمن حيوانا أم لا. أقول: أما صحيحة زرارة الدالة على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان فلا يعارضهما شيء فان موثقة حسن بن فضال المفسر فيها صاحب الحيوان بالمشتري لدفع احتمال ثبوت خيار الحيوان لصاحبه الأصلي أى البائع، و يحصل هذا الدفع ايضا بكون المشتري بصيغة المفعول صفة للحيوان و الروايات الدالة على ثبوت الخيار لمشتري الحيوان لا دلالة لها على عدم ثبوته للبائع فيما إذا كان الحيوان ثمنا فى البيع بل مقتضى التفصيل فى مثل صحيحة زرارة بين خيار المجلس و خيار الحيوان فى التعبير عدم ثبوت خيار الحيوان كخيار المجلس للمتبايعين. و الحاصل يؤخذ بإطلاق صاحب الحيوان فى صحيحة زرارة و يحكم بثبوت خيار الحيوان بايضا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٥

[لا فرق بين الأمة وغيرها]

لا فرق بين الأمة وغيرها في مدة الخيار (١)

[مبدء هذا الخيار من حين العقد]

مبدء هذا الخيار من حين العقد (٢).

كان أو مشتريا و لا- موجب لانصرافه الى خصوص المشتري فان المطلق يعمّ فرده الغالب وغيره و أنّما لا يصلح خطاب المقيد فيما كان القيد غالبا لتقييد خطاب المطلق.

و يبقى في البين معارضة هذه الأخبار مع صحيحة مسلم الدالة على ان المتبايعين بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا، و لو أمكن حمل هذه على ما إذا كان كل من العوضين حيوانا كما استظهر ذلك من التعبير بالمتبايعين فان ظاهر باب التفاعل قيام المبدء بكل من الطرفين. و بتعبير آخر المفروض في الصحيحة اتحاد العوضين في العنوانين فيكون الخيار لكل من المتبايعين ثلاثة أيام؛ و في غير ذلك حتى يفترقا و لو لم يمكن الحمل باعتبار ان البيع يتحقق بفعل الطرفين لا بواحد منهما و ظهور باب التفاعل في قيام المبدء بكل منهما فيما إذا لم يتوقف تحقق ذلك المبدء بفعلهما فيقع التعارض بين الطائفتين و يقدم الطائفة الأولى لموافقها للعموم في قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) كما لا يخفى.

(١) لا فرق بين الأمة وغيرها في كون الخيار فيهما إلى ثلاثة أيام. و في صحيحة على ابن رثاب قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما فقال الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء و لكن عن الغنية و الحلبي ان مدة خيار الأمة مدة أستبرئها اي الحيضة أو خمسة و أربعون يوما و ادعى في الغنية الإجماع على ذلك و ربّما ينسب هذا القول الى غيرهما كالمراسم و المقنعة و النهاية لحكمهم بضممان البائع الأمة مدة استبرائها؛ و من الظاهر ان ضمانه حكم لخيار المشتري و على كل فلا يعرف لهذا القول وجه.

(٢) مبدء خيار الحيوان تمام العقد و لو لم يفترقا الى ان انقضى ثلاثة أيام ينتهي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٦

.....

خيار الحيوان و يبقى خيار المجلس و الوجه في ذلك قوله عليه السلام الشرط في الحيوان ثلاثة أيام و في غيره الى ان يفترقا فانّ ظاهره كون المبدء للخيارين واحدا. و عن ابن زهرة جعل مبدء انقضاء خيار المجلس، و كذا الشيخ و ابن إدريس حيث ذكرا ان مبدء خيار الشرط حين التفرق لأنّ الخيار يثبت فيما إذا ثبت العقد و العقد لا يثبت قبل التفرق، و هذا الدليل كما ترى يجرى في خيار الحيوان ايضا.

و لكنه ضعيف فإنّه ان أريد من ثبوت العقد بتمامه فالأمر ظاهر لأن تمام العقد بتمام البيع لا بانقضاء زمان خيار المجلس و ان أريد من تمامه لزومه فالأمر كذلك أيضا فإنّ الخيار حكم للعقد اللّازم لولا الخيار لا حكم للعقد اللّازم لولا هذا الخيار كما لا يخفى.

و يستدل على القول المزبور بوجه، أخرى منها استصحاب الخيار بعد ثلاثة أيام من حين العقد بل باستصحاب عدم حدوثه قبل التفرق و فيه أنه لا تصل النوبة إلى الأصل العملي مع وجود الدليل الاجتهادي و هو الظهور المتقدم و أيضا فالاستصحاب على التقريب الثاني مثبت لأن عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرق لا يثبت حدوثه حين التفرق.

و منها ما ورد في أن التلف في زمان خيار الحيوان على البائع حيث انه ممن لا خيار له و لو كان مبدء خيار الحيوان من حين التفرق يصح التلف عليه لأنه لا خيار له و لا يصح فيما إذا جعل مبدءه من حين العقد فإنه لا موجب لحساب التلف على البائع فيما إذا تحقق التلف قبل التفرق حيث انه تلف في زمان الخيار المشترك و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بان ما ورد في كون التلف في زمان خيار الحيوان يحسب على البائع بانحلال البيع مبني على الغالب من وقوع التلف بعد التفرق
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٧

.....

و انقضاء خيار المجلس.

أقول: الصحيح عدم الفرق بين الصورتين فإنه يحسب التلف على البائع فإن ثبت خيار المجلس لا يكون موضوعا لانحلال البيع بالتلف و لا ينافي ذلك انحلاله بالتلف مع غيره و منها انه إذا كان في البين خيار الحيوان قبل التفرق للزم اجتماع السببين على المسبب الواحد و أجاب (ره) بأن خيار الحيوان لو كان مختلفا مع خيار المجلس في المهية و النوع فلا اجتماع على مسبب واحد، و ان اتحد نوعا فكذلك لأن الأسباب الشرعية معرفات و علامات متعددة بل لو كانت مؤثرات فتأثير كل واحد مستقلا يتوقف على عدم انفراده و في صورة اجتماعهما يؤثران معا.

أقول: الصحيح في الجواب أن الخيارين متحدان في الحقيقة حيث أن الخيار ملك فسخ العقد و أما يختلفان بحسب الأحكام، و كل من شراء الحيوان و اجتماع المتبايعين حال العقد موضوع لهما فليس في البين تأثير و لا معرف بمعنى العلامة فالخيار في المقام متعدد لأن كلا منهما حكم لموضوع قد تحقق كما لا يخفى.

و ذكر في التذكرة في الجواب عميا قيل من أن ثبوت الخيارين معا في عقد واحد يوجب اجتماع المثليين ان الخيار واحد و الجهة متعددة، و هو كما ترى فإنه كما ذكرنا الخيار متعدد، و لذا يبقى الخيار مع إسقاط أحدهما و قد تقدم أيضا أن الخيار الشرعي حكم شرعي للبيع كما هو ظاهر الخطاب فيكون تعلقه بالبيع بعد تمامه.

و لو كان البيع مشروطا بالقبض كما في السلم أو التقابض، كما في الصرف فلا يثبت الخيار فيهما إلا بعد القبض أو التقابض و عن السيد اليزدي (قده) انه يمكن ان يقال بعدم ثبوت الخيار المجلس في بيع الحيوان أصلا فإن ذلك مقتضى المقابلة بين بيع الحيوان و غيره في الأخبار، و ان الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري و في غيره الى ان يفترقا و تبعه على ذلك بعض الأجلاء (دامت أيامه) حيث ذكر ظهور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٨

.....

الروايات في عدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان و شرائه. أقول المطلقات الدالة على ثبوت خيار المجلس في كل بيع و منه بيع الحيوان موجودا نظير صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال (أئما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا و صحيحة محمد ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله (ص) (البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام؛ و نحوها صحيحة زرارة عنه عليه السلام و مقتضاها ثبوت الخيارين لمشتري الحيوان و صاحبه أحدهما الى ان يفترقا و

الآخر إلى ثلاثة أيام.

وَأَمَّا الْكَلَامُ فِي الْمَقِيدِ الْمَوْجُودِ فِي الْبَيْنِ الْمَوْجِبِ لِرَفْعِ الْيَدِ عَنِ الْمَطْلُوقَاتِ الْمَتَقَدِّمَةِ فَيُقَالُ أَنَّ الْمَقِيدَ هِيَ الْمَقَابِلَةُ بَيْنَ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ فِي مَعْتَبَرَةٍ عَلَى ابْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ سَمِعْتَهُ يَقُولُ الْخِيَارُ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٌ لِلْمَشْتَرِي وَفِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ إِلَى أَنْ يَفْتَرَقَا وَ لَوْ كَانَ خِيَارَ الْحَيَوَانِ مَجْتَمِعًا مَعَ خِيَارِ الْمَجْلِسِ لَزِمَ التَّعْبِيرُ بِأَنَّ الْخِيَارَ فِي الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٌ لِلْمَشْتَرِي، وَفِي كُلِّ الْبَيْعِ إِلَى أَنْ يَفْتَرَقَا وَنَظِيرَهَا صَحِيحَةُ الْفَضِيلِ، حَيْثُ سَأَلَ الْإِمَامُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِقَوْلِهِ مَا الشَّرْطُ فِي الْحَيَوَانِ قَالَ (ثَلَاثَةٌ أَيَّامٌ لِلْمَشْتَرِي قَلَّتْ مَا الشَّرْطُ فِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ قَالَ الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ إِلَى أَنْ يَفْتَرَقَا).

وَلَكِنْ يُمْكِنُ الْجَوَابُ عَنِ الْآخِرِ بِأَنَّ قَوْلَهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ إِلَى أَنْ يَفْتَرَقَا مُطْلَقٌ يَعْمُ بِبَيْعِ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ وَالسُّؤَالُ عَنِ الْخِيَارِ فِي بَيْعِ غَيْرِ الْحَيَوَانِ لَا- يَكُونُ مَقِيدًا لِلْإِطْلَاقِ الْوَارِدِ فِي الْجَوَابِ، وَبِتَعْبِيرِ آخِرِ كَوْنِ الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرَقَا يَثْبُتُ لِكُلِّ بَيْعٍ كَانَ الْمُبِيعُ فِيهِ حَيَوَانًا أَوْ غَيْرِهِ بِخِلَافِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَإِنَّهُ حَكْمٌ لِمَخْصُوصِ شِرَاءِ الْحَيَوَانِ وَعَدَمِ عَطْفِ الْيَدِ إِلَى أَنْ يَفْتَرَقَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ كَوْنِ الْخِيَارِ إِلَى الْإِفْتِرَاقِ حَكْمًا لِبَيْعِ الْحَيَوَانِ وَشِرَائِهِ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٩٩

[لا إشكال في دخول اللَّيْلَتَيْنِ الْمُتَوَسِّطَتَيْنِ]

لا إشكال في دخول اللَّيْلَتَيْنِ الْمُتَوَسِّطَتَيْنِ (١).

وَأَمَّا مَعْتَبَرَةٌ عَلَى ابْنِ أَسْبَاطٍ فَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَفِي غَيْرِ الْحَيَوَانِ إِلَى أَنْ يَفْتَرَقَا بَعْدَ قَوْلِهِ الْخِيَارُ فِي الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٌ لِلْمَشْتَرِي نَازِلٌ إِلَى فَرْضِ الْغَالِبِ وَهُوَ أَنَّ الْمَفِيدَ لِمَشْتَرِي الْحَيَوَانِ بِحَسَبِ الْغَالِبِ خِيَارَ الْحَيَوَانِ حَيْثُ أَنْ مَعَهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعْمَالِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ فَالتَّقْيِيدُ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ الْفَائِدَةِ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ لِمَشْتَرِي الْحَيَوَانِ غَالِبًا فَلَا يُوْجِبُ رَفْعَ الْيَدِ عَنِ الْمَطْلُوقَاتِ الْمَتَقَدِّمَةِ، وَهَكَذَا الْكَلَامُ فِي صَحِيحَةِ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ الْمَتَابِعَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٌ فِي الْحَيَوَانِ وَفِيمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ بَيْعٍ حَتَّى يَفْتَرَقَا مَعَ أَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ الْإِشْكَالُ فِي الْأَخْذِ بِظُهُورِ هَذِهِ الصَّحِيحَةِ وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ هُوَ الْعَالِمُ.

(١) لَا يَنْبَغِي الرَّيْبُ فِي دُخُولِ اللَّيْلَتَيْنِ الْمُتَوَسِّطَتَيْنِ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِأَنَّ اللَّيْلَتَيْنِ دَاخِلَتَانِ فِي مَعْنَى الْيَوْمَيْنِ فَانِ الْيَوْمُ يَقَابِلُ اللَّيْلَ وَظَاهِرُهُ بِيَاضِ النَّهَارِ، بَلْ دُخُولُ اللَّيْلَتَيْنِ بِاعْتِبَارِ كَوْنِ الْمَسْتَفَادِ مِنَ الرِّوَايَاتِ ثُبُوتِ خِيَارٍ وَاحِدٍ مُسْتَمَرٍّ مِنْ حِينِ تَمَامِ الشِّرَاءِ إِلَى انْقِضَاءِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ. نَعَمْ مَقْتَضَى الظُّهُورِ الْعَرْفِيِّ لثَلَاثَةِ أَيَّامٍ يَعْمُ كَوْنُهَا بِنَحْوِ التَّلْفِيْقِ بِمَعْنَى أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ الْبَيْعُ عِنْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ مِنْ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ فَيَنْتَهَى الْخِيَارُ عِنْدَ الزَّوَالِ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ وَتَدْخُلُ اللَّيَالِي الثَّلَاثُ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لِدَلَالَةِ قَرِينَةِ اسْتِمْرَارِ الْخِيَارِ الْوَاحِدِ عَلَى ذَلِكَ لَا لِدُخُولِ اللَّيَالِي فِي الْمَسْتَعْمَلِ فِيهِ لِلْأَيَّامِ وَهَذَا يَجْرِي فِي كُلِّ مَوْرَدٍ يَحْدَدُ فِيهِ مَوْضُوعَ الْحُكْمِ أَوْ مَتَعَلِّقَهُ أَوْ نَفْسَ الْحُكْمِ بِالْأَيَّامِ فَيَكُونُ ظَاهِرَ الْخُطَابِ الْيَوْمِ مَقَابِلَ اللَّيْلِ، وَانِ الْأَيَّامُ لَوْ حُظَّتْ بِنَحْوِ الْإِتِّصَالِ وَانَّهَا تَعْمُ بِنَحْوِ التَّلْفِيْقِ مِنْ بِيَاضِ النَّهَارِ مِنْ يَوْمَيْنِ.

نَعَمْ رَبَّمَا لَا يَكُونُ فَهْمٌ عَرْفِيٌّ بِالْإِضَافَةِ إِلَى كِفَايَةِ التَّلْفِيْقِ كَمَا إِذَا كَانَ مَتَعَلِّقَ الْحُكْمِ أَوْ التَّكْلِيْفِ مِنَ الْعِبَادَةِ كَالْإِعْتِكَافِ الْمَحْدَدِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَانِ فِي مِثْلِهِ لَا بَدَّ مِنْ رِعَايَةِ الْيَوْمِ التَّامِ وَمَا ذَكَرَ يَظْهَرُ أَنَّ التَّلْفِيْقَ مِنْ بِيَاضِ النَّهَارِ فِي مَوَارِدِ مَسَاعِدَةٍ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٠

[مَسْقَطَاتُ خِيَارِ الْحَيَوَانِ]

أحدها اشتراط سقوطه في العقد (١).

الفهم العرفي لا بأس به، واما التلفيق من الليل بمقدار اليوم فلا يكفي لعدم صدق اليوم على الليل. وقد يقال بثبوت الخيار بثلاثة أيام مع لياليها لأن دخول الليلتين فقط يوجب اختلاف مفردات الجمع في الاستعمال، والجواب أنه ان أريد دخول الليلة الأولى فيما إذا وقع البيع في الليل فهو حسن، ولكن لا للوجه الذي ذكره بل لأن ذلك مقتضى كون مبدء خيار الحيوان تمام البيع، وان أريد الليلة الأخيرة فيما إذا وقع البيع أول اليوم ليكمل ثلاثة أيام و ثلاث ليال فهو غير صحيح ولا يلزم من خروجها اختلاف المفردات في المستعمل فيه للفظ يوم، فإنه بياض النهار و دخول الليلتين المتوسطتين باعتبار دلالة الدال الآخر، وهو ثبوت الخيار من حين تمام العقد مستمرا إلى ثلاثة أيام، و في صحیحته على ابن رثاب قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار للمشتري أو للبائع أولهما كلاهما قال الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء فإن ظاهرها عدم لزوم العقد قبل مضي ثلاثة أيام لا ان العقد في الليالي محكومة باللزوم، و في النهار من تلك الليالي بالجواز كما لا يخفى.

(١) يسقط خيار الحيوان بأمر منها اشتراط سقوطه في العقد حيث تقدم في بحث خيار المجلس ان الخيار من الحقوق و ان اشتراط سقوطه في العقد يكون إسقاطا قوليا و لذلك لا فرق بين اشتراط سقوطه رأسا أو سقوطه في بعض الأيام مع تعدد الخيار فيها، و الّا ففي نفوذه اشكال حيث ان الخيار الثابت لصاحب الحيوان أو مشتريه واحد لا تعدد فيه حتى بالإضافة إلى الأيام. و منها إسقاطه بعد العقد قولاً و قد تقدم ايضا ان ذلك مقتضى كون الخيار حقا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠١

.....

و منها التصرف فإن كون التصرف في الحيوان المشتري مسقطا للخيار في الجملة مما لا خلاف فيه و يشهد له صحیحته على ابن رثاب عن ابي عبد الله (ع) قال (الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط) قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء. و صحیحته محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الى أبي محمد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ إله أن يردها في الثلاثة الأيام التي فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إنشاء الله تعالى. و في صحیحته على بن رثاب المروية في قرب الاسناد قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل اشترى جارية لمن الخيار فقال الخيار لمن اشترى الى ان قال قلت له أ رأيت ان قبلها المشتري أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع.

و استدلل في التذكرة على كون التصرف مسقطا للخيار بأنه دليل الرضا أي كاشف عنه و المراد بالرضا الرضا بلزوم العقد و سقوط خياره و ذكر في موضع آخر نظير ما في الغنية بأن التصرف اجازة للبيع المزبور. و لكن لا يخفى انه ان كان المراد من الحدث المسقط التصرف المحرم على غير المالك و المحلل له أو المأذون منه كما يشير الى كونه محرما الى غير المالك قوله عليه السلام أو نظر الى ما يحرم النظر اليه قبل الشراء أي قبل كونه مالكا فلازمه الالتزام بسقوط الخيار بمطلق استخدام المملوك و التصرف في الحيوان لأن مطلق التصرف فيه غير جائز على غير المالك و على غير المأذون من قبله، و قد صرح بسقوط خيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٢

.....

العيب بمطلق التصرف في المعيب فلا يجوز معه رده على بايعه سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده و على ذلك يكون جعل الخيار ثلاثة أيام للمشتري مع كون مطلق التصرف مسقطا كاللغو فإن الحكمه في جعل الخيار على ما ذكروه الاطلاع على خفايا الحيوان التي توجب كراهة المشتري و إعراضه عن الإمساك به و لو كان مطلق التصرف في الحيوان مسقطا للخيار لما كان لهذه الحكمه مورد.

و الالتزام بأن مطلق التصرف لا يكون مسقطا بل المسقط التصرف الدال على الرضا ببقاء العقد لا يمكن المساعدة عليه فإنه لا يناسب الأمثلة التي ذكروها لكون التصرف مسقطا و دعوى ان تلك التصرفات كلها من قبيل الإسقاط الفعلي أى من قبيل الدال على الرضا ببقاء العقد و لو بظهور نوعى كما ترى.

أقول: كون التصرف في خيار العيب مسقطا له بحيث لا يجوز فسخ البيع بعده بل يتعين جواز أخذ الأرش غير مسأله كون التصرف مسقطا لخيار الحيوان فلا بد من ملاحظة الروايات في كل من المسئلتين و لو تم دلالتها على كون التصرف مسقطا لخيار الحيوان فلا بأس بالالتزام به غاية الأمر لا يكون التصرف الذى يتعارف اختبار الحيوان به مسقطا لانصراف الروايات و عدم ظهورها خصوصا بملاحظة ان المتفاهم من جعل الخيار للمشتري ثلاثة أيام لحاظ خصوصياته في تلك المدة و لا ينافى ذلك جعل الشارع بعض الأفعال حدثا و رضاء بالبيع تعبدا كما يأتى ذلك في النظر الى ما يحرم من الأمة أو تقبيلها و لمسها و على ذلك فالمراد بالرضا بالبيع الالتزام بعدم فسخه فإن الرضا بأصل البيع مفروض قبل التصرف و يدل على ذلك رواية عبد الله ابن الحسن، و لكن باعتبار ضعف سندها تصلح للتأييد و رواها عن أبيه عن جعفر بن محمد قال عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه و آله في رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال يستخلف بالله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٣

.....

ما رضيه ثم هو برىء من الضمان.

و الحاجة الى الاستحلاف مع عدم كون بايعه مدعيا فإن الدعوى لا تسمع إلا مع الجزم مبنى على سماع الدعوى بنحو التهمة أو يحمل على صورة جزم البائع بإسقاط خياره بالالتزام بالبيع المزبور.

و ذكر (قده) ان قوله عليه السلام فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضاه منه و لا شرط له يحتمل وجوها الأول ان يكون فذلك رضاه منه جزاء للشرط بان يكون احداث الحدث في الحيوان رضاه بالبيع و التزاما به بحيث لا يفسخ بعد ذلك و حيث ان الحدث لا يكون إسقاطا للخيار و التزاما بالبيع مطلقا بنحو الإسقاط الإنشائي فيكون الرضا و الإسقاط بنحو التعبد و الحكم الشرعى.

و الوجه الثانى ان الجزاء قوله عليه السلام و لا- شرط له و قوله فذلك رضاه منه تمهيد للجزاء المزبور ببيان الحكمه له بمعنى ان الحدث في الحيوان لدلالته غالبا على التزام المشتري بشرائه و عدم رفع يده عنه فاعتبره الشارع ملاكا في حكمه بسقوط الخيار بالحدث مطلقا نظير ما تقدم في سقوط خيار المجلس بالافتراق من ان حصول الافتراق غالبا بداعى الرضا و الالتزام بالبيع صار موجبا لاعتبار الشارع الافتراق في جميع موارد مسقطا و أورد على هذين الاحتمالين ان لازمهما الالتزام بسقوط خيار الحيوان بكل تصرف حتى فيما إذا وقع التصرف لاختبار الحيوان و الاطلاع على خفاياه و مع الالتزام بذلك يكون ثبوت خيار الحيوان للمشتري كاللغواضف الى ذلك مخالفته لما عليه إجماع الأصحاب من اعتبار دلالة التصرف على الرضا في سقوط الخيار. نعم كون تلك

الدلالة بنحو دلالة الألفاظ ظهوراً نوعياً أو يعتبر الظهور في كل مورد يأتي في الوجهين الأخيرين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٤

.....

أقول: كون الجزاء للشرط قوله و لا شرط له غير محتمل لأن الواو العاطفة لا تدخل على الجزاء و يتعين كون الجزاء نفس قوله فذلك رضاء منه. و من الظاهر ان الحدث في الحيوان لا يكون في جميع موارد رضاء بالبيع بالرضا الإنشائي من ذى الخيار فيكون كذلك بنحو التعبد و الحكم الشرعى نظير ما تقدم فى كون الافتراق رضاء بالبيع و لا- بعد أيضا فى الالتزام بان الحدث فى الحيوان أى التصرف المغير كأخذ الحافر مسقط للخيار فإنه لا يدخل فى الحدث التصرف غير المغير كركوب الحيوان فان تلك التصرفات إذا كان بداعى الالتزام بالبيع و إظهار إبقائه فتدخل فى الإسقاط الفعلى و ألا فلا يسقط الخيار بها مثل أمر الأُمّة بغلاق الباب أو سقيه ماء خصوصا فيما إذا وقعت بغرض الاختبار و الاطلاع على خفايا الحيوان و خصوصيات الأُمّة و يلتزم بان مثل لمس الأُمّة و تقبيلها و النظر الى ما يحرم قبل شرائها مسقط للخيار، و ان ما ذكر من قبيل الحدث و لو بنحو التعبد و التنزيل.

الوجه الثالث: أن يكون الجزاء قوله عليه السلام و لا شرط له و قوله فذلك رضاء منه بيان لعله الجزاء و المراد بالرضا الدلالة عليه نوعا نظير دلالة الألفاظ على كون مراد المتكلم معانيها الحقيقية، و حيث ان الحكم يدور مدار العلة فيكون سقوط الخيار بالتصرف دائرا مدار دلالة التصرف فيكون الخيار ساقطا فيما للفعل ظهور نوعى على التزام المشتري بالبيع و لو لم يكن ذلك من قبيل التصرف فى الحيوان كما فى عرض الحيوان المشتري للبيع. و ظاهر الأصحاب ايضا ان التصرف مسقط للخيار بهذا الوجه فإنهم ذكروا ان كل تصرف يكون اجازة من المشتري يكون فسحا فيما إذا وقع عن البائع، و لو كان التصرف مطلقا مسقطا تعبديا لما كان وجه للتعدي إلى تصرف البائع.

و ما يذكر من كون التصرف مطلقا مسقطا للخيار لأن الأصحاب ذكروه فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٥

.....

مقابل الإجازة و إسقاط الخيار غير صحيح.

و الوجه الرابع: هو ان يكون قوله عليه السلام و لا- شرط له هو الجزاء و قوله فذلك رضاء منه بيان العلة له، و لكن المراد بالرضا الشخصى لا النوعى بأن يكون للتصرف المزبور دلالة فعلية على رضا المتصرف على التزامه بالبيع و إسقاطه الخيار كما يؤيد ذلك ظاهر رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة و كون التصرف مسقطا للخيار كذلك، و ان يكون أظهر الاحتمالات، و لكن اعتبار الدلالة بهذا النحو خلاف المتسالم عليه بين الأصحاب فيتعين الثالث.

أقول: قد تقدم ان الحدث فى الحيوان مسقط، و لكن التصرف الذى لا يدخل فى الحدث يكون إسقاط الخيار به مع ظهوره فى الالتزام بالبيع و الإغماض عن حق فسخه، و ان بعض التصرفات قد حكم بكونها حدثا بنحو التعبد و التنزيل نظير لمس الجارية و تقبيلها و النظر الى ما كان النظر اليه محرّما قبل شرائها و الله سبحانه هو العالم).

ثم ان المصنّف (ره) قد ذكر فى المقام إشكالين أحدهما ظهور بعض الكلمات فى كون مطلق التصرف فى الحيوان مسقطا للخيار حتى مثل ركوب الدابة فى طريق ردّها على بائعها مع ان ظاهر النصوص و الفتاوى كون التصرف مسقطا لدلالته على الالتزام بالبيع و ارادة عدم فسخه. و ثانيهما أنه إذا كان غالب التصرفات فى الحيوان فى ثلاثة أيام يقع مع التردد فى فسخ البيع أو مع الجزم بالفسخ كما فى ركوب الدابة فى طريق الرد فكيف يعلل كون التصرف مسقطا بكونه رضاء بالبيع فإنه لا يصح هذا التعليل إلا إذا كان غالب

التصرفات دالا على ذلك الرضا، ومما ذكر يظهر عدم كون التصرف مسقطا بل العبرة في السقوط الرضا بالبيع رواية عبد الله ابن الحسن حيث لم يتعرّض فيها للتصرف في ثلاثة أيام و عدمه مع وقوع بعض إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٦

[الثالث خيار الشرط]

إشارة

الثالث خيار الشرط (١).

التصرف فيها عادة؛ و إنما تعرّض لإسقاط الخيار بالرّضا بالبيع و عدمه.

و أوضح منها صحيحة الحلبي في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّها فقال ان كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، و ان لم يكن لها لبن فليس عليه شيء فان شرب لبنها مع توقفه على التصرف في الحيوان بالحلب لم يحكم بكونه مسقطا للخيار، و الظاهر أنّ الردّ فرض قبل تمام الثلاثة، و الحكم برد ثلاثة أمداد، و ان كان على خلاف القاعدة و ظاهر بعض الروايات الدالة على أنّ المنافع مدّة الخيار للمشتري، و لذا يحمل على الاستحباب أنّ ان صدرها ظاهرة في عدم كون التصرف مسقطا للخيار، و ممّا يدلّ على كون المنافع زمان الخيار لمن انتقل اليه العين موثقة إسحاق بن عمّار الآتية.

بقي في المقام أمر و هو ان هل يثبت في بيع الحيوان مع غيره بصفقة واحدة خيار الحيوان بالإضافة الى بيعه و لو مع الالتزام بعدم ثبوت الخيار في البيوع الانحلالية الظاهر ذلك، غاية الأمر على تقدير فسخ بيعه يثبت للبائع خيار تبعض الصفقة بالإضافة إلى بيع غيره. و الوجه في الظهور أنّ عدم ثبوت الخيار في كل واحد من البيوع الانحلالية باعتبار أنّ ظاهر الأدلة ثبوت خيار واحد لمشتري الحيوان و لو ثبت ذلك الخيار في كل واحد من البيوع الانحلالية و لو فيما إذا باع العشرة بصفقة لتعدد الخيار، و هذا لا يجرى فيما إذا كان أحد العوضين حيوانا قد بيع منضمّا الى غيره بصفقة و من هنا يظهر الحال فيما إذا باع حيوانين بصفقة واحدة و ظهر واحد منهما ملك الغير فإنّه يثبت الخيار بالإضافة إلى بيع المملوك.

(١) المراد بخيار الشرط الخيار الثابت باشرطه في البيع فيكون خيارا شرعيا إضائيا في مقابل الخيار الشرعي التأسيسي، كخيارى المجلس و الحيوان،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٧

.....

و لا خلاف في صحّة اشتراط الخيار في البيع سواء كان متّصلا بتمام العقد أو منفصلا عنه، و يستدلّ على مشروعيته بالأخبار العامة كقوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله و المراد من موافقة كتاب الله بقريته المقابلة عدم مخالفة كتاب الله. و لكن قد نوقش في هذا الاستدلال بأنّ شرط الخيار في البيع مخالف لكتاب الله حيث أنّه ينافى عموم قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بل مخالف للسنة أيضا نظير قوله عليه السلام (و إذا افترقا وجب البيع فيكون العمدة في المقام الزوايات الخاصة الدالة على جواز اشتراط الخيار في بعض أفراد المسألة).

و أجاب النائيني (ره) عن إشكال منافاة شرط الخيار للكتاب و السنة بأنّ وجوب الوفاء بالبيع و نحوه من المعاوزات حقّي لا حكمي،

و إذا كان الجواز أو اللزوم في المعاملة حقيقيا فلا ينافي شرط سقوطه بعضا أو كلا للكتاب الدال على ذلك الحق أو السنة الدالة عليه، و الكاشف عن كون لزوم البيع حقيقيا لا حكما دخول الإقالة فيه فان مثل النكاح أو الضمان لا تقبل الإقالة و البيع و الإجارة قبلها. و السر في قبول الأخيرين دون الأولين ان كون البيع أو الإجارة عقدا باعتبار الدلالة الالتزامية فيهما فإنه كما ينشأ المتعاقدان المبادلين المالين بالمطابقة كذلك يلتزم كل منهما لصاحبه بتلك المبادلة بحيث يكون زمام التزام كل منهما بيد صاحبه و إذا كان إمضاء الشارع المعاملة كما أنشأت يصح لكل منهما فسخ تلك المعاملة باتفاق صاحبه و موافقته و لا ينافي ذلك وجوب الوفاء بالعقد فيما إذا كان كونه عقدا و التزاما للآخر باعتبار المدلول الالتزامي كما هو الفرض.

أقول: قد تقدم سابقا ان لزوم البيع و الإجارة و ان كان حقيقيا يسقط باشتراط سقوطه إلا ان مجرد مشروعيتها الإقالة لا يكشف عن ذلك فإن الإقالة عبارة عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٨

.....

فسخ المعاملة باتفاق الطرفين، و كما ان للشارع جعل الخيار لأحد المتعاقدين تأسيسا كما في خيار الحيوان، و لكل من المتعاقدين مستقلا، كما في خيار المجلس كذلك تجوز الفسخ لهما معا، كما هو معنى تجويز الإقالة في المعاملة، و كما ان القسم الأول أو الثاني من الخيار لا يدل على كون اللزوم حقيقيا و إلا لم يثبت هذا الخيار في النكاح كذلك القسم الثاني، و من هنا لا يتيسر لنا الالتزام بمشروعيتها الإقالة في كل معاملة ماثية. نعم كما ذكرنا اللزوم في البيع سواء كان بنحو المعاوضة أو غيرها حقيقيا، و الدليل عليه الروايات الخاصة كالواردة في بيع شرط الخيار حيث لا يحتمل الفرق بينه و بين اشتراط الخيار في المقام.

نعم. يمكن دعوى ان فسخ المشروط له مع اشتراط الخيار داخل في الإقالة حيث ان اشتراط الخيار عبارة أخرى عن اشتراط مأذونية المشروط له في فسخ البيع عن قبل صاحبه.

و قد أجاب عن الإشكال بعض الأجله (دامت أيامه) بأنه ان كان الشرط في العقد من توابع العقد و متمماته فلا يكون شرط الخيار منافيا لعنوان العقد و لا لحكمه؛ أما عدم منافاته لعنوان العقد فواضح لأن العنوان لا يسلب عن موضوعه و منطبقه، و كذا لا ينافي حكم العقد فان سلب الحكم عن موضوعه أمر غير معقول، و لا- يمكن تعلق القصد اليه من الملتفت و الاشتراط في المقام لا يتعلق بسلب وجوب الوفاء بالعقد عن العقد، بل وجوب الوفاء بالعقد المشروط فيه الخيار مقتضاه ثبوت الخيار؛ و ان كان كل من الشرط و العقد مستقلا في وجوب الوفاء به فلا يتعلق بالعقد المشروط فيه الخيار وجوب الوفاء قبل تعلق وجوب الوفاء بالشرط ليكون الشرط منافيا لحكم العقد بل يتعلق وجوب الوفاء بكل من العقد و الشرط في عرض واحد فالشرط يمنع عن تعلق وجوب الوفاء المطلق بالعقد الخاص و دفع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٠٩

[لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا]

لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا (١).

الشرط عن تعلق وجوب الوفاء المطلق بالعقد غير مخالف للكتاب المجيد، بل يمكن دعوى انصراف وجوب الوفاء بالعقد عن صورة اشتراط الخيار.

أقول: يعتبر في صحّة الاشتراط في المعاملات ان لا يكون الشرط بمعنى المشروط منافيا للكتاب المجيد و السنّة أى منافيا للحكم الثابت فيهما على ذلك المشروط أو على العقد الذى وقع الشرط بمعنى الالتزام فى ضمنه سواء قيل بان وجوب الوفاء بهذا الالتزام مستفاد من وجوب الوفاء بالعقد أم أنّه حكم مستقل مستفاد مما ورد فى وجوب الوفاء بالشرط و المفروض فى المقام ان اشتراط الخيار ينافى لزوم الثابت فى الكتاب المجيد على جميع العقود التى يدخل فيها البيع المفروض. و بتعبير آخر اشتراط الخيار فى المقام نظير ان يشترط فى البيع ان لا يدخل المبيع فى ملك المشتري الى سنّة أيام بأن يبيع المال بثلثين كذا على ان لا يدخل المبيع فى ملك المشتري الى المدّة فإنّه، كما يحكم بطلان الشرط المزبور باعتبار كونه منافيا لقوله سبحانه (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) كذلك الحال فى اشتراط الخيار بالإضافة إلى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)؛ هذا مع الغمض عمّا ذكرنا من كون لزوم البيع من حين تمامه حقياً لا ينافى ذلك اشتراط الخيار.

(١) لا فرق بين شرط الخيار فى البيع بين كونه متصلاً بتمام البيع أو منفصلاً عنه لعموم أدلّة الشروط بعد فرض ان شرط الخيار لا ينافى الكتاب و السنّة لكون لزوم البيع من الحقوق أو استفادة مشروعيتها مما ورد فى بيع الخيار بل يأتى ان رد الثمن فى بيع الخيار شرط لحصول الخيار فيكون الخيار المشروط منفصلاً عن تمام البيع مع ما تقدم من ان الفسخ بشرط الخيار داخل فى الإقالة التى لا فرق فى حصولها بعد العقد بلا فاصله أو معها، و ممّا ذكر يظهر ضعف ما يقال بعدم مشروعية صيرورة العقد جائزاً بعد لزومه و وجه الضعف بعد النقض بخيار التأخير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٠

.....

و الزوئية ما تقدم من الدليل على مشروعية شرط الخيار.

تبريزى، جواد بن على، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٤، ص: ١١٠

و المشهور على اعتبار تعيين المدّة فى الخيار المشترط فمع جهالة تلك المدّة يبطل البيع و يستدلّ على ذلك بأنّ البيع مع اشتراط الخيار بلا تعيين مدته غرر فيعمّه النهى عن بيع الغرر لأنّ الغرر الجهالة التى يتحرّز عنها العقلاء غالباً فى معاملاتهم المبنية على المغابنة و المداقة، و لا عبرة بتسامحهم فى الجهالة فى معاملة مبيّنة على المداقة فى غالب مواردّها و يتحرّزون فيها من تلك الجهالة بخلاف ما إذا تسامحوا بتلك الجهالة غالباً كما فى تفاوت المكائيل فإنّ ذلك التسامح يعتبر مع عدم منع الشرع عن ذلك التسامح ايضاً و يشهد لاعتبار التعيين فى الشرط ما ورد فى اشتراط تأخير المثلثين كما فى بيع السلم، و أنّه لا بد من تعيين المدّة فيه بالشهور و الأيام و لا يصحّ التعيين بالدياس و الحصاد مع تعارف التعيين بهما عند الجاهلين بالشرع. و فى موثقة غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام (لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم و لا تسلمه الى دياس و لا الى حصاد).

و الظاهر عدم الفرق بين اشتراط المدّة المجهولة فى السلم و بين اشتراط الخيار فى المدّة المجهولة فى كون البيع معهما غرراً. و قد يعلّل بطلان شرط الخيار فى المدّة المجهولة و انه مخالف للكتاب و السنّة لأنّه غرر و لا يخفى ما فيه فإنّه قد يكون الشرط فى المعاملة محكوماً بالفساد لفقده ما يعتبر فى الشرط. و فى هذا الفرض يفسد الشرط، و لو قيل بأنّ الشرط الفاسد مفسد فتتبع المعاملة شرطها فى الفساد و قد يكون الشرط فى المعاملة موجباً لدخول المعاملة فى العناوين التى حكم الشرع بفساد تلك المعاملات و لا يحتاج فى هذا القسم إلى إثبات فساد الشرط بل يحتاج إلى إثبات ان المعاملة داخله فى تلك العناوين، كما فى بيع المكيل مع

اشتراط عدم الكيل أو بيع شيء مع اشتراط تأخير الثمن إلى مدة
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١١

[لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة]

لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدة المجهولة (١).

مجهولة فإنّ في هذا القسم يفسد المعاملة فيلغو الشرط المزبور لان الشرط هو الالتزام في ضمن معاملة فيصير الشرط التزاما ابتدائيا حتى فيما كان الشرط في المعاملة الفاسدة واجدا للشروط المعتبرة في نفس الشرط كما إذا باع الكتاب بثمن مجهول مع اشتراط ان يخطط المشتري له ثوبه الفلاني و الأمر في المقام كذلك فان اشتراط الخيار في مدة مجهولة يوجب الغرر في نفس البيع فيفسد البيع هذا لو أريد من قوله (لأنه غرر) لأنّ البيع غرر.

و لو أريد أنّ الشرط غرر بدعوى أنّ الغرر في كل أمر إنشائي و لو كان شرطا يفسده، و إذا فسد الشرط يتبعه البيع الذي وقع الشرط المزبور في ضمنه يكون الاستدلال على بطلان البيع ببطلان شرطه من قبيل الأكل من القفا لما تقدم من كون نفس البيع غرريا بجهالة شرطه.

لا يقال كيف يدخل البيع مع شرط الخيار في بيع الغرر مع ان الخيار حكم للبيع التام و جهالة مدة الخيار لا يوجب غرر البيع، كما في جهالة مدة المجلس في خيار المجلس، فإنه يقال هذا في الخيار الشرعي التأسيسي. و اما خيار الشرط فهو ليس حكما للبيع الصحيح لأنه خيار جعلي، و من قبيل الشرط في المعاملة.

و بتعبير آخر شرط الخيار فيما إذا أوجب الغرر في البيع يكون كسائر الشرائط التي يدخل البيع معها في عنوان بيع الغرر فيكون البيع فاسدا حتى لو قيل بعدم كون الشرط الفاسد مفسدا، و لكن مع ذلك فيما كانت المدة معلومة بعنوانها فقط كما في شرط الخيار ما دام حياة البائع، ففي كون مثل ذلك موجبا للغرر في البيع تأمل كما يأتي.

(١) ذكر (ره) بعد البناء على اعتبار تعيين المدة في شرط الخيار أنه لا فرق في بطلان البيع مع عدم تعيين مدته بين ذكر المدة المجهولة، كما إذا قال بعتك على أن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٢

.....

يكون لى الخيار بقدوم الحاج أو عدم ذكر المدة أصلا كما إذا قال بعتك على ان يكون لى الخيار أو ذكر المدة بنحو الإطلاق، كما إذا قال بعتك على أن يكون لى الخيار مدّة. و الوجه في عدم الفرق اندراج البيع في الصور الثلاث في بيع الغرر المحكوم بالبطلان كما مرّ.

و المحكى عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية ان مع عدم ذكر المدة يكون البيع محكوما بالصحة و الخيار إلى ثلاثة أيام، و لعلهم يرون ذلك ايضا فيما إذا ذكر مدة الخيار مطلقه، و فى الانتصار و الغنية و الجواهر الإجماع على ذلك؛ و فى الخلاف وجود أخبار الفرقه، و هذا الكلام من الخلاف بمنزلة نقل اخبار بنحو الإرسال يكون ضعفها منجبرا بحكاية الإجماع، و لعله لذلك مال الشهيد (قدس) إليه فى الدروس بخلاف العلامة فى التذكرة حيث لم ينقل التحديد الا عن الشيخ (قده) و أول قوله بوجود أخبار الفرقه بأنه يريد وجود الاخبار فى شرط الخيار فى بيع الحيوان.

ومع ذلك جزم السيد الطباطبائي بالقول المزبور وقواه بعض المعاصرين مؤيدا له بأنه ليس في الأدلة ما يدفع القول المزبور حيث بالتحديد شرعا ينتفى الغرر عن البيع فيكون نظير بيع الحيوان مع الجهل بخيار الحيوان أو مدته و زاد في مفتاح الكرامة خروج البيع المشروط فيه الخيار من غير تعيين المدة عن دليل النهى عن بيع الغرر بالتخصيص لا بالتخصيص.

و أورد عليه المصنف (ره) بان التخصيص غير صحيح و لو قيل بصحة البيع المزبور و ثبوت الخيار للمشروط ثلاثة أيام يكون ذلك بالتخصيص في خطاب النهى عن بيع الغرر لأن المتعلق فيه للنهى هو البيع الذى يكون غرريا مع قطع النظر عن حكم الشرع و تعبده، و إذا لم يقصد المتبايعان ثلاثة أيام لا يخرج البيع عن كونه إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٣

.....

غرريا فيكون الخيار إلى ثلاثة أيام تحديدا شرعيا للخيار المشروط نظير ما ورد في تعيين بعض الوصايا المبهمة أو يكون الخيار بثلاثة أيام حكما شرعيا لموضوع خاص من غير كونه تحديدا للخيار المشروط بان يستظهر ان الزوايه دالة على حكم الشارع فى البيع بشرط الخيار من غير تعيين المدة بثبوت الخيار للمشروط له إلى ثلاثة أيام نظير ثبوت خيار المجلس فى مطلق البيع و خيار الحيوان فى بيعه. و لكن الكلام فى الدليل على صحة البيع المزبور و ثبوت الخيار كذلك فان وجود أخبار مرسله بل مرسل واحد غير معلوم لأنه لو كانت فى البين اخبار تعرض الشيخ لكلها أو بعضها فى كتابى الأخبار. و من المحتمل جدا ان الشيخ (قده) قد استظهر القول المزبور من الأخبار الواردة فى بيع الحيوان، و ان الخيار الثابت فى بيعه ثلاثة أيام شرط أو لم يشرط و الإجماع المنقول لا يكون جابرا لمرسل مجهول العين بل يجبر معلوم العين الظاهر دلالة، أو القاصر دلالة فلا بد من ملاحظة الإجماع المنقول بنفسه و هو أيضا لا يمكن الاعتماد عليه لأن المجمعين استظهروا القول المزبور من اخبار خيار الحيوان، و ما روى فى كتب العامة مع ان ملاحظة كلام الجواهر و الغنية تقضى بأنهما قد أخذوا دعوى الإجماع فى المقام كغالب اجماعاتهما من كلام السيد فى الانتصار.

أقول: أما اعتبار تعيين المدة فى شرط الخيار فقد تقدم ان العمدة فيه دعوى كون البيع مع عدم تعيينها غرريا، و لكن يمكن المناقشة فيها بان البيع عبارة عن تمليك عين و نحوها بعوض، و إذا لم يكن الشرط بحيث يوجب الجهالة فى أحد العوضين، كما فى بيع السلم و النسيئة من غير تعيين المدة، و لا فى التمليك فلا يكون فى البيع غرر و الجهالة فى الخيار أمر راجع الى الجهالة فى إزالة البيع و فسخه بعد حدوثه، و تمامه و لم يحرز كون الجهالة فيه موجبا لدخول البيع فى عنوان الغرر فيؤخذ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٤

.....

بعموم حل البيع و المؤمنون عند شروطهم لا سيما إذا كانت الجهالة فى الخيار باعتبار تعليقه على فعل أحد المتعاقدين، كما إذا باع المال بكذا على ان يكون لكل من ندم و أعطى للآخر المبلغ الفلانى: فى المدة المرسومة الخيار فى فسخها.

و ليس المستند فى صحة المعاملة باشتراط الخيار من غير تعيين مدته ما يقال كما عن الايروانى (ره) من أنه لو كانت الجهالة فى مدة الخيار أو فى أصله موجبة لكون البيع غرريا لبطل جميع البيوع لجهالة مدة خيار المجلس أو خيار العيب أو الغبن خصوصا بناء على ان مبدء الخيار فيهما ظهور العيب أو الغبن فان هذا النحو من الاستناد غير صحيح لأن المتعلق فى خطاب النهى عن بيع الغرر هو البيع الغررى مع قطع النظر عن حكم الشارع عن ذلك البيع و خيار المجلس حكم شرعى يثبت للبيع التيام و لا يضر الجهالة الناشئة من ذلك الحكم.

لا يقال ان ذلك بالإضافة إلى خيار المجلس، و اما بالإضافة إلى العيب و الغبن فالخيار فيهما شرطى كما يأتى فإنه يقال مع ذلك لا

دلالة فيما ورد في ثبوت الخيارين على ان الجهل بثبوت الخيار أو مدته لا يوجب الغرر في البيع لأن مع العلم بخروج مورد ثبوتها عن الخطاب النهى عن بيع الغرر. أما بالتخصيص أو بالتخصص لا- يمكن التمسك بعموم خطاب النهى عن بيع الغرر، وإثبات كون خروجهما بالتخصيص حتى ينتج ان الجهل بثبوت الخيار كما في فرض اشتراطه بنحو التعليق أو بمدته لا- يوجب الغرر في البيع- و الحاصل ان العمدة في المقام عدم إحراز كون البيع غرريًا باشتراط الخيار فيه بنحو التعليق أو مع عدم تعيين مدته و لا يبعد ان يقال بما ان البيع من المعاملات الدارجة عند العقلاء المبتئية على المدافئة و المعاينة، فلا بد أن لا يكون الشرط فيه بنحو لا يكون منشأ المشاجرة و المنازعة بين المتبايعين بعد ذلك فاشترط الخيار بنحو يكون مدته غير معين بعنوانه ايضا غير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٥

.....

صحيح، و يمكن ان يستظهر ذلك مما ورد في اعتبار تعيين المدّة في السلم و غيره من الروايات الواردة في أبواب مختلفة. و ذكر النائيني (ره) انه لو اشترط خيار الفسخ إلى الأبد يبطل البيع لا لكون البيع مع الشرط المزبور غرريًا بل لأن شرط الخيار إلى الأبد ينافي مقتضى البيع. و فيه ان الشرط المنافي لمقتضى البيع كما يأتي ان لا يمكن تحقق مدلول البيع و إنشائه مع الشرط المزبور، كما في قوله بعتك المال على ان لا يكون في البين ثمن أو أجرتك الدار على ان لا يكون عليك اجرة، و اما مع تحقق مدلول البيع فلا ينافي الشرط مدلوله. و أنما ينافي أحكامه فإن كان حكمه الذي ينافيه الشرط من قبيل الحكم المحض فيبطل الشرط دون أصل البيع، و وجه بطلان الشرط لكون الشرط بمعنى المشروط مخالفًا للكتاب و السنّة، كما في قوله بعتك المال على ان لا يجوز لك التصرف في المال.

و اما إذا كان ذلك الحكم من قبيل الحقوق كما هو الحال في لزوم البيع أو كان الشرط بمعنى المشروط الفعل المباح دون الحكم فيصح البيع و الشرط، هذا أولاً- و ثانياً أنه لو فرض ان لزوم البيع من الأحكام لا- من الحقوق فاشترط الخيار إلى الأبد يكون منافيًا للكتاب و السنّة فيبطل نفس الشرط دون البيع. و لذا ذكر السيد اليزدي (ره) و غيره صحة اشتراط الخيار إلى الأبد و هذا لا يوجب ايضا كون البيع غرريًا.

و أما إذا اشترط الخيار من غير ذكر المدّة له أو مع ذكر مدّة من غير تعيين فقد تقدم ان البيع المنشأ بنحو يكون معرضًا للمشاجرة فيما بعد خارج من خطاب الإمضاء فيحكم ببطلان ذلك البيع، و الحكم بصحته و بثبوت الخيار إلى ثلاثة أيام غير ثابت لأنه لم يحرز ان الشيخ (قده) أراد بقوله و بذلك أخبار الفرقة غير الروايات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٦

[مبدء هذا الخيار من حين العقد]

مبدء هذا الخيار من حين العقد (١).

الواردة في خيار الحيوان و شرط الخيار فيه، و هذا هو المراد من مرسل مجهول العين و لو أحرز أنه أراد غيرها لكان المرسل معلوم العين و الإجماع المنقول قد تقدم حاله حيث ان الإجماع لو كان محصلاً لم يكن معتبراً لكونه مدركياً، فكيف مع النقل و العلم بوجود الخلاف في المسألة.

و ما روى في كتب العامة من ان حنان بن منقذ كان يخدع في البيع لشجّة أصابه في رأسه فقال له النبي (ص) (إذا بعت فقل لا

خلافة)، و جعل له الخيار ثلاثاً؛ و فى رواية (و لك الخيار ثلاثاً) ضعيف سنداً و دلالة فإن ظاهرها اشتراط خيار الغبن و تحديده بثلاثة أيام و لم يعهد من أحد تحديد الخيار المزبور بثلاثة و الله سبحانه هو العالم.

(١) مبدء الخيار المشروط فيما إذا أطلق و لم يعين له زمان آخر يكون من حين تمام العقد، و ذلك لانصراف الإطلاق اليه و لو عين للخيار زمان منفصل عن تمام العقد، كما إذا شرط خيار الغد يكون مبدء الخيار المشروط أول ذلك الزمان، أى طلوع الفجر من الغد. و هذا مبنى على ظهور الغد فى نهاره، و ان مبدء النهار طلوعه.

و أما بناء على ما هو الصحيح من كون مبدء النهار طلوع الشمس يكون مبدءاً من طلوعها، و لو ذكر ان مبدء الخيار المشروط بعد خيار الحيوان فان قلنا بأن مبدء خيار الحيوان من حين العقد صحّ الشرط المزبور، و لكن لو قيل بأن مبدء خيار الحيوان من حين انتهاء خيار المجلس يحكم بطلان الشرط بل البيع للجهل بمدة الخيار المشروط و لو من حيث المبدء.

أقول: هذا مبنى على اعتبار التعيين فى مدة الخيار المشروط مطلقاً. و أما بناء على ما تقدم لنا من عدم اعتبار التعيين. و أنّما المعتبر ان لا يكون الشرط بحيث يوجب المشاجرة و معرضاً للمنازعة فيحكم فى الفرض بصحة البيع و الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٧

.....

و عن الشيخ (قده) أنه جعل مدة الخيار المشروط انقضاء خيار المجلس حتى فى صورة إطلاق الشرط. و وجهه ما تقدم من عدم إمكان ثبوت الخيارين فى زمان واحد و لا معنى لجعل الخيار فى عقد جائز لولاه. و لذا يكون مبدء خيار الحيوان ايضاً عنده انقضاء خيار المجلس، و قد تقدم ضعف ما ذكر، و أنّه لا- منع من ثبوت الخيارين فى زمان واحد. نعم فى خيار الشرط خصوصية يمكن بملاحظتها الالتزام بجعل مبدءاً حين انقضاء خيار المجلس و تلك الخصوصية ملاحظة غرض المشروط له فإن غرضه من شرط الخيار تمكنه على فسخ العقد و مع ثبوت الخيار الآخر يمكن له الفسخ بذلك الخيار الآخر، و لكن هذا مع عدم تمامه يختص بما إذا علم المشروط له بالخيار الآخر. و لو قيل بأن خيار الشرط يثبت فى الفرض ايضاً بعد انقضاء خيار المجلس يلزم الحكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما.

عن النائنى (قده) ان الحكم على المتعاقدين على خلاف قصدهما فى مثل المقام لا محذور فيه و لا يمكن جعله وجهاً لبطلان القول المزبور، فان المحذور ينحصر بما إذا كان فى البين عنوانان انشائيان مستقلان و قصد المتعاقدين أحدهما دون الآخر فيحكم بوجود ما لم يقصد و بعدم المقصود كما إذا باع العين بعوض، كما هو مفاد البيع و يحكم الشارع بعدم تحققه و بتحقق تملك منفعتها بذلك العوض، كما هو مفاد الإجارة. و أما إذا كان الأمر الإنشائي المقصود قابلاً للتبعض فى الإمضاء فلا محذور فى إمضاء الشارع بعضه دون بعضه الآخر، كما فى بيع ما يملك و ما لا يملك بصفقة واحدة حيث يصح البيع بالإضافة الى ما يملك ببعض الثمن و لا يصح بالإضافة إلى الآخر.

و أورد على ذلك بعض الأعاضم (دامت أيامه) بأنه لا- يقاس المقام ببيع ما يملك و ما لا يملك فإن انحلال البيع المنشأ الى البيعين يصح التفكيك بينهما فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٨

[يصح جعل الخيار لأجنبى]

يصح جعل الخيار لأجنبى (١).

التحقق و عدمه بخلاف الخيار المشروط فإنه لا ينحل إلى المتعدد.

أقول: الظاهر عدم تمام هذا الكلام فإن التفكيك في الإمضاء لا يتوقف على الانحلال بل يجرى في أمر واحد قابل للتبعض في الإمضاء ألا ترى ان الواهب يقصد ملك المال للمتهد من حين قبوله مع ان الشارع لم يمض الملكية إلا بعد تحقق القبض، و في بيع السلم يقصد المتعاقدين الملكية من حين تمام الإنشاء مع ان الشارع لم يمضها إلا بعد حصول قبض الثمن في المجلس. و الحاصل إذا كان المحكوم بالتحقق امرا إنشائيا له عنوان مستقل غير العنوان المقصود فتحققه بلا قصد غير ممكن لكون تحققه بلا قصد خلف. و اما في مورد تبعض المقصود فلا محذور كما في المقام.

هذا فيما إذا أريد عدم ثبوت خيار الشرط في زمان خيار المجلس و ثبوته بعده في بقاء الزمان المعين. و اما لو أريد أن مبدء الزمان المعين يكون بعد زمان خيار المجلس فيرد عليه أنه حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما فتدبر.

(١) يجوز جعل الخيار في العقد لأجنبي بأن يكون الجعل المزبور بنحو تولية أمر ذلك العقد إليه فإن صحه هذا الجعل بمقتضى قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) و تولية الأجنبي غير توكيله فان مع التوكيل يكون فسخ الأجنبي أو إمضائه نيابة عن موكله فينفذ فسخ الموكل و إمضائه أيضا، فيما إذا حصل قبل فسخ الوكيل أو إمضائه بخلاف التولية فإن لا عبرة مع التولية بفسخ المتعاقدين أو امضائهما.

و على ذلك فان كان الخيار المشروط للمتعاقدين، و اختلفا في الفسخ و الإمضاء يقدم الفسخ لأن إمضاء الآخر معناه إسقاط خياره فقط فينفذ فسخ الآخر، و كذا الحال في الأجنبيين فيما إذا شرط لكل منهما الخيار مستقلا. و اما إذا كان المتعدد و كيلا عن واحد أو شرط الخيار الواحد للمتعدد فينفذ تصرف السابق امضاء أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١١٩

و في الدروس يجوز اشتراطه (١).

فسخا.

أقول: هذا إذا كان التوكيل أو شرط الخيار للمتعدد بنحو الواجب الكفائي.

و اما إذا كان الوكيل أو المشروط له المجموع بما هو المجموع فلا ينفذ تصرف بعض منهم فسخا أو امضاء بل يحتاج فسخ العقد إلى الاتفاق منهم و ألا يبقى العقد بحاله.

و أما ما ذكر في الوسيلة من أنه لو كان لكل من المتعاقدين خيار الفسخ و اتفقا في الإمضاء أو الفسخ نفذ، و ان اختلفا بطل اي بطل البيع، و إذا كان الخيار لغيرهما فان يرضى بالبيع نفذ و ألا كان المبتاع بالخيار، فلا يمكن المساعدة عليه فإنه، إذا كان الخيار لغيرهما و لم يرض بالبيع فان فسخته كان نافذا، و ان لم يفسخ كان البيع بحاله، و لا يكون للمبتاع خيار الفسخ أو الإمضاء على التقديرين كما لا يخفى.

و عن الايرواني و النائيني (قدس سرهما) ان المراد ان رضى الأجنبي بشرط الخيار له نفذ ذلك الشرط و لا يكون لمن اشترط الخيار لثالث خيار و ألا بطل ذلك الاشرط لأن الناس مسطون على أنفسهم و يكون لمن اشترط الخيار للثالث الخيار لتخلف شرطه و هو عدم ثبوت الخيار له.

أقول: يرد عليه ان هذا مبني على اعتبار قبول الأجنبي أو شرط الخيار له بنحو التحكيم مع انه على تقديرهما يثبت الخيار للشارط لا للمبتاع.

(١) قال في الدروس يصح جعل الخيار لثالث منفردا أو مع كل من المتعاقدين أو مع أحدهما و في فرض انفراد الثالث بالخيار نفذ

فسخه أو إمضائه.

و أمّا إذا كان مع أحدهما أو كلاهما و اختلف الثالث معهما أو مع أحدهما في الفسخ أو الإمضاء يمكن أن يقال بأن العبرة بفعل الثالث و ألا لم يكن لجعل الخيار له فائدة.

و ذكر المصنف (ره) انه يقدم الفاسخ كما هو مقتضى ثبوت الخيار للمتعدد على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٠

ثم انه ربما يتخيّل ان اشتراط الخيار (١)

نحو الاستقلال، و إذا كان الصادر عن الثالث امضاء. و عن أحدهما أو كليهما فسخا نفذ الفسخ لأن غاية الإمضاء عن الممضى إسقاط خيار نفسه و جعل العقد لازما من قبله، و إذا كان الصادر عن الثالث فسخا و عن غيره امضاء نفذ الفسخ و ألا لم يكن لخيار الثالث معنى.

أقول: أمّا يصحّ ذلك فيما لم يكن إمضاء المتعاقدين أو أحدهما إسقاطا لخيار ذلك الثالث و ألا فالأظهر عدم تأثير فسخ الثالث، لأنّ ثبوت الخيار لذلك الثالث حق لشارط الخيار له فيصحّ للشارط المزبور إسقاطه.

(١) قد تقدم ان لزوم مثل البيع على المتعاقدين حتى لا حكمي، و عليه فيمكن لهما جعل الخيار و الإقالة و جعل الخيار لثالث بنحو التولية أيضا لا ينافي اللزوم الحقي ليقال ان شرط الخيار مناف للكتاب و السنة الدالتين على لزوم البيع. أضف الى ذلك التسالم الظاهر في المقام المذكور في التذكرة و غيرها. نعم لا يبعد أن يكون اشتراط الخيار للأجنبي منصرفا إلى صورة ملاحظة مصلحة الشارط، و ألا فلا ينفذ فسخه، أو إمضائه لعدم ثبوت الخيار له كذلك؛ و ما وقع عن بعض من تعليل عدم نفوذ فسخه أو إمضائه مع عدم ملاحظة مصلحة الشارط بكونه أمينا غير صحيح، بل الصحيح تعليله بعدم الخيار له كذلك.

ثم ان مقتضى قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) ثبوت الخيار للثالث بمجرد اشتراط المتبايعين في العقد و دعوى اعتبار قبوله لأنّ ثبوت الخيار للثالث بلا قبوله ينافي سلطنة الناس على أنفسهم لا يمكن المساعدة عليها فإنه ليس في البين عموم يدلّ على سلطنة الناس على أنفسهم بحيث يؤخذ به في المقام بل المتبع في موارد الخطاب الأخرى الواردة في المعاملات و غيرها؛ و على الجملة الشرط بمعناه المصدرى قائم بالمتعاقدين فلا يتحقق ألا بتراضيهما عند العقد. و أمّا ثبوت الخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢١

[يجوز لهما اشتراط الاستيمار]

يجوز لهما اشتراط الاستيمار (١).

[من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه]

من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع اليه (٢).

لثالث فهو شرط بالمعنى المشروط كما لا يخفى.

(١) يجوز لأحد المتبايعين أو كلاهما اشتراط الاستيمار مع الأجنبي عن أمر البيع فيأتمر بأمره أو ياتمر بأمر الأجنبي ابتداء. و الظاهر من

اشترطه هو جعل الخيار لنفسه على تقدير أمر الأجنبي بفسخ العقد بعد الاستيثار أو ابتداء فيكون ذلك من قبيل اشتراط الخيار لنفسه معلقاً، وقد تقدم أنّ ظاهر المصنف وكثير من الأصحاب بطلان البيع باشتراط الخيار معلقاً للغرر. واما إذا كان جعل الخيار لنفسه غير معلق بل المعلق هو الفسخ بان يكون فسخه بعد أمر الأجنبي به بعد الاستيثار أو ابتداء نظير ما سيجيء في بيع الخيار من أنّ للبائع فيه خيار، ولكن يعتبر ان يكون فسخه برد الثمن أو معه، فان فسخ قبل الاستيثار أو مع أمر المستأمر بالفتح بالإجازة لم ينفذ سواء كان الاستيثار شرطاً للخيار أو قيده للفسخ فان ظاهر اشتراط الاستيثار هو الايثار بأمره بأحد النحويين.

و لو كان المشروط الاستيثار دون الايثار بأمره لم يكن له ايضاً الفسخ إلّا إذا كان الاستيثار أمراً زائداً على اشتراط الخيار و لو أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ إذ غاية أمره بالفسخ ثبوت خيار الفسخ له أو تمكّنه على الفسخ المشروط، و لو وجب عليه الفسخ فلا بدّ من أن يكون في البين شرط آخر لصاحبه عليه، و هو ان يفسخ البيع مع أمر المستأمر بالفتح؛ و لازم ذلك أنّ لصاحبه حق فسخ البيع مع امتناع المستأمر بالكسر عن الفسخ لا مطلقاً كما هو ظاهر المصنف (ره) فلا حظ.

(٢) من افراد الخيار ما ينسب البيع اليه، و يقال بيع الخيار، و هذا البيع مشروع عندنا كما في التذكرة و غيرها، و يقتضيه بعد مثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) الروايات الخاصة منها موثقة إسحاق ابن عمّار إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٢

[توضيح المسألة يتحقق بالكلام في أمور]

[الأول ان اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار]

الأول ان اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار (١).

قال حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام و سأله رجل و انا عنده فقال رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال أبيعك دارى هذه و تكون لك أحبّ اليّ من أن تكون لغيرك على ان تشتري لى ان أنا جتتك بثمانها إلى سنه أن تردّ علىّ فقال لا بأس بهذا ان جاء بثمانها إلى سنه ردّها عليه قلت فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة لمن تكون الغلّة فقال الغلّة للمشتري ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من ماله.

و رواية معاوية بن ميسرة قال سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع داراً له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذى اشترى منه الدار خلطة فشرط انك إن أتيتنى بمالى ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال (له شرطه) قال أبو الجارود، فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال ثلاث سنين قال (هو ماله)؛ و قال أبو عبد الله (ع) (أ رأيت لو أنّ الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري).

و صحيحة سعيد بن يسار قال قلت لأبى عبد الله انا نخالط أناساً من أهل السواد و غيرهم و نبيعهم و نربح عليهم للعشرة اثنى عشر و العشرة ثلاثة عشر و نؤخر ذلك بيننا و بين السنه و نحوها و يكتب الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذه منّا شراء قد باع و قبض الثمن منه فعنده إن هو جاء بالمال الى وقت بيننا و بينه ان تردّ عليه الشراء فان جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى في الشراء فقال أرى أنّه لك ان لم يفعل و ان جاء بالمال للوقت فرد عليه الى غير ذلك. «١»

(١) ذكر (قدّس) في المقام أموراً الأولى ان ردّ الثمن في هذا الخيار يتصور على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٣

.....

أنحاء أحدها أن يكون ردّه قيدا للخيار على وجه التعليق بان يكون ردّه شرطا لحصول الخيار للبائع أو على وجه التوقيت بان يكون زمان ردّه زمان حصول الخيار، و نتيجة التعليق و التوقيت واحدة، و لذا ذكر (ره) أنه لا خيار قبل الرد؛ و المراد بردّ الثمن ليس أخذ المشتري السابق الثمن ثانيا حتى لا يكون خيار للبائع مع امتناع المشتري عن أخذه بل أن يحصل تمام ما يكون من طرف البائع دخيلا في أخذه و ان يتمتع المشتري عنه.

أقول: لو تمّ هذا النحو فلا بدّ من رفع اليد في المقام عمّا تقدم من اعتبار تعيين مدة الخيار من حيث المبدء و المنتهى حيث لو كان ردّ الثمن قيدا لنفس الخيار لكان جوازه تخصيصا في ذلك الاعتبار فإنّ مع كون ردّ الثمن قيدا لنفس الخيار لا يكون تعيين في مبدءه. و قد يقال ان المجعول يمكن أن يكون الخيار المتقيد من غير ان يكون تعليق فيه و لا توقيت بأن يكون القيد للخيار طبعى ردّ الثمن لا الردّ الخارجى، و يكون للمشروط له الخيار الخاص نظير الخيار تحت السقف ثلاثة أيام من حين تمام البيع، و لكن لا يخفى أنّ هذا ايضا يرجع الى التوقيت لأن تقييد الخيار الذى أمر بإنشائه بأمر خارجى زمانى مرجعه الى اعتبار اجتماعهما فى الزمان، و الّا لا يمكن ان يقال أنه إذا اشترط له الخيار عند قدوم الحاج يكون للمشروط له الخيار الخاص من حين تمام العقد و هو الخيار مع قدوم الحاج. و بتعبير آخر إذا لم يعين زمان للزمانى فلا يكون للخيار المعتبر معه زمان خاص فيكون زمان الخيار من حيث المبدء مجهولا. الثانى: أن يكون قيدا للفسخ بأن يكون الخيار للبائع من حين العقد الى تمام المدة المعيّنة كالسنة أو الأقل أو الأكثر، و لكنّ الفسخ يعتبر وقوعه على نحو خاص

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٤

.....

و هو ردّ الثمن معه أو قبله، و الفرق بين هذا و النحو السابق هو الفرق بين الواجب المعلق و الواجب المشروط، و لكن يبقى فى البين ان الخيار و ان يكون أمرا اعتباريا الّا ان اعتبره يكون لغرض عقلاى لا- محاله، و إذا لم يكن فسخ البائع بدون ردّ الثمن موجبا لانفساخ البيع يكون اعتبار الخيار قبل ردّ الثمن لغوا و لا- يقاس بالواجب المعلق حيث ان حصول الوجوب و إطلاقه قبل حصول قيد الواجب له أثر عملى، و هو لزوم تحصيل مقدمات الواجب و لو قبل حصول ذلك القيد. اللهمّ الّا ان يقال ان اعتبار الخيار لا يكون لغوا حيث يمكن أن يكون الغرض من إطلاقه و عدم تعليقه التمكن على إسقاطه بعد العقد مجانا أو مع العوض.

الثالث: أن يكون ردّ الثمن بنفسه فسحا فلا- يحتاج معه إلى إنشاء الفسخ بنحو آخر بان يكون قصد البائع بردّ الثمن تمليكه للمشتري ليتملك منه المبيع، و على ذلك حمل فى الرياض ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع إلى بائعه بمجرد ردّ الثمن. و لكن لا يخفى أنّما يكون ردّ الثمن فسحا فيما إذا قصد برده إلغاء البيع السابق و الّا فتملك المشتري الثمن ليتملك منه المبيع معاملة جديدة تكون الولاية عليها خارجة عن عنوان الخيار، و فسخ العقد؛ و ان كان الثمن المردود غير ما أخذه سابقا يكون الدفع بعنوان الوفاء بالدين الحاصل بإلغاء البيع؛ و ان كان عينه يكون ردّه بعنوان أنه ملك المشتري بإلغاء البيع لا- أنه ملكه يحصل بالتملك الجديد.

الرابع: أن يكون ردّ الثمن قيدا لانفساخ البيع بأن يحصل الانفساخ مع ردّ الثمن. و قيل يظهر ذلك من رواية معاوية بن ميسرة حيث ذكر السائل فيها الشرط فى البيع انّ مع مجيء البائع بالثمن الى ثلاث سنين الدار داره؛ و أجاب عليه السلام بنفوذ الشرط و قد عنون

الغنية المسألة بهذا العنوان، ولكن يحتمل أن يكون المراد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٥

.....

من رواية معاوية بن ميسرة كون الرد قيدا للفسخ، كما هو الاحتمال الثالث كما قيل بظهور موثقة إسحاق بن عمار و صحیحہ سعيد بن يسار فيه حيث ذكر في الأولى ان جاء بالثمن رد المبيع إلى بائعه؛ وفي الثانية ان جاء به رد الشراء و كل منها كناية عن فسخ البيع. و لكن يستشكل في كون رد الثمن قيدا للانفساخ بأنه ان كان رده موجبا لانفساخه و ان لم يقصد الرد برده فسخه، فهذا و ان كان ممكنا كانفساخ البيع بتلف المبيع قبل القبض ألما ان حصول الانفساخ قهرا بلا قصد و إنشاء يحتاج الى دليل غير عموم قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) لأن العموم المزبور لا يثبت مشروعية المشروط و رواية معاوية بن ميسرة مع ضعف سندها لم يثبت ظهورها في مشروعيتها شرط الانفساخ لاحتماله الوجه الثالث كما ذكرنا.

و مع ذلك يمكن أن يقال بأنه لا بأس بالالتزام بحصول الانفساخ بنفس الاشتراط فان الانفساخ لا يعتبر فيه سبب خاص غاية الأمر يكون المنشأ حال البيع الانفساخ مقارنا لرد الثمن و يكون الانفساخ فعليًا بحصول الرد.

عن النائيني (ره) انه لا يمكن إنشاء الفسخ بالشرط في البيع معلقًا برد الثمن لان شرط الانفساخ مناف لمقتضى البيع لان مقتضى الشرط نفى البيع و لا يخفى ما فيه فان مقتضى شرط الانفساخ معلقًا بنحو شرط النتيجة نفى البيع بقاء لا نفيه حدوثًا ليكون منافيا لمقتضى البيع و بقاء البيع مقتضى إطلاقه و عدم لحوق الفسخ به.

و بتعبير آخر شرط انفساخ البيع مطلقًا، و ان كان باطلا لخروج البيع معه عن مورد اعتبار العقلاء و منصرف دليل الإضاء ألما ان شرط الانفساخ معلقًا لا يكون كذلك.

و الوجه الخامس: أن يكون رد الثمن قيدا للإقالة المشروطة بأن يلتزم المشتري

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٦

[الأمر الثاني الثمن المشروط رده]

الأمر الثاني الثمن المشروط رده (١).

و يحتمل عدم بناء على ان اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله (٢).

للبائع ان يوافق في الفسخ إذا جاء بالثمن في المدة المضروبة، و إذا جاء بالثمن و لم يقبله أجبره الحاكم أو أقال عنه، و ان لم يتمكن من المراجعة إلى الحاكم كذلك يستقل البائع بالفسخ لتخلف شرطه على المشتري و يحتمل هذا في موثقة إسحاق ابن عمار، و صحیحہ سعيد بن يسار بان يكون رد المبيع فيهما كناية عن ملزومه أي الإقالة لا عن فسخ البائع كما فهمه الأصحاب.

(١) الثمن المشروط رده في الخيار أو في الفسخ على ما تقدم، أمّا أن يكون كليًا على العهدة، و أمّا أن يكون معينًا و على كل من التقديرين، أمّا أن يقبضه البائع أم لا، فان لم يقبضه يثبت له الخيار، و ينفذ فسخه سواء كان الثمن كليًا أم معينًا حيث ان رد الثمن قيد للخيار أو الفسخ على تقدير قبض البائع، و في فرض عدم قبضه لا- تقييد، و هذا الوجه و ان ذكره المصنف (ره) ألما انه لا- يمكن المساعدة عليه فان لازمه الالتزام بثبوت شرطين أحدهما ثبوت الخيار للبائع مطلقًا قبل قبض الثمن؛ و الثاني الخيار على تقدير رد الثمن بعد قبضه مع أنه لا دلالة لقوله بعث مالي بكذا على ان ترد المبيع ان جئت بالثمن إلى سنة على تعدد الشرط.

و لكن يمكن أن يوجه ثبوت الخيار في الفرض بوجه آخر و هو ان المتفاهم من الكلام المزبور ان رد الثمن ليس بنفسه متعلق الغرض

في تقييد الخيار أو الفسخ؛ بل المتعلق في ثبوت الخيار أو إنشاء الفسخ كون الثمن بيد المشتري و تحت اختياره، و لذا يصح للبائع الفسخ في فرض قبض الثمن لو غصبه المشتري أو سرقة من عنده ثانياً.

(٢) يحتمل أن لا يكون للبائع خيار الفسخ فيما إذا لم يقبض الثمن فان ظاهر قوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٧

و ان قبض الثمن المعين فاما ان يشترط رد (١).

في الإيجاب بعث مالى بكذا على ان ترده إن جئت بالثمن إلى سنة هو اشتراط الخيار في البيع المزبور بحصول قبض الثمن. أقول: قد تقدم منع هذا الظهور و ان ذكر رد الثمن لغرض أن يكون الثمن تحت اختيار المشتري زمان الفسخ كما لا يخفى.

(١) إذا كان الثمن مقبوضاً معيناً؛ فاما ان يشترط في خيار الفسخ رد ذلك المعين؛ و اما أن يشترط ما يعمّ ردّ بدله مع عدم إمكان ردّه بتلف لا من البائع أو مطلقاً أى مع إتلاف البائع أيضاً أو حتى مع بقاء ذلك المعين؛ و اما أن يذكر اشتراط ردّ الثمن من غير تقييد بردّ المعين أو تصريح بما يعمّ ردّ البدل فان اشترط ردّ عينه فلا يكون له خيار مع تلفها بفعل البائع لا مطلقاً حيث ان ظاهر اشتراط ردّ العين كون إتلاف البائع مسقطاً لخياره فلا- يسقط فيما إذا كان الإتلاف من غيره، و لكن لا يخفى ما فيه فان ظاهر الاشتراط تقييد الخيار بصورة ردّها فلا يكون خيار في غير الفرض، و كذلك الحال لو كان ردّها قيدياً للفسخ أو الانفساخ على ما مرّ.

و اما إذا كان الشرط ردّ ما يعمّ البدل فلا إشكال في الخيار في فرض عدم التمكن من ردّ العين فإنه بالفسخ يرجع ذلك المعين إلى المشتري و بما أنه قد تلف فيأخذ بدله.

و اما إذا كان الشرط ردّ البدل و لو مع التمكن على ردّ المعين ففي الشرط إشكال فإن مقتضى الفسخ رجوع نفس العين الى ملك المشتري، و مع وجوده لا موجب للانتقال الى البدل.

أقول: لا يخفى ان اشتراط ما يعمّ البدل حتى مع التمكن على ردّ العين مرجعه الى توكيل البائع بمعاوضة ذلك المعين بمثله أو بقيمته كما هو الحال في اشتراط ردّ ما يعمّ القيمة في المثلى، و ردّ ما يعمّ المثل في القيمي و لا يكون التبديل مع التوكيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٨

.....

مخالفاً للكتاب و السنة و يتصور في بعض الفروض اشتراط المبادلة بشرط النتيجة أيضاً حيث لا اشكال فيه و المبادلة بين المالين لا يحتاج إلى إيجاب خاص و يحصل بكلّ ما يكون ظاهراً فيها؛ اللهمّ الا أن يقال ان شرط التوكيل أو شرط المبادلة بنحو شرط النتيجة لا يفيد في المقام فإنه ما دام لم يحصل الفسخ فالثمن المعين ملك البائع فله التصرف فيه بما شاء و لا معنى لتبديل ماله بما لا آخر أو حصول المبادلة بينهما ثم بالفسخ ينحل البيع و لا يزم ذلك رجوع نفس الثمن الى ملك المشتري، و حيث انه غير تالف فلا معنى للرجوع الى البدل و بعد زوال العقد يزول الشرط بزواله سواء كان شرط التوكيل أو شرط المبادلة بنحو شرط النتيجة فلا موجب لدخول البدل في ملك المشتري و دخول البدل في ملك البائع.

و لكن الصحيح جواز اشتراط ردّ البدل حتى بقاء عين الثمن فانّ تملك البدل للمشتري ليمتلك منه الثمن الأول بنفسه فسخ للبيع السابق، فانّ الفسخ كما ذكرنا أمر إنشائي يتقوم بالإبراز و إذا اعتبر البائع انحلال البيع السابق فلا يكون هذا الاعتبار بلا إبراز فسخاً و إذا اعتبر معه ملكية البدل للمشتري بإزاء الأصلي يكون إبراز هذا الاعتبار بردّ البدل إبرازاً لانحلال البيع أيضاً، و لا يعتبر في صحة المبادلة حصول الفسخ في زمان قبل زمان المبادلة، بل تقدم الانفساخ على حصول المبادلة بين الثمن الأول و البدل في المرتبة، و المعبر في صحة المبادلة المزبورة كون الثمن الأول ملكاً للمشتري، و لو في زمانها.

و ان شئت توضيح المقام فلا- حظ فسخ ذى الخيار يبيع ما انتقل عنه من شخص ثالث فان البيع من شخص ثالث يتوقف على كون المبيع ملكا له مع ان الفسخ أى فسخ البيع السابق، و دخول المبيع فى ملك ذى الخيار يتحقق بنفس البيع من شخص ثالث حيث ان البيع المزبور كما يكون إبرازا لتمليك المبيع من شخص
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٢٩

[الأمر الثالث حصول الفسخ برد الثمن أو معه]

الأمر الثالث قيل ظاهر الأصحاب (١).

ثالث كذلك يكون إبرازا لانحلال البيع السابق، فيحصل الانحلال و البيع من شخص ثالث فى زمان واحد و لا دليل على بطلان البيع
ألا فيما إذا لم يكن المبيع زمان تحقق البيع ملكا لبائعه.
و إذا صح ما ذكر يكون اشتراط هذه المبادلة فى البيع صحيحا لأن موطن الشرط أى البيع الثانى لا يكون بعد زمان فسخ البيع ليقال انه لا ينفذ شرط إذا فرض قبله انفساخ المعاملة بل يرجع اشتراط هذه المعاملة إلى تضييق دائرة الفسخ أو الخيار، و على ذلك فالمقام من هذا القبيل لأن مرجع الاشتراط الى اعتبار الفسخ الخاص أى الفسخ بمبادلة الثمن الأول الموجود ببدله فإن هذه المبادلة كالباع الثانى فى المثال يتوقف على انحلال البيع الأول بلا فرق بين أن يجعل ردّ الثمن أو بدله مقدّمه للفسخ أو قصد الفسخ بالردّ، و المتحصل مما ذكرنا انه يكون ردّ البدل مع وجود المبدل فى اشتراط الفسخ أو الخيار امرا مشروعاً فى نفسه فينفذ بالاشتراط فى البيع كما لا يخفى.
و امّا إذا أطلق اشتراط ردّ الثمن فيكون الإطلاق عند المصنف و غيره مقتضيا لردّ ذلك المعين فلا يكون له خيار مع تلفه، و لكن لا يبعد أن يقال القرينة العامة فى بيع الخيار مقتضية لكون المراد ردّ ما يعم البدل حيث انّ الدّاعى للبائع إلى البيع فى موارد بيع الخيار حاجته الى الثمن و التصرف فيه بصرفه على حوائجه مفروض، و لعله لذلك ذكر فى الدروس حمل الإطلاق على ردّ ما يعم البدل، و قد تسلّم المصنف (ره) ما ذكر فيما إذا كان الثمن كلياً و الظاهر عدم الفرق بين الثمن الكلى و الشّخصى من هذه الجهة.
(١) قيل انّ ردّ الثمن أو بدله و ان كان معتبرا فى الخيار فى بيع الخيار ألا انّ ظاهر الأصحاب عدم تحقق الفسخ به بل الرّد مقدّمه للفسخ فيعتبر بعده إنشاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٠

[الأمر الرابع يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد]

يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد (١).

الفسخ، و لأين الرّد من حيث أنّه فعل لا- يدلّ على الفسخ، و فيه انّ المعتبر فى الفسخ إظهار حل البيع و الرضا برجوع المالىن الى مالكهما الأصليين، و مع ظهور الرّد فى ذلك فلا- وجه لعدم كونه فسحا و ما يقال من انّ الرّد يدلّ على ارادة الفسخ و الإرادة غير المراد يعنى إرادة الفسخ غير تحقّق الفسخ لا- يرجع الى محصل لأنّ الأمر الإنشائى المراد يحصل بفعل أو قول يكون ذلك الفعل أو القول ظاهرا فى إرادة ذلك الأمر و اعتباره، ثم لا يخفى انّ فى كلام المصنف (ره) فى المقام ايضا تسامحا حيث انّ ظهور الفعل فى إرادة التمليك و التملك لا يكون فسحا بل يعتبر فيه دلالة الفعل على إلغاء البيع السابق على ما تقدم.

(١) و حاصله: أنّه لو جعل ردّ الثمن قيّدا للفسخ بان كان خيار الفسخ ثابتا من حين العقد فيجوز إسقاطه بعد العقد كما هو مقتضى فعليّة الخيار، و كونه حقا؛ و امّا على الوجه الأول أى جعل ردّ الثمن قيّدا لنفس الخيار فيشكل إسقاطه بعد العقد، و قبل الرّد حيث انّ

الخيار، و لو كان حقًا إلا ان إسقاط الحق يتوقف على فعليته و ليس المراد انه لا يمكن إسقاط الحق إلا بعد فعليته كما يتوهم من قولهم من ان الاسقاط قبل الردّ إسقاط لما لا يجب بل المراد ان مقتضى كون شيء حقًا جواز إسقاطه بعد فعليته؛ و أما إسقاطه قبل ذلك فيحتاج نفوذه الى دليل كما هو الحال في شرط سقوط الخيار في العقد حيث ان الشرط المزبور إسقاط حق يعمه دليل المسلمون عند شروطهم، و كذا في بعض موارد الخيار في فسخ النكاح حيث دلت الزوايه على جواز إسقاطه قبل فعليته ذلك الخيار. و الحاصل ان مقتضى ما صرح به في التذكرة من أنه لا يصح إسقاط خيار الشرط و الحيوان بعد العقد بناء على حدوثهما بعد التفرق كما عليه الشيخ (قده) عدم جواز إسقاط الخيار في المقام قبل الردّ، و لكن يمكن ان يمنع عن ذلك بأنه يمكن للعلامة الالتزام بعدم جواز الإسقاط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣١

.....

في خيارى الشرط و الحيوان قبل التفرق و جواز إسقاط الخيار في المقام قبل ردّ الثمن، فان الافتراق المعلق عليه انتهاء الخيارين خارج عن اختيار ذى الخيار حيث يمكن للآخر أن يصحبه فلا يحصل الافتراق بخلاف المقام فان كون البائع مالكا لردّ الثمن الموجب للخيار كاف في إسقاطه.

أقول: الفرق المزبور عليل فإنه ربما لا يكون البائع في بيع الخيار متمكنا على ردّ الثمن الى زمان لفقد المال، هذا أولا. و ثانيا: أنه لا يكفي في إسقاط الخيار كون الموضوع له في اختيار الشخص و أما جاز إسقاط الخيار لمشتري الحيوان قبل شرائه، كما إذا كان الاسقاط بعد إيجاب البائع و قبل قبوله بحيث لا يكون القبول مبيتا على ذلك الاسقاط فإنه لو كان مبيتا عليه لكان من شرط السقوط في العقد.

و الصحيح في الجواب هو القول بجواز الاسقاط بعد العقد في خيارى الشرط و الحيوان ايضا حتى على مسلك الشيخ (قده) من حدوثهما بعد التفرق فان الخيار المعلق على التفرق أو ردّ الثمن ايضا حق عند العقلاء، و انّ إسقاطه قبل حصولهما نظير إلغاء الوصية التملكية يحسب من رفع اليد عن الحق و يشير الى ذلك قوله عليه السلام في بعض اخبار الحيوان بكون مثل التقييل و اللمس رضا بالبيع فإنه مقتضاه سقوط الخيار و لزوم البيع في كل زمان بالالتزام ببقاء البيع كان ذلك قبل التفرق أو بعده.

و يسقط هذا الخيار بانقضاء الزمان المشروط فيه ردّ الثمن و عدم رده أو ردّ بدله في ذلك الزمان على التفصيل المتقدم و لو تبين المردود من غير جنس الثمن فلا- يتحقق الردّ بخلاف ما إذا تبين كونه معيبا فإنه يكفي في الردّ غاية الأمر يكون للمشتري حق الاستبدال، و لكن يمكن أن يقال بعدم الفرق بين الصورتين في عدم الكفاية و ذلك فإنه انما يصحّ الفرق بين غير الجنس و المعيب، فيما كان المتعلق شخصا، كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٢

.....

إذا ظهر المقبوض في السلم ثمنا من غير الجنس المذكور في العقد بان باع الحنطة سلما بمائة درهم خارجية، ثم ظهر الموجود الخارجى عشرة دنانير، فان ذلك لا يكفي في بعض الثمن فيحكم بطلان المعاملة بخلاف ما إذا ظهرت تلك الدراهم معيبة فإنه يكفي في القبض غاية الأمر يكون للبائع خيار الفسخ باعتبار ظهور العيب في الثمن.

و أما في مورد كون المتعلق كليًا كما إذا كان في بيع السلم الدراهم بنحو الكلي على العهدة و ظهر المدفوع بعنوان أداء الثمن من غير الجنس أو المعيب فإنه لا فرق بينهما و مع بقاء المجلس للبائع مطالبة المشتري بالفرد من الثمن أو بالصحيح، و مع عدم بقائه يحكم بطلان السلم سواء قلنا بأن المراد بالشئ صحیحته في المعاملة للانصراف أو للشرط الارتكازى، و بما ان المفروض في المقام كون

المشروط ردّه كلياً فلا- فرق بين ظهور المردود من غير الجنس أو المعيب في عدم كفاية ذلك في نفوذ الفسخ. نعم إذا التفت المشتري إلى مال المردود و رضى به كفى في نفوذ فسخ البائع بلا فرق بين صورتين ايضاً.

و لكن الكلام فيما أخذ المردود من غير التفت إلى حاله بحيث لو كان ملتفتاً لم يأخذه وربما يوجه الفرق كما عن الثائني (قده) بأن الوصف حق للمشتري فيصح له المطالبة به و المعيب المدفوع داخل في الثمن، و لكن بما أنّ دفع الوصف لا يمكن إلا في ضمن عين يكون له الاستبدال بخلاف ظهور المدفوع من غير الجنس فإنه غير داخل في الثمن المشروط ردّه.

و فيه: أنّ المدفوع إنّما يدخل في عنوان الثمن فيما إذا رضى المشتري بالمعيب مع الالتفات بحاله كما أنّه بالرّضا كذلك يحسب غير الجنس ايضاً ردّاً للثمن المشروط ردّه، و لكن الكلام كما ذكرنا فيما إذا لم يلتفت بالحال فتدبر جيداً.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٣

و يسقط ايضاً بالتصرف في الثمن المعين (١).

(١) و يسقط ايضاً هذا الخيار بالتصرف في عين الثمن المشروط ردّه أو التصرف في الفرد المأخوذ فيما إذا كان مقتضى الاشتراط في العقد أو كان مقتضى إطلاق اشتراطه ردّ تلك العين أو ردّ ذلك الفرد و يدلّ على كون التصرف في الثمن المزبور موجبا لسقوط الخيار ما ورد في خيار الحيوان من أنّ تصرّف ذى الخيار في الحيوان المشتري رضى منه بالبيع فلا خيار حيث أنّ الروايات و ان وردت في خيار الحيوان إلا أنّ الأصحاب قد فهموا منها عموم الحكم، و لذا ذكروا سقوط خيار المجلس و الشرط بالتصرف كسقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه.

و لكن مع ذلك ذكر المحقق الأردبيلي و صاحب الكفاية عدم سقوط الخيار في بيع الخيار بتصرف البائع في الثمن المأخوذ لأنّ الخيار في بيع الخيار قد جعل للبائع مع فرض تصرفه فيه، و قد أمضى الشارع البيع المزبور بهذا النحو و يفصح عن ذلك موثقة إسحاق ابن عمّار المفروضة فيها حاجة المسلم إلى بيع داره ببيع الخيار، و من الظاهر أنّ الحاجة إلى بيع داره معناها الحاجة إلى ثمنها بالتصرف فيها.

و قد أجاب بحر العلوم (قده) في مصابيح عن ذلك بعد الطعن على القول المزبور بأنّه مخالف لما عليه الأصحاب بما حاصله أنّ الالتزام بسقوط الخيار بتصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه لا يوجب محذورا في المقام لأنّ التصرف في الثمن المأخوذ في بيع الخيار يكون قبل ردّ الثمن و هو ليس زمان الخيار فلا يكون التصرف فيه في ذلك الزمان مسقطاً بل المسقط له التصرف فيه بعد ردّه إلى المشتري حيث أنّ هذا الزمان زمان فعلية الخيار فيكون تصرّف البائع فيه مسقطاً لخياره مع أنّ ما ذكر من لزوم نقض الغرض في فرض سقوط الخيار بالتصرف في الثمن لا يتمّ فيما إذا كان زمان الخيار منفصلاً عن العقد كما إذا جعل مدّة الخيار كالיום الأوّل بعد سنه فإنّ التصرف في الثمن في طول السنه لا يوجب سقوط الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٤

.....

و ذكر صاحب الجواهر (ره) أنّ ما ذكر بحر العلوم (قده) في مقام الجواب غير صحيح فإنّ ردّ الثمن ليس شرطاً لحدوث الخيار و إلاّ لزم جهالة مدّة الخيار من حيث المبدء، و على ذلك يكون سقوط الخيار بالتصرف في الثمن نقضاً للغرض من تشريع بيع الخيار، و ايضاً يرى العرف قبل ردّ الثمن و بعده زمان الخيار و يظهر ذلك عن كثير من الأصحاب فإنّهم قد ضعفوا ما ذهب إليه الشيخ (قده) من أنّ النقل و الانتقال في البيع يحصل بانقضاء زمان الخيار بالأخبار الواردة في المقام الدالّة على ان غلة الدار للمشتري و وجه الظهور أنّ غلّة الدار للمشتري باعتبار كون أصل الدار له، و الظاهر أنّ هذه الأخبار لا تكون ردّاً لما ذهب إليه الشيخ إلا أن يكون كلا من زمان

قبل ردّ الثمن و بعده زمان الخيار ليكون تملك المشتري الغلة فيهما دليلا على بطلان ما ذهب اليه الشيخ (قده). و ذكر المصنف (ره) انّ كلا- مما ذكره المحقق الأردبيلي، و الجواب عنه بما في المصاييح؛ و الردّ على الجواب المزبور ضعيف. و حاصل ما ذكره في الإيراد على كلام الأردبيلي بأنّ التصرف في الثمن يكون مسقطا للخيار فيما إذا كان المشروط في بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن أو عين ذلك الفرد المأخوذ و الغالب في بيع الخيار كون الثمن كلياً، و قد تقدم أنّه لا يستفاد من الإطلاق اشتراط ردّ عين الفرد المأخوذ كما هو مورد موثقة إسحاق بن عمار أو منصرفها، و مع عدم اشتراط ردّ العين لا يكون في التصرف في العين دلالة على التزام البائع بإبقاء البيع و قد تقدم انّ قوله عليه السلام فذلك رضى منه بالبيع فلا خيار ليس حكماً تعبدياً محضاً بل حكم بسقوط الخيار بالتصرف الخارجى الذى يكون فيه دلالة نوعيّة على الالتزام بإبقاء البيع فيدخل في المسقط الفعلى و لا يكون التصرف مسقطاً فيما إذا علم انّ التصرف لا يكون على هذا الوجه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٥

.....

أقول: قد ذكرنا أنّه لا فرق بين الثمن الشخصى أو الكلى على العهدة في ان مقتضى القرينة العامة ان المشروط في بيع الخيار ردّ ما يعمّ البدل و مع اشتراط ردّ ما يعمّ البدل لا- يمكن الالتزام بسقوط الخيار بالتصرف في عين الثمن أو الفرد المأخوذ سواء كان ذلك التصرف من التصرفات الناقلة أم من التصرفات الانتفاعيّة. و اما إذا كان المشروط تصريحاً ردّ عين ذلك الثمن أو الفرد المأخوذ فمع التصرف الناقل فيه لا يبقى للخيار موضوع بخلاف التصرف الانتفاعى فإنّه لا موجب لسقوط الخيار معه فإنّه أيضاً لا يوجب سقوط الخيار و لا يستفاد سقوطه مما ورد في التصرف في الحيوان المشتري لما تقدم من أنّ سقوط الخيار بالإسقاط الفعلى كالقولى، و ان لا يكون أمراً تعبدياً إلّا أنّ تطبيق الإسقاط الفعلى على مثل النظر الى ما كان يحرم من الأمانة المشتراة أمر تعبدى لا يمكن التعدى منه الى المقام؛ و ايضا دعوى انّ مورد الموثقة أو منصرفها كون الثمن كلياً على العهدة غير ظاهر كما لا يخفى.

و أورد (ره) على ما ذكر في المصاييح من ان التصرف قبل ردّ الثمن لا يكون تصرفاً في زمان فعلية الخيار ليكون مسقطاً بأنّ التصرف مسقط فعلى و إذا فرض صحّة إسقاط الخيار بالقول قبل ردّ الثمن على ما تقدم يكون إسقاطه بالفعل أى التصرف نافذاً و لو مع عدم فعلية الخيار مع انّ كون ردّ الثمن مبدءاً للخيار غير صحيح فإنّ ظاهر كلمات الأصحاب كون ردّ الثمن قيماً للفسخ؛ و ان زمان الخيار يعمّ قبل الردّ و بعده و لو لم يكن هذا متعيّناً فلا ينبغى الرّيب في أنّه يمكن جعل الخيار بنحو يكون ردّ الثمن قيماً للفسخ كما يمكن جعله بنحو يكون قيماً للخيار. نعم إذا جعل الخيار منفصلاً كالיום الأول بعد السّنة يجرى فيه الإشكال المتقدم في أنّه يجوز إسقاط الخيار فيه قولاً قبل ذلك الزمان أم لا، و لو قيل بعدم جواز الإسقاط قولاً فلا يكون التصرف فيه في الثمن موجبا لسقوط الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٦

.....

أقول: لو قلنا بجواز إسقاط الخيار قولاً قبل الردّ الثمن و ان جاز قبله إسقاطه فعلاً أيضاً إلّا أنّ ذلك لا يوجب كون التصرف الانتفاعى في الثمن المشروط ردّه و لو مع عدم قصد إسقاط الخيار موجبا لسقوط الخيار، و ذلك فإنّ النص الوارد في الحيوان الدّال على انّ التصرف الانتفاعى في الحيوان و لو مع عدم إسقاط الخيار مسقطاً مورده ما ذا كان التصرف المزبور زمان فعلية الخيار، و ان أمكن التعدى عن هذا المسقط التعبدى فيلتزم بسقوط كل خيار بالتصرف الانتفاعى فيما انتقل اليه زمان الخيار؛ و لا يعمّ ما إذا كان التصرف قبل التصرف قبل ذلك الزمان.

و اما دعوى انّ إسقاط الخيار المشروط لا يمكن أن يتحقق بالفعل و ليس الفعل كقول حيث لا يمكن الإسقاط المزبور بالفعل لأنّ

الفعل لا تعليق فيه ولا يمكن كونه مسقطا فعلا لعدم فعليته الخيار لا يمكن المساعدة عليها لأن الإسقاط فعلا أو قولا إبراز لإلغاء الجعل الذي كان بنحو القضية الشرطية بلا فرق بينهما.

و أورد على ما ذكره صاحب الجواهر (ره) من أنه لو كان ردّ الثمن قيذا لنفس الخيار لكان مبدء الخيار مجهولا بأن الجهالة في مبدء الخيار لا تقدر مع تحديد زمان الخيار بعد حدوثه. نعم ذكروا ان جعل مبدء الخيار في شرط الخيار التفرّق عن مجلس العقد غير جائز فيما كان عند إطلاق الشرط مبدءه تمام العقد؛ وقيل ان مقتضاه عدم جواز جعل الخيار في المقام من حين ردّ الثمن إلا ان التأمل يقضى بالفرق بينهما بأن التفرّق أمر غير اختياري لدى الخيار، فلا يمكن جعله مبدءا بخلاف ردّ الثمن فإنه أمر اختياري، فيجوز جعله مبدءا.

و أيضا فما ذكره من انّ تضعيف الأصحاب ما ذهب اليه الشيخ (قده) من حصول النقل و الانتقال بعد انقضاء زمان الخيار باخبار الباب يدلّ على انّ ردّ الثمن قيد للفسخ غير صحيح فإنه يمكن أن يكون ردّ الثمن قيذا للخيار و مع ذلك إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٧

[الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشتري]

الخامسة: لو تلف المبيع كان من المشتري (١).

يصحّ تضعيف القول المزبور فإنه من المحتمل أنهم فهموا من كلام الشيخ ذهابه الى حصول النقل و الانتقال على انقضاء زمان الخيار، و لو كان ذلك الزمان منفصلا عن العقد فضعفوه باخبار الباب الدالة بعضها على ان غلّة الدار للمشتري.

أقول: قد تقدّم ما في الفرق بين التفرّق و ردّ الثمن بأنّ الأول غير اختياري، و الثّاني اختياري، و تقدّم ايضا انّ ظاهر كلامهم اشتراط التعيين في مدة الخيار من حيث المبدء و المنتهى؛ و المتحصل مما ذكرنا انّ التصرف الانتفاعي قبل ردّ الثمن لا يكون مسقطا للخيار أصلا كما انّ التصرف الناقل لا يوجب سقوطه فيما ذا كان الشرط ردّ الثمن و لو ببدله كما هو مقتضى القرينة العامة في بيع الخيار. و اما إذا كان المشروط ردّ المأخوذ بعينه فينتفى الخيار بالتصرف الناقل لانقضاء موضوع الخيار معه كما لا يخفى.

(١) لو تلف المبيع بيد المشتري يحسب التلف عليه سواء كان تلفه بعد ردّ الثمن عليه أو بعده، و يكون له نماء المبيع ايضا سواء قبل ردّ الثمن أو بعده حيث انّ النماء يتبع العين في الملك. و الظاهر انّ تلف المبيع بيده لا يوجب سقوط خيار البائع فإنّ الخيار كما تقدم حق لدى الخيار يتعلّق بالعقد لا بالعوضين غاية الأمر يمتاز بيع الخيار من سائر الخيارات بأنّ من عليه سائر الخيارات يجوز له التصرف فيما انتقل اليه حتى التصرف الموجب لتلف العين أو خروجه عن ملكه لأنّ المال المزبور ملكه فله التصرف فيه بما شاء و حق الخيار لتعلقه بالعقد لا ينافية بخلاف هذا الخيار فإنّ المشروط في هذا البيع أمر آخر ايضا و هو اشتراط إبقاء عين المبيع لبائعه في المدة المضروبة. و هذا الاشتراط ارتكازي في هذا البيع يشهد له ظاهر بعض الروايات المتقدمة من اشتراط إرجاع عين المبيع بعد ردّ الثمن.

و ذكر المصنف (ره) أنه يحتمل ان لا يكون خيار بعد تلف المبيع في يد المشتري

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٨

.....

بأن يكون خيار البائع مشروطا ببقاء المبيع و قال لا منافاة بين كون الخيار مشروطا ببقائه و بين وجوب إبقاء عين المبيع. أقول: لو كان الخيار حقا متعلقا بعين المبيع لما جاز للمشتري التصرف فيه في سائر الخيارات ايضا. و يبطل تصرفه فيه لتعلّق حق البائع به كما أنه لا يجوز للبائع التصرف الناقل في الثمن فيما كان الخيار للمشتري كخيار الحيوان و لا أظنّ الالتزام بذلك كما تقدم في

تعريف الخيار.

و أما إذا كان حقًا متعلقًا بالعقد كما ذكرنا يكون عدم جواز تصرف المشتري في المبيع في بيع الخيار بالإتلاف أو بالنقل شرطًا آخر بأن يكون المشروط على المشتري التحفظ بعين المبيع، و لازم ذلك ثبوت الخيار في الفسخ حتى بعد تلف المبيع أيضًا حتى فيما كان التلف بإتلافه كما هو مقتضى خيار تخلف الشرط و على ذلك فكيف لا تكون منافاة بين ثبوت الخيار في صورة بقاء المبيع خاصة و وجوب التحفظ على المشتري بحيث لا يكون في البين إلا شرط الخيار خاصة.

و عن صاحب الجواهر (قده) أنه جعل تلف المبيع قبل ردّ الثمن مسقطًا لخيار البائع. و أما إذا كان تلفه بعده فلا يسقط الخيار لأنّ التلف مضمون على المشتري لأنّه وقع في زمان خيار البائع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع إلى المشتري بالمثل أو القيمة بخلاف التلف قبل الردّ الثمن فإنّ التلف في هذا الفرض ليس مضمونًا على المشتري ليكون للبائع الرجوع إلى المشتري بعد الفسخ بالمثل أو القيمة بل المتجه في التلف في هذا الفرض سقوط خيار البائع إلا أن يشترط الرجوع عليه عينا أو قيمة مع التلف أيضا.

أقول: هذا التفصيل منه (قده) ينافي ما تقدم منه في الجواب عن الطباطبائي حيث ذكر في ذلك الجواب أنّ مقتضى العرف و ظاهر الأصحاب، و كذا ظاهر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٣٩

.....

الأخبار كون قبل الردّ الثمن و بعده زمان الخيار، و أنّ ردّ الثمن قيد للفسخ خاصة مع انه لا معنى لضمان المشتري المبيع إلا بضمان معاوضي، و هذا الضمان المعاوضي حاصل قبل ردّ الثمن و بعده. و أما الضمان الآخر أي ضمان اليد فيحصل بعد فسخ البائع لا بعد ردّ الثمن و لا يفترق في ضمان اليد تلف عين المبيع و عدمه بعد ما ذكرنا من أنّ الخيار حق يتعلّق بالعقد لا بعين العوضين هذا كله في تلف المبيع.

و أما تلف الثمن لا بإتلاف البائع فمقتضى ما ذكره من أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار فيه ان يفسخ البيع لو قلنا بأنّ ردّ الثمن قيد للفسخ لا لنفس الخيار، و معنى كون التلف ممّن لا خيار له انحلال البيع بالتلف المزبور كما في قولهم التلف قبل القبض من مال البائع. و أمّا إذا قيل بأنّ ردّ الثمن قيد لنفس الخيار يكون تلف الثمن على البائع كما هو مقتضى الضمان المعاوضي الحاصل على الطرفين بالبيع و على ذلك فان كان المشروط في الخيار في بيع الخيار ردّ عين ذلك الثمن يسقط خيار البائع بانتفاء موضوعه؛ و ان كان ما يعمّ بدل ذلك الثمن يبقى الخيار بحاله، و كذا لو قلنا بأنّ قولهم التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له يختص بتلف المبيع، و لا يعمّ تلف الثمن. و أمّا إذا كان تلف الثمن بعد ردّه على المشتري فان قلنا بعموم قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له للثمن فينحلّ البيع بالتلف المزبور فيأخذ البائع عين المبيع فإنّ الثمن بعد ردّه على المشتري و قبل التلف، و ان كان ملكا للبائع ما دام لم يحصل الفسخ إلا انّ بالتلف ينحلّ البيع بناء على عموم القاعدة كما ذكر.

و لكن ذكر الثبائني (ره) أنّ القاعدة المزبورة لا- تعمّ المقام فان موردها ما إذا كان تلف المال المضمون بيد ذي الخيار حيث أنّ مقتضى ما دلّ على أنّ التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له امتداد الحكم الثابت قبل القبض المستفاد من قولهم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٠

.....

التلف قبل القبض من مال بائعه إلى ما بعد القبض، و المفروض في المقام صيرورة الثمن بيد المشتري و خروجه عن يد ذي الخيار فيكون ضمان الثمن على المشتري نظير الضمان المأخوذ بالسوم حيث ان البائع قد دفع الثمن إلى المشتري ليسترد منه المبيع لا مجانًا.

نعم إذا تلف الثمن قبل الرد بيد البائع يكون من صغريات تلك القاعدة حتى لو قيل بأن ردّ الثمن قيد لنفس الخيار لأن العبرة ليس لنفس زمان الخيار بل بعدم استقرار الملك و كونه في معرض الزوال كما يشير الى ذلك قوله عليه السلام حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع للمشتري فإنّ هذا الكلام بمنزلة القول بأنّ عدم استقرار الملك يوجب انحلال البيع بتلف المبيع بيد ذى الخيار و مع التّعدي إلى تلف الثمن يكون انحلال البيع في المقام بتلف الثمن بيد البائع المفروض كونه ذا الخيار.

أقول: لم يظهر في قاعدة ضمان تلف المال على من لا خيار له أنّ الضمان بمعنى انحلال البيع ينحصر بصورة كون التلف في يد ذى الخيار، و لو قبض المشتري الحيوان ثم استودعه عند بايعه و تلف قبل انقضاء ثلاثة أيام ينحلّ البيع، و لا أظن أن يلتزم أحدا ببقاء البيع بحاله، و ان المشتري على تقدير فسخ البيع يرجع الى بائعه بالقيمة لكون الحيوان قيمًا و يشهد لعدم اعتبار التلف بيد ذى الخيار إطلاق الروايات الواردة في تلف الحيوان حيث لم يؤخذ فيها التلف بيد ذى الخيار. نعم قد فرض ذلك في السؤال في بعضها، و من الظاهر أنّ الأخذ في السؤال لا- يوجب تقييد إطلاق الجواب في غيرها. نعم الروايات كما أشرنا واردة في خيار الحيوان و التّعدي منه الى سائر المبيع فضلا عن الثمن غير ممكن فيؤخذ بقاعدة الخراج بالضمان المقتضية لذهاب المال عن ملك مالكة غاية الأمر أنّ التلف على مالكة المفروض كونه ذا الخيار لا يوجب سقوطه خياره بلافق بين كون تلف الثمن في المقام قبل ردّه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤١

و انما المخالف لها هي قاعدة الخراج بالضمان (١).

[الأمر السادس لا إشكال في القدرة على الفسخ]

الأمر السادس لا إشكال في القدرة على الفسخ (٢).

على المشتري أو كان بعده كما لا يخفى.

(١) قد تقدم عدم شمول قاعدة التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار لتلف الثمن في المقام و ان عدم الشمول لقصور القاعدة و عدم العموم في دليلها لا لدلالة رواية معاوية بن ميسرة على اختصاصها بالمبيع كما عن الجواهر فإنّ تلك الرواية دالّة على كون نماء المبيع في بيع الخيار للمشتري و تلفه ايضا عليه و شيء من الحكيمين لا- ينافي كون ضمان تلف الثمن ايضا عليه، و المنافي لقاعدة ضمان التلف على غير ذى الخيار قاعدة الخراج بالضمان الجارية في ناحية الثمن لأنّها تقتضى ذهاب الثمن على البائع و القاعدة أخصّ من قاعدة الخراج بالضمان فعلى تقدير عمومها يرفع اليد بها عن قاعدة الخراج بالضمان كما لا يخفى.

(٢) لو كان المصرّح به في بيع الخيار ردّ الثمن على نفس المشتري أو وكيله المطلق أو الحاكم أو عدول المؤمنين، سواء كان اشتراط الردّ إلى هؤلاء مطلقا أو مع عدم التمكن على الردّ على السابق يحصل التمكن على الفسخ بالردّ المزبور. و اما إذا كان المشروط ردّ الثمن على المشتري كما هو المتعارف و اتفق عدم التمكن على الردّ عليه عقلا لغيبته أو شرعا لحصول الجنون أو السفه له فهل يكفي في التمكن على الفسخ ردّ الثمن على الحاكم الشرعي و مع فقدته على عدول المؤمنين أم لا يظهر كفاية رده على الحاكم من المحقق القمي (ره) في أجوبة مسائله و خالف فيه صاحب المناهل (ره).

و يظهر من صاحب الحدائق قول ثالث و دعوى الاتفاق عليه و هو عدم لزوم ردّ الثمن على المشتري في الفسخ مع غيبته بل يكفي معها جعل البائع الثمن امانة عنده حيث أنّه نقل أولا قول المشهور بأنّه لا يعتبر في فسخ ذى الخيار حضور الخصم و أنّه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٢

.....

لا يعتبر في الفسخ الأشهاد خلافا لبعض علمائنا؛ و ذكر ثانياً أنّ ظاهر الرواية اعتبار حضور المشتري في الفسخ ليفسخ البائع البيع بعد ردّ الثمن عليه فما ذكره من جواز فسخ البائع مع عدم حضور المشتري، و جعل الثمن عنده أمانة إلى أن يجيء المشتري، و ان كان ظاهرهم الاتفاق عليه، و لكنّه بعيد عن مساق اخبار الباب.

و ذكر المصنف (ره) في الردّ على صاحب الحدائق بأنه لم يظفر من الأصحاب من تعرّض لفرض غيبه المشتري في بيع الخيار، و أنّه يكفي في فسخ البائع جعل الثمن أمانة عنده فإنهم، و ان ذكروا عدم اعتبار حضور الخصم في الفسخ خلافا لبعض العامة إلا أنّ هذا باعتبار عدم اشتراط الفسخ بحضور المشتري و لا ينافي في ذلك اعتبار حضوره لردّ الثمن عليه الذي شرط في نفوذ الفسخ، و كذا اخبار الباب فإنّ موردها و ان يكون حضور المشتري لردّ الثمن عليه ألّا أنّه لا- دلالة لها على اعتبار حضوره في حصول الفسخ لأنّ الفسخ قد يتأخّر عن ردّ الثمن و لو فرض حصول الفسخ برد الثمن لكان اعتبار حضوره لردّ الثمن عليه لا لاعتباره في الفسخ.

ثم ذكر (قده) أنّ الأقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد على خصوص المشتري قيام الولي مقامه في أنّ مع الردّ عليه يتمكن البائع على الفسخ و ذلك فإنّ المراد بقريته الارتكاز في مقام الاشتراط ردّ الثمن على المشتري هو ان لا يبقى الثمن بيد البائع أو عهدته حين الفسخ بان يدفع الثمن على من يتعين دفع الثمن عليه على تقدير عوده إلى ملك المشتري، و لذا لو مات المشتري يدفع المال إلى وارثه كما أنّه لا خصوصيّة للبائع في ردّ الثمن بان يكون المراد خصوص البائع، و لذا يدفع وارث البائع الثمن إلى المشتري و يفسخ البيع، و ليس ذلك لإرث الخيار فإنه لو كان الشرط في الخيار أو الفسخ ردّ خصوص البائع لا يكون المورد من موارد إرث الخيار باعتبار عدم تحقق شرطه إلا للبائع خاصة، و أنّما يورث الخيار فيما لم يكن شرط يخصّ تحققه بأحد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٣

و دعوى ان الحاكم انما يتصرف في مال الغائب (١).

المتعاقدين و بتعبير آخر يورث الخيار لا شرطه أو قيد الفسخ.

و لكن مع ذلك قد يقال لو كان الشرط الردّ على المشتري فلا- يكفي الدفع إلى وليه أو وكيله لأنّ المفروض ان المذكور في بيع الخيار الردّ على المشتري و ليس في البين ما يدلّ على التّزليل بأن يقتضى ما دلّ على أنّ الوكيل أو الولي بمنزلة الموكل و المولى عليه بل كون الحاكم الشرعي بمنزلة المولى عليه من المضحكات كما أنّه ليس في اللين ما دلّ على ان قبض الوكيل أو الولي قبض للمشتري فإنّ ما دلّ على مشروعية التوكيل أو الولاية أنّ الفعل الصادر عن الوكيل أو الولي مع كونه فعل الوكيل أو الولي نافذ في حق الموكل و المولى عليه و لكن المفروض في بيع الخيار انه قد جعل شرط الخيار أو قيد الفسخ فعل المشتري أي ردّ الثمن عليه.

و الحاصل: انّ الأظهر في مورد لم يكن فيه قرينة على التعميم في الردّ عدم كفاية الردّ على الوكيل أو الولي في الفسخ.

أقول: مقتضى ما دلّ على مشروعية الوكالة انتساب الفعل من الوكيل إلى الموكل فيكون بيعه لبيعا للمالك فيدخل في قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و طلاقه طلاقاً للزوج الموكل حيث انّ الوكالة تنحصر مواردها بموارد انتساب فعل المباشر إلى الأمر به ايضاً و تكون مشروعيتها بمعنى إمضاء الشارع هذا الانتساب كما لا يخفى.

و أمّا الولاية فإنّه يكفي في ردّ الثمن على الولي كونه متولياً للأمر الراجعة إلى المولى عليه و من تلك الأمور قبض المال الذي يدخل في ملكه بالوقف أو الهبة أو الاشتراط أو غير ذلك، كما يفصح عن ذلك ما ورد في هبة الأب أو وقفه المال على ولده الصغار و غير ذلك فتدبر.

(١) قد يشكل في قبض الحاكم الثمن بأنّ الحاكم انما يتصرف في مال الغائب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٤

و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ بردّ الثمن (١).

على وجه الحفظ و المصلحة، و هذا غير متحقق في قبض الثمن حيث ان الثمن ملك للبائع قبل أخذ الحاكم و بالأخذ يتمكن على تملك المبيع بفسخ البيع و قد لا يكون هذا الفسخ مصلحة للغائب أو سائر القصر فلا يكون وليا في قبض الثمن. و الجواب ان رعاية المصلحة تنحصر بالموارد التي يكون تصرف الولي فيها اختياريا أي بإرادة لا ملزم له لتلك الإرادة و الأمر في قبض الثمن ليس كذلك فان شرط الخيار أو الفسخ ليس قبض المشتري بل تمكين البائع المشتري أو وليه أو وكيله المطلق من أخذ الثمن، و هذا يحصل بلا-اختيار الولي لأنه لا يعتبر في حصول ذلك قبض المشتري أو وليه ليقال ان قبول الولي مشروط بالمصلحة للموّلّي عليه.

(١) و ممّا ذكر أنّه لو لم يتمكن البائع من ردّ الثمن على الحاكم الشرعي أيضا لفقده و فقد وكيله يجوز له ردّ الثمن الى عدول المؤمنين ليحفظوه للمشتري حسبة على ما هو مقتضى ولايتهم على الغائب أو سائر القصر مع فقد الحاكم و وكيله. ثم أنّه إذا اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يجوز للبائع الفسخ برّد الثمن على الولي الآخر للطفل أي الجدد مطلقا أو مع عدم تمكنه من الردّ على الأب أو لا يجوز وجوه: و يجري مثل ذلك ما إذا اشترى الحاكم للموّلّي عليه بخيار البائع مالا فهل يجوز للبائع في فسخه البيع المزبور دفع الثمن الى الحاكم الآخر فالأظهر التفصيل في المقام بين الدفع الى الجدد أو الى الحاكم الآخر فإنّه يجوز الدفع الى الجدد في فسخ البيع المزبور أخذا بما دلّ على ولاية الأب الشامل لأب الأب على ما تقدم في بحث الولاية. و أمّا الدفع الى الحاكم الآخر فغير جائز فإنّه ليس للحاكم الآخر ولاية على الطفل المزبور فان الدليل على ولاية الحاكم في أموال القصر هو دليل الحسبة و لا يجري ذلك الدليل بعد وضع الحاكم الأول يده على أمر مال اليتيم؛ و لذا لا يجوز للثاني مزاحمة الأول. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٥

[الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن]

إذا أطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن (١).

و الحاصل: عدم جواز قبض الحاكم الثاني بالإضافة إلى المعاملة المزبورة بل مطلقا فيما إذا كانت معاملة الحاكم الأول بعنوان التصدي لأموال الطفل المزبور حيث لا يثبت معه ولاية للحاكم الثاني بالإضافة الى ما يتعلّق بالمعاملة المزبورة بل مطلقا كما لا يخفى. (١) ذكر (قده) في هذا الأمر ما حاصله أنّه إذا كان المشروط في بيع الخيار ردّ الثمن قيّدا للخيار أو للفسخ فلا يكون للبائع فسخ الّا بعد ردّ تمام الثمن عينا أو بدلا، فان ردّ على المشتري بعض الثمن فلا ينفذ فسخه بل يبقى البيع بحاله و عندئذ لو كان دفع البعض بعنوان الثمنية يبقى المال المزبور على ملك البائع، فلا يجوز للمشتري التصرف في ذلك البعض لكونه ملك البائع، و الظاهر أنّه ضامن لأنّ المفروض دفعه اليه بعنوان الثمنية، فمع عدم تحقق الفسخ يكون يده عليه من ضمان اليد و بتعبير آخر لا فرق بين البيع الفاسد و الفسخ الفاسد في ثبوت ضمان اليد في كل منهما. و أمّا إذا دفع البعض إلى المشتري حتى يفسخ المعاملة باجتماع تمام قدر الثمن عنده يكون الموجود بيد المشتري أمانة مالكية، فلا يكون عليه ضمان اليد كما هو مقتضى نفى الضمان عن الأمين.

أقول: إذا فرض فسخ البائع البيع بدفع بعض الثمن و رضا المشتري بالفسخ المزبور لكان ذلك من اقالة البيع فيصحّ للمشتري التصرف في المدفوع لانه ملكه غاية الأمر يبقى باقي الثمن على عهد البائع. و أمّا إذا لم يكن ذلك برضاه فلا يكون أخذ ذلك البعض بعنوان الثمنية فعلا، و لو يكون ثمنا مستقبلا فيكون المدفوع اليه فعلا مع عدم فسخ البائع أمانة مالكية لا محالة فلا يكون ضمان المأخوذ عليه. و أمّا إذا كان المشروط فسخ البيع في المقدار المدفوع من الثمن حتى يتمّ فسخ تمام البيع و بدفع تمام الثمن تدريجا في المدة المضروبة يفسخ البيع بفسخه في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٦

.....

المقدار المدفوع، و على ذلك فلو لم يدفع بقية الثمن و لم يفسخ البيع في تمام البيع حتى انقضت المدّة المضروبة يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة الذي مرجعه الى تخلف الشرط، و هل للمشتري الخيار قبل انقضاء المدّة في فسخ البيع المزبور بدعوى تبعض الصفقة عليه، الظاهر ذلك.

أقول: لم يعلم الوجه في تحقق خيار تبعض الصفقة قبل انقضاء المدّة فإنّ التبعض قبل انقضائها مما أقدم عليه المشتري، و أنّما اشترط عدم التبعض بعد انقضاء المدّة فلا وجه لثبوت الخيار في حق المشتري قبل انقضائها.

ثم أنّه قد يقال ان اشتراط الفسخ في بعض المبيع مطلقاً أو بردّ مقدار يخصه من الثمن غير صحيح لأنّ الثابت شرعاً جواز اشتراط الخيار في البيع المنشأ ابتداءً. و أمّا البيوع الانحلالية فاشتراط الخيار في بعضها أو كلها على نحو الاستقلال فغير ثابت بل مخالف لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المقتضى للزوم البيع.

و بتعبير آخر لم يثبت كون اللزوم بالإضافة إلى البيوع الانحلالية حقياً، بل ظاهر الكتاب لزوم البيع من جهة المنشأ ابتداءً، و من جهة البيوع الانحلالية غاية الأمر ثبت كون اللزوم في المنشأ ابتداءً حقياً. و أمّا بالإضافة إلى البيوع الانحلالية فيؤخذ بظاهرة؛ أضف الى ذلك ما عن بعض الأجلّة (دامت أيامه) انه لا انحلال للبيوع المنشأ ليشترط الخيار في بعضها.

أقول: قد تقدم سابقاً توضيح الانحلال بالإضافة الى الاجزاء الخارجية فيما إذا كان المبيع من بيع الشئين بصفقة واحدة، و بالإضافة الى الأجزاء المشاعة بالإضافة إلى عين واحدة و كون اللزوم بالإضافة إلى البيوع الانحلالية ايضاً حقياً يظهر من ملاحظة ما إذا اشترى الحيوان مع غيره بصفقة واحدة، ثم تلف الحيوان أيام خياره فإنه لا ينبغي الشك في ثبوت الخيار بالإضافة إلى شراء غير الحيوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٧

[الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثل]

كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ (١).

[لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالمبيع]

لا إشكال و لا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط. (٢)

باعتبار تبعض الصفقة مع أنّ هذا من اشتراط الخيار في البيع الانحلالي؛ فتدبر جيداً، و قد ظهر مما ذكر جواز اشتراط الخيار في فسخ البيع بردّ بعض الثمن معيناً أو غير معين، و بعد الفسخ يبقى باقي الثمن في عهدة البائع كل ذلك لكون اللزوم في البيع حقياً يجوز معه اشتراط الخيار مطلقاً أو مقيداً برد تمام مقدار الثمن أو بعضه و الله العالم.

(١) كما يجوز للبائع اشتراط الخيار في الفسخ بردّ الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الخيار في فسخ البيع برد المبيع، و يفترق المقام عن اشتراط الخيار للبائع برد الثمن أنّ مقتضى إطلاق اشتراط ردّ المبيع اعتبار ردّ عين المبيع، فلا يكفي في خيار المشتري ردّ البدل و لو مع تلف العين حيث أنّ القرينة العامة المشار إليها سابقاً منحصرة بمورد اشتراط الخيار للبائع و لا تجرى في اشتراط الخيار للمشتري بردّ المبيع، و قد تقدّم ايضاً ان مقتضى الفسخ مع بقاء العينين رجوعهما الى مالتهما حتى لو كان الثمن كلياً، و قد دفع

المشتري إلى البائع فردا بعنوان الوفاء بالثمن فإنه يرجع ذلك الفرد إلى ملك المشتري لأن بقاءه في ملك البائع بلا وجه؛ وعلى ذلك فلو اشترط دفع البدل مع بقاء العين في ناحية الثمن أو المثلن يكون ذلك في الحقيقة من اشتراط الفسخ بالمبادلة بين تلك العين و بدله و ذكرنا جواز ذلك و أنه لا فرق بين اشتراط دفع البدل مع بقاء العين و بين ردّ التالف المثلى بالقيمة أو بالعكس من هذه الجهة فتدبر جيداً.

(٢) ذكر (ره) أنه لا-اشكال و لا-خلاف في جواز اشتراط الخيار في كل معاوضة لازمة كالبيع و الإجارة و الصلح و المزارعة و المساقات. قال العلامة في التذكرة الأقرب دخوله في كل عقد معاوضة خلافاً للجمهور، و مراده العقد اللازم حيث إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٨

.....

صرّح بعدم دخوله في الوكالة و الجعالة و المضاربة و الوديعة و العارية من العقود الجائزة لأنه لا معنى لاشتراط الخيار مع جواز العقد دائماً.

و الأصل فيما ذكر عموم (المؤمنون عند شروطهم). أقول الظاهر زيادة لفظه بل في قوله بل قال في التذكرة لأن ما ذكره أولاً عين ما نقله عن التذكرة ثم أنه لم يظهر وجه إدخال الصلح في المعاوضة حيث إن الصلح هو التراضي و التسالم بشيء من الطرفين، و قد يكون ذلك الشيء معاوضة بين المالين، و قد يكون امراً آخر، و على كل تقدير فالصلح ليس نفس المعاوضة. نعم لا بأس بإدخال المزارعة و المساقات في المعاوضة حيث يمكن القول بأن تسليم الأرض إلى الزارع بإزاء حصّة من حاصلها معاوضة بين التسليم المزبور، و بين تلك الحصّة بحيث يكون التسليم مملوكاً للزارع و الحصّة على تقدير الزرع مملوكاً لمالك الأرض كما أنها في المساقات معاوضة بين ملك عمل العامل و بين الحصّة من الثمرة.

ثم انه قد اشتهر الاستدلال بعدم جواز اشتراط الخيار في العقود الجائزة بأن اشتراط الخيار فيها لغو محض و لا يقاس باشتراط الخيار في مورد خيار المجلس أو خيار الحيوان حيث يمكن فيه إسقاط خيار المجلس أو الحيوان أو سقوطه و بقاء الخيار المشترط.

و لكن لا- يخفى ان الاستدلال المزبور يتم في العقود الجائزة المطلقة كالوكالة و الوديعة و العارية. و أما العقود الجائزة التي ينتهي الجواز الحكمي فيها فيما بعد كالهبة حيث تلزم بتلف العين أو إتلافها أو تغييرها فلا يكون الاستدلال المزبور مقتضياً لعدم جواز اشتراط الخيار فيها إلى مدة أو إلى الأبد بحيث يكون نتيجة اشتراطه جواز الفسخ و الرجوع حتى بعد تلف العين أو تغييرها. و الحاصل ظاهر كلمات بعض الأصحاب جواز اشتراط الخيار في كل عقد لازم سواء كانت معاوضة كالإجارة أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٤٩

.....

غيرها كالصلح حتى فيما كان لزومه من طرف واحد، فإنّ مع اللزوم من طرف واحد لا- يكون اشتراط الخيار لذلك الطرف لغواً بخلاف الجائز من الطرفين أو من طرف واحد فإنه يصبح اشتراط الخيار من ذلك الطرف لغواً.

و ذكر المحقق و جمع آخر جواز اشتراط الخيار في كل عقد غير النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق؛ و الظاهر أنّ مرادهم غير الجائز، و لذا ذكر في التحرير هذا الكلام بعد منعه عن اشتراط الخيار في العقود الجائزة، و الأصل لهم في الحكم بجواز الاشتراط عموم ما دلّ على وجوب الوفاء بالشروط و ان عدم الدخول في عقد لازم يكون لمخرج عن الأصل المزبور، و لذا ذكر الشهيد في ردّ قول للشيخ بعدم دخول خيار الشرط في بيع الصرف بأنه لم يعلم وجه المنع بعد عموم دليل جواز الاشتراط.

و كيف كان يقع الكلام في موردين: الأوّل عدم جواز خيار الشرط في الإيقاعات. و الثاني جواز اشتراط الخيار في العقود اللازمة.

أما الأول فقد يستدل على عدم جواز شرط الخيار في الإيقاعات بعد دعوى عدم الخلاف فيه كما يظهر ذلك من الحل في السرائر في الاستدلال على عدم جواز شرط الخيار في الطلاق بخروجه عن العقد بأن الشرط ما كان بين اثنين كما يظهر ذلك من الأخبار الواردة في أبواب متفرقة، ولا يتحقق ذلك في الإيقاعات لقيامها بفعل واحد وهو الموجب وقد ناقش المصنف (ره) في ذلك بأن المستفاد من الأخبار توقف الشرط على المشروط له والمشروط عليه، وفي صحيحه عبد الله ابن سنان من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه، ولا يتوقف على الإيجاب والقبول، فإن الشرط يحصل في الإيقاعات أيضاً كما يفصح عن ذلك ما ذكروا من جواز اشتراط خدمة العبد مدة في عتقه تمسكاً بعموم (المسلمون عند شروطهم) غاية الأمر نفوذ الشرط يتوقف على قبول المشروط عليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٠

.....

كما قيل في عتق العبد واشتراط مال عليه من توفقه على قبول العبد، وهذا غير اعتبار وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول. ثم قال في عدم جريان شرط الخيار في الإيقاعات وجوهاً: الأول عدم إحراز عموم الشرط للالتزام أو الإلزام في ضمن الإيقاع حيث يحتمل أن لا يعنى معنى الشرط غير ما يكون في ضمن العقد كما هو ظاهر القاموس حيث ذكر أن الشرط هو الإلزام والالتزام في بيع ونحوه.

الثاني على تقدير شمول معنى الشرط فلا يحزر شمول قوله (ص) (المؤمنون عند شروطهم) لشرط الخيار في الإيقاعات حيث أن شموله لمورد يتوقف على إحراز مشروعية المشروط في نفسه في ذلك المورد لأن خطاب نفوذ الشرط لا يثبت مشروعية المشروط بل يثبت نفوذ ما هو المشروع في نفسه فيما إذا التزم به في ضمن عقد أو إيقاع كما هو مقتضى قولهم عليهم السلام ألا شرطاً حلل حراماً أو حرّم حلالاً، ومشروعية الفسخ في نفسه في الإيقاعات غير محرز.

لا يقال يدل على مشروعيتها فيها ما دل على جواز رجوع الزوج عن الطلاق الرجعي في عدّة زوجته، فإنه يقال الرجوع ليس من فسخ الطلاق بمعنى أن يكون حقاً للزوج، ولذا لا يسقط جوازه بإسقاط الزوج؛ وبتعبير آخر الجواز في الرجوع في الطلاق الرجعي كاللزوم في سائر الإيقاعات من الأحكام لا من الحقوق.

الثالث: الإجماع على عدم جريان شرط الخيار في الإيقاعات، كما يظهر عن جمع من الأصحاب، وقد يقال كما عن بعض الأعظم (دامت أيامه) أن الإيقاع فعل الموقع فقط فلا يكون التزامه أو إلزامه الآخر بشيء في ضمن الإيقاع بل بعد تحقق ذلك الإيقاع لا محالة مثلاً إذا قال مبرء ذمة الغير أبرأتك، مما عليك واشترطت على نفسي الخيار شهراً يكون الاشتراط بعد تحقق الإبراء لا في ضمنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥١

.....

بخلاف ما إذا قال بعتك المال على أن يكون لي الخيار شهراً فإن شرط الخيار يكون قبل قبول المشتري ويقع معه شرط الخيار في ضمن البيع.

لا يقال إذا قال أبرأتك واشترطت عليك كذا من دينك يكون من الشرط في ضمن الإيقاع مع أن البيع أيضاً فعل البائع فقط والقبول من المشتري يعتبر في نفوذ الإيجاب كالأجزاء في بيع الفضولي فيكون الشرط فيه أيضاً بعد البيع.

فإنه يقال ليس المراد من وقوع الإلزام أو الالتزام في ضمن الألفاظ وقوع الألفاظ الدالة على الالتزام الأول بل وقوعه قبل تمام الالتزام الأول مع أن المثال المزبور خارج من الشروط العقلية، وأيضاً لا يثبت الكلية يعني تحقق الشرط في الإيقاعات بعد

تمامها.

و أمّا قضية الشرط في البيع فإنّ إنشاء البيع، و ان يحصل بالإيجاب فقط ألا أنّ القبول معتبر عند العقلاء، فيكون العقد المؤثر عندهم بالحمل الشائع بعد القبول فيقع الشرط في ضمن هذا البيع. نعم لو كان الموجب و كيلا عن الطرفين أو وليا عليهما يكون شرط شيء خارجا عن تحقق البيع و لا محذور في الالتزام بعدم كون ذلك شرطا حقيقه، و مع الإغماض عن ذلك كله، فلا يجوز شرط الخيار في الإيقاعات، و لو قلنا بجريان الشرط في الإيقاعات أيضا فإنّ شرط الخيار فيها يتوقف على البقاء الاعتباري للإيجاب و العقد، و هذا البقاء غير محرز في الإيقاعات بخلاف العقود من المعاملات و غيرها انتهى.

أقول: كون المراد بالشرط الالتزام الذي يكون البيع و نحوه ظرفا له على ما يستظهر من عبارة القاموس غير صحيح و ألا لكان قوله بعث المال بكذا و آجرت الدار سنه بكذا، و قال الطرف قبلتهما بيعا بشرط الإجارة مع أنّه لا- ينبغي الزيب في فساده بل هما معاملتان مستقلتان قد أنشأ في زمان واحد، و لذا لو قال الطرف قبلت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٢

.....

البيع دون الإجارة تتمّ البيع بخلاف ما إذا قال بعث المال الفلاني على ان تخطي لي الثوب الفلاني بكذا، و قال المشتري اشتريت بلا شرط فإنّه لا يحصل التطابق المعتبر بين الإيجاب و القبول، و كذا لو قال بعثك المتاع بكذا على ان يكون لي سكني دارك إلى سنه؛ و قال المشتري قبلت البيع لا الشرط.

و الوجه في ذلك أنّ الشرط بمعنى المصدرى و هو الالتزام معلق عليه في تمام موارد من المعاملات المعاوضيه و غيرها، و لذا قد يصرح الشارح بذلك التعليق و يقول إنّما أبيعك المتاع بكذا لو التزمت بخياطة ثوبي الفلاني و يقول الآخر قبلت البيع على الشرط. و أمّا الشرط بمعنى المشروط فلا يكون معلقا عليه بل لو كان ذلك المشروط من الأمور الإنشائية كاشتراط الخيار فيحصل بالاشتراط المزبور. و أمّا إذا كان من الأفعال المعبر عنه بشرط الفعل فالالتزام المشروط عليه بذلك الفعل ينفذ فيجب عليه العمل المزبور سواء كان من الأفعال التكوينية كخياطة الثوب أو من الاعتبارات و الإنشاءات، كالبيع و اشتراط الإجارة فيه، و لو لم يفعل ذلك يكون للطرف الخيار في فسخ أصل المعامله لكون هذا الخيار أيضا شرطا طوليا آخر على ما يأتي توضيحه في بحث الشروط إنشاء الله تعالى.

و على ذلك فلا فرق في الاشتراط بين العقود و الإيقاعات حيث انه كما يكون تعليق إيجاب الموجب على التزام القابل بأمر، أو بالعكس كذلك يمكن تعليق الموجب إيجابه في الإيقاع، على الالتزام الآخر بأمر كما إذا قال ابرئتك عن دينك على ان تخطي لي هذا الثوب، و يقول الآخر قبلت؛ غاية الأمر يكون القبول في العقود إنشاء لالتزام الطرف بالإيجاب من جهة نفس الإيجاب و تعليقه، و في الإيقاعات من جهة تعليقه فقط.

نعم، ربّما لا يكون الشرط في الإيقاعات شرطا حقيقه فلا يحتاج الى القبول، كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٣

.....

في مثل عتق العبد، و اشتراط الخدمه لمعتقه أو لغيره مدة لأنّ العبد و منافعه ملك لمولاه فيكون اشتراط الخدمه عليه في الحقيقه بمنزلة استثناء بعض منافعه في العتق و إبقائها في ملكه، فلا يجوز للعبد بعد إعتاقه ترك الخدمه فإنّه من تفويت ملك الغير، و لذا ذكر بعض انه لو أعتق العبد و اشترط مالا عليه يحتاج ذلك الى قبول العبد دون شرط الخدمه.

لا يقال على ذلك فلو لم يقبل الطرف الشرط في الإيقاعات فلا يتحقق الإيقاع على ما هو مقتضى التعليق فإنّه يقال؛ نعم بل يمكن أن

يقال ببطلان الإيقاع على تقدير قبول الطرف أيضا حيث أن التعليق في الإيقاعات مبطل لها ولا يقاس بالشرط في العقود حيث أن الإيجاب في العقود معلق على حصول القبول لا محالة فلا يكون فرق بين الاشتراط وعدمه و على كل تقدير فلا يكون ذكر الموجب حق الخيار لنفسه في فسخ الإيقاع داخلا في عنوان الشرط لأن الإيقاع بما هو إيقاع فعل الموجب فقط ليس له طرف حتى يلتزم ذلك الطرف بالحق، و يتحقق معنى الشرط كما أنه ليس الخيار من فعل الغير ليجتاج الى التزام ذلك الغير به و يحصل معنى الشرط حيث تقدم ان حقيقة الشرط تعليق الموجب إيجابه على التزام الغير بحق أو ملك، أو عمل لو كان ذلك الغير طرفا في نفس التعليق.

و هذا لا- ينافي في ثبوت الخيار الشرعي في إيقاع للموجب أو غيره فان الخيار المزبور حكم شرعي، و لا يكون داخلا في عنوان الشرط كما لا ينافي ثبوت جواز الفسخ الحكمي في إيقاع للموجب أو غيره. و من هذا القبيل الرجوع في الطلاق أو انحلال النذر أو اليمين بمنع الوالدين فقد ظهر مما ذكرنا ان ما تقدم من دعوى عدم اعتبار البقاء في الإيقاعات أو اعتبار كون الشرط بمعنى المشروط مطروفا و العقد أو الإيقاع طرفا كل ذلك لا أساس له و يتضح ما ذكر بالتدبر و ملاحظة اعتبار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٤

.....

العقلاء في موارد الشرط في المعاملات و غيرها حيث لا- يفهم العرف فرق بين قوله تزوج فلان بفلانة أو طلق فلان زوجته في ان الإنشاء في كل منهما غير ملغي، و هذا معنى بقائهما لا ان الألفاظ الصادرة من الموجب و القابل في الأول بقصد تحقق الزوجية في النكاح باق، و في الطلاق زائل فإن هذا من المضحكات.

و قد تحصل مما تقدم ان الشرط في الإيقاعات في الموارد التي يكون المشروط من قبيل فعل الغير مع التزامه به شرط حقيقة، و لكن شبهه الإجماع على كون التعليق في الإيقاعات مبطلا- لها توجب الاقتصار في الجواز بالموارد التي ورد فيها النص على الجواز. و اما مثل شرط الخيار فلا يصح لعدم تحقق معنى الشرط حقيقة لعدم طرف للإيقاع أو للمشروط ليكون تعليق الموجب إيجابه على التزامه محققا لمعنى الشرط.

و أما ما ذكر المصنف (ره) في وجه عدم جريان شرط الخيار في الإيقاعات من ان شرط الخيار ينفذ فيما كان المشروط أي الفسخ فيه نافذا و مشروعا بنحو الحق، و كذا سائر الشروط انما تكون نافذة فيما إذا كان نفس المشروط أمر مشروعا في نفسه كما يستفاد ذلك من ان الاستثناء في قوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)؛ و من التقييد في قوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله) و الفسخ في الإيقاعات بعد حصوله غير مشروع أو لم يثبت مشروعيته فلا يكون شرط الخيار فيه نافذا، و قد تقدم ان الرجوع في العدة ليس من فسخ الطلاق، و هذا بخلاف العقود فان شرط الخيار فيها يتعلق بأمر مشروع لان جواز فسخ العقد يستفاد مما ورد في مشروعية الإقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرها بنحو الحق لا يمكن المساعدة عليه فان جواز الإقالة في عقد، و ان يكون كاشفا عن كون وجوب الوفاء على كل من الطرفين في ذلك العقد حقا لصاحبه عليه، و إذا فسخ أحدهما العقد برضاء صاحبه نفذ و يكون شرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٥

.....

الخيار راجعا الى اشتراط المأذونية من صاحبه في الفسخ الا ان اشتراط الخيار ينحصر بموارد مشروعية الإقالة، و لا يعم غيرها و ثبوت خيار الحيوان و المجلس و غيرها في البيع لا- يكشف عن كون وجوب الوفاء بالبيع في غير زمان خيار المجلس و الحيوان و غيرها حقا فضلا عن كشفه عن وجوب الوفاء بغير البيع عن سائر العقود بنحو الحق لا الحكم و الصحيح أنه لا يمكن إثبات مشروعية الخيار

بقوله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم) في الموارد التي لم يثبت ان وجوب الوفاء فيها من قبيل الحقوق. لا يقال المستثنى من عموم (المؤمنون عن شروطهم) الشرط المخالف لكتاب الله و إذا شك في كون شرط مخالفا له فالأصل يعنى الاستصحاب مقتضاه عدم المخالفة و ايضا قد تقدم ان جواز الإقالة في العقد كاشف عن كون وجوب الوفاء فيه حقا فلا بأس بالأخذ بما دلّ على مشروعيتها الإقالة مطلقا و يلتزم بجواز اشتراط الخيار في كل عقد.

نعم يرفع اليد عن ذلك في موارد خاصة مما دلّ الدليل على كون اللزوم فيه حكما أو كان شرط الخيار منافيا لتحقيق أصل ذلك العقد و الأول كما في النكاح و الصدقة و الثاني كما في الرهن.

فإنه يقال المراد بمخالفة الشرط للكتاب يعم مخالفة عمومه و إطلاقه و بما ان خطاب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) انحلالى و مقتضى إطلاق وجوب الوفاء في كل عقد إرشادا إلى لزومه و عدم انحلاله عدم تأثير الإقالة و الفسخ فيه فيكون شرط الخيار و فسخ أحدهما منافيا لإطلاق وجوب الوفاء حيث انه لو كان وجوبه حقا في عقد لزم تقييد وجوب الوفاء فيه بما دام لم تحصل الإقالة فيه أى فسخ أحدهما برضا الآخر فيكون شرط الخيار في موارد عدم مشروعيتها الإقالة شرطا مخالفا للكتاب المجيد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٦

.....

و من الموارد التي لم تشرع فيها الإقالة النكاح حيث ان تشريع الطلاق للفرقة بين الزوجين و جعله بيد الزوج مع ما ورد في بطلان اختيار المرأة نفسها عند تخيير زوجها و انه لا يحصل به البيونة كاشف عن عدم مشروعيتها الإقالة في النكاح حيث لو كانت الإقالة مشروعيتها فيه لكان اختيار المرأة نفسها مع تخيير زوجها كافية فيها، كما لا يخفى؛ و في موثقة عيص ابن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل خير امرأته فاخترت نفسها بانت منه قال لا هذا شيء كان للرسول (ص) خاصية أمر بذلك ففعل، و لو اخترن أنفسهن لطلقن و هو قول الله عزّ و جلّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمُ الْآيَةُ.

و مثل هذه الموثقة و إن كانت معارضة بما دلّ على حصول البيونة باختيار نفسها إلا أنّها محمولة على التقيّة لكون حصول البيونة باختيارها من بعض المخالفين.

أضف الى ذلك التسالم على عدم جواز شرط الخيار في النكاح كما عن جماعة و عدم عموم أو إطلاق في دليل مشروعيتها الإقالة بحيث يعمّ النكاح.

و أمّا الصدقة و يدخل فيها الوقف فيما إذا قصد به القربة فالمعروف عدم جواز اشتراطه الخيار فيها و ربما يقال بعدم جواز اشتراط الخيار في مطلق الوقف لانه فك ملك أو لأنه ينافى التأييد المأخوذ في عنوان الوقف؛ و يستدلّ على ذلك بصحيفة إسماعيل ابن الفضل عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير قال ان احتجت إلى شيء من المال فأنا أحقّ به ترى ذلك له و قد جعله لله يكون له في حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقة قال يرجع ميراثا إلى أهله.

أقول: أمّا الوقف فالأظهر عدم جواز اشتراط الخيار للواقف حتى فيما إذا لم يكن الوقف بقصد القربة لعدم مشروعيتها الإقالة في الوقف حيث انه من الإيقاع بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٧

.....

لو كان من العقود، لما جرى فيه شرط الخيار و لو مع عدم قصد القربة فيه لعدم عموم و إطلاق فيما دلّ على مشروعيتها الإقالة بحيث يعمّه. و أمّا الرواية فلا ظهور لها في اشتراط الخيار في الوقف فإنه من المحتمل جدا أن يكون المراد بالسؤال الوقف إلى غاية عروض

الحاجة للواقف أو الوقف على نفسه على تقدير الحاجة، ثم على السائرين، و يظهر ذلك من صاحب الوسائل أيضا حيث أوردها في باب عدم جواز الوقف على نفسه و يؤيده أن مدلول الرواية بطلان الوقف بالشرط المزبور لا بطلان الشرط فقط. و أما الصدقة فيمكن أن يقال بعدم جواز شرط الخيار فيها أخذ بما دلّ على أنّ التملك لوجه الله لا يرجع فيه سواء كان الرجوع بلا اشتراط الخيار أو معه؛ و في صحيحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا ينبغي لمن أعطى لله شيئا أن يرجع فيه). و في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام و لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى به وجه الله إلى غير ذلك و حملها على الرجوع المعهود في الهبة، و ان ذلك الرجوع غير مشروع في الصدقة، فلا ينافي في الرجوع باشتراط الخيار لا يمكن المساعدة عليه فان إطلاق عدم الرجوع يعمّ ما إذا كان ذلك الرجوع باشتراط الخيار؛ و يؤيده ما ورد في النهي عن شراء الصدقة أو استيهاها. و في صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال (إذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له ان يشتريها و لا يستوهبها و لا يستردّها إلّا في الميراث). نعم لا بدّ من حمل النهي عن الشراء و الاستيها على الكراهة بقريئة أنّ النهي عنهما باعتبار قطع السبيل إلى تملك المال المزبور ثانيا الذي فيه خضاضة، و العجب من المصنف (ره) انه منع أولا عن الأخذ بالكبرى المزبورة أي ما كان من التملك لله فلا يرجع فيه ثم أخذ بها ثانيا، حيث نقل الاستدلال على عدم جواز اشتراط الخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٨

.....

في الوقف بكونه فك ملك و باشتراط القرية فيه؛ و أجاب بمنع الكبرى في الصغرى، و استدللّ فيما بعد على عدم جواز اشتراط الخيار في الصدقة بما دلّ على أنّه لا يرجع فيما كان لله. و الصحيح منع الصغرى و الكبرى في الأول حيث أنّ الوقف مطلقا ليس بفك ملك كما تقدم في بحث عدم جواز بيع الوقف ان أريد بالفك تحرير العين، و ان أريد به فكّ ملك نفسه فجميع المعاملات التملكية فكّ ثم لا دليل على عدم جواز الرجوع في مطلق موارد الفك.

و منع الصغرى في الثاني لأنّ الوقف لا يعتبر فيه قصد التقرب و مع القصد يدخل في عنوان الصدقة كما لا يخفى. و من موارد الخلاف جواز اشتراط الخيار في الصلح فان بعض الأصحاب ذكروا أنّه إذا تعلّق بإبراء الدين، أو إسقاط الدعوى قبل ثبوتها فلا يدخل فيه شرط الخيار، و ان تعلق بالمبادلة و المعاوضة جاز فيه شرط الخيار، و لكن يظهر جواز شرط الخيار فيه بناء على جواز الإقالة فيه، و كونه من العقود، و قد تقدم ان عود الدين إلى الذمة بعد سقوطه أو عود حق الدعوى بعد سقوطها باعتبار كون العود اعتباريا أمر ممكن، كما في فرض بيع الشيء بما عليه من الدين و التفرقة بينهما بأنّه فرق بين تضمن العقد الإيقاع كما في مورد الصلح، و بين كون الإيقاع من فوائد عقد و نتايجه كما في بيع الشيء بما عليه من الدين لا يمكن المساعدة عليه لأنّ العود بمعناه الخارجي غير مراد في الفرضين و الاعتباري المطلوب في المقام جار فيهما بعد ما ذكرنا من بقاء الإيقاع كالعقد في قابليته، للإلغاء.

و بهذا يظهر الحال في الضمان فان مجرد كون مفاد العقد انتقال الدين عن ذمة إلى ذمة أخرى لا يمنع عن دخول الإقالة فيه، و لو كان في دليل مشروعية الإقالة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٥٩

ذكر في التذكرة تبعا للمبسوط دخول خيار الشرط في القسم (١).

إطلاق أو عموم يعمّ عقد الضمان فلا بأس باشتراط الخيار فيه.

و أما عقد الرهن فقد يقال بان اشتراط الخيار فيه للرهن غير صحيح، لأنه مناف لمقتضى الرهن و هو كون المال المفروض أنه للرهن وثيقة لما عليه من الدين كما أنه لا- معنى لاشتراط الخيار فيه للمرتهن لجواز الرهن من قبله، و أيضا يقال ان ما ذكر من ان كل عقد يدخل فيه الإقالة يدخل فيه شرط الخيار منتقض بالرهن حيث أنه يدخل فيه الإقالة و لا يدخل فيه شرط الخيار، و هذا نقض على الكبرى المزبورة.

أقول: شرط الخيار لا- ينافي مقتضى الرهن لانه لا- يعتبر فيه إلما ان يجعل للدين موردا للاستيفاء. و اما كون المرتهن على ثقة من الاستيفاء بمعنى الوصف فلا يعتبر بل هو وصف حقيقي يترتب على الرهن غالبا، و يعبر عن الرهن بذلك الوصف المترتب عليه؛ و لذا يصح جعل الحيوان المريض مع احتمال تلفه رهنا؛ و الحاصل جعل المورد لاستيفاء الدين المعبر فيه بالوثيقة أمر إنشائي يتحقق مع شرط الخيار أيضا، لأن المال مورد له على تقدير بقاء الرهن ثم على تقدير الإغماض فاشتراط الخيار فيه مشروطا بحصول رهن آخر لا ينافي الوثوق.

ثم انه لا- مورد في الرهن للإقالة أيضا فإن مع ندم المرتهن على الرهن يفسخه لجواز الرهن، و كذا مع ندامه الرهن أيضا حيث ان المرتهن يفسخ الرهن استقلالاً و لو استجابة للرهن و ما دلّ على مشروعيتها الإقالة موردها ما إذا لم يتمكن كل من طرفي العقد على فسخه إلا اجتماعا و لو لم يكن هذا ظاهر الإقالة: لا أقل من احتمالها و معه لا يمكن الأخذ في الرهن بما دلّ على مشروعيتها الإقالة. نعم التمكن على فسخ العقد في بعض الحالات و الأزمان لا يمنع عن الإقالة فيه على ما تقدم.

(١) القسمة تعيين الحصّة في بعض المال المشترك بحيث يتميز تلك الحصّة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٠

و ذكر فيهما أيضا دخول الخيار في الصداق (١).

عن حصّة صاحبه خارجا و لا يخفى انّ هذا التعيين يحصل بالفعل تارة، كما إذا عدّل السهام أولا، سواء كان في التعديل ردّ أم لا، ثم عين لكل من الشركاء سهمه في السهام بالقرعة على ما هو المذكور في كتاب القسمة، و قد يكون تعيين كل من السهام و تمييزه خارجا بالقول كما في قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لى ما عندي.

و لو كان شرط الخيار في القسم الثاني كان بلا اشكال، و لو مع الالتزام بكون القسمة سواء كانت قسمة إفراس أو تعديل أو ردّ، ليس من البيع و لا الصلح لكون المنشأ فيها هو التمييز المزبور، و الوجه في عدم الإشكال دخول الإقالة فيها. و اما إذا كانت بالفعل كما في الفرض الأول فاشتراط الخيار فيه مشكل بناء على اعتبار ذكر الشرط في متن العقد و القسمة في الفرض الأول باعتبار كونها بالقرعة و هي سنخ الفعل لا ترتبط بما ذكر قبلا ليكون نتيجة القرعة خياريا.

و مما ذكر يظهر الإشكال في جريان شرط الخيار في المعاطة بناء على لزومها من أول الأمر أو بعد حدوث أحد الملزمات، و لكن قد تقدم الصحيح عدم اعتبار ذلك في شرط شيء في المعاملة سواء كانت قولية أو فعلية؛ و أنّما المعتبر كون المعاملة مبنية بالالتزام بذلك الشيء و هذا البناء كما يحصل بذكره في المعاملة كذلك يحصل بالتباني عليه خارجا و إنشاء العقد مبنيا على ذلك التباني قولاً أو فعلاً.

(١) الصداق في النكاح هو المال أو الحق يجعل للزوجة لكون هذا الجعل من رسوم النكاح عرفا و شرعا سواء كان هذا في عقد النكاح أو بعده بالتراضي عليه، و ليس عوضا عن بضع المرأة، لأنّ النكاح ليست بمعاوضة فيهما كما لا يكون شرطا في النكاح كسائر الشروط في المعاملات بحيث يوجب تخلفه الخيار في النكاح، كما إذا ظهر المهر ملكا للغير بل هو نوع تعويض للزوجة في نكاحها تملكه الزوجة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦١

.....

بالفرض في عقد النكاح أو بعده أو بالدخول مع عدم فرضه فيه و عدم التراضي به بعده، و ذكر في التذكرة و المبسوط دخول خيار الشرط في الصداق، و ذكر المصنف (ره) في وجهه لأنّ الصداق يقبل الفسخ، كما لو زوجها وليها بدون مهر المثل فإنه يكون لها مهر المثل، و لكن لا يخفى ما فيه فإنه قد ذكر جملة من الأصحاب أنّ الولي لو زوجها بدون مهر المثل كان لها مهر المثل، و هذا باعتبار فضولية المهر لا قبوله الفسخ بعد صحته، فإنّ نفوذ فعل الولي في المهر كالنكاح مشروط بعدم كونه على خلاف صلاح المولى عليه، كما يشهد لذلك مثل موثقة عبيد بن زرارة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر، فقال الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضارا ان لم يكن الأب زوجها قبله و يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ. و قد يقال ان الاشتراط بعدم الفساد بالإضافة إلى نفس النكاح. و اما بالإضافة إلى المهر فلا، لأنّ نفوذ عفو الولي عن المهر، كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه (أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ) يقتضى ذلك أنّ يقال عفو الولي أيضا مشروط بذلك أخذًا بظهور الولي حيث ان ظاهر الولاية ملاحظة صلاح المولى عليه، و لا أقل من عدم الإفساد و للكلام محل آخر. و ربّما يستدل على مشروعيتها الفسخ في الصداق بما ورد في نكاح المرأة على أنّها بكر فظهرت ثيبا، و فيه ان ظاهر الصحيحة الواردة في المسألة ثبوت الأرش لا ثبوت الخيار، و كيف ما كان فان ثبت إطلاق أو عموم في دليل مشروعيتها الإقالة بحيث تعمّ الصداق فلا بأس باشتراط الخيار فيه، و الّا فمشروعيتها الخيار لا يمكن إثباتها بعموم (المسلمون عند شروطهم) كما تقدم؛ و ما ورد في مشروعيتها الإقالة بعضه يختص بالبيع و لا يعمّ غيره و العمدة رواية سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٢

[الرابع خيار الغبن]

إشارة

و أصله الخديعة (١).

قال (أربعة ينظر الله عزّ و جلّ إليهم من أقال نادما أو أغاث لهفان أو أعتق نسمة أو زوج عزا). و ظاهر الإقالة نقض البيع و نحوه بموافقة الطرف الآخر، و هذه الرواية، و ان كان ظهورها في مشروعيتها الإقالة في كل عقد لا بأس به الّا أنّ فس سندها ضعف لأنّ الصدوق رواه عن حمزة بن محمد العلوي، و لم يعرف منه الّا كونه من مشايخ الصدوق (ره)، و لا يبعد أن يقال بمشروعيتها الإقالة في كل معاوضة مالية أو عقد تتضمن المعاوضة المالية لثبوت السيرة العقلائية فيها من المتدينين و غيرها، و لم يرد من الشارع المنع عنه بل ورد النقل في الترغيب فيها كما ذكر؛ و اما غير تلك المعاملة من العقود كانت متضمنة للإيقاع أم لا، فلا دليل عليها. نعم لو أمكن إعادة الحالة الأولى بالمعاملة الجديدة فالمعاملة الجديدة ليست اقاله كما لا يخفى، و لكن تعود الحالة الأولى بتلك المعاملة.

(١) الغبن في اللغة الخديعة قال في الصحاح إذا كانت الخدعة في معاملة يستعمل فيه بتسكين العين، و إذا كانت في القول و الاعتقاد يستعمل بتحريك العين، و في اصطلاح الفقهاء يطلق على تملك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر بالحال، بلا فرق بين كون التملك ابتدائيا، كما إذا باع ماله بأكثر من ثمنه أو تبعا، كما إذا اشترى المبيع بأقل من قيمته، و يسمّى المملك بالكسر غابنا و الآخر مغبونا، و ربما لا- يكون في التملك المزبور خديعة كما إذا كانا جاهلين بالحال، و لكن حيث يكون غالبا على وجه الخديعة يطلق

على التملك المزبور غبنا مطلقاً؛ و الظاهر أنّ الجهل بالحال معتبر في صدق الغبن، و لو كان المشتري عالماً بالحال، و مع ذلك اشترى المال بالزيادة على ثمنه لبعض الدواعي فلا يطلق على شرائه أنّه غبن.

و أما كون الزيادة على قيمته بما لا يتسامح فيه فهي شرط خارجي بمعنى أنّه معتبر في ثبوت خيار الغبن مع صدقه بدونه ايضاً، كما إذا كانت الزيادة ممّا يتسامح فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٣

.....

ثم انّ ثبوت الخيار مع شرط الجهل بالحال و كون الزيادة مما لا يتسامح فيه مشهور بين الأصحاب قديماً و حديثاً، و ان نقل إنكاره عن المحقق في درسه و عن بعض آخر السكوت عنه، و لكن عدم التعرض لهذا الخيار لا يدلّ على منعه. نعم حكى عن الإسكافي منعه.

و كيف ما كان فقد يستدلّ بما في التذكرة بأنّه مقتضى عدم كون البيع المزبور تجارة عن تراض فإنّ التراضي من المشتري مثلاً بشراء المبيع مبنئ على عدم كون ثمنه السوقية بأقلّ من الثمن المسمّى بكثير؛ و بتعبير آخر كون المبيع مساوياً قيمته السوقية مع الثمن المزبور و وصف معتبر في المبيع، و حيث أنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف غير المقومة فيكون فقده موجبا لثبوت الخيار لا بطلان البيع فإنّ ثبوت الخيار باعتبار أنّ لزوم البيع المزبور إلزام عليه بما لم يلتزم و لم يرض به. و قد ناقش المصنف (ره) في هذا الوجه بأنّ كون قيمة المبيع مساوية للثمن المسمّى قد يكون داعياً إلى الشراء لا أنّه وصف معتبر في المبيع بل لو كان وصفاً معتبراً فيه فلا اعتبار به لعدم ذكره في عقد البيع، و قد تقدم اعتبار ذكر الشرط في متن العقد و ألّا فلا يلزم بل ربّما لا يكون داعياً ايضاً، كما إذا كان المشتري بحاجة إلى المبيع فيقدم على شرائه بأيّ نحو.

و الأولى الاستدلال عليه بدخول البيع المزبور في أكل المال بالباطل فيما إذا أطلع المشتري بالحال و لم يرض به فإنه بعد الإطلاع و الرضا يتم البيع لفحوى ما دلّ على تمام بيع الفضولي، و بيع المكروه بلحوق الرضا بهما. و أما قبل الإطلاع بالحال فالبيع المزبور، و ان كان داخلاً في أكل المال بالباطل ألّا أنّه يحكم بالخروج عن الآية بالإجماع، و لكن الاستدلال بالآية على البطلان في صورة اطلاع المغبون بالحال و رده البيع المزبور معارض لقوله سبحانه (إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِتِجَارَةٍ عَنْ تَرَاضٍ) بتقريب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٤

.....

انّ البيع المزبور لم يشترط فيه الوصف بل وقع التراضي ببيع المال بالثمن المزبور، و مع التعارض يرجع إلى أصالة اللزوم. بل يمكن تقريب المعارضة بوجه آخر و هو أنّ بيع المال بأكثر من ثمنه مع عدم الخدعة في البين داخل في التجارة عن تراض فينتفى الخيار مع الخدعة أيضاً لعدم القول بالفصل، كما أنّ البيع المزبور مع الخدعة داخل في عنوان الأكل بالباطل فيلحق به صورة عدم الخدعة لعدم القول بالفصل، و بعد التعارض من الجانبين يرجع إلى أصالة اللزوم.

أقول: في كلامه موارد للنظر منها أنّ المهم في المقام إثبات الخيار للمغبون بالإضافة إلى المعاملة الغبئية كسائر الخيارات التي تكون عبارة عن ملك فسخ العقد و إلزامه بإسقاط الخيار، و هذا غير لحوق الرضا بالبيع في مورد الفضولية و الإكراه، فإنّ اعتبار لحوقه فيهما شرط شرعي لتتمام المعاملة، و لو استفيد حكم البيع في المقام بعد العلم بالغبن و الرضا به من فحوى أدلة بيع الفضولي و المكروه عليه لكان اشتراط الرضا في المقام كاشتراطه فيهما حكماً غير قابل للإسقاط.

و منها أنّه لا يمكن أن يلتزم بأنّ تصرف كل من الغابن و المغبون و تملكهما مال صاحبه بالبيع المزبور قبل العلم بالحال أكل للمال

بالباطل، ولكنه بحسب الشرع لا بأس به للإجماع فإنّ دعوى الإجماع التعبدى فى المقام موهومة و لا يحتمل ان كان لدى الأصحاب مدرک فى المقام لم يصل إلینا، كما يظهر الوهم بجلاء تامّ بملاحظة المحكى عن المحقق، و كلمات العلامة و غیرهما. و منها أنّه إذا كان البيع المزبور مع الجهل بالحال داخلا فى التجارة عن تراض كما هو مقتضى جعل وصف تساوى الثمن المسمّى مع ثمن المثل داعيا الى البيع فكيف يدخل هذا فى الأكل بالباطل مع ان التجارة عن تراض مع الأكل بالباطل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٥

.....

عدلان حتى بناء على الصحيح من كون الاستثناء فى الآیة منقطعاً، فلا معنى لوقوع المعارضة بينهما فى البيع غبنا كما لا يخفى. أقول: الأظهر ثبوت الخيار للمغبون لا لفقد التراضى فى المعاملة الغبتيّة لما تقدم من أنّ المراد بالتراضى التراضى المعاملى الذى لم يكن بإكراه لا- طيب النفس الواقعى، و ألّا لبطل فى موارد تخلف الوصف حتى فيما كان الوصف غير مقوم للمبيع لفقد طيب النفس بالمعاملة مع فقده و دعوى تعدد المطلوب فى موارد التخلف يدفعها ما إذا صرح المشتري قبل البيع أو معه بأنّه لا غرض له الّا فى الواجد للوصف و ظهر المبيع مع ذلك فاقداً له فإنّه لا أظنّ أن يلتزم فقيه بطلان تلك المعاملة لفقد الوصف.

و الحاصل: أنّ التجارة فرد عن التراضى المعاملى، و لذا ذكر بعض المفسرين ان قوله سبحانه (عَنْ تَرَاضٍ) خبر بعد خبر بمعنى أنّه يجوز الأكل بالتجارة و عن التراضى و على ذلك فيبيع البائع ماله بأزيد من ثمن مثله مع قبول المشتري ذلك البيع و لو مع جهله بالحال يوجب حصول التراضى المعاملى غاية الأمر الشرط الارتكازى فى كل معاملة مبنية على المغابنة موجود و هو أنّه له الخيار على تقدير كون الثمن أزيد من ثمن المثل بكثير بما يعد إجحافاً عليه نظير اشتراط الخيار له على تقدير عدم كون المبيع صحيحاً، و الشرط الارتكازى المبنى عليه المعاملة لا يحتاج الى ذكره فى المعاملة، و أنّما يحتاج إلغاء ذلك الشرط الى التصريح به فى المعاملة أو قبلها. و بذلك يظهر أنّه لا مورد فى المقام للتشبيث بقاعدة نفي الضرر لإثبات الخيار فإنّ تلك القاعدة لو كانت جارية لكانت مقتضاها عدم صحة المعاملة لا نفي لزومها فإنّ الضرر بمعنى نقص المال يدخل بصحة البيع المزبور لا بلزومه؛ و أنّما يكون نفي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٦

و أقوى ما استدللّ به فى التذكرة و غيرها (١).

لزومه تداركاً للضرر و معنى القاعدة نفي الضرر لا لزوم التدارك؛ و وجه عدم جريان القاعدة أنّ نفي الحكم الضررى للامتنان و لا امتنان فى نفي صحة معاملة خيارية حيث يمكن للمتضرر تداركه بفسخها.

(١) و قد يقال بأنّ ثبوت الخيار للمغبون مقتضى نفي الضرر حيث أنّ المراد عن نفيه نفي حكم يوجب الضرر سواء كان ذلك الحكم من قبيل الإلزام بفعل أو تركه أو من قبيل إمضاء تصرف و الحكم عليه بلزومه كما يفصح عن ذلك المروى من أنّه لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام فإن الإسلام عبارة عن القوانين الإلهية و الأحكام الشرعية، و على ذلك فيمكن إثبات خيار الغبن فى كل معاملة يكون لزومها ضرراً على أحد الطرفين سواء كانت المعاملة بيعاً أو إجارة أو صلحاً لم يكن مبنياً على المسامحة كالتراضى بالمبادلة على كل تقدير.

و أورد المصنف (ره) على ذلك بأنّ مقتضى قاعدة نفي الضرر لا يكون ثبوت الخيار للمغبون بحيث يكون له إمضاء البيع و فسخه رأساً بل نفيه يكون بقاء المعاملة على لزومها مع استحقاق المغبون استرداد المقدار الزائد نظير ما ذكر بعضهم فى المعاملة المحاباتيّة التى أجراها فى مرض موته حيث تبقى التملك و المعاملة بحالها و يكون للوارث استرداد المقدار الزائد على الثلث، كما إذا اشترى متاعاً يساوى ألفين بستة آلاف، و المفروض كون تمام تركته ستة آلاف فان الوارث يسترجع ألفين و ينفذ المعاملة فى مقدار الثلث.

و لكن لا يخفى ما في هذا الاحتمال فإنه لو كانت المقدار الذي يستردّه المغبون أو الوارث فسحا للمعاملة في ذلك المقدار فلازمه ردّ مقابلة من المبيع إلى الغابن أو البائع كما هو مقتضى فسخ المعاملة في بعضها، و ان كان بعنوان التبريم، كما يذكره المصنف (ره) فيما بعد؛ فهذا من قبيل تدارك الضرر لا من نفى الحكم الموجب
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٧

.....

للضرر.

و قد ذكر المصنف (ره) و غيره أنّ نفى الضرر معناه نفى الحكم الموجب للضرر لا إثبات حكم يوجب تدارك الضرر، و بهذا يظهر الحال في الاحتمال الثاني من أنّه يجب على الغابن الالتزام بأحد الأمرين: أحدهما: إعطاء المقدار الزائد بعنوان التبريم و المال الذي أتلفه على المغبون. و ثانيهما: فسخ المغبون بان يثبت الخيار للمغبون مع امتناع عن دفع الغرامة، و لكن لا- يثبت الخيار للمغبون في الاحتمال الأول، و ما في كلام المصنف (ره) من أنّ مرجح الاحتمالين إلى ثبوت الخيار للمغبون في فرض عدم دفع الغرامة لعله سهو القلم؛ و وجه الظهور ما ذكرنا من أنّ دفع الغرامة تدارك للضرر الحاصل و مقتضى قاعدة نفى الضرر نفى حكم يوجب لا إثبات حكم يوجب تداركه.

و أمّا ما ذكر المصنف (ره) من أنّ الالتزام بأحد الاحتمالين أولى من الالتزام بثبوت الخيار للمغبون، فإنه ربّما يتعلّق غرض المشتري بتملك المتاع ذي القيمة فيكون تملك غيره ضررا من جهة نقض الغرض فلا يخفى ما فيه فإنّ الضرر هو النقص في المال أو العرض أو النفس و نقض الغرض لا- يكون نقصا في شيء منها و ألّا فيمكن أن يقال بتعلق غرض البائع أيضا بتملك الثمن، و جواز فسخ المغبون ضرر عليه، و المتحصل العمدة في ثبوت خيار الغبن ما ذكرنا من أنّه مقتضى الشرط الارتكازي، و ألّا فلا يمكن الاعتماد على التسالم و الإجماع لكونه مدرّكيا، و لا لما روى عن النبي (ص) من أنّه أثبت الخيار في تلقى الركبان لأنّ ضعف سنده و احتمال كونه خيارا آخر يثبت للركب لا يصلح مدرّكا في المقام.

و أمّا الروايات الواردة في كون غبن المؤمن على المؤمن حرام أو غبن المسترسل سحت فلا دلالة في شيء منها على ثبوت الخيار بل مقتضاها أما حرمة نفس الغبن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٨

[اشتراط الأمران في هذا الخيار]

[الأول عدم علم المغبون بالقيمة]

الأول عدم علم المغبون بالقيمة (١).

تكليفا في المعاملة أو غيرها أو بطلان المعاملة الغبتيّة، و شيء منها غير المهم في المقام كما لا يخفى.

(١) ذكر (قده) انه لو علم المشتري بزيادة الثمن المسمّى عن ثمن المثل أو علم البائع بنقصان الثمن المسمّى عن القيمة السوقية فلا خيار لهما، بل لا غبن في الفرض لما تقدم من دخول الجهل بالحال في مفهومه، و الوجه في عدم الخيار عدم حكومة قاعدة نفى الضرر في فرض العلم لأنها لا- تعمّ موارد الإقدام على الضرر فإنّ الضرر فيها مستند إلى اختيار الشخص لا إلى الشارع و حكمه. و الحاصل انه يثبت خيار الغبن مع الجهل بالحال سواء كان الجهل مركبا بان يعتقد المشتري عدم زيادة الثمن المسمّى عن القيمة

السوقية أو يعتقد البائع عدم نقصان القيمة المسماة عن القيمة السوقية، أو كان جهلا بسيطا بان كان ظانا عدم الزيادة أو النقص أو ظانا بهما أو شاكاً فيهما.

و لكن ناقش أولا- في حكومه قاعدة نفى الضرر لنفى لزوم البيع في صورتى الظن بالزيادة أو النقص أو الشك فيهما بأن المعاملة المزبورة مع الظن بأحدهما أو الشك فيهما اقدم على الضرر، ولذا يستحق الذم على ذلك الإقدام.

و أجاب ثانيا: بأنه ليست المعاملة المزبورة مع الظن بأحدهما أو الشك فيهما اقداما على الضرر، لأن المعاملة المزبورة تصدر عن الظان والشاك لرجاء عدم الغبن؛ ولذا يمسك عن المعاملة المزبورة على تقدير علمه بالغبن.

أقول: قد تقدم ان الخيار يثبت للمغبون باعتبار الشرط الارتكازى الثابت بين المتعاقدين فى المعاملات المبنية على المداقة؛ و من الظاهر عدم المعنى للاشترط المزبور مع علم المغبون بالحال، و مع الإغماض عن ذلك و البناء على كون المدرك للخيار فى المقام قاعدة نفى الضرر النافية لزوم البيع فقد يقال ان إقدام المغبون على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٦٩

فبان أزيد بما لا يتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا يبعد الخيار (١).

الضرر لا- يوجب خروج حكم الشارع باللزوم عن كونه ضرورياً، و لذا لا يكون الإقدام على الوضوء أو الغسل أو الصوم و غيرها من الواجبات الشرعية مع الإقدام عليها فى موارد الضرر محكوما بوجوباتها، و لو كان الإقدام موجبا لعدم استناد الضرر الى حكم الشرع و وجوبه لكان الواجب مع الاقدام محكوما بالوجوب.

و لكن لا يخفى ما فيه فان الإقدام على الفعل فيما إذا كان الحكم المتعلق به وجوبا يرتفع مع كونه ضروريا لأن إيجاب الفعل معلقا على الإقدام عليه من قبيل طلب الحاصل، و لا يقاس بالحكم الوصفى الثابت لموضوعه. أضف الى ذلك انه لو قيل بحرمة الإضرار على النفس فانتفاء وجوب الغسل أو الوضوء فى الفرض المزبور ليس لمجرد نفى الحكم الضررى بل لحرمة الإضرار بالنفس حيث ان ما دلّ على حرمة من قبيل الخطاب المتضمن لحرمة الوضوء أو الغسل، و غيرهما من الأفعال بعنوانها الثانوى و ما دلّ على وجوبها من قبيل الخطاب المتضمن للحكم لها بعنوانها الأوليّة، و لذا لو قلنا بجواز الإضرار بالنفس فى غير الموارد المخصوصة لكان الوضوء أو الغسل المزبورين محكوما بالصحة أخذ بما دلّ على استحباب التطهر و الوضوء.

و الحاصل: ان المحذور المزبور أمر يختص بالواجبات التكليفية، و لا يقاس بها المعاملات التى يمكن أن يقال نفى لزومها مع الإقدام عليها لا يناسب الامتنان نظير ما يقال من عدم حكومه لا ضرر فى موارد الهبة و الصدقة المندوبة، و غير ذلك من موارد تملك المال مجانا، حيث ان نفى صحتها لا يناسب الامتنان كما لا يخفى.

(١) لا يخفى ان ما يتسامح به معناه عدّ الإقدام على الثمن المزبور إقداما عليه ايضا و يقابله ما لا يتسامح به و أنه لا يكون الإقدام على الثمن المزبور إقداما عليه، و على ذلك فظهور الغبن بما لا يتسامح به لا يوجب الخيار سواء كان مقدار المعلوم من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٠

ثم ان المعتبر القيمة حال العقد (١).

الغبن مع الظاهر بما لا يتسامح فيه أو كان الغبن المعلوم بمقدار لا يتسامح فيه و ظهر أزيد منه بما يتسامح فيه. نعم لو ظهر الغبن بما لا يتسامح فيه بانفراده بالإضافة إلى الغبن المعلوم فلا يكون إقدام بالإضافة الى ذلك المقدار الظاهر فيثبت الخيار من غير فرق بين كون المدرك لخيار الغبن قاعدة نفى الضرر أو الشرط الارتكازى.

و دعوى أنه لو كان المدرك له الشرط الارتكازى فلا يثبت الخيار لأن العلم بالغبن بمقدار لا يتسامح فيه يلزم إلغاء الشرط التساوى

بين الثمن المسمى و القيمة السوقية المرتكز في المعاملات لا يمكن المساعدة عليها فإنّ إلغاء مرتبة من شرط عدم الغبن لا يلازم إلغاء اشتراط سائر مراتبه، و مما ذكرنا يظهر أنّ خيار الغبن يثبت في الفرض الأخير فقط من الفروض الثلاثة في عبارة الماتن.

(١) إذا كان الثمن زائدا على القيمة السوقية للعين بما لا يتسامح فيه، و لكن حصول التعادل بين القيمتين قبل اطلاع المغبون على غبنه، ففي ثبوت الخيار له إشكال لأنّ نفى اللزوم بقاعدة نفى الضرر لتدارك ضرر المغبون، و المفروض حصول التدارك قبل العلم بالغبن، بل لا يبعد عدم الخيار فيما إذا تساوت القيمة السوقية مع الثمن المسمى قبل الفسخ، و لو كان حدوث التساوى بعد اطلاع المغبون، كما ذكر ذلك العلامة (ره) في خيار العيب حيث ذكر سقوط الرد ببراء المعيوب قبل الفسخ.

و لا يبعد ان يكون الأمر كذلك، و لو قلنا بأنّ المدرك لخيار الغبن هو الشرط الارتكازي لأنّ الموضوع للخيار بحسب الارتكاز هو اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية بما لا يتسامح فيه حال العقد، و لكن هذا كما يأتي موجب لحدوثه الخيار و بقاء ذلك التفاوت معتبر في بقاء الخيار؛ و لذا يأتي منا بعد ذلك أنّه لو فسخ العقد قبل العلم بالغبن، ثم ظهر الغبن نفذ الفسخ السابق فيما لو حصل التساوى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧١

ثم انه لا عبرة بعلم الوكيل (١).

بين القيمتين حال العلم بالغبن السابق، و أولى بعدم الخيار ما اذا كان القبض شرطا في صحّة المعاملة كالصرف و السلم، و حصل التساوى بين القيمتين قبل حصول القبض فإنّه لا- يحصل بالعقد المزبور ضرر و نقص للمشتري أو البائع لينفى صحّة البيع أو لزومه بقاعدة نفى الضرر، و لو قلنا بوجود التقابض فإنّ المنفى على تقدير الالتزام به و جوب التقابض لا صحّة البيع و لزومه ليثبت الخيار للمغبون، فان الخيار حكم للبيع بعد تمامه و حصوله لا إلغاء العقد قبل تمامه.

و أمّا إذا كانت القيمة السوقية حين العقد مساوية للثمن المسمى ثم حصلت الزيادة أو النقصان فإنه لا يوجب الخيار لأنّ الموضوع للخيار للشرط الارتكازي هو اختلاف القيمتين حال العقد و بقاء الخيار بعد تمام العقد ببقاء ذلك الاختلاف.

نعم لو كان المدرك للخيار قاعدة نفى الضرر فيمكن أن يقال بأنّ مقتضاه ثبوت الخيار فيما إذا علم بعد القبض بحدوث الزيادة أو النقصان قبله فيما كان القبض شرطا لصحة البيع لأنّ البيع المزبور صحته أو لزومه ضرر على المغبون.

لا يقال مقتضى قاعدة نفى الضرر انتفاء لزوم العقد حتى فيما لو حصلت الزيادة أو النقصان بعد العقد أو بعد القبض فإنه يقال لا يكون مقتضاه ذلك، فإنّ قاعدة نفى الضرر لا يعمّ ما إذا كان نفيه إضرارا للغير، و نفى اللزوم بالزيادة أو النقصان الحاصلة بعد العقد أو بعد القبض إضرار بالطرف الآخر، كما لا يخفى.

(١) إذا كان وكيلا- في مجرد إجراء صيغة الشراء فلا- ينبغى الريب في أنّه لا اعتبار بعلم الوكيل و جهله في ثبوت الخيار للموكل لأنّ الخيار الغبن أمّا للاشتراط الارتكازي على قرار ما تقدم؛ و أمّا الدليل نفى الضرر و مقتضى كل منهما ثبوت الخيار للموكل مع جهله سواء كان الوكيل عالما أو جاهلا، لأنّ توكيله في إجراء الصيغة توكيل أيضا في اشتراط الخيار لنفسه على تقدير التفاوت الفاحش

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٢

.....

بين الثمن المسمى و القيمة السوقية، كما انّ لزوم البيع المفروض مع فرض جهل الموكل بالحال ضرر عليه.

و أمّا إذا كان وكيلا- في المساومة و الشراء فان كان الوكيل المزبور عالما بالتفاوت، و مع ذلك أقدم على الشراء الغنبي للموكل و فرض صحّة البيع المزبور لقيام القرينة على التوكيل في الشراء المزبور أيضا، كما إذا كان الموكل بحاجة إلى شراء الدابة للسفر بعد

أيام، وقال للوكيل المزبور حصل لى الدابة بأى طريق تمكنت، و اشترى الوكيل الدابة مع العلم بتفاوت القيمتين، فلا خيار للموكل عند المصنف وغيره، و مع جهل الوكيل بالحال يثبت الخيار للموكل فيما كان هو أيضا جاهلا بالحال.

أقول: لا- يبعد عدم ثبوت الخيار للموكل مع علم وكيله المفروض بالحال لأن الشرط الارتكازى مع علم الوكيل المزبور بالحال غير محرز لو لم نقل بإحراز عدمه و اقدام الوكيل على الضرر يعد اقداما للموكل عليه مع ثبوت الوكالة، كما هو الفرض. و اما مع الجهل الوكيل المزبور بالحال فلا يبعد ثبوت الخيار للموكل حتى مع علمه بغبن الوكيل فى شرائه لأن الوكيل لجهله بالحال لم يسقط الخيار المشترط بالشرط الارتكازى. نعم لو كان المدرك لخيار الغبن قاعدة نفى الضرر الظاهرة فى نفى الحكم الضررى عن المتضرر فلا يرفع لزوم البيع بالإضافة إلى الموكل العالم بالحال لأن توكيله و إبقاء ذلك التوكيل مع إحراز ان شراء وكيله غبنى يكون اقداما على البيع الضرر بمعنى أنه لا- ينسب الضرر فى الفرض الى الشارع، لا يقال علم الموكل بالحال مع جهل وكيله المفروض لا يكون اقداما على الضرر، و لعل تقرير الوكالة و عدم منع وكيله عن اجراء العقد المزبور اعتقاده بأنه إذا حصل المبيع بقيمته السوقية أقدم على فسخ شراء وكيله فإنه يقال لا يختص هذا الإشكال بالمقام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٣

ثم ان الجهل انما يثبت باعتراف الغابن (١).

بل ما ذكر يرد على من اشترط الجهل بالحال فى المغبون بدعوى أنه مع علمه يكون مقدا على الضرر فيقال عليه بأن العالم بالحال أقدم على البيع لا على لزومه، و اقدامه على البيع يكون باعتقاد أنه إذا لم يظفر بالمبيع بالقيمة السوقية بمعاملة أخرى التزم بالغبن و ألا يفسخ. و الحاصل لو كان الضرر لا فى الشراء بل فى لزومه فالمشترى العالم لم يقدم عليه.

و لكن الجواب عن ذلك كله ظاهر و هو ان خيار الغبن على تقدير كون المدرك له قاعدة نفى الضرر من الخيارات الشرعية التأسيسية، و بما ان البيع مع قطع النظر عن هذا الخيار الشرعى لازم فى بناء العقلاء قمع علم المغبون بالحال و اقدامه على المعاملة لا يستند الضرر فيها الى حكم الشارع بلزوم البيع بل يستند الى اختيار المكلف و اقدامه على المعاملة المزبورة و مفاد لا ضرر نفى حكم الشرعى فيما كان الضرر مستندا الى الشارع و لا يرتبط هذا المفاد بكون نفى الضرر امتنانيا، بل الاستناد المزبور معتبر فى القاعدة حتى لو قلنا بجريانها فى موارد خلاف الامتنان، كما لا يخفى.

(١) لا- شبهة فى ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا اعترف الغابن لجهله بالقيمة السوقية لنفوذ الإقرار على نفسه، و الكلام فى تشخيص المدعى من المنكر ليجرى عليهما الحكم الثابت فى حق المدعى و خصمه؛ فنقول، كما ذكرنا فى بحث القضاء الميزان فى كون أحد الخصمين مدعىا كونه بصدد إثبات حق لنفسه أو لمن يتعلق به على الغير أو يذكران له مالا بيد الغير أو على الغير أو يذكر سقوط حق للغير عنه أو نقل مال عنه اليه بحيث يكون مقتضى الحجة المعتبرة فى حق الشاك عدم ثبوت ذلك الحق أو المال أو عدم الاسقاط و النقل اليه فمن يكون من الخصمين بصدد الإثبات المزبور مع عدم مطابقة قوله للحجة المزبورة يعد مدعىا، و من كان بصدد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٤

.....

نفى الحق المزبور لخصمه أو عدم إسقاطه الحق أو النقل عنه مع مطابقة قوله للحجة المزبورة يعد منكرا. و على ذلك فان قلنا بان المستند لخيار الغبن قاعدة نفى الضرر يكون مدعى الجهل مدعىا لأنه يدعى خيار الفسخ لنفسه لكون لزوم البيع عليه ضروريا و الغابن منكرا لذلك الحق، لأن الأصل عدم ثبوت الخيار للمغبون بمعنى استناد الضرر فى الفرض الى حكم الشارع غير محرز، و الأصل أى مقتضى استصحاب بقاء الملك بعد فسخ المغبون لزوم البيع، و ما ذكر المصنف (ره) من مطابقة قول المغبون

لأصالة عدم علمه بالحال فيكون منكرا و الغابن مدعيا لا يمكن المساعدة عليه، لأنَّ أصالة عدم علم المغبون أو أصالة عدم اقدمه على الضرر لا يثبت استناد ضرره الى حكم الشارع بلزوم البيع؛ و على ذلك فيثبت الخيار للمغبون باعتراف الغابن بجهله بالحال أو بالبينة لو أمكنت البينة على جهله.

و أمّا ثبوته بدعوى المغبون مع يمينه فمبني على ردّ اليمين الى المدعى فيما إذا لم يمكن للخصم الحلف على نفى دعواه أو بأنّ الدعوى إذا كانت مما لا يعلم إلا من قبل مدعيه تثبت تلك الدعوى مع يمين مدعيه.

و إذا قلنا بأنّ المدرك لخيار الغبن الاشتراط الارتكازي الثابت في المعاملات يكون الأمر على العكس بان يكون الغابن مدعيا بإسقاط المغبون خياره بعلمه بالغبن و المغبون ينكر هذا الإسقاط.

و بتعبير آخر يكون الاختلاف فيما نحن فيه نظير دعوى البائع إسقاط مشتري المعيوب خيار عيبه أو مشتري الحيوان إسقاط خياره عند العقد و ينكره المشتري، فإنّ مقتضى الأصل عدم الإسقاط في المقامين و لا يفرق في ذلك كلّ بين كون المغبون من أهل الخبرة أو من غيرها فيما إذا احتل جهله بالقيمة السوقية حال البيع، لأنّ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٥

هذا كلّ إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة (١).

مجرد كون شخص من أهل السوق مثلا لا يوجب العلم، بل لا الاطمئنان بعلمه بالقيمة السوقية حتى يعتبر و يتقطع الأصل. و لو فرض في مورد الظهور بحيث يوجب للقاضي الاطمئنان بعلم المغبون بالحال حال العقد يكون دعوى الجهل منه محتاجا إلى الإثبات لانقطاع أصالة عدم سقوط الخيار بالاطمينان بالخلاف فيجوز فيه ما ذكر من أنّه لو كان الدعوى مما يتعسر إقامة البينة عليها تسمع فيها قول مدعيها بيمينه و يأتي الكلام في تلك الكبرى و كون العلم و الجهل من تلك الأمور مطلقا. ينبغي في المقام الإشارة إلى أمر و هو أنّ كل مورد يكون الخصم فيه شاكّا في صحة دعوى المدعى فان كان للمدعى حجة تكون تلك الحجة معتبرة في حق خصمه الشاك كالبينة فلزم الأخذ بتلك الحجة، و لا يحتاج الواقعة الى المحاكمة إلى القاضي؛ و أمّا إذا كان الخصم جازما بخلاف دعوى المدعى فيحتاج المخاصمة الى فصلها بالقضاء فيما لم يقدم على المصالحة بينهما؛ و بهذا يظهر أنّ بعض صور دعوى الجهل تحتاج الى القضاء و بعضها لا يكون من موارد القضاء فتدبر جيدا.

(١) يعني إذا كان المغبون المدعى بجهله بالقيمة السوقية حال العقد من أهل الخبرة، فلا يعتبر أصالة عدم علمه بالقيمة السوقية ليكون المغبون المزبور منكرا، بل يعتبر الظهور المزبور فلا يكون منكرا ليقبل قوله مع يمينه.

و لكن قد يقال اعتبار الظهور المزبور لا يوجب عدم قبول قوله مع يمينه لأنّ غاية اعتبار الظهور المزبور جعل من يوافق قوله معه منكرا و المخالف له مدعيا و المدعى إذا تعسر عليه إقامة البينة لكون المدعى به مما لا يظهر لغيره يقبل قوله مع يمينه فالمغبون المفروض كونه من أهل الخبرة يقبل دعواه الجهل بالقيمة السوقية من هذه الجهة.

و فيه أنّ اعتبار الظهور ليس بمعنى جعله ميزانا لتشخيص المدعى عن المنكر، بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٦

و لو اختلفا في القيمة وقت العقد أو في القيمة بعده (١).

مقتضاه قبول قول من يوافق مع يمينه في المخاصمة لا جعله منكرا، و خصمه مدعيا ليلحق بالخصم المزبور ما يذكر من ان المدعى إذا تعسر عليه إقامة البينة على دعواه يقبل دعواه مع يمينه.

الأ- ترى ان من موارد اعتبار الظهور ما إذا اختلفا في صحة العقد الواقع و فساده، و حيث أنّ ظاهر حال المسلم اقدمه على العقد

الصحيح فيقبل قوله بصحته من يمينه لا ان يجعل خصمه مدعيا ليلحق به ما ذكر من أنه إذا تعسر على المدعى إقامة البينة يقبل قوله مع يمينه.

أقول: قد تقدم أن الميزان في تشخيص المدعى والمنكر مطابقة قول أحدهما بالحجة المعتبرة في حق الشاك في الواقعة أى القاضى ومخالفة قول الآخر معها وأصالة الصحة الجارية في العقد المزبور حجة معتبرة و حاكمه على أصالة الفساد، فمن وافق قوله أصالة الصحة منكر و الآخر مدع. و أما إذا لم يكن في البين ظهور معتبر يكون الميزان الأصل الجارى في الواقعة.

نعم قد ثبت في بعض الموارد تقديم قول من يوافق مثل الظهور المزبور مع يمينه كدعوى أحد الزوجين الدخول بعد الطلاق، و تحقق الخلوة قبله، فهذا لا يدل على كونه منكر بل هذا الحكم تخصيص فيما دل على كون البينة على المدعى و اليمين على من أنكر. فتحصل أن الكبرى الموهومة و هى قبول قول المدعى فيما إذا تعسر عليه إقامة البينة مطلقا، و كون الجهل و العلم منه كلاهما محل تأمل، بل منع.

(١) الاختلاف تارة في ثبوت الخيار لمن يدعى الغبن و أخرى في بقاء الخيار له لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ فإن كان الاختلاف في ثبوت الخيار فلا ينبغى الريب في أن الأصل عدم ثبوته كما هو مقتضى استصحاب بقاء الملك على حاله بعد فسخ أحدهما بغير توافق الآخر بل يجرى استصحاب عدم كون البيع المزبور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٧

.....

غبنيا، و لو بنحو الاستصحاب العدم الأزلئ. و أما إذا كان الشك في بقاء الخيار لاحتمال ارتفاع الغبن قبل الفسخ فاستصحاب كون البيع على ما هو عليه مقتضاه بقاء الخيار.

و اما أصالة عدم تغير القيمة السوقية فلا تفيد في المقام لأنه إذا أحرز القيمة السوقية فعلا و احتمل تغيرها بحيث كان البيع زمان وقوعه غبنيا فهى لا تنفى عدم اختلاف الثمن المسمى عند البيع مع القيمة السوقية المعبر عنه بالغبن لينتفى الخيار و كذا الحال فيما إذا علم تغير القيمة السوقية عميا كانت عليه في السابق و شك في تقدم البيع على زمان التغير لئلا يكون في البين خيار أو تأخره عنه ليثبت الخيار فإن أصالة تأخر البيع و عدم وقوعه الى زمان التغير لا يثبت وقوع البيع على ثمن يختلف مع القيمة السوقية و لو مع العلم بزمان التغير.

و ذكر النائنى (ره) في المقام ثلاثة فروض الأول ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع الثمن المسمى كما إذا بيع العين بشمانية و اتفقا على كون القيمة السوقية الفعلية تساوى ثمانية و ادعى البائع ان القيمة السوقية حال العقد كانت عشرة فله خيار الغبن، و قال المشتري أنها كانت حال العقد أيضا ثمانية فلا خيار له فأصالة عدم التغير لا تجرى في الفرض لأنه يرجع الى الاستصحاب القهقرائى لأن التغير ليس أمرا مسبوفا بالعدم مع أنه مثبت لأن خيار الغبن لا يترتب على التغير بل على منشا انتزاعه و هو وقوع العقد على ما يختلف مع القيمة السوقية.

أقول: مع تساوى القيمة السوقية فعلا مع الثمن المسمى لا خيار للبائع حتى لو أحرز كون القيمة حال العقد عشرة لما تقدم من أن بقاء خيار الغبن دائر مدار بقاء تفاوت القيمة السوقية مع الثمن المسمى.

الثانى: ما إذا اتفقا على القيمة السوقية قبل العقد بأن كانت قيمة العين قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٨

[الأمر الثانى: كون التفاوت فاحشا]

إشارة

الأمر الثاني: كون التفاوت فاحشا (١).

البيع عشرة و أن البيع وقع على الثمانية فالمغبون يدعى أن القيمة السوقية حال البيع أيضا كانت عشرة و الآخر يدعى أنها كانت عند البيع ثمانية فلا- خيار و أصالة عدم التغير في الفرض يوجب الخيار مع الإغماض عن كونه من الأصل المثلث لأن استصحاب القيمة السوقية على العشرة لا يثبت اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية.

الثالث: ما إذا اتفقا على تساوى القيمة السوقية الفعلية مع القيمة السوقية حال العقد غاية الأمر يدعى البائع أن القيمة السوقية الفعلية هي العشرة، و الثمن المسمى ثمانية فله الخيار و المشتري بأن الثمن السوقية هي ثمانية فلا خيار فإنه لا مورد لأصالة عدم التغير في الفرض أصلا لأن الشك في الغبن غير ناش عن تغير القيمة السوقية أصلا.

(١) قد تقدم أن الموجب لخيار الغبن كون التفاوت بين الثمن و القيمة السوقية فاحشا بحيث لا يتسامح فيه غالب الناس و لا يقدمون على المعاملة بذلك التفاوت ألما مع الاضطرار على تلك المعاملة، و في هذه الصورة يكون اشتراط الخيار مع الاختلاف الفاحش ارتكازيا بل لو قلنا بأن المدرك لخيار الغبن هي قاعدة نفى الضرر فالأمر كذلك لأنه لا امتنان في موارد الاختلاف غير الفاحش في رفع اللزوم حيث لا- يكون وضعه فيها ثقلا- عليهم كما أن الرفع في سائر الموارد مما يكون امتنانيا كذلك فمن أكره بشرب الخمر متوعدا بضرر يتحمّله عامّة الناس لا يكون فيه رفع الحرمة.

و يظهر من المصنف (ره) ان الاختلاف بنصف العشر بل العشر لا يكون فاحشا و ناقش في كون الاختلاف بالخمس فاحشا، و لكن لم يبعد كونه فاحشا، و لا يخفى اختلاف المعاملات و عدم انضباط الغبن المتعارف بشيء من النسب و لو اشترى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٧٩

.....

دارا بألف و ظهر الغبن فيه بمأه يعد فاحشا بل الأمر في تفاوت الخمسين أيضا كذلك، و لكن لو اشترى متاعا بخمسين و ظهر الغبن فيه بخمس فقد لا يعدونه غبنا فاحشا، بل الميزان كون التفاوت مما يتحمّله الناس في مثل تلك المعاملة بحيث يعدون الأقدام على تلك المعاملة إغماضا عن ذلك المقدار من التفاوت.

و لا يقال الضرر اليسير مما يتسامح فيه الناس ضرر أيضا و ظاهر قاعدة نفية عدم لزوم البيع مطلقا حتى فيما إذا فرض كون التفاوت غير فاحش غاية الأمر أن نفى اللزوم في البيع الغبن للامتنان على المتضرر و نفية عن المتضرر بالضرر غير الفاحش أيضا مشمول للامتنان نظير وجوب القصر على المسافر بسفر لا- تعب فيه، فان نفى وجوب التمام عن ذلك المسافر أيضا مشمول للامتنان و على ذلك فالتفاوت غير الفاحش غير شرط في ثبوت خيار الغبن، و لم يقع عنوان الغبن واردا في شيء من الأدلة ليقال بانصرافه عن التفاوت غير الفاحش بدعوى عدم عد ذلك التفاوت غبنا.

فإنه يقال نفى الضرر منصرف عن نفى الحكم في مورد يمسك فيه المشتري بزمام العقد و لو مع علمه بذلك التفاوت، و ان الضرر فيه غير ناش عن حكم الشارع حيث لا يقدم المتضرر به على الفسخ، و لو بعد اطلاعه بالغبن المزبور بل يقدم على البيع المزبور، و لو مع اطلاعه بالحال. و ثانيا: قد ظهر ممّا ورد في مثل وجوب القصر على المسافر أن الامتنان فيه من قبيل الحكمة بخلاف المقام حيث مع ورود نفى الضرر في الامتنان نظير رفع الإكراه أو الاضطرار ظاهره دوران النفي و الرفع على الامتنان.

و الكلام فيما إذا لم يحرز كون التفاوت مما يتسامح الناس فيه أم من غيره فذكر المصنف (ره) أنه يرجع مع عدم الإحراز إلى قاعدة نفى الضرر في الحكم بالخيار لأن الخارج عن قاعدة نفى الضرر تخصيصا أو تخصصا موارد إحراز التسامح و احتمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٠

[بقي هنا شيء]

بقي هنا شيء و هو أنّ ظاهر الأصحاب و غيرهم ان المناط في الضرر الموجب (١).

الرجوع الى استصحاب اللزوم لاختصاص قاعدة لا ضرر بموارد الاختلاف الفاحش لا موارد إحرازه فيكون التمسك به كالتمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) من التمسك بالعام في شبهته المصادقية. أقول: المورد من موارد الشك في شرط الخيار و الأصل عدمه فتدبر جيداً.

(١) إذا كان التفاوت بين الثمن و القيمة السوقية فاحشاً فقد يتيسر تحمله لبعض الأشخاص و ذلك التفاوت لا يتحمّله بعض آخر في مثل ذلك البيع، فهل يكون المعيار في عدم لزوم البيع بالتفاوت الفاحش المعبر عنه بالضرر المالي مع الإغماض عن حال المغبون من جهة يسر تحمله الضرر و عدمه أو يلاحظ مع التفاوت الفاحش حال المتضرر ايضاً، بحيث لا يرفع لزوم المعاملة بقاعدة نفى الضرر مع يسر المغبون فان قيل بالأول و عدم ملاحظة شيء إلّا الضرر المالي فما الفرق بين المقام و بين موارد التكاليف.

مثلاً ذكروا في شراء الماء للوضوء أنه يجب لو وجد المال و ان بلغ الثمن ما بلغ بخلاف من لا يجد المال و لا يتيسر له الشراء المزبور فإنه يجوز له التيمم و ترك الشراء لنفي الضرر حيث ان مقتضى ما ذكر ملاحظة حال المكلف بالإضافة و جوب الوضوء الموقوف على شراء الماء و عدم كون تمام الملاك في نفي وجوبه بالضرر المالي و الغمض عن حال المكلف و ان قيل بالثاني أي ملاحظة حال الشخص فاللزام في المقام أيضاً ملاحظة حال المغبون من حيث يسر تحمله الضرر و عدمه.

و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بأن المعيار في نفي الضرر نفس الضرر المالي لأن يسر تحمل المكلف الضرر و عدمه لا يخرج الحكم عن كونه ضررياً بلا فرق بين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨١

.....

المقام و التكاليف غاية الأمر قاعدة نفى الضرر كسائر العمومات قابلة للتخصيص و قد خصصت في مسألة شراء الماء للوضوء حيث دل النص على وجوبه على واجد المال. و في صحيحة صفوان قال سئلت أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج الى الوضوء للصلاة و هو لا يقدر على الماء فوجد بقدر ما يتوضأ به بمائة درهم أو بألف درهم و هو واجد لها أ يشتري و يتوضأ أو يتيمم قال (لا بل يشتري قد أصابني مثل ذلك فاشترت و توضأت و ما يسوئني و ما يشتري بذلك مال كثير و على ذلك فيرفع اليد عن قاعدة لا ضرر بالإضافة الى من يمكنه الشراء و يبقى غير الواجد للمال المزبور بحيث كان صرف المال على الشراء مجحفاً به مندرجا في قاعدة نفى الضرر. بل يمكن ان يقال ان خروج مثل هذه التكاليف عن قاعدة نفى الضرر بالتخصيص لأن ما يصيب المكلف بإزاء الضرر المالي من الأجر الأخرى يخرج عن عنوان الضرر كما يشير الى ذلك ذيل الرواية، فيجب الشراء على كل من لا يكون الشراء مجحفاً به و بالإضافة إلى المكلف الذي يكون الشراء مجحفاً به ينفي وجوب الشراء بقاعدة نفى الحرج.

أقول: لا يخفى ما فيه فان ترتب الأجر الأخرى على امتثال تكليف لو كان موجبا لخروجه عن كونه ضرورياً و جب الوضوء فيما لو كان تحصيل الماء و موجبا لذهاب المال الكثير أو مع خوف ذهابه، كما إذا خاف من سرقة ماله لو ترك متاعه و ذهب في طلب الماء و نحو ذلك، بل لا يمكن استفادة نفى اللزوم في بيع الغنبي فإن وجوب الوفاء بالبيع عند المصنف (ره) و غيره تكليف و يترتب على امتثاله الأجر الأخرى، فلا يكون اللزوم المزبور ضرورياً حيث يمكن للمكلف الوفاء به بقصد القربة حتى لا يحصل الضرر فيكون

الوفاء به من غير قصد التقرب اقداما من المغبون الى الضرر الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٢

ذكر في الروضة و المسالك تبعا لجامع المقاصد (١).

و عن الثبائني (قده) انّ وجوب شراء الماء بالمال الكثير فيما إذا لم يكن الشراء غنياً بأن تكون قيمة الماء في ذلك المكان مساويا للثمن المدفوع بحيث يكون الضرر في نفس التكليف بالوضوء الموجب لصرف الماء المزبور، و الا فيمكن نفى لزوم الشراء بقاعدة نفى الضرر فيجوز له التيمم الا ان يؤخذ بذيل الرواية.

أقول: حمل الرواية على كون القيمة السوقية في ذلك المكان مساويا للثمن المدفوع حمل بعيد و اللازم على ظاهر الرواية الإقدام على المعاملة المزبورة لواجد المال، و ان كانت غبية. و الله سبحانه هو العالم.

(١) ذكر في الروضة و المسالك و جامع المقاصد انه قد يكون المغبون في المعاملة هو البائع و الأخرى المشتري؛ و ثالثه هما معا و قد وقع الإشكال في تصوير الغبن لكل من المتبايعين في بيع واحد. و عن بعض المحشّين للروضة عدم إمكان ذلك فان غبن البائع يكون ببيع الشيء بالناقص عن قيمته السوقية و غبن المشتري ببيعه بأزيد من قيمته السوقية، و لا يمكن أن يكون الثمن في بيع واحد زائداً على قيمته السوقية و ناقصاً عنها و قد تصدّى جمع لتصوير الغبن لكل منهما في معاملة و ذكروا في ذلك وجوها.

الأول: ما عن المحقق القمي (ره) من أنه لو باع متاعه بثمن و اشترط في البيع دفع بدل معين عن ذلك الثمن، كما إذا باع متاعه بأربعة توأمين على ان يدفع المشتري عن تلك التوأمين بثمانية دنانير، ثم ظهر انّ المتاع يسوى خمسة توأمين، و انّ أربعة توأمين يساوي ثمانية دنانير الا خمس دينار؛ ففي الفرض يكون البائع مغبوناً لبيعه ماله بأقلّ من قيمته السوقية و المشتري مغبون في اشتراط دفع ثمانية دنانير بدل أربعة توأمين فيكون لكل منهما خيار الغبن.

و ناقش المصنف (ره) في الجواب بأن الغبن يحسب في المعاملة بملاحظة الشرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٣

.....

المأخوذ فيها مثلاً إذا باع ما يسوى بخمسة دنانير بدنانيرين مع اشتراط خياطة المشتري ثوبا تكون أجزائها ثلاثة دنانير لا يتحقق الغبن؛ و على ذلك ففي الفرض المزبور يكون المغبون هو البائع فقط لأنه قد دفع متاعه و وصل إليه بإزائه ما ينقص عن قيمته السوقية بخمس دينار و مع الغمض و حساب الشرط معاملة أخرى لا يكون في البين معاملة واحدة، بل معاملتان يكون المغبون في إحدهما هو البائع، و في الأخرى هو المشتري.

الثاني: ما ذكره بعض من بيع متاعين بصفقة واحدة بثمنين، كما إذا قال بعت هذا المتاع و ذلك المتاع الأول بخمسة، و الثاني بأربعة، و قال المشتري اشتريتهما، و ظهر أنّا لمتاع الأول يسوى بأربعة، و الثاني بخمسة فيكون كل من البائع و المشتري مغبوناً؛ بالإضافة الى أحد المتاعين، و هذا الجواب قريب إلى الأول في الضعف، لأنّ المعاملة المزبورة ان كانت واحدة فلا غبن فيها لأحدهما أصلاً، و ان كانت معاملتين بحيث يكون للمغبون في كل منهما خيار تخرج عن فرض وحدة المعاملة.

الثالث: ان يكون المراد بالغبن معناه الأعم، بحيث يشمل ظهور المبيع على خلاف الرؤية السابقة، كما إذا اشترى الفرس الذي رآه سابقاً سميماً بخمسة دنانير ثم ظهر هزاله، و ان قيمته عند البيع مع هزاله ستّة، فيكون لكل من البائع و المشتري خيار الفسخ. أمّا المشتري لتخلف شرط الرؤية السابقة. و أمّا البائع لكونه مغبوناً فذكر المصنف (ره) انّ هذا الوجه حسن، و لكن لا يساعده ظاهر كلام الروضة، لأنّ ظاهره فرض الغبن المفروض في خيار الغبن.

الرابع: ما ذكره بعض من فرض اختلاف قيمة المبيع بحسب مكان البائع، و مكان المشتري، كما إذا حاصر العسكر بلدة، و كانت قيمة الطعام خارج البلدة ضعف قيمته داخل البلدة و اشترى أحد من داخل سور البلد الطعام من خارج إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٤

[مسألة ظهور الغبن شرط شرعي]

مسألة ظهور الغبن شرط شرعي (١).

السور بقيمة متوسطة بين القيمتين فيكون البائع مغبونا، لكون قيمة المبيع عنده أزيد من الثمن المسمى و المشتري مغبونا لكون قيمة المبيع عنده ناقصة عن الثمن المسمى، و فيه ان الملاك في الغبن القيمة السوقية للمبيع في مكانه، و إذا نقصت قيمته بانتقاله الى مكان المشتري فلا يكون ذلك غبنا للمشتري، فإن نقله إليه إتلاف لبعض مآلته.

الخامس: ما ذكره في مفتاح الكرامة من دعوى كل من البائع و المشتري الغبن في معاملة واحدة و لم يمكن استعلام الحال و مع تحالفهما يثبت خيار الغبن لكل منهما و أورد المصنف (ره) على ذلك بأن لازم التحالف لزوم المعاملة عن كلا الطرفين مع ان الكلام في ثبوت الغبن واقعا لكل منهما.

أقول: يمكن أن يكون تحالفهما برد كل منهما اليمين الى صاحبه فيثبت الخيار لكل منهما. نعم كون الكلام في الغبن الواقعي صحيح. و قد يقال بفرض الغبن بمعنى الضرر لكل من البائع و المشتري في بيع واحد كما إذا كانت قيمة الحيوان مع ولده عشرة في بيعهما معا أربعة للأم و ستة للولد، و باع المالك الأم باعتقاد ان الولد يعيش بدونه بستة، ثم ظهر ان الولد لا يعيش بدونه و انه لا يصلح الا للذبح و قيمته بدون الأم دينار فيكون مشتري الأم مغبونا لشرائه الأم منفردا بستة و البائع متضررا لان البيع المزبور قد أتلف عليه ثلاثة دنانير، و لكن لا يخفى ان هذا ايضا لا يكون من الغبن المراد في المقام.

(١) يقع الكلام في ثبوت الخيار للمغبون بظهور الغبن أو بتمام العقد فان كلمات الأصحاب يختلف و يظهر من بعضهم الأول كالشيخ (قده) في مبسوطه، و ابن زهرة في الغنية، و المحقق في الشرائع، بل ظاهر الغنية التسالم على اشتراط الخيار بظهور الغبن و يظهر من بعض آخر الثاني؛ بل ظاهر التذكرة الاتفاق عليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٥

.....

و تصريح بعضهم بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف المراد به التصرف قبل العلم بالغبن ظاهر في ثبوته قبل ظهور الغبن حيث ان عدم سقوط الخيار به فرع ثبوته.

و لكن يظهر الوجه الأول من كلامهم حيث ذكروا في المقام صحته تصرفات الغابن فيما انتقل اليه قبل علم المغبون بالحال و نفوذها غاية الأمر ان المغبون بعد علمه بالحال و فسخه البيع يرجع ببذل ذلك المال مع اختلافهم في صحته تصرفات مع عليه الخيار فيما انتقل اليه زمان خيار صاحبه.

□

و يؤيد الأول أيضا الاستدلال في التذكرة على هذا الخيار بقوله صلى الله عليه و آله في حديث تلقى الركبان انهم بالخيار إذا دخلوا السوق فان ظاهره حدوث الخيار بظهور الغبن الحاصل بدخول السوق.

و يمكن إرجاع كلماتهم الى أحد الوجهين المزبورين بحيث يرتفع الاختلاف بان يقال خيار الغبن يطلق تارة على السلطنة الفعلية

الثابتة للمغبون بحيث يجوز له فعلا- فسخ البيع، وهذه السلطنة لا- تحصل إلا بظهور الغبن و يطلق أخرى على الحق الواقعي بحيث لو حصل العلم به كان صاحبه متمكنا على استعمال ذلك الحق، فيكون الجاهل بموضوع خيار الغبن كالجاهل بحكم خيار الغبن أو بحكم خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما.

ثم ان الآثار المترتبة على الخيار تختلف فان منها ما يترتب على السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد فعليته السلطنة ليكون التصرف دالا على رضا ذى الخيار ببقاء العقد و الإغماض عن خياره، و كالتلف فان تلف المنتقل الى المغبون من مال المغبون قبل ظهور الغبن. و أما يكون من الغابن بناء على عموم القاعدة لخيار الغبن ايضا بعد ظهور الغبن للمغبون، و من الآثار ما يترتب على ثبوت الحق واقعا كإسقاطه بعد العقد فإن إسقاطه يصح و لو كان قبل ظهور الغبن، و من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٦

.....

الآثار ما يحتمل فيه الأمران بأن يكون أثرا للحق الواقعي، و ان يكون أثرا للحق الفعلى كالتصرفات الناقلة من الغابن فيما انتقل إليه فإن تعليل عدم جوازها بكونها مفوتة لحق المغبون مقتضاه ترتبه على الحق الواقعي، و لكن يظهر من بعض من ذكر عدم جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه ان عدم الجواز مترتب على الحق الفعلى حيث ذكر هذا البعض ان تصرفات الغابن فيما انتقل اليه قبل ظهور الغبن للمغبون لا بأس بها، و كيف كان فاللازم فى تمييز الآثار ملاحظة الدال عليها و تظهر الثمرة بين الوجهين من كون ظهور الغبن شرطا شرعيا أو كاشفا فى نفوذ فسخ المغبون فيما إذا فسخ المغبون البيع قبل ظهور غبنه اقتراحا أى من غير ملاحظة أمر أو بملاحظة سبب خيار غير موجود بان يعتقد بقاء خيار المجلس أو غيره.

أقول: الأظهر فى المقام الالتزام بثبوت الخيار للمغبون من حين العقد فان المدرك له اما قاعدة نفي الضرر أو الشرط الارتكازى الثابت فى المعاملات المبتية على المداقة و مقتضى نفي الحكم الضرر على الأول، و تخلف الشرط على الثانى نفي اللزوم و ثبوت الخيار من الأول، و ليس الخيار إلا السلطنة الفعلية التى يكون فسخ العقد بها نافذا سواء كانت السلطنة محرزة أم لا فإنه إذا صادف الفسخ تلك السلطنة ينفذ و إلا لم يكن فى البين خيار، و على ذلك فالأحكام المترتبة على الخيار كضمان تلف المال على من لا خيار له بناء على جريانه فى المقام يثبت من حين تمام العقد و دعوى الإجماع على عدم ضمان الغابن التلف قبل ظهور الغبن؛ أما تخصيص فى قاعدة الضمان أو منع عن جريانها فى خيار الغبن أصلا، هذا إذا أمكن دعوى الإجماع التعبدى فى أمثال المقام.

و أما تصرف الغابن فيما انتقل اليه فهو أمر جائز سواء كان ذلك قبل ظهور الغبن أم بعده، فان الخيار ليس إلا حق يتعلق بفسخ العقد لا بما انتقل من ذى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٧

ثم ان ما ذكرنا فى الغبن من الوجهين (١).

الخيار الى صاحبه غاية الأمر ان من له الخيار لو وجد بعد الفسخ ما صار ملكا له بالفسخ أخذه و إلا يأخذ بدله. و أما تصرف المغبون فيما انتقل إليه، فإن كان قبل ظهور الغبن فهو كتصرف الغابن بخلاف ما إذا كان بعد ظهور الغبن فان التصرف فى ما انتقل اليه بعد ظهور غبنه يكون مسقطا لخياره باعتبار دلالة ذلك التصرف على التزامه بالعقد على قرار ما استفيد مما ورد فى سقوط خيار الحيوان بتصرف المشتري فيه و لا يختص ذلك بالتصرف الناقل بل كلما يكون ظاهرا فى التزامه ببقاء العقد و الإغماض عن خياره، بل لو كان فى البين ظهور للتصرف حتى قبل علمه بغبنه يكون الإسقاط الفعلى كالإسقاط القولى فى نفوذه بعد العقد أو حين العقد كما ذكرنا سابقا فى شرط سقوط الخيار فى العقد.

(١) الكلام في كون خيار العيب مشروطا بظهور العيب أو أنّ ظهوره كاشف عن ثبوت الخيار من حين العقد كما تقدّم في خيار الغبن، و ربما يستظهر من كلام العلامة في القواعد حدوثه بظهور العيب كحدوثه بظهور الغبن حيث قال في القواعد انه لو حدث في الأمة المدلّسة عيب قبل ظهور التدليس فلا ردّ، بمعنى ان مشتريها يأخذ أرش ذلك التدليس، و ذكر في جامع المقاصد أنّ هذا الكلام من العلامة مبنيّ على ضمان من لا- خيار له تلف العين أو الوصف حتى في خيار العيب؛ و لذا يجوز الردّ بالعيب الحادث بعد ظهور التدليس، و لا يجوز قبل العلم به بالعيب الحادث، و لكن الظاهر عدم جواز الردّ بالعيب الحادث سواء كان حدوثه قبل ظهور التدليس أم بعده، لأنّ قاعدة الضمان في زمان الخيار ممن لا خيار له لا تجرى في خيار العيب بل ضمانه على المشتري على كل تقدير. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٨

[سقوط هذا الخيار بأمر]

[أحدها إسقاطه بعد العقد]

أحدها إسقاطه بعد العقد (١).

(١) لإسقاط خيار الغبن صور: الأولى: إسقاطه بعد ظهور الغبن بلا عوض.

الثانية: إسقاطه بظهور الغبن بالعوض. الثالثة: إسقاطه قبل العلم بالغبن بلا عوض أو بالعوض.

أما الأولى: فلا إشكال في صحة الإسقاط و نفوذه فيما إذا علم مرتبه الغبن و أسقط خياره أو جهل مرتبته و أسقط خياره من أي مرتبه من الغبن لأنّ مقتضى كون الخيار حقاً للمغبون جواز إسقاطه، و لكن هذا فيما كان المدرك لخيار الغبن الشرط الارتكازي أو ثبوت الخيار في المعاملة الغبئية بسيرة العقلاء؛ و أما بناء على ان المدرك له قاعدة نفى الضرر فإثبات كون جواز البيع مع الغبن حقياً لا حكماً مشكلاً جداً.

لا- يقال بأن المنفى في مثل البيع اللزوم الحقي لا- الحكمي حيث أنّ اللزوم الحكمي غير ثابت في البيع، كما هو مقتضى ما دلّ على مشروعية الإقالة فيه فإنه يقال: نعم الحكم المنفى كما ذكر، و لكن الجواز الثابت مع عدم اللزوم الحقي حقياً أيضاً أو أنّه حكمي، فلا يثبت بنفي الضرر أنّ ان يتمسك بذيل الإجماع، فإنّ احتمال ثبوت الجواز الحكمي غير موجود في كلام أحد من الأصحاب فضلاً عن الفتوى به، و لكن يبقى كون هذا الإجماع تعبدياً، كما لا يخفى.

و كيف ما كان فإذا اعتقد مرتبه من الغبن و أسقط خياره أو اعتقد أنّ الغبن لا يزيد عن كذا، ثم ظهر كون غبنه أكثر من ذلك ففي سقوط الخيار اشكال و وجهه عدم طيب نفسه بسقوط خياره في الفرض لأنّ الرضا كان بغبن كان المتحقق غير ذلك الغبن فيكون نظير ما اعتقد أنّ حقّ عرضه شتم فأسقطه، ثم ظهر أنّه قذف، فإنّه لا يسقط بذلك حق القذف؛ و أنّ خيار الغبن الموجود أمر واحد من غير فرق بين حصوله بأي مرتبه من الغبن. و إذا أسقط ذلك الأمر الواحد و لو باعتقاد حصوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٨٩

.....

بمرتبه تكون في الواقع غيرها فلا خيار بعده؛ و لا يقاس بالشم و القذف فان حق الشتم غير حق القذف؛ و إذا أسقط الأول باعتقاد أنّه الموجود و بان الثاني لا يسقط الثاني لعدم إسقاطه، و كذلك ليس من قبيل الدين الدائر أمره بين الأقل و الأكثر فإنّه إذا أسقط دينه على الغير باعتقاد أنّه لا يزيد على الألف، ثم بأن الدين ألفان يسقط الألف و يبقى الألف الآخر.

و ذكر السيد اليزدى (قده) أنه لا فرق بين المقام مما يكون الموجود على كل تقدير فردا من نوع و بين حقى الشتم و القذف، أو الدين و العمدة ملاحظة أن الاعتقاد المزبور من قبيل الداعى إلى إسقاط الحق، فيسقط حتى فى مسألة اعتقاد حق العرض شتما، ثم بان أنه قذف، أو ان الاعتقاد المزبور يوجب تقييد الحق الذى يسقطه، و هذه مسألة فى جميع موارد الاعتقاد بالخلاف.

و أورد على ذلك النائىنى (قده) بأن الموجود من الخيار فى الفرض أمر واحد خارجى بسيط و لا يختلف ذلك الأمر الواحد البسيط باختلاف مراتب الغبن، و هذا الأمر الواحد لا يقبل التقييد حيث ان القابل له هو الطبيعى لا الشخصى؛ و مسألة دوران الأمر بين كونه داعيا أو تقييدا تجرى فى مثل العبادات مما تكون الفاعل فيها بصدد إيجاد الطبيعى كالقضاء و الأداء بان يصلّى باعتقاد انه فى الوقت فبان أنه خارجه، أو توطأ قبل الوقت باعتقاد دخوله و وجوب الوضوء، ثم بان الوقت لم يدخل. و اما فى موارد كون الموجود شخصا واحدا بسيطا، كما فى المقام بالإسقاط إسقاط لذلك الأمر الواحد، و لا يعقل فيه التقييد، و إذا فرض عدم التعليق فى الإسقاط فلا محالة يسقط ذلك الخيار، و الأ بطل الإسقاط لأنه من الإيقاع و التعليق فيه موجب لبطلانه.

و بتعبير آخر: لو قال إن كان غبنى فى المعاملة كذا مقدارا أو لا يزيد على كذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٠

.....

فأسقطت خيارى بطل الإسقاط للتعليق فى الإيقاع، و إذا كان الإسقاط منجزا سقط خيار الغبن لأن خيار الغبن لا يقبل التخصيص بمراتب الغبن نظير التخصص بالمجلس و الحيوان.

أقول: أما قضية عدم طيب النفس بسقوط الخيار على تقدير كون الغبن أكثر مما اعتقده المغبون، فقد تقدّم انّ المعبر فى المعاملات التراضى المعاملى و عدم حصول العقد أو الإيقاع بالإكراه؛ و أما طيب النفس بمعنى ابتهاجها بالمعاملة و نحوها، فلا يعتبر. و أما حديث انّ الخيار أمر واحد بسيط لا يقبل التقييد؛ و إنما يقبل إسقاطه التعليق، و مع عدم التعليق فى إسقاطه، كما هو الفرض يسقط ذلك الأمر الواحد.

و اعتقاد انّ الغبن فى المعاملة بالمرتبة الفلائية مع أنه كان فى الواقع غيرها يكون من قبيل التخلف فى الداعى، كما أفاده النائىنى (ره) ايضا لا يمكن المساعدة عليه فإنه قد تقدم انّ المشتري إذا علم بالغبن، و لكن اعتقده أنه بالعشر و مع ذلك اشترى المال، ثم ظهر انّ الغبن أكثر يكون له خيار الغبن، و إذا فرض انّ مع العلم بالغبن لا يكون فى البين اشتراط عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين، فكيف يثبت فى الفرض للعالم بالغبن خيار، فإنّ الشراء مع العلم إلغاء لذلك الشرط الارتكازى لا محالة.

و الجواب: فيه و فى إسقاط الخيار بعد العقد باعتقاد انّ الغبن كذا مقدار واحد و هو انّ الموجب لخيار الغبن، و ان كان تحقق الاختلاف الفاحش بين القيمة السوقية و الثمن المسمى، و هذا الاختلاف على تقدير حصوله فى ضمن أى مرتبة يوجب الخيار لا لخصوصية لحد تلك المرتبة، بل بما هى اختلاف فاحش، و على ذلك فأى مرتبة اعتقدها المشتري حين العقد، و مع ذلك أقدم معه بالشراء يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩١

.....

ذلك بمنزلة إلغاء تلك المرتبة و ما دونها فى الشرط الارتكازى، بمعنى أنه لو كان الغبن فى ضمن تلك المرتبة و ما دونها فلا حق له فى فسخ البيع. و أما سائر المراتب فهى باقية على الشرط الارتكازى فتكون النتيجة ثبوت خيار الغبن فى بعض فرض الغبن و عدم ثبوته فى بعضها الآخر.

و الأمر في الإسقاط بعد العقد أيضا كذلك فإن تعليق إسقاط الخيار على حصول الخيار واقعا لا بأس به، كما يأتي و كما أنّ تعليق الإسقاط على تحقق الدين واقعا لا بأس به فان هذا التعليق حاصل سواء اتى به المسقط في إنشائه، أو لم يأت به فإنه لا معنى لإسقاط دين معدوم أو خيار معدوم، و إذا أحرز الشخص حصول الخيار، و لكن لم يدر حصوله بتحقق الاختلاف الفاحش في ضمن أى مرتبة من الغبن فيمكن له أن يسقط خياره مطلقا، كما يمكن له إسقاطه في بعض احتمالاته بأن يقول أسقطت خيار الغبن لو ثبت الخيار بالاختلاف بالعشر بين القيمتين و ما دون.

و الكلام في المقام في أنّ اعتقاد مرتبة من الغبن و إسقاطه خيار الغبن بذلك الاعتقاد بمنزلة تقييد الخيار الذي يسقطه بحصوله بالتفاوت الفاحش في ضمن تلك المرتبة، أو ما دونها و لو كان ذلك التقييد بمعنى تعليق الخيار الذي يسقطه أو أنّ الاعتقاد المزبور لا- يوجب تقييد الخيار و لا- تعليق حصوله، و هذا غير تعليق الإسقاط الموجب لبطلانه، كما إذا قال لو جاء ولدى من سفره، فقد أسقطت مالى عليك من الدين فإنّ البطلان فيما كان المسقط بالفتح على إطلاقه و التعليق في إسقاطه، كما في الفرض لا فيما كان التعليق في الإسقاط حاصلًا بتقييد المسقط بالفتح أو تعليقه كما في المقام. و الظاهر أنّ مجرد الاعتقاد بوصف في المسقط بالفتح لا يوجب تقييدا فيه أو في إسقاطه، كما أنّ مجرد الاعتقاد بوصف في المبيع كالاتفاق بكون الفرس من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٢

و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن (١).

نسل كذا، لا يوجب التعليق في المبيع في مقام شرائه؛ بل التقييد و التعليق يحتاج إلى مؤنة زائدة في العقد و الإنشاء، فمع إسقاطه بدون تلك المؤنة يسقط مطلقا، و مع الصلح عليه بشيء يسقط ذلك الخيار غاية الأمر يكون نفس الصلح في بعض الموارد غيبيا، فيثبت له خيار الغبن، فيما إذا لم يكن الصلح المزبور مبتزيا على المحاباة، و لكن مع ذلك يظهر من صحيحة أبي ولاد أنّ الاعتقاد المزبور في موارد إسقاط الحق و المصالحة عليه يوجب التقييد و التعليق حيث سئل الإمام عليه السلام أنّي كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللني فقال إنّما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم، و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفتيتك به فان جعلك في حلّ بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك.

(١) لا يخفى أنّه بناء على ثبوت الخيار بتمام العقد على تقدير الغبن لا إشكال في جواز إسقاطه بعد العقد و لو قبل ظهور الغبن فإنّه من إسقاط ما يجب، و قد تقدّم ان تعليق الخيار على ثبوته واقعا في مقام إسقاطه و سراية ذلك الى تعليق السقوط لا بأس به لتعلق السقوط عليه واقعا و ان أتى به منجزا فإنّه لا معنى لإسقاط الخيار على كل تقدير؛ و اما بناء على تحقق الخيار بظهور الغبن ففي إسقاط الخيار بعد العقد و قبل ظهور الغبن إشكال فإنّه من إسقاط ما لم يجب أى إسقاط ما هو غير موجود بالفعل قطعا.

و أجاب المصنف (ره) أنّه يكفي في جواز الإسقاط أى إسقاط المسبب تحقق سببه، و ان كان تحقق المسبب موقوفا على حصول الشرط مستقبلا، كما إذا أعار ثوبه من زيد و أسقط بعد العارية أو تعدى المستعير ضمان ذلك المستعير، فان تعديه بالإضافة إلى ضمانه من قبيل السبب لائن الضمان يحصل بتلف المال، و قد أسقط ذلك المسبب عند تحقق سببه، و كبرائه البائع من العيوب الموجودة في المبيع حال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٣

[الثاني من مسقطات خيار الغبن شرط سقوطه في متن العقد]

الثاني من مسقطات خيار الغبن شرط سقوطه في متن العقد (١).

البيع فإن البيع سبب للخيار و شرطه ظهور العيب، فالبراءة المزبورة إسقاط لما يتحقق سببه. و أما شرطه فأمر استقبالي. و الحاصل: كما أن الاسقاط في نظير هذه الموارد ليس من إسقاط المعدوم، بل إسقاط للشئ معلقا على تحقق ذلك الشئ مستقبلا، و كذلك إسقاط الخيار بعد العقد، و قبل ظهور الغبن.

أقول: لو كان ثبوت الخيار بظهور الغبن باعتبار الشرط الارتكازي الثابت في المعاملة، فلا ينبغي التأمل في جواز إسقاطه بعد العقد، لأن الشرط و هو عدم الاختلاف الفاحش بين القيمتين حق للمشروط، فله إلغاء ذلك الشرط، و لو قبل ظهور الغبن، و هذا من إسقاط الحق الموجود؛ و أمّا إذا قيل بأن خيار الغبن شرعي و موضوعه ظهور الغبن، و استفادة ذلك من قاعدة نفي الضرر، أو رواية تلقى الركبان فإسقاطه بعد العقد، و قبل ظهور الغبن لا يخلو من صعوبة لأنّ تعليق الاسقاط باعتبار تعليق المسقط على تقدير حصوله زمان الاسقاط لا بأس به كما تقدم، و لكن الاسقاط فعلا مع كون المسقط على تقديره أمرا استقباليا، و ان كان ممكنا إلا ان نفوذه يحتاج الى قيام الدليل عليه؛ و لذا لا يصحّ الإسقاط بأن قال أسقطت مالي عليك لو اقترضت مني مستقبلا، و مسألة إسقاط المعير ضمان المستعير قبل الإفراط و التفريط، أو بعده داخله في الإذن في إتلاف المال مجانا، فيرتفع الضمان و برأيه البائع من العيوب أو الغبن أو نحو ذلك لكون الاسقاط المزبور إلغاء اشتراط السلامة أو الغبن، أو يكون الاسقاط المزبور نافذا لدخوله في عنوان الشرط، كما لا يخفى؛ و أمّا المصالحة بالغبن المحتمل فلا اشكال فيه لأنه لأنه لا يعتبر في المصالحة بشئ كون الحق ثابتا؛ بل يكفي فيه الحق المحتمل و تفصيل ذلك موكول الى محله.

(١) يقع الكلام في المقام في غير الجهة التي تجرى في شرط سقوط عامة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٤

.....

الخيارات، و هي ان شرط سقوطها في متن العقد داخل في إسقاطها بنحو شرط النتيجة؛ و لا ينافي الكتاب الدال على لزوم الوفاء بالعقود حيث ان لزوم البيع حقي لا- حكمي بقرينه مشروعية الإقالة؛ و في غير الجهة التي تقدم الكلام فيه في المسقط الأول و ان اشتراط ثبوت الخيار بظهور الغبن لا ينافي إسقاطه بعد العقد أو حينه بالاشتراط لأنه يكفي في الإسقاط ثبوت السبب للخيار. و الجهة التي يقع الكلام فيها في المقام ما يقال بعدم جواز شرط سقوط خيار الغبن و خيار الرؤية لأنّ اشتراط السقوط فيهما يوجب الغرر في البيع، كما ذكر ذلك الشهيد (قده) في الدروس، و ذكر ان رفع الإشكال في شرط سقوط خيار الغبن أسهل من دفعه في شرط سقوط خيار الرؤية؛ و عن الصيمري في غاية المرام الجزم ببطلان البيع و الشرط باشتراط سقوط خيار الغبن؛ و عن جامع المقاصد التردد في ذلك و ان ذكر ان الظاهر جوازه و الوجه في دعوى الغرر هو ان الغرر يحصل في البيع بالجهل بالمالية؛ و لذا لا يعتبر في البيع العلم بالصفات التي لا دخل لها في ماليتها المبيع؛ بل يعتبر العلم بالصفات التي يوجب اختلافها في المالية؛ و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بالمنع عن كون البيع بشرط سقوط الخيار غرريا، لأنّ المعتبر في البيع العلم بالمبيع من حيث النوع و الصنف و كنهه و التمكّن على تسليمه؛ و كذا في الثمن و العلم بالقيمة السوقية، و عدم الاختلاف الفاحش بينها و بين الثمن المسمي لا يعتبر في البيع و ألّا لكان الجهل المزبور موجبا لبطلان البيع و لا ينفعه ثبوت الخيار الغبن، فان الخيار لا يصحح البيع مع كونه غرريا، لأنه حكم شرعي يترتب على البيع الصحيح؛ و لو كان الخيار موجبا لارتفاع الغرر لصحّ بيع كل مجهول من حيث الوجود أو من حيث التمكّن على تسليمه بشرط الخيار.

هذا بالإضافة إلى شرط سقوط خيار الغبن. و أما بالإضافة إلى شرط سقوط خيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٥

.....

الرؤية فالأمر فيه أيضا كذلك؛ فإن الخيار لا يرفع الغرر فيه، بل الموجب لارتفاع الغرر فيها اشتراط الأوصاف و شرط سقوط الخيار لا ينافي اشتراطها حيث أنه لا منافاة بين اشتراطها و التزام المشتري بعدم فسخ البيع على تقدير تخلف تلك الأوصاف.

أقول: قد تقدم أن اشتراط الأوصاف لا معنى لها إلا شرط ثبوت الخيار مع تخلفها، و التزام المشتري بعدم فسخه إن كان بمعنى شرط الفعل فهو راجع إلى الالتزام بترك الفسخ مع ثبوت الخيار له؛ و لذا لو فسخ نفذ الفسخ، و ان فعل حراما؛ و ان كان بمعنى عدم الخيار فهو مناف لاشتراط الأوصاف. نعم اخبار البائع بأوصاف المبيع موجب لارتفاع الغرر عن البيع. و اشتراط سقوط الخيار بتخلف بعض الأوصاف لا ينافي الأخبار المزبور.

و أمّا ما ذكر المصنف (ره) من أن الخيار حكم شرعي يلحق بالبيع الصحيح، فهذا بالإضافة إلى مثل خيار المجلس و الحيوان من الخيارات الشرعية التأسيسية صحيح؛ و لكن لا يصح بالإضافة إلى الخيار المشروط، فإن هذا الخيار ربّما يوجب خروج البيع عن كونه غررياً، و بذلك يدخل في خطاب الإمضاء.

و ما ذكر (قده) من أن شرط الخيار لو كان موجبا لارتفاع الغرر لصحّ بيع ما يتعذر تسليمه بشرط الخيار غير صحيح فإن شرط الخيار، و ان يوجب في بعض الموارد خروج البيع عن الغرر لان الغرر الجهل الخاص، و هو الذي فيه خطر و لا-خطر مع اشتراط الخيار إلا أن الأخبار الواردة في اعتبار الضميمة في بيع العبد الآبق و نحوه دلّت على عدم الاعتبار بشرط الخيار في تصحيح بيع ما يتعذر تسليمه.

و الحاصل أن شرط سقوط خيار الغبن لا بأس به و لا يوجب الغرر في العوضين و العلم بعدم الاختلاف بين القيمة السوقية و الثمن المسمّى غير معتبر في صحّة البيع و الجهل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٦

[الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة]

الثالث: تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطه للخيارات المتقدمة (١).

بها حال البيع، كالجعل بها بعد البيع في عدم كونه قادحا في صحّة البيع و لزومه، و ان شرط سقوط خيار الرؤية مع إحراز الأوصاف، و لو بإخبار البائع لا يوجب أيضا الغرر في البيع و الله سبحانه هو العالم.

(١) تصرف المغبون فيما انتقل إليه بعد علمه بغبنه مسقط لخياره، و يستفاد ذلك ممّا دلّ على سقوط خيارى المجلس و الشرط بتصرّف ذى الخيار فيهما. و وجه الاستفادة ان النصّ الدال على سقوط الخيار بالتصرف وارد في خيارى الحيوان و الشرط، و لكن وقع الإجماع على أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجارة للبيع و تصرّفه فيما انتقل عنه فسخ.

و يظهر أيضا من التعليل الوارد في سقوط خيار الحيوان بالتصرف أن رضى ذى الخيار ببقاء البيع مسقط لخياره، و على ذلك فيؤخذ في الحكم بسقوط خيار المغبون بتصرفه فيما انتقل إليه بعد العلم بالغبن بذيل الإجماع و عموم التعليل؛ و يضاف إلى ذلك أن المدرك لخيار الغبن؛ أما قاعدة نفي الضرر أو الإجماع و القاعدة كما لا مجرى لها في صورة الإقدام بالضرر كذلك لا تجرى في موارد الرضا بالضرر، و الإجماع أيضا على الخيار مع التصرف فيما انتقل إليه بعد العلم بغبنه مفقود.

و لكن هذا الوجه المضاف لا يثمر في المقام فإن غاية الأمر قاعدة نفي الضرر لا تثبت بقاء خيار الغبن مع التصرف كما أنه ليس في البين إجماع على بقاء الخيار مع التصرف بعد العلم بالغبن و يتمسك في بقاء الخيار للاستصحاب فالعمدة التشبث بذيل الإجماع على ان تصرف ذى الخيار مسقط لخياره، و بالتعليل الوارد في خيار الحيوان من أن تصرف المشتري الحيوان فيه رضاء بالبيع.

و لكن هذا التشبث أيضا لا يخلو عن المناقشة لأنهم ذكروا بعدم سقوط خيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٧

.....

الغبن بتصرف المغبون، و يمكن ان يؤخذ بإطلاق عدم السقوط في كلامهم حيث يعمّ التصرف بعد العلم بالغبن ايضا، و لكن لا يبعد اختصاصه بالتصريف قبل العلم بالغبن، كما صرح بذلك الاختصاص الشهيد الثاني في المسالك و تبعه جماعة، و مع هذا الاختصاص يؤخذ بمقتضى التعليل الوارد في خيار الحيوان، و الحكم بسقوط خيار الغبن بالتصرف بعد العلم بالغبن؛ بل مقتضاه كون التصرف قبل العلم بالغبن ايضا كذلك فإنه لا فرق بين خيار الغبن و خيار التدليس حيث ذكروا في خيار التدليس بسقوطه بتصرف ذي الخيار، و لو قبل علمه بالتدليس و كذا الأمر في خيار العيب.

و الاعتذار عن السقوط في خيار العيب و التدليس بالنص غير صحيح لأنّ النص وارد في خيار العيب لا التدليس؛ فينبغي في خيار التدليس ملاحظة دليله.

و على كل تقدير فان كان تصرف المغبون بعد العلم بغبنه دالا- على رضاه ببقاء البيع و الإغماض عن خياره فهو و ألما فمقتضى استحباب بقاء الخيار عدم سقوطه بسائر التصرف.

أقول: المراد بالتصرف الموجب لسقوط الخيار بعد العلم بالغبن يعمّ التصرف المتلف و الناقل و التصرف الانتفاعي، و كل هذه التصرفات فيما إذا كان بقصد إقرار البيع و الإغماض عن الخيار فلا إشكال في كونه مسقطا فإنه لا يعتبر في الإسقاط ان يكون بالقول. و أمّا إذا لم يكن بذلك بل كان لأجل كون المال ملكه فعلا فله ذلك التصرفي مع التردد في الفسخ أو مع الجزم به، كما إذا علم المغبون غبنه و بنى على فسخه، و مع ذلك باع العين لأنه رأى ان إبقائها للاسترداد الى بائعها يوجب فسادا أو سقوطها عن المائتة، و نحو ذلك؛ فلا يكون التصرف الناقل مسقطا فضلا عن غير الناقل، و ما تقدم في خيار الحيوان من كون التصرف الانتفاعي من الحيوان مسقطا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٨

[الرابع تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن]

ثم ان مقتضى دليل المشهور عدم الفرق في المغبون المتصرف (١).

كان من قبيل التعبد بصغرى الإسقاط في بعض الموارد، و لا يعمّ ذلك غير مورده فضلا عن سائر الخيارات. كما ان دعوى ان بقاء العين يعتبر في الخيار المشروط بالشرط الارتكازي يدفعها ملاحظة ما تقدم من المثال، و مما ذكرنا يظهر ان التصرف الناقل، و غير الناقل فيما إذا كان قبل العلم بالغبن بقصد إقرار البيع على تقدير الغبن واقعا ايضا مسقط و بغير ذلك الداعي لا يسقط الخيار بل المغبون بعد فسخه البيع يرجع بماله الى الغابن على تقدير عدم بقاء العين.

و دعوى تضرر الغابن بذلك يدفعها ان العين لو كانت مثليا فقد أخذ البائع بدل ماله، و ان كانت قيمية كان بيعها اقدا ما على أخذ قيمتها مع ما تقدم من ان قاعدة نفي الضرر لا ينفي الحكم، أو الحق فيما إذا كان في كل من ثبوته و نفيه ضرر، كما لا يخفى. فقد تحصيل من جميع ما ذكر ضابط التصرف المسقط و التصرف غير المسقط بلا فرق بين كون المغبون هو البائع أو المشتري، حيث لا وجه للقول باختصاص ما ذكر بما إذا كان المغبون مشتريا فلا حظ و تدبر.

(١) لو بنى ان تصرف المغبون مع جهله بالغبن فيما انتقل اليه يوجب سقوط خياره، و المراد بالتصريف ما كان من قبيل النقل اللازم أو فك الملك كالوقف و العتق أو من قبيل إيجاد المانع عن رد العين كالاستيلاء أو كان من تلف العين فلا يفرق بين كون المغبون هو

المشترى أو البائع. و عن جماعة اختصاص سقوط الخيار بالتصرف المزبور بما كان المغبون هو المشتري، و لم يعلم وجه لذلك إلا أن يقال سقوط خيار المغبون بالتصرف حال جهله بغبنه مخالف لمقتضى الخيار الثابت بقاعدة نفى الضرر، فيقتصر في مخالفة دليل الخيار بمورد اليقين و هو المشتري. و أما إذا كان المغبون هو البائع فيكون له الخيار بعد ظهور غبنه، و بعد فسخه البيع يرد إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ١٩٩

.....

الثمن إلى المشتري و يأخذ منه بدل المبيع مثليا كان أم قيميا.

أقول: قد تقدم أنه لا موجب لسقوط الخيار بتصرف المغبون مع جهله بالغبن إلا إذا كان ذلك التصرف بقصد الإغماض عن الخيار على تقدير غبنه، و لا فرق في هذا الإسقاط الفعلي بين كون المغبون بايعا أم مشتريا، و يؤخذ في غير هذا الفرض بمقتضى الخيار، و هو تعلق الحق بفسخ البيع و بعد فسخه يرجع الغابن إلى بدل ماله.

لا يقال: لو فرض العين بتصرف المغبون تالفا و يكون فسخ البيع موجبا لانحلاله من حين الفسخ لا من الأول فيرجع ما بيد الغابن إلى ملك المغبون و التالف بيد المغبون لا يمكن رجوعه إلى ملك الغابن لأنه من قبيل تملك المعدوم، و كذا إذا انتقل المال بتصرف المغبون إلى الغير بالملك اللانزم أو فك الملك فإن لازم انحلال البيع بفسخ المغبون انحلال التصرف المزبور أيضا، و كيف يرجع الغابن في جميع ذلك إلى بدل ماله.

فإنه يقال للتالف في اعتبار العقلاء جهات خصوصية عينية و جهة نوعية و جهة مالية، و يكفي في فسخ المعاملة الجارية على الشخص إمكان رد ذلك الشخص و لو ببعض جهاته فيكون رده في جهتي نوعيته و ماليته فيما كان مثليا و بجهة ماليته فيما إذا كان قيميا كما أوضحنا ذلك في التكملة في معنى حديث على اليد ما أخذت حتى تؤدى و تعلق الخمس و الزكاة بالعين بنحو الإشاعة في المالية. و كذا الحال فيما إذا كان تصرف المغبون موجبا لعدم إمكان رد الخصوصية كالاستيلاء أو انتقال ذلك المال إلى الآخر أو فك الملك.

و الحاصل كلما كانت العين على ملك المغبون و لم يكن مانع عن ردها إلى الغابن فيستحق الغابن بالفسخ تلك العين و إلا يأخذ البدل و لا فرق في ذلك بين

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٠

و في لحوق الامتراج مطلقا أو في الجملة (١).

عدم خروجها عن ملك المغبون أصلا أو رجوعها إليه بعد خروجها، حيث إن الرد بالسبب السابق بعد الفسخ و المفروض كونه حلا للبيع من حينه لا من الأصل.

ثم بناء على كون تصرف المغبون مع جهله بالحال مسقطا لخياره، فلا يسقط خياره بالتصرف الذي يخرج به المال عن ملكه، و لكن لا بنحو اللزوم، لأن الدليل على مسقطية التصرف هو عدم إمكان رد العين، و يمكن للمغبون بعد علمه بغبنه رد العين و لو بفسخ ذلك الناقل، و بهذا يظهر الحال في التصرف الذي لا يخرج به العين عن ملك المغبون فعلا، كما في تدبير العبد أو الوصية بما انتقل إليه حيث يكون فسخ البيع بعد ظهور الغبن إبطالا للتدبير و الوصية، بل يمكن ان يقال بعدم سقوط خيار الغبن فيما إذا ارتفع المانع عن الرد كموت ولد أم الولد أو حصول الفسخ في الناقل اللانزم بعب أو فسخ أو بالإقالة فإن مع ارتفاع المانع أو حصول الفسخ المزبور يمكن للمغبون مع ظهور غبنه رد ما انتقل إليه و استرداد ماله.

و ربما يبني بقاء خيار الغبن و سقوطه بحصول الفسخ في النقل على أن الزائل العائد أي ملك المغبون ما انتقل إليه الذي زال و عاد

كالذي لم يعد.

و كذا الكلام فيما إذا رجع الملك الى المغبون بناقل جديد، و يمكن القول بسقوط خيار الغبن في الفرض لأن هذا التملك بسبب جديد لا زوال للسبب الأول ليقال مقتضى زواله كأنه لم يحصل.

و هل اجارة المغبون العين المشترأه كالنقل اللازم في كونها مسقطه لخياره، أو أنه له الخيار فيفسخ البيع بعد ظهور غبنه فيرجع الى ملك الغابن، كما يرجع الغابن الى عوض المنفعة الفائتة بالإجارة و لو ظهر الغبن بعد انقضاء مدة الإجارة فلا تكون الإجارة السابقة مسقطه لخيار الغبن لإمكان الرد.

(١) و لو فرض امتزاج ما انتقل الى المغبون بغيره من ماله فان كان الامتزاج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠١

.....

المزبور موجبا لاستهلاكه أو خروجه مع غيره إلى شيء ثالث كما في إلقاء الملح في الطعام أو امتزاج الخل بالعسل، فهذا القسم من الامتزاج يوجب سقوط خياره، بل يسقط خياره بالامتزاج و لو كان بمثله لأن حصول الشركة بالفسخ مانعه عن رد العين و جواز ردها هو الثابت في مورد الغبن على ما تقدم.

أقول: هذا بناء على اعتبار الرد المزبور في جواز فسخ المغبون، و أمّا بناء على ما ذكرنا من تعلق الخيار بالعقد و لا يعتبر فيه بقاء العوضين فإن كان فسخ المغبون العقد بعد الامتزاج و ظهور الغبن فهل يرجع الغابن الى بدل ماله أو أنه يحصل الشركة بالفسخ المزبور، و لا يستحق الغابن إلّا مطالبة المغبون بالقسمه فقيل أنه يحسب الامتزاج تلفا سواء كان موجبا لاستهلاك المال أو خروجه الى ثالث، أو كان الامتزاج بمثله لأن ما جرى العقد عليه لا يمكن رده فيرجع الى بدله.

أقول: الظاهر ان الامتزاج الموجب للاستهلاك كذلك؛ و اما في غيره فيحصل الشركة بحسب المالىة، كما في خروجه بالامتزاج الى ثالث، أو مزجه بالأردء أو الأجوذ، و في الامتزاج بمثله يحصل الشركة بحسب الكمّيّة، و ذلك فإن الامتزاج لو كان موجبا لتلف المال مطلقا لجاز للمغبون التصرف في المال الممزوج بعد الفسخ، و لو قبل أداء البديل، لأنّ المال الموجود خارجا ليس ملكا للغابن و المغبون معا على الفرض، و ما ذكر في مورد تلف العين حقيقة من عدم جواز تصرف الضامن في بقايا العين الخارجية قبل أداء البديل -لا- يجرى في المقام فلا- حظ. و ايضا يلزم أن يكون المال الممزوج بلا مالك فيما إذا حصل الامتزاج بفعل شخص ثالث فإنه باعتبار كون المزج تلفا للمالين فيضمن المال لكل منهما و لا يحصل ملك الضامن إلّا بدفع البديل كما لا يخفى.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٤، ص: ٢٠١

و أمّا إذا كان تصرف المغبون موجبا لنقص ما انتقل اليه أو حصل هذا النقص

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٢

و اما تصرف الغابن فالظاهر انه لا وجه لسقوط خيار المغبون (١).

بنفسه بكون حصوله موجبا لسقوط خيار المغبون عند المصنف و لا يكون عندنا موجبا للسقوط غاية الأمر على المغبون بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل في تلك العين. و من العجب ان ظاهر المصنف (ره) الجزم بسقوط خيار المغبون بالنقص هنا، و احتمال عدم

سقوط خيار المغبون بإجاره العين مع أنّ إجارتها نقص في منفعة العين كما لا يخفى.

و أمّا إذا كان التغير في العين بالزيادة فمع كونها حكميًا فلا يسقط الخيار عند المصنف (ره) بخلاف ما إذا كانت عينية فقط أو مع الحكمية فإن مع حصول الشركة بالفسخ لا يمكن ردّ العين المعتبر في بقاء الخيار.

(١) إذا فسخ المغبون البيع بعد ظهور الغبن و وجد عين ماله أنّه قد تصرف فيه الغابن بتصرف ناقل لازم أو فكّ ملك، فهل يستحقّ المغبون مطالبه الغابن بالبدل أو أنّه يكون مسلطاً على إبطال ذلك التصرف من أصله، كما في تسلط المرتهن على إبطال بيع الراهن عين المرهونه، و تسلط الشفيع على إبطال بيع من عليه الشفعة الحصّة من آخر أو أنّ المغبون يكون مسلطاً على إبطال تصرف الغابن من حين فسخه البيع فيصحّ ذلك التصرف من الغابن الى زمان حصول فسخ البيع ذكر (ره) لكل من الاحتمالات الثلاثة وجهها.

و قال في وجه تسلط المغبون على إبطال ذلك التصرف من أصله أنّ العين بيد الغابن كان متعلقاً بحق المغبون فيكون تصرف الغابن متزلزلاً- من الأول، كما في بيع الراهن العين المرهونه و لأنّ المغبون بفسخه البيع الواقع بينه و بين الغابن يتلقّى العين من الغابن و لازم ذلك انحلال تصرف الغابن من أصله و الّا يكون تلقّى المغبون العين ممن انتقل اليه عن الغابن.

و في وجه تسلط المغبون على إبطال التصرف المزبور من حين فسخه البيع الأول

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٣

.....

انّ التصرف المزبور قد وقع من الغابن في ملكه و حقّ المغبون بفسخ البيع يحصل حين ظهور الغبن فلا وجه لبطلان ذلك التصرف الّا من حين حصول فسخ الأول.

و في وجه رجوع المغبون بالبدل من غير ان يكون فسخه موجبا لانفساخ تصرف الغابن من أصله، أو من حين الفسخ باعتبار ان الخيار باعتبار عدم تحقّقه الّا بعد ظهور الغبن لا يمنع عن نفوذ ذلك التصرف. و لذا ذكر غير واحد من الأصحاب من المانعين عن تصرف من عليه الخيار في المال الذي انتقل اليه بلا رضا ذي الخيار ان تصرف الغابن قبل ظهور الغبن للمغبون و تصرف من عليه الخيار قبل ظهور العيب للمشتري لازم باعتبار وقوع ذلك التصرف في زمان لا يكون فيه للمغبون أو مشتري المعيوب خيار.

و اختار (ره) هذا الوجه و أنّ لزوم تصرفات الغابن و رجوع المغبون الى بدل ماله بعد ظهور الغبن و فسخه هو المتعين. أقول: قد تقدّم عدم تعلّق الخيارات، و منها خيار الغبن الّا بالعقد لا بالعوضين؛ و عليه فلا بأس لمن عليه الخيار التصرف فيما انتقل اليه بتصرف ناقل أو غيره، و بفسخ من له الخيار يكون السبب السابق على البيع موجبا لرجوع ماله ذلك المال الى الفاسخ في ضمن القيمة أو المثل.

و بهذا يظهر الحال في استيلاء الغابن الأمة المشتراه من البائع المغبون فإنّ البائع بعد ظهور الغبن و فسخه البيع يرجع الى قيمتها كما هو مقتضى عدم جواز تملكها لغير مولاها، كما أنّه لو وجد المغبون بعد فسخ البيع العين قد انتقلت الى الآخر بنقل جائز لا يجوز له فسخ ذلك النقل لأنّه أجنبي بالإضافة الى ذلك النقل و أنّما يكون جوازه بالإضافة إلى الغابن، و ايضا لا يجب على الغابن فسخ ذلك النقل و ان طالبه المغبون، لأنّ العين لا تدخل بفسخ المغبون في ملكه. و أنّما يكون له ماليتها على ما تقدّم. و أنّما يكون العين للمغبون فيما إذا كانت حين الفسخ أو بعده في ملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٤

.....

الغابن بانحلال النقل الجائر، أو اللازم، لا ما إذا انتقلت الى الغابن بتملك جديد، فإنّ مع المملك الجديد لا يكون السبب السابق على بيع المغبون موجبا لرجوع تلك العين الى ملك المغبون، بل يرجع اليه بماليتها، كما ذكرنا. و بتعبير آخر السبب السابق على بيع

المغبون مع انحلال تصرف الغابن في العين يوجب رجوع تلك العين إلى ملك المغبون بفسخه، وإذا كان رجوع العين إلى ملك الغابن بملك جديد لا بمقتضى البيع الغبني الذي فسخه المغبون فلا يكون السبب السابق على بيع المغبون مقتضيا لرجوعها إلى ملك المغبون.

و دعوى أنّ البديل الذي ملكه المغبون بالفسخ من قبيل بدل الحيلولة عن العين و مع تمكن الغابن على إرجاع تلك العين إلى المغبون يتعين عليه ذلك لا يمكن المساعدة عليها أولاً: لعدم الأساس لبديل الحيلولة. و ثانياً: أنّ المقام ليس من ذلك البديل لأنّ بدل الحيلولة ينحصر بما إذا كان المبدل باقياً على ملك المضمون له. و في المقام لا يمكن أن تكون العين باقية على ملك المغبون فإنه قد تصرف الغابن في تلك العين بتصرف مخرج له عن ملكه مع عدم انحلال ذلك التصرف.

و ظاهر المصنف (ره) أنّه لو كان انحلال تصرف الغابن و عود العين إلى ملكه بعد فسخ المغبون فلا يستحقّ أيضاً المغبون المطالبة بالعين لأنّ المغبون بفسخه البيع قد تملك البديل على الغابن. و فيه ما تقدّم من أنّ الفسخ لا يوجب إلّا انحلال الناقل، و السبب السابق على ذلك الناقل يقتضى عود المالكين إلى مالهما الأصليين مع بقاء العينين و عدم وجود ناقل آخر غير منحلّ و لا منع أن يقتضى السبب السابق على بيع المغبون عود القيمة إلى ملك المغبون قبل انحلال تصرف الغابن.

و عود تلك العين بعد انحلاله فيما إذا لم يأخذ المغبون قيمة العين قبل ذلك. و أمّا مع أخذه القيمة لا يقتضى السبب السابق شيئاً لسقوط ما للمغبون بأخذه القيمة، كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٥

فان كان بالنقيصة فاما أن يكون نقصاً موجباً للأرش (١).

لا يخفى.

(١) يحتمل أن يكون مراده (قده) عن النقص الموجب للأرش فقد وصف الصحة أو وصف الكمال الأول كما في قطع الثوب؛ و الثاني: كما في سقوط الحيوان عن السمن الذي كان عليه حال العقد فإنّ المغبون بعد فسخه يرجع بالعين مع أرش التفاوت؛ و المراد بالنقص غير الموجب للأرش ما كان النقص خارجياً، و لكن لا يختلف القيمة بذلك النقص، كما إذا أخذ من بعض شعر الفرس المشتري و نحو ذلك، فإنّ المغبون بعد فسخ البيع يرجع بالعين من غير أن يرد عليه شيء لأنّ النقص المزبور لم يوجب اختلافاً في القيمة و تعليل الأرش في النقص الموجب للاختلاف في القيمة بما ذكر من أنّ مع الفسخ قد رجع تمام العوض إلى الغابن فيرجع تمام العوض إلى المغبون فيكون تلف الوصف بيد الغابن كتلف الجزء بيده، فيتدارك الجزء التالف أو الوصف التالف بالبديل لا يخلو عن المناقشة كما يأتي.

و لكن الظاهر أنّ مراده بالنقص الموجب للأرش تلف وصف الصحة فإنّ هذا الوصف هو المعروف بموجب الأرش في البيع؛ و المراد من غير الموجب له تلف وصف الكمال و على ذلك فيرد عليه أنّ ضمان وصف الصحة ليس باعتبار وقوع العوض بإزاء العين و وصف صحتها ليلزم من رجوع تمام العوض إلى ملك الغابن رجوع تمام العوض إلى ملك المغبون بل وصف الصحة كأوصاف الكمال لا يقابلها شيء من العوض؛ و أنّما تكون موجبة لزيادة العوض المبدول بإزاء نفس الموصوف.

و لذا لا يكون ظهور العيب في المبيع كاشفاً عن بطلان البيع في بعض الثمن، و إلّا لم يكن فرق بين وصف المبيع و جزئه.

و الحاصل: لا فرق بين وصف الصحة و وصف الكمال في أنّ الموجب للضمان فيهما أمر واحد و هو جريان يد الغابن على المال بذلك الوصف حيث أنّ الضمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٦

ما دام البيع معاوضى ولا يدخل فيه الوصف، و بعد انحلال البيع الضمان لليد و هو يعم وصف الصخه و وصف الكمال معا. لا يقال: إذا كان حصول النقص فى العين بعد فسخ المغبون فلا ينبغى الرب فى ضمان الغابن ذلك الوصف باعتبار كون المال بيده ملك للغير، فيضمن تلف وصفه سواء كان بفعله أو فعل الغير أو بحصوله بأمر سماوى؛ و أما إذا كان حصوله قبل فسخ المغبون فلا موجب لضمان الغابن لأن انحلال البيع يكون من حين الفسخ و لا وصف للعين فى ذلك الحين ليجزى عليه يد الغابن فإنه يقال قد تقدم أن البيع الواقع على شىء مع الوصف له بقاء يتعلق الفسخ بذلك البيع فيرجع المبيع فى ذلك الوقت الى ملك الفاسخ بالسبب السابق على البيع. و ان كان مبدء الرجوع حين الانحلال فيرجع الباقي بعينه و التالف ببدله و ماليته، كما ذكرنا سابقا، و لو كان انحلال البيع من حين الفسخ موجبا لعدم ضمان الوصف الفاتت قبل ذلك لزم عدم المعنى للفسخ فيما إذا تلف العين بيد الغابن قبل فسخ المغبون.

و مما ذكرنا يظهر الحال فيما وجد المغبون العين بعد فسخه مستأجرة فان المصنف (ره) و ان ذكر رجوع المغبون بتلك العين مع بقاء الإجارة بحالها، و لا يستحق على الغابن أو المستأجر شيئا لأن المنفعة التي ملكها الغابن للمستأجر كانت من الزوائد المنفصلة التي استوفها الغابن، و يأتي كون تلك الزوائد للغابن من غير ان يوجب عليه ضمانا، و احتمال بطلان الإجارة بالإضافة إلى المدء الباقية، كما يظهر من المحقق القمي (قده) بدعوى أن ملكية المنفعة للغابن كانت مترزلة غير صحيح، لأنه يكفى فى صحة الإجارة كون الموجر مالكا فى زمان الإجارة المنفعة التي يملكها للمستأجر، و هو حاصل فى المقام إلا أن الإجارة المزبورة يوجب النقص فى العين بحيث تختلف قيمة العين مع ملاحظة الإجارة المزبورة مع قيمتها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٧

و ان كان التغيير بالزيادة فإن كانت حكمية محضة (١).

بدونها؛ و لذا يكون على الغابن الأرش دون اجرة المثل للمدة الباقية و المنافع التي لا يوجب الأرش على الغابن هى التي حدثت فى ملكه. و أما إذا كانت حال البيع و أوجب استيفائها نقصا فى قيمة العين فهى داخله فى الضمان، و يجب على الغابن أرش نقص القيمة. و ما ذكر العلامة (ره) فى مسألة التفاسخ للاختلاف من أنه يكون على المشتري المؤجر أجره المثل للمدة الباقية غير صحيح فان المغبون مع الفسخ أو التفاسخ يرجع الى صاحبه بالأرش لا بأجره المثل و تفرقه المصنف (ره) بين فسخ المغبون و التفاسخ لا يرجع الى محصل فتدبر جيدا.

(١) ان كانت الزيادة حكمية محضة و المراد بها عدم تحقق شىء يكون بإزاء الزيادة فى مقابل ما يكون بإزائها فى الخارج عين كغرس الشجر فى أرض اشتراها من بايع مغبون فإن كانت تلك الزيادة الحكمية موجبة لزيادة قيمة العين يكون فسخ المغبون موجبا لاشتراك الغابن مع المغبون بنسبة تلك الزيادة بأن تقوم العين مع تلك الزيادة و تقوم بدونها فيحصل الاشتراك بتلك النسبة، كما إذا قيل أن العين معها يساوى مائة درهم، و بدونها ثمانين فيشترك الغابن مع المغبون بالخمسة.

و أما إذا لم يوجب تلك الزيادة تفاوتاً فى القيمة فترجع العين الى ملك المغبون بالفسخ، و لا يكون عليه ضمان عمل الغابن فإن عمله حصل فى العين حال كونها ملكا، و عمل الشخص فى ماله غير مضمون على أحد.

و عن النائيني (قده) أن الاشتراك فيما إذا كانت الزيادة بفعل الغابن بأن يكون عمله علة تامه لتلك الزيادة. و أما إذا كانت بفعل الله و لو كان بعض معداته من الغابن كتعليف الدابة و اشرابها بالإضافة إلى حصول سمنها أو لم يكن بفعل أحد كاشتداد حموضة الخل بيد الغابن فلا وجه لحصول الشركة، فإنّ الحاصل خارجا أمر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٨

.....

يتبع العين في الملك خروجاً و دخولاً، فإن من ملك العين ملك سمنها بخلاف ما إذا كانت حاصلة بفعل الغابن كصبيغ الثوب، فإن الصبيغ من حيث كونه من فعل الغابن ملك له.

أقول: الظاهر عدم الفرق في جميع فروض الزيادة الحكمية في أنّ العين بعد فسخ المغبون تكون ملكاً له من غير اشتراك في العين أو القيمة حيث أنّه لا يمكن التفكيك بين العين و وصفه في الملك بان يكون العين ملكاً لأحد و وصفها ملكاً لآخر، و لو لم يكن فعل الغابن ألماً موجبا لحصول الوصف في العين فالوصف يتبع العين في الملك دخولاً و خروجاً. و أمّا نفس العمل فالمفروض حصوله في العين حال كونها ملكاً للغابن و الشخص عمله في ماله غير مضمون على الآخر، كما تقدم، و أنّما يضمن فيما إذا وقع بمال الغير مع الأمر به أو المعاملة عليه كما لا يخفى.

ثمّ أنّ ظاهر المصنف (ره) كون الشركة مع الزيادة الحكمية و شبهها شركة عينية، و لكن هذه الشركة باطلة جزماً فإنّ لازمها أن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في العين حتّى بعد فرض زوال تلك الزيادة، كما إذا زال سمن الدابة أو زال لون المبيع؛ و لذا وجّه السيد اليزدي (ره) الشركة في المالية بأن يكون الغابن مشتركاً مع المغبون في القيمة ما دامت تلك الزيادة باقية، فتزول الشركة بعد زوال ذلك الوصف.

أقول: لازم ذلك الالتزام بالشركة في المالية فيما إذا زادت القيمة السوقية للمبيع بيد الغابن، كما إذا كان قيمته السوقية وقت البيع مأتين و صارت في ملك الغابن قبل فسخ المغبون ثلاثمائة، فيلزم ان يشترك الغابن مع المغبون في المالية بالثلث ما دامت القيمة السوقية كذلك، و كما أنّ القول بهذه الشركة غير صحيح لأنّ القيمة تابعة لملك العين كذلك في الزيادة الحكمية على ما تقدم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٠٩

و لو كانت الزيادة عينا محضاً كالغرس (١).

و بالجملة لا يمكن بحسب اعتبار العقلاء التفكيك بين الموصوف و وصفه في الملكية بأن يكون الموصوف ملكاً لشخص و وصفه ملكاً لآخر. و أنّما يمكن التفكيك فيما إذا كانت للزيادة عينية يمكن فصلها على العين كاللبن المكوّن في ضرع الحيوان بين العقد و فسخه، و على ذلك فلو سمن الحيوان بيد المشتري الغابن و لو بتعليفه يكون فسخ البيع موجبا لرجوعه الى ملك المغبون من غير موجب لشركة الغابن فيه.

و مما ذكرنا يظهر أنّه لو كان لفعل الغابن أثر توجب زيادة قيمة العين فلا يوجب ذلك الأثر حصول الشركة بالفسخ، و لو كان فعل الغابن علّة تامّة بالإضافة الى ذلك الأثر كما تقدم.

(١) إذا كانت الزيادة عينية محضه يمكن فصلها عن المبيع كالغرس و الزرع فيقع الكلام في أنّه هل يجوز للمغبون قلع الغرس بلا أرش للغابن كما ذكره العلامة في المختلف في الشفعة فيما إذا وجد الشفع الصنف مغروسة بيد المشتري أو أنّه لا يجوز له القلع أصلاً بل عليه الصبر الى فناء الغرس فيكون له مطالبه الأجرة على بقاء الغرس في أرضه، كما ذكروا ذلك فيما إذا أفلس مشتري الأرض بعد غرسها فإنّ لبائعها الرجوع الى الأرض و لا يجوز له قلع الغرس بل يضرب اجرة بقاءه مع سائر الغرماء، أو أنّه يجوز له القلع مع أرش الغرس كما عن المسالك في المقام، و في غرس المستعير الأرض المستعارة فيكون الاحتمالات في المسألة ثلاثة.

و ذكر في وجه الأول انه بفسخ المغبون ترجع الأرض الى ملكه فيكون الغرس المملوك للغابن نظير مال الغير في المكان المملوك للغير في أنّ لمالك المكان مطالبه مالك المال بإفراغه حتى فيما كان الإفراغ موجبا لتنزل قيمة ذلك المال.

و في وجه الثاني: أنّه لا يقاس غرس الأرض المرجوعه الى ملك المغبون بالمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٠

.....

الموجود في مكان مملوك للغير و ذلك فإنّ المال المزبور بعد نقله الى مكان آخر هو ذلك المال و لو مع تنزل قيمته السوقية بالنقل بخلاف الغرس فإنّ المغروس بما هو شجر ملك للغابن و وصف كونه منصوبا مقوم له، و بعد قلعه لا يكون شجرا، و إذا كان الغرس بما هو منصوب و شجر ملكا للغابن يكون قلعه إتلافا لذلك المال، فلا يجوز كما يقتضيه مفهوم قوله (ص) ليس لعرق الظالم حق حيث أنّ المفهوم لعرق غير الظالم حق فيكون لمالك الغرس حق البقاء، و لو مع الأجرة لمالك الأرض.

و في وجه الثالث ان كون الشجر ملكا للغابن لا- يوجب استحقاقه إبقاء الغرس على أرض الغير و لا يوجب أيضا قياس الغرس ببقاء اجاره الغابن الأرض التي اشتراها حيث تقدّم أنّ مع رجوع الأرض إلى ملك المغبون تبقى إجاتها بحالها؛ و الوجه في عدم القياس أنّ منفعة الأرض بعد كونها ملكا لموجرها تدخل بالإجارة في ملك مستأجر الأرض بخلاف استحقاق الغرس في زمان فإنّه لا يوجب استحقاق بقاءه.

و اختار المصنف (ره) الوجه الأخير. و أضاف أنّه كما لا يكون لصاحب الغرس حق في الأرض كذلك لا يكون لمالك الأرض حق في الغرس فلكل منهما ماله؛ غاية الأمر، إذا أراد صاحب الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس أي تفاوت قيمة الشجر منصوبا على الأرض و بين قيمته مقلوعا كما أنّه إذا أراد صاحب الغرس القلع و أوجب ذلك الحفر في الأرض فعليه طمّ الحفر.

لا يقال قيمة الغرس بما هو شجر و منصوب مملوك للغابن مقتضاه استحقاقه بقاء الغرس على الأرض فإنّه يقال قيمة الغرس شجرا، و قيمته مقلوعا تختلفان فإنّه بالقلع قد يلحق بالحشيش أو الحطب، بخلاف كونه منصوبا، و بما هو شجر فإنّ له قيمة، و ان لم يكن مالكة مستحقا لإبقائه في تلك الأرض، و لذا ربّما تقدم مالك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١١

.....

الأرض لاشرائه، و لا- يباع منه بقيمة الحشيش أو الحطب. و حاصل ما ذكر تفاوت قيمة الغرس منصوبا مع استحقاق القلع لمالك الأرض و قيمته مقلوعا هو الأرش لا ما يظهر من المصنف (قده) من تقويم الغرس مع ملاحظة نصبه دائما مع قيمته مقلوعا، فان لحاظ كونه منصوبا دائما هو عبارة أخرى عن فرض استحقاق مالك الغرس إبقائه و لو مع الأجرة لمالك الأرض.

أقول غرس الأرض المشترأ لا تكون كاجارتها إلى مدة حيث تقدم أنّ مع فسخ البائع المغبون لا تبطل الإجارة المزبورة و ان الإجارة استيفاء لمنفعة الأرض الموجودة حال البيع بعد دخول تلك المنفعة في ملك المشتري تبعا لمالك العين غاية الأمر يكون للبائع بعد فسخ البيع المطالبة بأرش النقص الحاصل في المبيع في يد المشتري بخلاف غرس المشتري الأرض بعد اشترائها، لأنّ الغرس استعمال الأرض بغرسها ما دام الغرس لا ما دام يصلح المغروس للعمر بحسب نوعه أو صنفه و جواز استعمال الأرض بالغرس أو نحوه من أثر ملك الأرض و بعد رجوعها الى ملك بائعها بالفسخ ينتهي الجواز المزبور فلا بدّ من بقاء الجواز من موجب آخر، و هو غير حاصل على الفرض بل أصول المغروس يدخل في عنوان عرق ظالم بقاء.

و بهذا يظهر أنّه لا- يكون على البائع المغبون أرش كون الغرس منصوبا لأنّ الأرش يثبت ما إذا كان مالك الغرس مالكا للنصب المتلف، و المفروض عدم استحقاقه ذلك الوصف بانتهاج البيع بالفسخ و رجوع الأرض إلى مالكها.

و مما ذكرنا أنّه لا- يقاس المقام بما إذا كان للشخص أرض مغروسة و باع الأرض دون غرسها حيث لا يجوز لمشتري الأرض قلع الغرس بل لا- يجوز له مطالبة الأجرة على الغرس حيث أنّ المستثنى عن المبيع الغرس بما هو غرس مثبت في تلك الأرض إلى آخر

عمره؛ و من هذا القبيل إرث الزوجة من قيمة البناء و الغرس دون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٢

.....

نفس العرصه، و أعيانها حيث يلاحظ في تقويم البناء و الغرس بقائهما على تلك الأرض إلى آخر عمرهما بلا اجرة، كما ظهر عدم الفرق فيما ذكر من عدم الأرش لمالك الغرس بقلعه بين الفسخ بخيار الغبن أو بخيار التفليس أو بالتفاسخ. و ان وصف النصب المتلف لا يستحقه بالفسخ مالك الغرس ليكون على القالع ضمانه.

نعم لو فرض في مقام ضمان القلع كان على الضامن قيمة الغرس كما يشهد لذلك موثقة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اكرى دارا و فيها بستان فزرع في البستان و غرس نخلا و أشجارا و فواكه و غير ذلك و لم يستأمر صاحب الدار في ذلك قال (عليه الكراء و يقوم صاحب الدار الزرع و الغرس قيمة عدل و يعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك، و ان لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء و الزرع و الغرس يقلعه و يذهب به حيث شاء فان ظاهر الاستيثار تضمين الغرس و بدونه لا يحتاج إلى أمر صاحب الدار كما لا يخفى.

لا يقال كيف يجوز لبائع الأرض قلع الغرس بعد فسخ البيع مع ان جواز القلع حكم ضررى على مالك الغرس و بقاء الغرس مع الأجرة للبائع بعد الفسخ لا يكون ضررا عليه ليكون المورد من موارد تعارض الضررين، فيكون المورد من قبيل أكل مال الغير في المخصصة، حيث يجوز ذلك الأكل لحفظ نفسه عن التلف مع ضمان الطعام.

فإنه يقال بقاء الغرس في الأرض المزبورة في نفسه نقص للأرض المملوكة للغير حيث ينقص به قيمتها و تدارك ذلك النقص بالأجرة لا يدخل في مورد نفي الضرر و جواز أكل مال الغير في المخصصة مع ضمانه للتراحم بين و جوب التحفظ على النفس من الهلاك و عدم جواز التصرف في مال الغير و مقتضى تقديم الأهم و يكون إتلاف مال الغير موجبا لضمانه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٣

ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون (١).

(١) الاحتمالات ثلاثة: الأول: جواز قلع الغرس لمالك الأرض. الثانى:

مطالبة الغابن بقلعه، و مع امتناعه عن الإجابة يجبره الحاكم على القلع. الثالث:

مطالبة الغابن بالقلع و مع امتناعه عن القلع يقلعه المغبون؛ و هذه الاحتمالات للوجوه التى ذكرها فيما إذا دخلت أغصان شجر الجار الى داره، و يمكن الفرق بين المسئلتين بأنه لا يجب لمالك الأغصان الإجابة للجار فى رد الأغصان، أو قلعها حيث ان دخولها داره لم يكن من فعله بخلاف الغرس فى المقام.

أقول: الأظهر هو الوجه الأخير لأن مطالبة مالك الغرس بالقلع مقتضى عدم حل التصرف فى مال الغير و قلع الغرس تصرف فيه. نعم مع امتناعه عن الإجابة يسقط احترام ماله نظير امتناع مالك المال عن نقله عن المكان المملوك للغير و لا يختلف الحال فى ذلك بين كونه من فعل مالك المال أو بفعل غيره.

و قد يقال بأنه يجوز لمالك الأرض قلع الغرس ابتداء لأن ما دل على عدم جواز التصرف فى مال الغير، و ان كان مقتضاه عدم جواز القلع إلا ان ما دل سلطنة مالك الأرض على الأرض جواز افرأها عن الغرس و بعد تعارضهما يرجع الى أصالة الحل، و كذا يجوز هذا القلع لمالك الغرس و لو مع عدم رضا صاحب الأرض به لأن هذا الجواز مقتضى أصالة الحل أيضا بعد سقوط دليل سلطنة و عدم جواز حل التصرف فى الأرض المملوكة للغير، و لكن إثبات الإطلاق لسلطنة المالك على التصرف فى ماله حتى ما لو استلزم

التصرف في مال الغير لا يخلو عن اشكال.

ثم أنه إذا قلع مالك الغرس غرسه و حصل بذلك نقص في الأرض فعليه أرش طمّ الحفر لأنّ النقص حصل في الأرض المملوكة للغير بفعله، و لا يقاس بما ذكرنا من أنه لو حصل بقلع مالك الأرض الغرس خروج الشجر الى الحطب أو الحشيش فلا يستحق مالك الغرس الأرش على مالك الأرض لأنّ وصف النصب المقوم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٤ و أمّا لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضى ما ذكرنا (١).

لشجرية لم يكن مملوكا لمالك الغرس ليكون على القالع ضمانه، كما لا يخفى.

(١) لا- يخفى أنّ الغرس قد حصل حال كون الأرض ملكا للغارس و لو كان الغرس المزبور استيفاء لمنفعة الأرض طول مدة الغرس نظير إجارتها بعد شرائها عن بايع مغبون لكان على الغارس بعد فسخ البيع أرش النقص الحاصل للأرض نظير أرش النقص الحال بالإجارة.

و أمّا إذا كان الغرس كما ذكرنا استعمالا للأرض ما دام الغرس، فإن أراد الغابن قلع الغرس و امتنع المغبون عن الإجازة فلا يكون على الغابن أجرة لأنّ الغرس بقاء مستند إلى إمساك مالك الأرض و حبس الغرس على مالكه فلا يستحقّ أجرة. و أمّا يستحقّ الأجرة على البقاء فيما إذا امتنع مالك الغرس عن قلعه أو طلب بقاءه لا مجانا و يجرى ذلك في الفسخ بخيار التفليس أيضا، و تعليل الاستحقاق بسبق حق المغبون على الغرس غير صحيح؛ بل لا فرق في استحقاقها بين سبق الحق و لحوقه لأنّ استيفاء منفعة الأرض المملوكة للغير موجب لضمان تلك المنفعة إلّا إذا كان للمستوفى حق الاستيفاء مجانا، و هذا الحق لا يحصل للغارس بمجرد حدوث الغرس حال كونه مالكا للأرض؛ ثمّ عادت الى مالكة الأصلي بخيار الغبن أو بخيار التفليس.

بقي في المقام ما أشار إليه المصنف (ره) من أنه لو أراد مالك الغرس قلعه، فهل لمالك الأرض منعه لكون القلع موجبا لنقص أرضه، أو أنه يجوز لمالك الغرس قلعه، و ليس حق المنع لمالك الأرض، الأظهر هو الثاني؛ لأنّ منع مالك الأرض يكون حيسا للغرس على مالكه، فلا يجوز و لا يكون لقاعدة نفي الضرر حكومة، لكون رفع عدم الجواز أيضا ضررا على مالك الغرس أو حرجا عليه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٥

و لو كان التغير بالامتزاج فاما أن يكون بغير جنسه (١).

(١) ذكر (قده) للامتزاج أى امتزاج المبيع بغيره من مال الغابن صوراً الأولى امتزاج المبيع بغير جنسه بحيث يكون المبيع مستهلكا في الممتزج بالفتح، كما إذا امتزج ماء الورد بالزيت و التزم في ذلك برجوع المغبون بعد الفسخ الى بدل ماله باعتبار أنّ الامتزاج بنحو الاستهلاك لا يوجب الشركة بل يعد المستهلك بالفتح تالفا. أقول: هذا بناء على ما ذكرنا من عدم اعتبار العقلاء وصف الشيء ملكا لواحد و الموصوف ملكا لآخر واضح.

و أمّا بناء إمكان ذلك و كونه موجبا لاشتراك في المايئة فلتوهم حصول الشركة وجه لأنّ الوصف الحاصل للزيت بخلط ماء الورد ملك لبائع ماء الورد المغبون و المناقشة بأن الوصف للزيت لم يحصل بماء الورد فقط، بل للامتزاج الحاصل بفعل الغابن أو بفعل شخص ثالث، كما ترى.

الصورة الثانية: ما إذا حصل الامتزاج بغير جنسه، و لكن بنحو لا يوجب الاستهلاك بل يصير المخلوط معنونا بعنوان ثالث غير عنواني الجنس، كما في امتزاج الخل بالعسل و ذكر (قده) في هذه الصورة احتمالين أحدهما حصول الشركة في العين بالفسخ بحسب مائة الجنس، و لو كان الخل المبيع يساوي دينارين و العسل أربعة دنائير يكون الاسكنجين الحاصل ثلاثة أسهم سهمين لصاحب العسل

و سهم لصاحب الخل، و احتمال أن يكون الامتراج في الفرض ايضا بحكم التلف لأن المبيع و هو الخل الجارى عليه البيع غير موجود، فينتفى الخيار بانتفاء الخل، و لكن لا- يخفى ان هذا من سهو القلم لان تلف العين بيد الغابن لا يوجب سقوط الخيار، بل يوجب الرجوع الى البدل.

و عن المحقق الايروانى (قده) ان الامتراج في هذه الصورة لو كان موجبا لتلف المال فالمال الآخر أعنى العسل ايضا تالف فيكون الموجود الخارجى أى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٦

.....

الاسكنجيين بلا مالك، و لا يمكن ألا الالتزام بالشركة في العين بحسب المائيه.

أقول: تلف الصورة النوعية للمال لا- يوجب خروج مادته عن الملك و على ذلك فالغابن قبل الفسخ كان مالكا لكل من الخل و العسل و بعد خروجهما بالامتراج إلى شىء ثالث يكون ذلك الثالث ايضا ملكا له باعتبار ملك مادتهما، و فسخ المغبون يوجب خروج ما جرى عليه البيع بالسبب السابق الى ملكه، و بما ان تلك الصورة تالفه و ضمانها في المثلى بالمثل، و فى القيمي بالقيمة يكون للمغبون مطالبه الغابن بالمثل أو القيمة، و لكن ما دام لم يؤد البدل يكون الموجود الخارجى مشتركا بينهما لحصوله بالمادتين أحدهما بعد الفسخ من بقايا ملك المغبون؛ و لذا لا يكون للمغبون الامتناع عن أخذ البدل اللهم ألا أن يقال انّ الثابت فى المقام ثبوت حقّ المطالبة له، و لا يعين حقه فى المثل أو القيمة بحيث لا يكون له حق المطالبة بالعين الخارجيه، و الإغماض عن المثل أو القيمة.

الثالث: الامتراج بجنسه المساوى له فى الصفات، و قد ذكر المصنف (ره) فى هذه الصورة الاشتراك فى العين بحسب الكميّة، و لا يجيء فى الفرض انّ للمغبون حق المطالبة بما جرى عليه العقد يعنى البدل لانّ المال المشترك قابل للقسمه الموجبه لرجوع مال بعضه عين ما جرى عليه البيع فيكون أقرب الى ما جرى عليه العقد من البدل. و بتعبير آخر لا يعتبر عند العقلاء استحقاق البدل فى هذا الفرض.

الرابعه: ما إذا حصل الامتراج بجنسه، و لكن مع كون المال الأصلي للغابن اردء فقد ذكر المصنف (ره) حصول الاشتراك فى الفرض، و لكن احتمال الشركة بحسب الكميّة مع ضمان النقص الحاصل المال المغبون بالامتراج فيعطى الغابن للمغبون أرش ذلك النقص، و لو كان مال المغبون منا من الحنطه الجيده يساوى ثلاثه دنانير، و كان للغابن منا من الردى يساوى دينارين، و بعد الامتراج كان المن من الممترج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٧

.....

يساوى دينارين و نصف يعطى للمغبون نصف دينار كما احتمال الشركة بحسب المائيه بأن تكون العين الخارجيه مشتركه بين الغابن و المغبون بالأخماس ثلاثه أخماس منها للمغبون و خمسان للغابن، و احتمال الشركة فى الثمن بان تكون مجموع ما فى الخارج ملكاً لمجموعهما و بعد بيعها يأخذ المغبون ثلاثه أخماس الثمن و الغابن خمسين نظير الشركة المتقدمه فى العين الخارجيه، بالإضافة إلى وصفه الحاصل بفعل الغابن.

أقول: بما ان أخذ الأرش و الاشتراك فى العين بحسب المائيه يوجب محذور الربا، فالمتعين الاشتراك فى المائيه، بل لا يبعد ذلك فى الصورة الخامسة أيضا، و هى إذا ما حصل الامتراج بالأجود، فإنّ الاشتراك فى العين بحسب المائيه فيه محذور الربا بخلاف الاشتراك فى الثمن.

نعم مع إمكان الاشتراك في العين بحسب الكميّة لا- تصل التوبة إلى الاشتراك في القيمة خصوصا فيما إذا كان الامتراج بحيث لا يكون معه ميز بين المالين حقيقة كما في امتراج المائعين، و وصف الجودة التي كانت للمال الأصلي للغابن، و أنّ فرض تلفه في هذه الصورة ألا أنّه لا ضمان بالإضافة إليه لحصول الامتراج بفعله فلا يجوز له مطالبة المغبون بالأرش، كما لا يخفى و مما ذكرنا يظهر أنّ شبهة الربا كما تجرى في الاشتراك في العين بحسب المالية كذلك تجرى في صورة استحقاق الأرش، و لا تختص بالأول، كما هو ظاهر عبارة المصنف (ره)، لا- يقال إذا كان الامتراج بالأردى أو الأجدود فلا موجب للالتزام بالشركة في الثمن بعد عدم الإمكان الشركة في العين بحسب المالية و الشركة فيها بحسب الكميّة للزوم الربا و لو بأخذ الأرش، و بما أنّ للمغبون المطالبة بما جرى عليه البيع و لا يمكن ردّه فيرجع إلى بدله فيكون الامتراج بالأردى أو الأجدود موجبا لتلف ما جرى عليه البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٨

بقي الكلام في تلف العوضين مع الغبن (١).

فإنّه يقال لم يحرز ان الامتراج كذلك موجب لخروج كل من الممترجين عن ملك مالكة الأصلي و لازم ذلك الشركة في الثمن. لا- يقال عدم خروجها عن الملك لا يلازم عدم استحقاق المغبون المطالبة بما جرى عليه البيع، كما تقدّم ذلك في خروج المالين بالامتراج إلى شيء ثالث، فإنّه يقال نعم، و لكن مع خروجهما إلى ثالث كان العنوان المقوم للبيع تالفا بخلاف الامتراج بالأجدود و الأردى، فإنّ التالف وصفه أى تميّزه، وجودته.

اللهم ألا أن يقال أنّما لا يرجع إلى بدل العين في تلف الوصف فيما إذا أمكن الرجوع إلى بدل الوصف التالف، و لا يمكن ذلك فيما نحن فيه فيرجع إلى بدل نفس العين، و على ذلك فلا يبعد أن يكون للمغبون المطالبة ببديل ماله أى المثل خصوصا فيما إذا كان هذا الامتراج في المائعات و تنحصر الشركة في العين في الامتراج بالمساوى من جنسه حيث يتعين فيه الشركة في العين بحسب الكميّة. (١) التالف مع خيار الغبن أمّا المال المنتقل إلى المغبون أو المال المنتقل إلى الغابن، و في كل منهما يكون التلف بأفء سماويّة أو بفعل أحدهما أو بفعل الأجنبي و لو تلف ما بيد المغبون و كان ذلك بأفء سماويّة فقد يقال بسقوط خيار المغبون به لعين ما ذكر في سقوطه بتصرف المغبون المخرج لذلك المال عن ملكه و هو عدم إمكان ردّ العين، و لكن قد تقدّم عدم صحة الاستدلال في مورد التعليل أى في التصرف المخرج فضلا عن غير ذلك المورد مثل تلف المال بأفء سماويّة، و أنّما يكون التصرف مسقطا فيما إذا كان بقصد الإعراض عن الخيار، و لو مع الجهل بالغبن.

و عليه فإن كان التلف المزبور مع الفسخ فيرجع الغابن إلى بدل ماله كما يرجع المغبون إلى عين ماله، و لو كان التالف قيميا ففي اعتبار قيمة يوم المطالبة أو يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم البيع ما تقدّم في ضمان القيمي، و مقتضاه ضمان يوم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢١٩

.....

الفسخ، فإنّه يوم ضمان اليد، و كذا الحال فيما إذا كان تلف ما عند المغبون بإتلافه.

و أمّا إذا كان بإتلاف الأجنبي فيجوز للغابن الرجوع إلى كل من المغبون و الأجنبي لضمان كل منهما، و ظاهر المصنف (ره) الرجوع إلى الأجنبي، و لكنّه غير صحيح، بل مقتضى جريان يد المغبون على المال و مقتضى إتلاف الأجنبي التّخيير للغابن في الرجوع. نعم إذا أخذ المغبون بدل التالف من الأجنبي، ثم فسخ البيع بخيار الغبن يتعين على الغابن الرجوع إلى المغبون لخروج الأجنبي عن ضمان المال قبل ذلك.

و لو كان إتلاف ما بيد المغبون بإتلاف الغابن فابترئه المغبون ثم ظهر الغبن و فسخ البيع فيرجع المغبون بما بيد الغابن و يأخذ الغابن

قيمة ماله من المغبون لأن إبرائه الغابن بمنزلة قبضه بدل ذلك المال.

و أما إذا كان التالف ما بيد الغابن فان كان تلفه بأفء سماوية أو بإتلاف الغابن و فسخ المغبون فيأخذ بدل التالف، و إذا كان التالف قيمياً فهل الاعتبار بقيمة يوم التلف أو يوم الفسخ قولان ظاهر الأكثر هو الأول، و لكن ذكروا في مسألة أخرى أنّ العبرة بقيمة يوم الفسخ و هي ما إذا اشترى عينا بعين و قبض البائع الثمن و لم يقبض المبيع، ثم باع البائع العين التي أخذها ثمناً من شخص ثالث ثم تلف المبيع الذي كان عنده فإنه بتلفه يفسخ البيع الأول و لا يبطل البيع الثاني لأنّ تلف المبيع قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من الأول، و على ذلك فيأخذ المشتري بدل العين التي دفعها ثمناً، و البدل قيمتها يوم تلف المبيع أي تلف العين التي كانت عند بائعها، و قد تلفت قبل إقباضها فإنّ ضمان قيمة الثمن يوم تلف المبيع صريح في ضمان يوم الانفساخ حيث أنّه لو كانت العبرة بقيمة يوم التلف لكان اللازم ضمان العين التي دفعها المشتري ثمناً بقيمتها يوم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٠

و لو تلف بإتلاف الأجنبي رجع المغبون بعد الفسخ إلى الغابن (١) فينبغي إحالة الزائد على ما ذكروه في غير المقام (٢).

بيعها من الشخص الثالث، فان يوم بيعها زمان تلفها، كما لا يخفى و الحاصل أنّه لا يعلم الفرق بين المسألة و بين المقام. (١) لو تلف ما بيد الغابن بإتلاف الأجنبي و فسخ المغبون فيأخذ البدل من الغابن لانه يرد عليه ما بيده و لان الغابن يملك قيمة التالف على عهده المتلف، فيكون ما على عهده القيمة لا نفس المعوض الذي يستحقه المغبون بالفسخ بنفسه أو ببدله و يمكن أن يقال أنّه يجوز للمغبون الرجوع إلى الأجنبي، لأنّ نفس المتلف على عهده لا- أنّ قيمته دين بدمته للغابن، و لذا يجوز المصالحة على ما في عهده بالأقل أو الأكثر، و لو كان نفس القيمة على عهده لكانت المصالحة بالأقل و الأكثر ربا بناء على جريانه في المصالحة أيضاً، كما لا يبعد.

و بهذا يظهر وجه تخيير المغبون في الرجوع إلى كل من الغابن و المتلف بالكسر.

أما الغابن فلأنّه يرد المغبون ما بيده عليه فاللازم استرداد المعوض منه. و أما المتلف بالكسر فلأنّ المال على عهده. أقول: الرجوع إلى الأجنبي لا يتوقف على الالتزام يكون نفس التالف على عهده، بل يكفي فيه كون القيمة على عهده فإنه تلك القيمة بفسخ المغبون تصير دينا للمغبون على عهده و العجب من المصنف (ره) أنّه فرق في إتلاف الأجنبي بين ما بيد الغابن و ما بيد المغبون. و لو تلف ما بيد الغابن بإتلاف المغبون فان لم يفسخ البيع يرد بدل التالف على الغابن، و ان إبراءه الغابن ثم ظهر الغبن و فسخ المغبون فيجب أن يرد الغابن البدل على المغبون لأنّ إبراءه بمنزلة أخذ البدل من المغبون فتدبر.

(٢) أي ينبغي إحالة الزائد مما ذكرنا في المقام على ما ذكروه في غير هذا المقام أي في كتاب الغصب من أحكام ضمانى اليد و الإتلاف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢١

[الظاهر ثبوت هذا الخيار في كل معاوضة مائية]

الظاهر ثبوت هذا الخيار في كل معاوضة مائية (١).

(١) يظهر عن جماعة جريان خيار الغبن في غير البيع من سائر المعاوضات، و قد حكى التصريح بالعموم عن فخر الدين في شرح الإرشاد و صاحبي التنقيح و الإيضاح، و عن المهذب البارع استثناء الصلح، و لعل الوجه في الاستثناء ان مشروعية الصلح لقطع المنازعة

و ثبوت خيار الغبن فيه موجب لعودها، و فيه أنه لم يعلم أن مشروعيتها منحصر بما ذكر بل ربما يجرى الصلح على المعاوضة باعتبار عدم التمكن على رعاية شرط البيع من تقدير المبيع و نحوه، كما لا يخفى. و في غاية المراد التفصيل بين الصلح المتضمن للمعاوضة بين المالكين فيجوز فيه خيار الغبن و بين الصلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق قبل ثبوت الدعوى ثم ظهر الغبن.

أقول: قد ذكرنا أن المستفاد من صحيحة أبي ولاد الواردة في تخلف المستأجر عن الإجارة أن الصلح الجارى على الإبراء أو إسقاط الحق مع اعتقاد الخلاف لا يكون خيارياً، بل محكوم بالبطلان، و في المسألة تفصيل آخر و هو جريان خيار الغبن في كل معاملة لا تكون بشخصها مبيته على المسامحة و عدم المبالاة، بل على المداقة و عدم جريانها في معاملة تكون بشخصها مبيته على المسامحة حتى لو كانت تلك المعاملة يباعاً فإنه لا يصدق في الفرض الغبن، و فيه أنه لم يؤخذ عنوان الغبن في الخطابات الشرعية ليكون الخيار مدار صدقه، بل ذكر ذلك في الفتاوى في البيع و المستند لهذا الخيار قاعدة نفى الضرر عند جماعة و تلك القاعدة تعم الموارد إلا إذا كان في البين اقدام و هو التصدي للمعاملة مع العلم بالتفاوت بين العوض المسمى و القيمة السوقية.

و أما الشرط الارتكازى في البيع و سائر المعاوضات المالية فهو ايضا يعم الموارد هذا مع ما في الدعوى لأن الغبن يصدق في الموارد التي يقدم الشخص على المعاملة لغرض مع احتمال التفاوت الكثير بين العوض و القيمة السوقية، و لو قيل بان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٢

و عدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار في غير البيع (١)

[هذا الخيار على الفور أو التراخي]

و قرره في جامع المقاصد بأن العموم في أفراد العقود (٢).

المدرک لخيار الغبن السيرة العقلية فالأمر كما ذكر من جريانه في البيع و سائر المعاوضات إلا في المعاملة مع العلم بالحال. (١) يشكل في جريان خيار الغبن في سائر المعاوضات بعدم تعرض الأصحاب لجريانه فيها، و لو كان هذا الخيار من الخيارات العامة كخيار الشرط لذكروا جريانه فيها كما ذكروا جريان خيار الشرط، و لا يمكن أن يقال أن عدم ذكرهم جريانه في سائر المعاوضات لا يدل على اختصاصه بالبيع، و إلا لذكروا الاختصاص، كما ذكروا الاختصاص في خيار المجلس، و الوجه في عدم الإمكان ان تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس في غير البيع للتعرض بخلاف بعض العامة من جريان خيار المجلس في بعض افراد غير البيع لا أنهم يلتزمون بذكر الاختصاص مع عدم جريان الخيار في غير البيع.

أقول: كيف ما كان و لو شك في جريان خيار الغبن في معاملة كالجمالة بناء على كونها من العقود فالأصل عدم الخيار على ما يأتي فيكون الشرط الارتكازى، أو بناء العقلاء محتاجاً إلى الإثبات، و أما قاعدة نفى الضرر فقد تقدم عدم جريانها لإثبات الخيار بل مقتضاها في مورد جريانها الحكم ببطلان المعاملة على ما تقدم.

(٢) يعنى قُرر في جامع المقاصد كون خيار الغبن على الفور بالتمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) حيث أن عمومه الأفرادى يستلزم العموم الأزمانى فيؤخذ بالعموم الأزمانى، و عن بعض الالتزام بالتراخي لكونه مقتضى استصحاب بقاء الخيار في غير الزمان الأول. و ذكر في الرياض بأن المستند لخيار الغبن في البيع ان كان هو الإجماع فيحكم بالتراخي أخذاً بالاستصحاب، و ان كان قاعدة نفى الضرر فيحكم بالفور، و أنه لا خيار بعد مضي زمان يتمكن فيه المغبون من فسخه حيث أن الضرر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٣

ينتفى بانتقاء اللزوم في ذلك الزمان.

وقد ناقش المصنف (ره) في التمسك بالعموم المزبور لا- ثبات الفور، وكذا في التمسك فيه بقاعدة نفى الضرر و بالتمسك بالاستصحاب لا- ثبات التراخي، و ذكر في وجه المنع عن التمسك بالعموم ما ذكره في الأصول من أنه لا مجال في التمسك بالعموم في موارد كون الزمان ظرفا للحكم المجعول للفرد من العام بان يكون مفاد خطاب العام ثبوت حكم واحد مستمر في عمود الزمان لكل فرد فيكون الاستمرار في حكم فرد فرع ثبوت حكم العام له، و إذا خرج عن حكم العام فلا يكون حكم ذلك الفرد مستفادا عن خطاب العام، بل لا بدّ من خطاب آخر دال على ثبوت حكم العام له بعد ذلك الزمان.

و بتعبير آخر بعد خروج فرد عن العام في هذا القسم فلا يفزق في مدلول العام بين خروجه إلى الأبد أو خروجه في زمان بمعنى أنه لا يكون خروجه إلى الأبد زيادة تخصيص ليقصر عند الشك بالقدر المتيقن بل اللازم في هذا القسم عند الشك في حكم الفرد الخارج الأخذ باستصحاب حكمه المخالف لحكم العام.

و أما إذا كان خطاب العام متكفلا لثبوت حكم مستقل لكل فرد في كل زمان بحيث يكون مدلوله بالإضافة إلى الأزمنة مفردا، ففي مثل ذلك لا- مجال لاستصحاب حكم الخاص، بل يجب الرجوع الى عموم العام بالإضافة الى غير ذلك الزمان، و لو فرض عدم خطاب العام في الفرض لما جاز ايضا التمسك باستصحاب الخاص، بل لا بدّ من الرجوع الى أصل آخر.

ثمّ أنه لا- فرق فيما ذكر من القسمين من كون الزمان ظرفا لاستمرار الحكم أو مفردا لموضوعه بين استفادة ذلك من الإطلاق أو من اداء العموم، و على ذلك فلا يصحّ الجواب عن جامع المقاصد في تمسكه بآية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لإثبات الفوريّة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٤

.....

بأنّ الآية مطلقة لا عامّة. نعم يصحّ هذا الجواب لو ثبت أنّ مقتضى الإطلاق هو كون الزمان ظرفا للحكم لا كونه مفردا بالإضافة إلى مصاديق العام بحسب الزمان.

و كيف كان فقد ظهر فساد ما قيل من أنّ الاستصحاب أي استصحاب حكم الخاص يكون مخصصا لعموم العام و وجه الظهور أنّه لا دلالة في مورد استصحاب حكم الخاص لخطاب العام، كما في أخذ الزمان ظرفا لحكمه، و في مورد دلالة خطاب العام، كما في أخذ الزمان مفردا لا مجال لاستصحاب حكم الخاص هذا بحسب الكبرى.

و أمّا الصغرى فظاهر آية وجوب الوفاء بالعقود كونها من القسم الأوّل، و إنّ الزمان ظرف لوجوب الوفاء بكلّ عقد، و إذا خرج بيع المغبون في زمان فلا- يفزق بين خروجه إلى الأبد أو كونه موقتا في عدم دلالة الآية على حكم ما بعد ذلك الزمان، و عدم لزوم تخصيص زائد لو كان خروجه إلى الأبد، و لو أمكن استصحاب بقاء الخيار فهو، و ان لم يمكن جريانه كما يأتي فيحكم بلزوم العقد لا بالأخذ بالعموم، بل لاستصحاب بقاء الملكين على حالهما قبل الفسخ المعبر عنه بأصالة اللزوم.

أقول: ما ذكره (قده) من جريان الاستصحاب في ناحية حكم الخاص فيما إذا كان الزمان ظرفا لاستمرار الحكم في ناحية أفراد العام أنّما يصحّ مع كون الزمان في ناحية الخاص أيضا ظرفا لحكمه، و أمّا إذا كان قيّدا لمتعلق حكم الخاص فلا يمكن استصحاب ذلك الحكم في غير ذلك الزمان، و أيضا ما ذكره من أنّه لو كان الزمان في ناحية أفراد العام مفردا بأنّ يثبت لكل فرد من أفرادها في كلّ زمان حكم مستقلّ فيرجع في غير ذلك الزمان للعموم، و لا يصحّ الرجوع الى الاستصحاب حتى ما لو لم يكن في البين عموم أيضا أنّما يصحّ لو كان الزمان في ناحية الخاص

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٥

.....

ايضا مفردا، و ألا لأمكن استصحاب حكم الخاص لو لم يكن في البين العام المزبور.
و لا يخفى ايضا ان ثبوت حكم مستقل لكل من وجودات المتعلق أو في كل فرد من افراد العام يستفاد من الإطلاق تارة و أخرى عن الدال اللفظي كقوله أكرم كل عالم و قوله أكرم كل عالم في كل زمان حيث ان استقلال الحكم تابع لثبوت الملاك في كل من وجودات المتعلق لا لمجموع تلك الوجودات، و لا لصرف وجود المتعلق، كما أنه لو كان الملاك في مجموع تلك الوجودات يكون العام بالإضافة إليها مجموعيًا، و قد ذكرنا في بحث الأصول أنه لا يختلف الحال في جواز التمسك بالعام بالإضافة إلى باقي الأفراد بين كونه مجموعيًا أو استغراقيا، و بلا فرق بين استفادة كل منهما بالإطلاق أو بالدال الوضعي، كما عليه جماعة من المحققين كالسيد اليزدي (قده).

و في المقام تفصيل آخر بين دلالة دليل الخاص بين خروج الفرد من الأول أو في الأثناء، فإن العموم في مثل قوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) مقتضاه ثبوت الحكم المزبور لكل فرد من أفراد العقد لظهور أداء العموم في الاستيعاب الوجودي للطبيعة و الإطلاق في كل عقد مقتضاه ان تحقق العقد خارجا تمام الموضوع لوجوب الوفاء المستمر و لا دخاله فيه لأى قيد، و على ذلك فان ورد في الدليل ان العقد الفلاني لا يجب الوفاء به في الزمان الأول يعلم من ذلك ان العقد المزبور ليس بتمام الموضوع، بل مقيد بما يكون بعد ذلك الزمان بضميمة أصالة العموم في ذلك الفرد.

و بتعبير آخر ثبوت الحكم الواحد المستمر من حين وجود الفرد أنما هو بالإطلاق و مقدمات الحكمة، و مع ورود التقييد بما لا يعتمه الحكم من الأول يعلم ان ذلك الحكم يثبت له بعد ذلك الزمان أخذا بأصالة العموم بخلاف ما ورد التقييد في الأثناء فإن مدلول العام منضمًا إلى أصالة الإطلاق في كل فرد ثبوت حكم واحد
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٦

.....

مستمر بحسب الأزمنة و بعد ورود التقييد في الأثناء لا يمكن أن يثبت فيه حكم واحد مستمر سواء حكم بالخروج إلى الأبد أو حكم بحكم العام بعد ذلك الزمان المتوسط.

أقول: حكم العام لكل فرد واحد مستمر في الأزمنة من الأول مستفاد من الإطلاق و عدم ورود القيد في الفرد، و إذا ورد القيد في الأول يستفاد من العموم بضميمة الإطلاق في ذلك الفرد استمرار الحكم من غير الزمان الأول، و إذا ورد القيد في الوسط يستفاد الحكم الواحد المستمر المنقطع في الوسط.

و بتعبير آخر الوحدة في الحكم إثباتا متحقق بعد التقييد ايضا و التعدد ثبوتا و ان كان حاصلًا ألا أنه بالانقطاع و عدم ملاك لزوم العقد في البين لا لثبوت ملاك ملزم مستقل في كل من طرفي زمان عدم اللزوم.

لا- يقال إذا لم يكن لخطاب الخاص دلالة على ثبوت حكم العام فيما بعد الزمان الأول كما هو الفرض فلا يمكن التمسك بخطاب العام بعد ذلك الزمان لدوران أمر خطاب الخاص بين كونه مقيدا لإطلاق الفرد، كما ذكر، أو مخصية لصا لذلك الفرد و مخرجا له من العام رأسا.

و بتعبير آخر يكون العلم الإجمالي بتخصيص العام في ذلك الفرد أو تقييد إطلاقه مانعا عن الأخذ بأصالة عمومه فإنه يقال هذا العلم لا- اثر له بالإضافة إلى الزمان الأول، و يكون التمسك بأصالة العموم بالإضافة إلى ما بعد ذلك الزمان بلا معارض، و ان شئت قلت أصالة الإطلاق لا مجال لها في المقام للعلم بعدم ثبوت حكم العام للفرد المزبور في الزمان الأول. أما تقييدا أو تخصيصا و بالإضافة

إلى ما بعد ذلك الزمان يؤخذ بأصالة العموم والإطلاق، وكذلك في مورد التخصيص في الوسط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٧

.....

و الحاصل ان أصالة العموم في ناحية العام مع أصالة الإطلاق الجارى في كل فرد يجعل كل فرد من افراد العقد من قبيل العام المجموعى فيكون استثناء بعض أجزاء هذا العام المجموعى من الأول أو الوسط موجبا لرفع اليد عن العموم في ذلك الجزء، و يؤخذ به في الباقي، و لعلّه الى ذلك يرجع ما ذكره السيد اليزدى (قده) في المقام.

ثم انّ هذا كلّ بناء على انّ الوفاء بالعقد وجوبه تكليفى. و امّا بناء على ما ذكرنا سابقا من أنّه فى البيع و نحوه من المعاملات إرشاد إلى لزومها يكون اللزوم فى كل زمان لاستمراره واحدا، و يمكن حصول التقييد فيه فى بعض افراد العقد بحسب أول الأزمنة أو الوسط فيحصل فى الثانى الانقطاع، و يمكن بعد ذلك الزمان مع فرض عدم حصول الفسخ فيه التمسك بالعموم المزبور، و الإطلاق فى الحكم بلزومه بعد ذلك الزمان لا يقال كيف يلتزم بالحكم لكل عقد بلزومه فى عمود الزمان، و انّ ذلك يستفاد من الإطلاق مقدمات الحكمه و أنّه لو أغمض النظر عنها فلا يكون لقوله سبحانه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) دلالة على ذلك، و من الظاهر أنّه لو كان الأمر كذلك لكان المدلول الوضعى للخطاب وجوب الوفاء بكل عقد، و لو فى زمان ما فيكون لغوا محضا لأنّ الوفاء بكل عقد فى زمان حاصل لا محاله و مقتضى الاحتراز عن اللغوئيه أن يكون لزوم الوفاء بالعقد دائما، كما هو ظاهر جامع المقاصد.

بل عن المحقق الايروانى (قده) انّ نفس متعلق التكليف أى الوفاء ظاهر فى هذا الاستمرار لأنّ الوفاء بشىء عبارة عن الالتزام به عملا فى عمود الزمان فيكون استمراره مدلولاً وضعياً للمتعلق لا مستفاداً من قرينه لزوم اللغوئيه.

فإنّه يقال انّ أريد انه مع قطع النظر عن إطلاق المتعلق، و الحكم يستفاد ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٨

و اما استناد القول بالتراخى إلى الاستصحاب (١).

الاستمرار بالإضافة الى كل عقد، فلا ريب فى بطلانه، و يشهد لذلك صحه تقييد الحكم بزمان و الوفاء بحال أو بمدّة مع إبقاء عموم الحكم بالإضافة إلى أفراد العقد بحاله، و ان أريد انّ مع الخطاب المزبور لا بدّ من أن يكون الشارع بصدد البيان بالإضافة إلى متعلق الحكم و نفس الحكم بان يكون إحراز كون المتكلم فى مقام البيان بلزوم اللغوئيه لا بالأصل، كما فى غالب الخطابات فهذا صحيح و لا يمنع عن الإطلاق و الأخذ بمقدمات الإطلاق.

و قد تحصل من جميع ما ذكرنا أنّه لو لم يتم الدليل على كون خيار الغبن أو العيب مما لم يحدّد زمانه شرعا بنحو التراخى فيمكن التمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لإثبات كونه على نحو الفوريه بمعناها العرفيه أخذا بالإطلاق فى كل عقد بالإضافة الى غير مورد اليقين بالتقييد.

(١) و أورد المصنف (ره) على استصحاب بقاء الخيار بعد انقضاء الزمان الأوّل الذى يتمكن فيه المغبون من الفسخ بأنّ الخيار فى المقام لا يستفاد من دليل لفظى ليعين به الموضوع و يستصحب الحكم على ذلك الموضوع فيما لم يكن فى البين دلالة على ثبوته أو انتفائه بالإضافة إلى الزمان الثانى، نعم أنّه إذا لم يكن الحكم مستفاداً من دليل لفظى، و لكن كان الشك فى بقاءه من جهة الشك فى الراجع فلا بأس باستصحاب ذلك الحكم لأنّ مع الشك فى الراجع لا يكون الشك فى بقاء الموضوع و استعداد الحكم للبقاء مثلاً إذا علم حرمة العصير العنبى بعد الغليان و قبل ذهاب ثلثيه و شك فى بقاء حرمة بصيرورته دبسا قبل ذهاب ثلثيه فلا بأس باستصحاب حرمة.

و الحاصل أنّ الدليل في المقام للخيار قاعدة نفى الضرر منضمًا إلى الإجماع و المتيقن من ثبوت الخيار المتضرر الذي لا يتمكن على دفع الضرر إلا بفسخ البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٢٩

.....

في ذلك الزمان فيحتمل انتفاء الحكم بانقضاء الزمان الأول و لا يحرز استعداد الحكم للبقاء. و ذكر الثائني (ره) في توجيه كلام الشيخ في المقام أنّ ما يقال من أنّ الاعتبار ببقاء الموضوع في جريان الاستصحاب نظر العرف معناه أنّه يعتبر أنّ يكون المحكوم عليه بثبوت الحكم في الزمان الثاني هو المحكوم عليه في الزمان الأول، و ان المتبدل حالة من حالات ذلك المحكوم عليه، و هذا فيما إذا أحرز الموضوع للحكم في الزمان الأول. و اما إذا لم يحرز بان احتمال أنّ يكون الوصف الحاصل في الزمان الأول عنوانا مقوما مع احتمال كون الموضوع له هو ذات الموصوف فلا مورد للاستصحاب؛ بل ينحصر جريانه بما إذا كان الوصف الحاصل في الزمان الأول من قبيل الواسطة في ثبوت الحكم لذات الموصوف، و احتمال أنّ يكون حدوث الوصف كافيا في حدوث الحكم و بقاءه، و ان يكون حدوثه دخيلا- في حدوث الحكم و بقاءه دخيلا في بقاءه بخلاف ما إذا كان الوصف عنوانا تقييدا للحكم كالفقر في استحقاق الزكاة أو احتمال ذلك، كما في المقام فإنّه لا مورد للاستصحاب في مثل ذلك. ثمّ ذكر أنّه يمكن تقريب عدم جريان استصحاب بقاء الخيار في المقام بوجه أدقّ و هو أنّه لم يثبت في المقام خيار الغبن ليقال أنّ الموضوع له هو المغبون في معقد الإجماع، بل الثابت عدم ثبوت لزوم للمعاملة بحكومة قاعدة نفى الضرر، و الحكومة تنحصر بما إذا كان تضرر المغبون ناشئا من لزوم المعاملة، و هذا بالإضافة إلى الزمان الأول. و اما في الزمان الثاني فلا يكون الضرر ناشئا من لزومها فلا يكون في البين ما يكون ركنا في جريان الاستصحاب. و بتعبير آخر لا يكون لزوم المعاملة في الزمان الثاني موجبا لتضرر المكلف ليحكم بانتفائه بالإضافة إلى المتضرر.

أقول: لا يخفى أنّ لزوم المعاملة في الزمان الثاني، و ان لم يكن انتفائه مقتضى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٠

أو مطلقا بناء على الإهمال لا الإطلاق (١).

قاعدة نفى الضرر، و إلا لم يكن في البين موضوع للأصل العملي إلا أنّه لو كانت المعاملة المزبورة باقية على جوازها لكان الجواز بقاء للجواز الثابت في الزمان الأول غاية الأمر ثبت بدليل الاستصحاب لا بقاعدة نفى الضرر.

و بتعبير آخر نفى لزوم بقاعدة نفى الضرر واسطة في الثبوت بالإضافة إلى إثبات الجواز المحتمل بقاؤه مع عدم ما يدلّ على لزوم المعاملة في الزمان الثاني لسقوط العموم كما هو الفرض.

(١) يعني لم يدل دليل خيار الغبن على ثبوته في أول زمان التمكن على الفسخ خاصة كما لم يدل على ثبوته للمغبون، و لو بعد انقضاء ذلك الزمان بل دلّ على ثبوته للمغبون من غير دلالة على احدي الخصوصيتين. و المراد بقوله مطلقا هو هذا الإهمال و بقوله لا الإطلاق الدلالة على خصوصيته الدوام و إذا فرض الإهمال في دليل الخيار فيؤخذ بعموم وجوب الوفاء بالعقود دواما بعد انقضاء زمان التمكن كما يؤخذ بدليل وجوب القصر على المسافر ما دام مسافرا في غير أيام الإقامة و في غير أيام التردد في الإقامة أي ثلاثين يوما. و في غير وقت المعصية بسفره.

و اما إذا لم يلتزم بدلالة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على الدوام و الاستمرار بل على حكم العقد من حصول الملك و حدوثه بحصول العقد و يلتزم ببقاء ذلك الملك و اللزوم بالاستصحاب فتقع المعارضة في المقام بين هذا الاستصحاب و استصحاب بقاء الخيار، و يكون

استصحاب بقاء الخيار حاكما على استصحاب بقاء الملك لأن بقاءه بعد فسخ المغبون بعد انقضاء زمان الفور مرتب شرعا على عدم الخيار و انتفائه مترتب على بقاء الخيار، و لكن الأول أقوى أى القول بدلالة (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على استمرار العقد إلى الأبد هو الأقوى فلا تصل التوبة إلى الاستصحاب و وجه القوة أن الخيار الحادث للمغبون فى الزمان الأول لا يوجب زوال العقد السابق و حكمه بل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣١

و لا يخفى ان ما ذكره من المبنى للرجوع الى العموم (١).

و اما ما ذكره أخيرا لمبنى الرجوع الى الاستصحاب (٢).

يؤخذ بمقتضاه بعد ذلك الزمان لأن ذلك مقتضى عدم فسخ العقد، و إنما يرفع اليد عن العقد و مقتضاه إذا لم يبق العقد بأن فسخ فى الزمان الأول فإن مع الفسخ لا يبقى للعموم مورد.

(١) يعنى المبنى الذى ذكر هذا القائل للرجوع الى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فى المقام و هى دلالة على لزوم كل عقد مستمرا إلى الأبد هو الذى ذكرنا من أن مع هذه الدلالة لا يمكن الرجوع الى العموم بعد ورود التخصيص عليه فى زمان، بل لا بد بعد ذلك الزمان من الرجوع الى استصحاب حكم الخاص.

(٢) يعنى ذكر هذا القائل فى وجه الرجوع الى استصحاب بقاء الخيار دلالة آية (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) على لزوم الوفاء بالعقد أنا ما، و على الملك الحاصل به فىكون استصحاب بقاء هذا الملك بعد فسخ المغبون فى الزمان الثانى معارضا باستصحاب بقاء الخيار، و لكن استصحاب بقاء الخيار يقدم على استصحاب الملك السابق لأن بقاءه و زواله بالفسخ فى الزمان الثانى أثر شرعى لبقاء الخيار و عدمه مع أنه لم يذكر فى كلماتهم استصحاب الملك و دلالة الآية على حصول اللزوم أنا ما، بل الكل متفقون على دلالة الآية على لزوم كل عقد مستمرا، و كان عليه أن يتعرض لاستصحاب بقاء الخيار فى مقابل هذا العموم، و أنه يمكن التمسك فى العموم المزبور بعد ورود التخصيص عليه أم لا.

ثم ان المصنف التزم فى المقام بكون خيار الغبن فوريا لا- بالتمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) بالإضافة إلى الزمان بل ذكر ان العموم المزبور لكونه استمراريًا، لا- يمكن الأخذ به، كما لا يمكن الأخذ باستصحاب بقاء الخيار لأنه لم يحرز الموضوع له و يحتمل كون الموضوع له ما يرتفع بانقضاء الزمان الأول فىكون الوجه فى فوريته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٢

ثم انه لا خلاف فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة (١).

أصالة فساد فسخ العقد بمعنى بقاء الملك السابق بعد حصول الفسخ فى الزمان الثانى، و الشك فى صحة الفسخ المزبور و فساده ليس من قبيل الشك فى المقتضى، بل الفسخ على تقدير صحته رافع للملك السابق الحاصل بالبيع.

أضف الى ذلك ما يقال من أن تراخي الخيار فى المقام و ما يشبهه المقام من إجازة البيع الفضولى و نكاحه و غيرهما ضرر على من عليه الخيار، أو عليه الإجازة فىبقى بقاعدة نفى الضرر.

أقول: الضرر هو النقص فى المال و مجرد التأخير فى الفسخ لا- يوجب ضررا على الغابن، و كذا الحال فى التأخير فى إجازة العقد الفضولى، و حيث أن شرط الخيار الغبن ارتكازى كما ذكرنا فثبت الخيار مع الغبن من غير ان يؤخذ فيه الفسخ فى أول أزمنته الإمكان، بل غاية عدم التأخير فيه و عدم التصرف فيما انتقل الى المغبون بحيث يعد ذلك التأخير أو التصرف إغماضا عن الخيار و فسخ ذلك العقد.

(١) ذكره (قده) بما حاصله انه بناء على كون الخيار الغبن على الفور لا يكون ترك الفسخ فى أول زمان العلم بالغبن لجهله بثبوت

الخيار له بأن كان غافلا عنه موجبا لسقوط خياره، بل يكون له حق الفسخ عند علمه بأن للمغبون خيار الفسخ لأن نفي لزوم البيع في زمان العلم بالغبن مع غفلته عن ثبوت الخيار للمغبون لا أثر له ولا يوجب أن لا يكون اللزوم في الزمان الثاني ضرورياً عليه. لا يقال ترك الفحص عن حكم المعاملة و الغبن فيها و لو قبلها هو المنشأ لتضرر المغبون في الزمان الثاني، فلا يستند الى حكم الشارع بلزوم المعاملة فيه فإنه يقال لو كان ترك الفحص عن الحكم موجبا لعدم استناد الضرر الى الشارع لزم عدم ثبوت الخيار للمغبون فيما إذا ترك الفحص عن القيمة السوقية قبل المعاملة و أقدم عليها مع الجهل بها بل يمكن أن يقال كما لا يجب الفحص عن القيمة السوقية قبل المعاملة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٣

.....

كذلك لا يجب تعلم ما يثبت له من الحق في المعاملة قبلها.

و ما دلّ على عقاب الغافل على المخالفة فيما إذا أوجب ترك تعلم الأحكام الشرعية تلك الغفلة لا يعمّ الفرض. لا- يقال: على ما ذكر يثبت الخيار للمغبون الملتفت بالخيار مع ان أخذ الالتفات بالخيار في موضوع الخيار غير ممكن فإنه يقال المأخوذ في موضوع الخيار المستفاد من نفي اللزوم بقاعدة نفي الضرر هو المتمكن على استعمال الخيار، و هذا الأخذ ليس من قبيل التقييد بل لانزم الضيق الذاتي للمجعول نظير الضيق في التكليف، حيث أنه لا يعمّ الغافل و مما ذكرنا يظهر الحال في نسيان الخيار للمغبون فإنّ الناسى داخل في الغافل عن الخيار للمغبون، و هذا بخلاف ما إذا كان غافلا عن فورية الخيار فإنّ اللزوم في الزمان الثاني معه لا يكون منشأ لتضرر المغبون لتمكّنه على الفسخ في الزمان الأول.

و بهذا يظهر الحال فيما إذا كان جهله بخيار الغبن بمعنى الشك في ثبوت الخيار للمغبون لا بمعنى الغفلة و أنّه لا يثبت للجاهل في الزمان الثاني خيار لأنّ لزوم المعاملة في ذلك الزمان لا يكون منشأ ضرره حيث كان من الممكن فسخه بعد العلم بالغبن ثم السؤال عن الحكم و نفوذه.

ثمّ أنه لو ادعى المغبون التارك للفسخ في الزمان الأول الجهل بالخيار ليكون له الفسخ في الزمان الثاني فهل هذه الدعوى مسموعة بمعنى أنّه يقبل قوله بيمينه ذكر المصنف (ره) ان الأقوى سماعها لأنّ أصالة عدم العلم به جارية في حقه، و على الغابن المدعى علمه بالخيار الإثبات. نعم إذا كان المغبون ممّن لا يجهل الخيار الّا لعارض ففي سماع قوله إشكال لأنّ دعواه الجهل مخالف للظاهر فيكون مدّعيا إلّا إذا قيل بعدم الاعتبار بمثل هذا الظهور فيؤخذ بأصالة عدم علمه. و أمّا إذا ادعى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٤

[الخامس خيار التأخير]

إشارة

قال في التذكرة من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشتري (١).

نسيان الخيار فيكون مدّعيا لأنّ الأصل بقاء الذكر و عدم النسيان الّا انّ الدّعى لو كانت مما لا يعلم بها الّا من قبل مدّعيا فيقبل قوله فيها مع يمينه.

أقول: قد تقدم ان الموضوع للخيار كون لزوم المعاملة ضروريا عليه و استصحاب عدم علمه أو بقاء ذكره لا يثبت كون لزومها كذلك أو ليس كذلك، و على كلاً- التقديرين أى دعوى الجهل أو النسيان فهو يدعى الخيار لنفسه فعليه إثبات ذلك، كما لا يخفى، و الكبرى المشار إليها و هى سماع الدعوى و ثبوتها بيمين مدعيها فى كل ما لا يعلم إلا من قبله تعرضنا لها فى بحث القضاء و ناقشنا فى ثبوتها بنحو الكبرى الكلية.

(١) المشهور بين الأصحاب انه إذا باع شيئاً حالاً و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن منه لزم البيع إلى ثلاثة أيام و بعد انقضائها يكون للبائع الخيار فى فسخ البيع و يستدل على ذلك مع الإغماض عن الإجماع حيث أنه على تقديره مدركى بقاعدة نفى الضرر على ما فى التذكرة حيث ان لزوم البيع منشأ تضرر البائع بل ضرره فى المقام أشد من تضرر المبيعون بلزوم البيع و وجه الأشد به ان المبيع فى المقام فى ضمان البائع لعدم تسليمه الى المشتري، و لا يجوز له تصرفه فيه فإنه ملك المشتري على الفرض.

أقول: الضرر كما ذكرنا مرات هو النقص و النقص فى المقام غير حاصل لأن كون المبيع فى ضمان البائع لا يوجب ضرراً عليه ما دام لم يتلف و مع تلفه و ان يكون هذا التلف على البائع إلا ان الحكم أى ضمان البائع المبيع بتلفه قبل قبضه مجعول فى مورد الضرر فلا ينفى بقاعدة نفيه، كما هو الحال فى تلفه و لو مع قبض الثمن و عدم جواز تصرف البائع فى المبيع بعد دخوله فى ملك المشتري ليس فيه ضرر على بايعه بعد دخول الثمن فى ملكه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٥

.....

و الحاصل: ان النقص فى المقام لا يحصل بلزوم البيع و لا ثبت الخيار للبائع بمجرد التأخير لا بعد ثلاثة أيام. و بهذا يظهر الحال فى الاستدلال على نفى لزوم المعاملة بقاعدة نفى الحرج حيث يقال ان حفظ البائع المبيع للمشتري و التحفظ بنمائه له و الصبر الى وصول الثمن كما هو مقتضى لزوم البيع حرجى على البائع فينفى بقاعدة نفيه لأنه لا تختص القاعدة بنفى الأحكام التكاليفية، و إذا انتفى اللزوم الحقى يثبت جوازه؛ و وجه الظهور انه لو جرى فى المقام قاعدة نفى الحرج لما كان المدار بمضى ثلاثة أيام و لما يمكن إثبات الخيار حيث أنه يمكن نفى اللزوم الحقى المنكشف بمشروعية الإقالة بثبوت الجواز الحكيمى هذا.

مع أنه يثبت الخيار لكل من المتبايعين بامتناع صاحبه عن تسليم ما عنده من المال الذى صار ملكاً للآخر غاية الأمر ان الشارع فى الروايات الآتية قد حدد الامتناع بنحو التأخير فى أداء الثمن بثلاثة أيام مع كون المثلث عند بايعه و يبقى غيره بحاله و يؤيد ذلك ما ورد من أنه لو وجد غريم المفلس عين حاله فى أمواله أخذه؛ و مع هذا الخيار لا يكون فى البين حرج أو ضرر.

و اما الروايات فمنها صحيحة على ابن يقطين قال سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال (فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما)؛ و موثقة إسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال (من اشترى ببعاً فمضت ثلاثة أيام و لم يجيء فلا بيع له)؛ و رواية عبد الرحمن بن الحجاج قال اشترى محملاً فأعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه ثم احتسبت أياماً ثم جئت الى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت لا والله لا أدعك أو أقاضيك فقال ترضى بأبى بكر بن عياش قلت نعم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٦

.....

و أتيت فقصصنا فقال أبو بكر بقول من تريد أن أفضى بينكما بقول صاحبك أو غيره قال قلت بقول صاحبى قال سمعته يقول من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له؛ و صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال قلت له الرجل يشتري

من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول حتى آتيك بثمنه قال (ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام و الّا فلا بيع له). (١) وقد يقال بظهور هذه الروايات في انحلال البيع بمضى ثلاثة أيام لا ان يثبت للبائع خيار الفسخ، كما عليه المشهور و ذكر المصنف (ره) ان فهم المشهور الخيار منها يوجب كون المراد منها الخيار خصوصا بملاحظة قوله عليه السلام في أكثر الروايات لا بيع له فان نفى البيع بالإضافة إلى المشتري مع أنه لا يتبعض في الصّحة قرينة على ان المراد بنفيه نفى لزومه. نعم في صحّحة علي بن يقطين لا بيع بينهما و غاية ذلك الشك في المراد فيستصحب بقاء البيع و الآثار المترتبة عليه بعد مضي ثلاثة أيام. توهم عدم جريان الاستصحاب في الصّحة لأنها كانت في الثلاثة في ضمن اللزوم، و المحتمل ثبوته بعدها الصّحة في ضمن الجواز يدفعه ان الصّحة و اللزوم حكمان للبيع لا أن اللزوم و الجواز نوعان من الصّحة، كما هو ظاهر؛ و لكن لا يخفى ان مجرد فهم المشهور امرا من رواية أو روايات لا يكون حجة بالإضافة إلينا، و قد سبق ان المشهور قد فهموا من الروايات الواردة في نرح ماء البئر نجاسته، و قد منعه المتأخرون؛ و أنها لا تدلّ على نجاسة مائه، و لو كانت الروايات الواردة في المقام ظاهرة في انحلال البيع بمضى ثلاثة أيام، أو ان الشرط في صحّحة البيع القبض أو

(١) الوسائل الجزء ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٧

[اشتراط أمور]

[أحدها عدم قبض المبيع]

أحدها عدم قبض المبيع (١).

الإقباض إلى ثلاثة أيام فلا بد من الأخذ به و لا معنى لطرحه و الأخذ بالأصول العمليّة بدعوى ان فهم المشهور لو لم يوجب ظهورها في الخيار فلا أقل من كونه موجبا لإجمالها.

و لكن الصحيح عدم استفادة الانحلال من الأخبار المزبورة بقرينة ان اللزوم البيع على كل من البائع و المشتري حقي و الشارع في هذه الروايات بصدد ان الحق للمشتري ينتهي بانقضاء ثلاثة أيام فالمبيع الذي لم يأخذه المشتري و لم يرد ثمنه لا يكون له بعد ثلاثة أيام إلزام البائع به بل يكون اختيار ذلك البيع بيد بايعه فقط لا بينهما بان يلزم كل واحد منهما الآخر بالوفاء بذلك البيع أو يلزم المشتري بايعه به.

(١) و حاصله: ان من شرط ثبوت الخيار للبائع عدم إقباضه المبيع من المشتري الى ثلاثة أيام بحيث لو تحقق الإقباض بعد العقد أو الى ثلاثة أيام فلا يثبت له الخيار، و لو مع عدم قبض الثمن، و استشهد لذلك بما في صحّحة علي بن يقطين من قوله عليه السلام (فان قبض بيعه و الّا فلا- بيع له) فان ظاهره أنه لو تحقق إقباض المبيع في ضمن ثلاثة أيام لزم البيع فان قوله قبض بالتشديد و بيعه بالتخفيف بمعنى مبيعه.

و ما عن صاحب الرياض من عدم اعتبار عدم الإقباض بل المعتبر في ثبوت الخيار للبائع عدم إتيان المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام سواء قبض المبيع أم لا و تبعه جماعة لا يمكن المساعدة عليه، فان ثبوت الخيار للبائع مع إقباض المبيع مخالف للوارد في الصحّحة، و لعل هذه الجملة لم تكن في النسخة الموجودة عند صاحب الرياض، أو أنه قرء قبض بالتخفيف و بيعه بالتشديد فيكون المراد فان قبض البائع الثمن في ضمن ثلاثة فهو و الّا يثبت له الخيار، و لكن القراءة المزبورة غير صحّحة، لأن استعمال البيع بمعنى البائع مفردا

غير معروف، والأصل عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٨

ثم انه لو كان عدم قبض المشتري لعدوان البائع (١).

التشديد في بيعه نظير ما ذكر الشهيد (قده) من أصالة عدم المد في البكاء الوارد في قواعد الصلاة.

أقول: لا يبعد أن يكون عدم قبض المبيع في ثلاثة في الصحيحة كناية عن عدم وصول الثمن فإنه لا يعطى البائع المبيع في الثلاثة من غير أخذ الثمن إذا كان عدم إقباضه بعدم تمام العقد لعدم أخذ الثمن نظير ما في موثقة إسحاق بن عمار من قوله عليه السلام فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له حيث أن عدم مجيئه كناية عن عدم مجيئه بالثمن. وأما ما ذكر (قده) من أصالة عدم التشديد في لفظه بيعه مضافا إلى معارضته بعدم التشديد في لفظه قبض لا تثبت ظهور اللفظ في كونه بمعنى المبيع.

والصحيح في المقام أن يقال المفروض في الروايات عدم قبض المبيع بعد البيع إلى ثلاثة أيام بمعنى كونه عند البائع. نعم الوارد في رواية عبد الرحمن بن الحجاج مطلق وهو قوله من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام والأ فلا بيع له، ولكنها لضعفها سنداً بأبي بكر، بل للحسن بن الحسين اللؤلؤي لا يمكن الاعتماد عليه، ولكن مع ذلك إذا حصل قبض المبيع بعد العقد ولو بفصل زمان و امتنع المشتري عن أداء الثمن يكون للبائع خيار الفسخ لأن أداء الثمن وعدم الامتناع عنه شرط ارتكازي في بيع البائع وكذلك قبض المبيع وعدم امتناعه عنه شرط كذلك في شراء المشتري، ولا يكون قبض المبيع بدون قبض الثمن إلغاء لهذا الاشتراط، بل رفع اليد عن حقه بإمساك المبيع لقبض الثمن، كما لا يخفى، ويؤيد ذلك بل يدل عليه ما ورد من أن البائع إذا وجد عين ماله عند المفلس أخذه فراجع.

(١) ذكر (قده) في المقام فروعاً الأول أنه لو كان عدم قبض المشتري المبيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٣٩

.....

لامتناع البائع عن أخذ الثمن ودفع المبيع إليه فلا يكون للبائع خيار بمضى ثلاثة أيام فإن ظاهر الروايات أن الخيار المزبور إرفاق للبائع لتأخره في محذور انتظار الثمن، و ضرر المحافظة على المبيع للغير، وإذا كان ذلك بامتناعه فلا يكون مورد الإرفاق يعني أن الإرفاق لا يناسبه.

وقد يقال أنه لا حاجة في نفي الخيار في الفرض إلى استظهار الإرفاق لأن الموضوع للخيار في موثقة إسحاق بن عمار عدم مجيء المشتري بالثمن إلى ثلاثة، ومع امتناع البائع عن أخذه مع تمكين المشتري لا يحصل الموضوع المزبور، لا يقال الوارد في صحة على ابن يقطين ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام في فرض بقاء المبيع بيد البائع وعدم أخذه الثمن، ولم يفصل في الجواب بثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام بين كون عدم الإقباض والقبض لامتناع البائع عن أخذ الثمن وعدمه فإنه يقال لا يكون للبائع داع إلى عدم القبض الثمن غالباً، ولهذا ظاهر السؤال عدم إقباضه المبيع مع عدم دفع المشتري الثمن.

الثاني: ما إذا حصل قبض المبيع بلا استحقاق بحيث يكون للبائع حق استرداده كما إذا أخذه المشتري من عند البائع بلا اذنه و رضاه فهل مع القبض المزبور وتأخير الثمن إلى ثلاثة أيام يثبت الخيار للبائع بأن يكون القبض المزبور كلاً قبض أو أنه لا خيار معه لخروج الفرض بالقبض المزبور عن مدلول الروايات، أو أنه إذا استرد البائع المبيع يثبت الخيار والأ فلا، أو يبتنى ثبوت الخيار له بعد ثلاثة أيام على كون القبض المزبور رافعاً لضمان تلف المبيع قبل القبض عن بايعه أم لا، فإن لم يرفع الضمان يكون الضرر الموجب لثبوت الخيار له بعد ثلاثة بحاله فيثبت له الخيار بخلاف ما إذا قيل بانتفاء ضمانه مع القبض المزبور فإنه لا يثبت له الخيار فإن الضرر الموجب

لثبوته ضرر ضمان التلف و ضرر انتظار الثمن، و ينتفى الضرران

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٠

[الثاني: عدم قبض مجموع الثمن]

الثاني: عدم قبض مجموع الثمن (١).

مع أخذه المبيع من المشتري تقاضاً. و اختار (قده) هذا التفصيل، و لكن لا يمكن المساعدة عليه فإنه لو كان ظاهر الروايات، كما ذكرنا عدم قبض المشتري المبيع بان يكون المبيع عند بايعه فلا- تعمّ الفرض مع عدم استرداده قبل ثلاثة سواء قلنا بارتفاع الضمان أو عدمه، و ما ذكر في ملاك ثبوت الخيار لم يذكر في الروايات بنحو العلية أو الموضوعية و قاعدة نفى الضرر لا تصلح للاعتماد عليها في المقام على ما تقدم، بل الأظهر بحسب الروايات ملاحظة الاسترداد بعد القبض المزبور و قبل ثلاثة أيام كما لا يخفى.

الثالث: ما إذا مكنّ البائع المشتري عن أخذ المبيع و لو مع عدم قبض الثمن فلم يأخذ ففي هذا الفرض أيضاً بنى ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة أيام على انتفاء ضمان المبيع بتلفه قبل قبضه و عدم انتفائه فلا يثبت على الأول و يثبت على الثاني، و لكن قد تقدم أنّ الموضوع للخيار عدم قبض المشتري المبيع و عدم قبض المشتري مع تمكين البائع و عدمه، بل ظاهر صحيحة زرارة صورة تمكين البائع عن أخذ المبيع.

الرابع: أنّ قبض بعض المبيع كقبض كله أو كلا قبض أو يثبت الخيار بالإضافة إلى غير المقبوض. أقول قد ذكرنا مراراً أنّ الخيار يثبت في البيع المنشأ ابتداءً بحسب الإضاء الشرعية لا في البيوع الانحلالية حيث أنّ ظاهر أدلته الخيارات ثبوت خيار واحد لصاحبه و مع ثبوته في كل من المعاملات الانحلالية يتعدّد، كما لا- يخفى. و ان كان المفروض في الروايات بقاء المبيع بتمامه عند بائعه إلا أنّه يمكن الأخذ بموثقة إسحاق بن عمّار فإنّ الخيار المذكور فيها للبائع يعمّ فرض أخذ بعض المثلث، بل فرض أخذ بعض الثمن أيضاً فلا حظ.

(١) من شرط ثبوت خيار التّأخير للبائع عدم قبضه تمام الثمن إلى ثلاثة أيام،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤١

.....

فلا- يكفي في انتفاء الخيار بعدها قبض بعضه في الثلاثة حيث أنّ ظاهر الأخبار في مجيء المشتري بالثمن في ثلاثة المجيء بتمام الثمن.

و يؤيد ذلك بفهم أبي بكر عيّاش حيث حكم في صورة قبض البائع بعض الثمن بثبوت الخيار له استظهاراً من قوله عليه السلام من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام، و إلا فلا بيع له بل ربّما يستدلّ بهذه الرواية على عدم كفاية قبض بعض الثمن تبعاً للتذكرة، و لكن لا يخفى ما في الاستدلال لضعف الرواية أولاً، و عدم الاعتبار بفهم أبي بكر ثانياً.

و عن المحقق الايرواني أنّه لم يتحقق عندي ما فهم أبو بكر عن الرواية و ما حكم به من القضاء لعبد الرحمن بن الحجّاج أو لصاحبه، و فيه أنّه لو كان حكمه بلزوم البيع في فرض قبض البائع بعض الثمن لما كان نقل قول الإمام بثبوت الخيار بعد ثلاثة للبائع مناسباً لذلك الحكم، و هذا الحكم يكشف عن فهمه منها قبض تمام الثمن.

و لو قبض البائع تمام الثمن بلا إذن المشتري فظاهر المصنف (ره) أنّ هذا القبض كلا قبض في أنّه لو أجاز المشتري القبض إلى ثلاثة

فهو و إنما يثبت الخيار للبائع بعد تمام الثلاثة لظهور الأخبار في مجيء المشتري بالثمن الموجب لكون قبض البائع بإذنه؛ أضف إلى ذلك أن الموجب لثبوت الخيار للبائع تضرره بضمان المبيع قبل القبض و عدم جواز تصرفه في الثمن، و هذا الضرر باق بحاله مع القبض الفضولي.

نعم لو كان هذا القبض بحق كما إذا عرض البائع للمشتري ليأخذه فلم يأخذ و أخذ البائع الثمن بلا إذنه ففي هذه الصورة لا يثبت خيار التأخير للبائع، لأن ضرر عدم جواز التصرف في الثمن منتف في الفرض.

أقول: لو كان ظاهر الأخبار حصول قبض الثمن بإذن المشتري فكيف لا يدخل هذا الفرض في مدلول الأخبار الظاهرة في ثبوت الخيار للبائع بعد ثلاثة، و لو قيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٢

.....

بأن اعتبار مجيء المشتري بالثمن طريقي، و الغرض وصول الثمن إلى البائع، و لذا لو كان الثمن عند البائع قبل البيع فلا مورد لخيار التأخير، قلنا أن هذا صحيح، و لكن لازمه عدم ثبوت الخيار للبائع بقبضه الثمن بلا إذن المشتري سواء كان ذلك بحق أم لا؛ كما التزم بذلك بعض حتى مع الالتزام بأنه لا يكفي في انتفاء الخيار قبض المشتري المبيع بلا إذن البائع بدعوى أن المعتبر في ناحية المبيع إقباض البائع، و هذا لا يحصل بقبض المشتري المبيع بلا إذن البائع بخلاف الثمن فإن المعتبر في ناحيته قبض البائع الثمن، و هو يحصل و لو بلا إذن المشتري، و لكن الظاهر عدم الفرق بينهما في ذلك لأن الغرض من فرض عدم الإقباض و القبض في ثبوت خيار التأخير بقاء المالكين عند صاحبهما الأصليين.

و أما دعوى بقاء ضرر الضمان أو ضرر الصبر على عدم التصرف في الثمن فقد ذكرنا أنهما لم يؤخرا في موضوع خيار التأخير، فيحتمل اعتبارهما في ثبوت الخيار بنحو الحكمة لا العلية.

لا يقال قبض البائع الثمن كاشف عن رضاه بالبيع المزبور فيكون ذلك مسقطا لخياره حتى ما لو قيل باعتبار القبض بالإذن في انتفاء الخيار فإنه يقال القبض المزبور بلا التفات إلى الخيار لا يكون إسقاطا للخيار فإنه لا يحصل بلا قصد.

ثم أنه لو قيل باعتبار الإذن من المشتري في قبض الثمن فلا ينبغي التأمل في كفاية أجازته القبض الصادر بلا إذن حيث أنه بالإجازة يكون الإمساك بالثمن بإذنه فيحصل ما يحكم معه بلزوم البيع، و لكن هل الإجازة المزبورة كاشفة عن حصول القبض المعتبر من الأول أو من حيث الإجازة، فقد ذكر المصنف (ره) أن الأظهر هو الثاني لما ذكرنا من أن مع الإجازة يكون الإمساك بالثمن بالإذن؛ و عليه فلو قبض البائع الثمن بلا إذن منه في ضمن ثلاثة أيام، و أجاز المشتري القبض بعد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٣

[الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين]

الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين (١).

[الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهة كصاع من صبرة]

الشرط الرابع: ان يكون المبيع عينا أو شبهة كصاع من صبرة (٢).

انقضائها يثبت للبائع خيار التأخير.

أقول: إذا كان القبض متضمناً للإنشاء و لو بنحو الإيقاع، فالظاهر أنّ الإجازة فيه يعتبر بنحو الكشف الحكمي، كما في قبض الثمن الكلي و دعوى الإجماع على عدم جريان الفضولية في الإيقاع. قد ذكرنا في بحث الفضولي عدم تمامية ذلك على الإطلاق؛ و أما إذا لم يتضمّن الأمر الإنشائي كما في قبض الثمن المعين فلا- يكون لإجازة الفعل الخارجي معنى إلاّ كون الإمساك بالمال بإذنه و لا يخرج القبض السابق عن الفضولية حيث لم يكن الإمساك في تلك القطعة من الزمان بإذنه؛ و على ذلك يترتب الفرق في الإجازة بعد الثلاثة بين كون المقبوض من الثمن شخصا أو كلياً. و الله سبحانه هو العالم.

(١) و لعلّه بلا خلاف، و ظاهر الروايات عدم تحقّق القبض و الإقباض مع عدم اشتراط التأخير في ناحية الثمن قطعاً، و لكن الكلام في كون منصرفها، و لا أقلّ من المتيقّن عدم اشتراط ذلك في ناحية المثلث أيضاً أم لا. و الوجه في ذلك أنّ تعليق لزوم البيع على مجيء المشتري بالثمن إلى ثلاثة أيام من حين العقد، ظاهره فرض عدم اشتراط التأخير في ناحية الثمن، و لكن لا دلالة للروايات على اعتبار عدم الاشتراط التأخير في ناحية المبيع كما لا يخفى.

(٢) ذكر (قده) ما حاصله أنّ ظاهر الأصحاب و كذا ظاهر الروايات أو المتيقّن منها اختصاص خيار التأخير بما إذا كان المبيع عينا خارجيّة أو شبيها بالعين الخارجيّة كالكلي في المعين، فلا يكون للبائع خيار التأخير فيما إذا كان المبيع بنحو الكلي على الدّمة. و بتعبير آخر لا ظهور في شيء من الروايات في عموم الخيار بحيث يثبت فيما إذا كان المبيع بنحو الكلي على الدّمة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٤

.....

أما كلمات الأصحاب فقد ذكر الشيخ (قده) روى أصحابنا أنّه إذا اشترى شيئاً بعينه بثلث معلوم و قال للبائع أجيئك بالثلث فإنّ جاء في مدة الثلاثة كان البيع له و قد صرح بالاختصاص في التحرير و المهذب البار و غاية المراد، و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال و لا فرق في الثمن بين كونه عينا أو في الدّمة فإنّه لو كان هذا التعميم ثابتاً في ناحية المبيع أيضاً لأضاف المبيع إلى الثمن في عدم الفرق، و لكن في عبارات الانتصار و الخلاف و جواهر القاضى إذا باع شيئاً معيّناً بثلث معلوم و مقتضاه اعتبار كون الثمن أيضاً عينا، و حيث أنّ هذا الاعتبار في ناحية الثمن غير محتمل فيراد بالمعين في ناحية الثمن كونه معلوماً. و لذا وصف في التحرير تبعاً للمبسوط في عبارته المتقدمة المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم.

بل يمكن أن يقال أنّ مع اختلاف الموصوف بالمعين يختلف الظهور فإن كان الموصوف به هو الشيء يكون ظاهره العين الخارجيّة، و ان كان الموصوف هو الثمن يكون ظاهره تعيين مقداره. و الحاصل أنّ المعتبر في كلمات الأصحاب في ناحية المبيع عدم كونه بنحو الكلي على العهدة. نعم في بعض نسخ الجواهر للقاضى إذا باع شيئاً غير معيّن بثلث معلوم و أخذ هذه النسخة في مفتاح الكرامة، و نسب جريان الخيار في غير المعين مع دعوى الإجماع على ذلك إلى الجواهر، و لكن النسخة المزبورة غلط فإنّه لا يحتمل اختصاص الخيار بغير المعين و دعوى الإجماع عليه.

و لكن مع ذلك كلّ ينسب التعميم إلى الأكثر و قد نسب الشهيد في الدروس الاختصاص بالمعين إلى الشيخ (قده) و كأنّه قد فهم من كلام غيره التعميم.

أقول: ذكر العين في بعض الكلمات أو الشيء المعين في بعضها الآخر لا- يدلّ على الاختصاص لأنّ الكلي على العهدة داخل في العين، كما ذكرنا ذلك في تعريفهم البيع بأنّه تملك عين بعوض و المبيع في موارد الكلي على العهدة الشيء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٥

[أمور قيل باعتبارها في هذا الخيار]

[منها عدم الخيار لهما أو لأحدهما]

منها عدم الخيار لهما أو لأحدهما (١).

بوجوده الخارجى؛ و لكنه لعدم وجوده فعلا- أو بغيره تعهد بأدائه و تحصيله بخلاف بيع الشخص، أو الكلى فى المعين حيث أنه لوجوده فعلا لا تعهد، بالإضافة إلى تحصيله؛ بل بالإضافة إلى أدائه فقط. و بالجملة العين مقابل المنفعة و توصيف الشئ بالمعين كما يكون باعتبار تعيينه الخارجى و يكون باعتبار تعيين كنه و مقداره فيمكن أن يكون توصيف الشئ بالمعين فى كلماتهم باعتبار تعيين مقداره كما هو الحال فى ناحية الثمن.

و الحاصل: أنه لا يستفاد الاتفاق من كلمات الأصحاب على اختصاص خيار التأخير بالمبيع الشخصى، و على تقديره لا قيمة له لأن الاتفاق فى المقام لوجود الروايات المتقدمة مدركى فالمتبع ظهورها فى اعتبار العين الخارجيه و نحوها لأن ظاهر صحيحه زراره، و ان كان فرض المتاع الخارجى بقرينه قوله ثم يدعه عنده ألا أنه لا دلالة لها على نفي الخيار فى غيره.

و اما صحيحه على بن يقطين فلا ظهور لها فى العين الخارجيه أى الشخص و دعوى ان البيع لا يطلق على المبيع إلا فى موارد الشخص الواقع عرضه للبيع لا تخلو عن الجراف، و بهذا يظهر الحال فى موثقه إسحاق بن عمّار فيكون الأخذ بظهورهما أى بالإطلاق فى الثانية و عدم الاستفصال فى الجواب فى الأولى مقتضاه الالتزام بالعموم فى الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثة أيام. و اما رواية عبد الرحمن بن حجاج فقد تقدم ضعفها سندا، و مع الإغماض عنه فظاهرها ايضا العموم.

و دعوى انصراف من اشترى شيئا الى العين الخارجيه كانصراف المطلق الى بعض افراده يكذبها الرجوع الى موارد الاستعمال فى المحاوره فالمتحصل أنه لا يبعد القول بالتعميم فى الخيار الثابت للبائع بعد ثلاثة. و الله سبحانه هو العالم.

(١) قيل كما عن التحرير يعتبر فى ثبوت خيار التأخير للبائع عدم خيار آخر فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٦

.....

البيع للمتبايعين أو لأحدهما و ألا فلا يثبت للبائع خيار التأخير بعد ثلاثة أيام.

و ظاهر ابن إدريس يعتبر فى ثبوت خيار التأخير عدم شرط الخيار لهما أو لأحدهما، و لعل مراده ايضا مطلق الخيار بحيث يعم خيار الحيوان ايضا، و ذكره شرط الخيار لأجل ان موضوع كلامه المتاع لا ما يعم الحيوان و يستدل على هذا الاشرط بانصراف اخبار الباب عن كون البيع خياريا، و ذلك لما ذكر العلامة و غيره فى أحكام الخيار من أنه لا- يجب القبض و الإقباض مدة الخيار و لو قبض أحدهما ما انتقل عنه لا يجب على الآخر قباض ما عنده من مال صاحبه، بل يجوز له استرداد ما قبض خلافا لبعض العامة حيث بنوا على عدم جواز الاسترداد بل يجب على الآخر الإقباض، و لو امتنع عن الإقباض يجوز للآخر أخذ ما عنده بلا اذن، كما فى صورة تسليم ما عنده مع لزوم البيع.

و على ذلك فمع ثبوت خيار آخر فى البين يكون للمشتري حق التأخير فى تسليم الثمن، و ظاهر الأخبار ثبوت خيار التأخير للبائع فيما إذا كان تأخير المشتري فى أداء الثمن بلا حق، كما ان ظاهرها كون عدم قباض البائع المبيع لعدم تسلّمه الثمن من المشتري، فلا يعم ما إذا كان عدم تسليمه لثبوت خيار آخر له فى البيع.

و لكن لا يخفى ضعف الاستدلال لأنه كما سيأتى ان الخيار حق متعلق بالعقد و جواز تسلط أحد المتبايعين أو كلاهما على فسخه لا ينافى وجوب القبض و الإقباض عليهما وجوبا حقيقيا، حيث ان الإمساك بهما بالامتناع عن التسليم و التسلم تصرف فى مال الآخر بلا رضاه. نعم لدى الخيار الإمساك بما انتقل عنه فيما إذا كان الإمساك المزبور بعنوان فسخ العقد؛ بل لو كان الخيار حقا يتعلق بما

انتقل عنه فالثابت حق الاسترداد لا حق الإمساك.

و الحاصل: أنّ وجوب القبض والإقباض مقتضى حرمة مال الغير و عدم جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٧

.....

التصرف فيه بلا اذن مالكة لا مقتضى لزوم البيع و عدم كونه خياريا.

لا يقال ظاهر الأخبار لزوم البيع إلى ثلاثة أيام و حدوث جواز البيع للبائع بعدها فإنه يقال نعم و لكنّ لزوم من جهة التأخير في القبض و الإقباض فلا ينافى عدم لزومه في ثلاثة أيام أو بعضها من جهة أخرى. و بتعبير آخر الكلام في كون الموضوع لخيار التأخير عام أو خاص بمعنى أنّ الموضوع عدم القبض و الإقباض إلى ثلاثة أيام مطلقاً أو مع لزوم البيع فيها بأن ينتفى فيها سائر الخيارات. و الظاهر إطلاق الموضوع فان حمل الروايات على الثاني من حملها على الفرد النادر حيث أنّ خيار المجلس ثابت في جميع البيوع إلّا ما اشترط فيه سقوطه، و كذا خيار الحيوان إلى ثلاثة أيام ثابت في شراء الحيوان كما أنّ ظاهرها ثبوت خيار التأخير للبائع بعد انقضاء ثلاثة أيام من حين العقد. و على الجملة فلو اعتبر في خيار التأخير لزوم البيع في الثلاثة يلزم حمل الأخبار على الصورة النادرة أو ارتكاب خلاف الظاهر فيها بحمل ثلاثة أيام من حين لزوم البيع لا من حين العقد و شيء منهما لا يمكن الالتزام به.

و ربّما يقال بأنّه يعتبر في خيار التأخير عدم ثبوت خيار آخر للبائع في الثلاثة فإنّ هذا الخيار شرع لدفع تضرر البائع على ما تقدم و مع ثبوت خيار آخر يمكن له دفع ضرره بذلك الخيار. و ظاهر الأخبار لزوم البيع بالإضافة إلى البائع في ثلاثة أيام و حملها على لزومه عليه من جهة تأخير الثمن من قبيل تقييد الحكم بالسبب.

و لكن لا يخفى ما فيه أيضاً فإنّ خيار التأخير لو كان مشروعاً لدفع ضرر الصبر يكون المراد ضرر الصبر بعد ثلاثة أيام و عدم إمكان تقييد الحكم بالسبب أجنبي عن المقام فإنّ الكلام في أنّ الموضوع لخيار التأخير عدم القبض و الإقباض إلى ثلاثة أيام، أو هذا مع عدم ثبوت خيار آخر للبائع في تلك الثلاثة، و هذا لا يرتبط
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٨

[و منها تعدّد المتعاقدين]

و منها تعدّد المتعاقدين (١).

[و منها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية]

و منها: أن لا يكون المبيع حيواناً أو خصوص الجارية (٢).

بسبب الحكم أي بالداعي إلى الجعل.

(١) قيل بأنّه يعتبر في ثبوت خيار التأخير للبائع تعدد العاقد لظهور الأخبار المتقدمة في ذلك و لأنّ خيار التأخير يثبت للبائع بعد انقضاء خيار المجلس، و مع وحدة العاقد لا ينتهي خيار المجلس إلّا بالإسقاط.

أقول: ظاهر الأخبار فرض تعدد البائع و المشتري لا العاقد، و مع تعدد هما يثبت خيار التأخير للبائع و لو مع وحدة العاقد كما لو وكّلا واحداً في إجراء العقد و الوكيل المزبور لا- يثبت له خيار المجلس؛ و ما ذكر من ظهور الأخبار في ثبوت خيار التأخير مع فقد خيار المجلس أو بعد انتهائه غير ظاهر حيث أنّ ظاهرها، كما يأتي كون المبدء لثلاثة أيام هو تمام العقد لا حين حصول الافتراق، و على ما

ذكر فلا- يثبت خيار التأخير فيما إذا كان البائع و المشتري واحدا، كما في وليّ الطفلين، و عدم ثبوته له لأجل فقد ما يعتبر في خيار التأخير من عدم الإقباض و القبض لا لوحده، كما لا يخفى.

(٢) المحكى عن الصّدوق (ره) أنّه إذا اشترى جارية و قال أجيئك بالثمن فإن جاء بالثمن الى شهر و ألا فلا بيع له، و ظاهر المختلف أنّ الصّدوق قائل بذلك في مطلق الحيوان. و في صحيحة على ابن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية و قال أجيئك بالثمن فقال (ان جاء فيما بينه و بين شهر و ألا فلا بيع له) «١»؛ و السند كما أشرنا صحيح فإنّ الشيخ رواه بسنده عن محمد بن أحمد يحيى عن أبي إسحاق عن أبي عمير عن محمد بن أبي حمزة عن على ابن يقطين

(١) الوسائل الجزء ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٤٩
ثم أنّ مبدء الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد (١).

و أبو إسحاق هو إبراهيم بن هاشم القمي (رضوان الله عليه) بقريته رواية الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي إسحاق عن الحسن بن أبي الحسن الفارسي. و من الظاهر أنّ أبو إسحاق الراوي عن الحسن بن، أبي الحسن هو إبراهيم بن هاشم فراجع. و على كل تقدير فقد أورد المصنف (ره) على الاستدلال بها على استثناء الجارية أو مطلق الحيوان بأنّه لا قرينه فيها على فرض عدم إقباض الجارية ليكون ذلك موجبا لظهورها في خيار التأخير في الأمة أو مطلق الحيوان لا يقال قد كان بهذا المضمون من التعبير في روايات خيار التأخير، كما في رواية عبد الرحمن المتقدم من قول أبي بكر بن عياش (من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و ألا فلا بيع له)؛ فإنّه يقال نعم و لكن قوله عليه السلام (فان قبض بيعه إلخ)؛ في صحيحة على ابن يقطين المتقدمة سابقا قرينه على كون المراد في جميع روايات ثلاثة أيام فرض عدم إقباض المبيع، و ليس بالإضافة إلى الجارية أو مطلق الحيوان الوارد في الصحيحة قرينه على مثل هذا الفرض، كما ذكرنا فلا بدّ من حملها على صورة اشتراط تأخير الثمن الى شهر فيكون الخيار لتخلف الشرط أو على استحباب الانتظار الى شهر.

أقول: الالتزام بثبوت خيار التأخير في الأمانة بعد شهر لا محذور فيه و قد احتمله الشيخ (قده) بعد نقل الرواية غاية الأمر لو تم إطلاق الصحيحة بالإضافة إلى صورة إقباض الجارية فيلتزم بعد اعتبار عدم الإقباض في الجارية المبيعة في ثبوت خيار التأخير لبائعها.

(١) ظاهر التعبير في بعض الروايات أنّ ثلاثة أيام تحديد لمدة غيبوبة المشتري فيكون مبدئها حين التفرق كقوله عليه السلام (فان جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٠

يسقط هذا الخيار بأمر

يسقط هذا الخيار بأمر: (١).

و ألا فلا بيع له؛ و بعضها ظاهر في أنّه تحديد لمدة عدم قبض الثمن فيكون مبدئها تمام العقد كقوله عليه السلام في موثقة إسحاق بن عمّار من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام و لم يجيء فلا بيع له و لا يبعد أن يكون الأول أيضا كناية عن ذلك. نعم مع عدم تمام الظهور أو معارضته يكون مقتضى الأصل العملي تأخير الخيار الى ما بعد الثلاثة بعد التفرق.

(١) يسقط هذا الخيار بأمور الأول إسقاطه بعد الثلاثة، ولا ريب كما لا خلاف في جواز هذا الإسقاط بمعنى نفوذه فإنه مقتضى كون الخيار حقاً وإسقاطه في الثلاثة وان لا يخلو عن المناقشة لكون الموجب له انقضاء الثلاثة من غير حصول القبض والإقباض. وبتعبير آخر تضرر البائع بعد الثلاثة موجب له وذلك الضرر غير فعلى فيكون إسقاطه في الثلاثة من قبيل إسقاط ما لم يجب إلا ان المناقشة غير صحيحة لما تقدم من ان السقوط في المقام اعتبارى، و كما يمكن اعتبار الملكية المستقبلية نظير الوصية التملكية كذلك يمكن اعتبار السقوط الاستقبالي؛ وما عن التذكرة من عدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفريق بناء على حصوله بعد التفريق لا يمكن المساعدة عليه.

و اما ما ذكره المصنف (ره) من أنه لو لم يجز إسقاط خيار الشرط قبل التفريق يكون عدم جواز إسقاط خيار التأخير في الثلاثة بطريق أولى؛ فلعله أراد ان الموجب لخيار الشرط اشتراطه في العقد وهو حاصل بخلاف المقام فان الموجب لخيار التأخير الضرر الحاصل للبائع بعد الثلاثة، وهذا غير حاصل في الثلاثة.

ولكن لا يخفى ان الفرق غير فارق لأن الموضوع لخيار الشرط بناء على ثبوته بعد التفريق هو العقد المشروط بعد التفريق، كما ان الموضوع في المقام العقد مع تضرر البائع فيه بعد الثلاثة ودعوى ان تضرر البائع أمر غير اختياري، والتفريق أمر إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥١

.....

اختياري فلا يصح الإسقاط في الثاني دون الأول كما ترى، فإنه لو لم يصح الإسقاط لكونه إسقاطا لما لا يجب لم يجز فيهما و إلا جاز فيهما كما ذكرنا.

الثاني شرط سقوطه في العقد وقد ذكرنا فيما سبق ان اشتراط سقوطه في العقد يرجع الى إسقاطه وبما ان سقوط الخيار بمعنى عدم ثبوته اعتبارى فلا بأس بأن ينشأ ذلك الأمر الاستقبالي الحاصل بكل سبب ومنه اشتراطه في العقد.

الثالث: بذل المشتري الثمن بعد الثلاثة فإنه لو فسخ البائع بعد الثلاثة قبل بذل المشتري ومجيئه بالثمن فلا إشكال في نفوذه فإنه مقتضى تحديد الخيار بمضى الثلاثة ويشهد له رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله؛ واما إذا لم يفسخ حتى بذل المشتري بالثمن فيمكن أن يقال كما عن المصنف (ره) بسقوط الخيار لان الخيار لتدارك ضرر التأخير أى الضرر الاستقبالي حيث ان الضرر السابق على أخذ الثمن لا يتدارك بأخذه، ومع بذل المشتري لا ضرر كذلك، ويمكن دعوى انصراف اخبار الباب ايضا عن صورة البذل. أقول: دعوى الانصراف في الروايات لا وجه لها وقاعدة نفى الضرر لا تثبت الخيار في المقام وغيره؛ فالأظهر عدم سقوط الخيار بالبذل المزبور.

الرابع: أخذ البائع الثمن من المشتري بعد ثلاثة أيام ولا شبهة في ان أخذه بقصد الالتزام بالبيع والجرى عليه إسقاط فعلى، فهل بأخذه يحكم بسقوط الخيار وأنه بقصد الالتزام بالمعاملة أو بشرط العلم بقصده بان لا يحتمل كون أخذه بقصد العارية والوديعة ونحوهما، أو يكفى الظن النوعى نظير ما تقدم في سقوط خيار الحيوان بالتصرف فيه زمان الخيار مع الاتفاق بأنه لا عبرة بالظن الشخصى وقد تقدم اعتبار الظهور الفعلى وأنه كالظهور القولى، ولا يبعد أن يكون سبق المعاملة قرينة عرفية على كون الأخذ بذلك العنوان فلا يحتاج السقوط إلى قرينة أخرى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٢

[في كون هذا الخيار على الفور]

في كون هذا الخيار على الفور (١).

و ذكر المصنّف (ره) أنّ البحث في كون الأخذ مسقطاً مبنى على عدم كفاية البذل في الإسقاط و أنّ إسقاط الخيار بالبذل قبل الأخذ، و لكن لا يخفى أنّ الأخذ يتحقّق في غير مورد البذل ايضاً؛ و على تقدير كون البذل مسقطاً يجرى الكلام في كون الأخذ أيضاً مسقطاً أم لا كما إذا أخذ البائع الثمن من عند المشتري.

و أمّا مطالبه البائع المشتري ببذل الثمن فلا- يوجب سقوط خياره و لو مع عدم بذل الثمن و دعوى دلالتها على رضا البائع بالبيع لا يمكن المساعدة عليها فإنّ الرضا على تقدير تحقق البذل و أخذ الثمن لا مطلقاً. و بتعبير آخر الضرر الاستقبالي الذي يتدارك بالخيار بعد المطالبة بحاله و لا دلالة فيها على إغماض البائع عنه كما لا يخفى.

(١) كون الخيار على الفور أو التراخي مبنى على أنّ المرجع عند الشك في لزوم البيع و جوازه في زمان هو عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، أو استصحاب بقاء الخيار أولاً يرجع الى شيء منهما؛ أما العموم لكونه استمرارياً لا فرادياً؛ و أما الاستصحاب فلعدم إحراز موضوع الخيار فيرجع الى استصحاب بقاء المالكين على حالهما بعد الفسخ المشكوك صحته؛ و لكن يمكن في المقام للمصنّف (ره) القول بتراخي الخيار، كما هو مقتضى إطلاق نفي البيع بعد ثلاثه، و لكن يرد عليه أنّ الأخذ بإطلاق يناهض ما تقدم منه أنّ الخيار لتدارك الضرر الاستقبالي الحاصل بتأخير القبض و الإقباض؛ و من الظاهر أنّ الضرر في الزمان الثاني حاصل بتركه الفسخ في الزمان الأول و لعله يشير الى ذلك بقوله فتأمل.

و أمّا الاستصحاب فلا بدّ الشك في بقاء الخيار في الزمان الثاني من قبيل الشك في المقتضى؛ و على كل تقدير، فالصحيح الالتزام بالتراخي فإنّه مقتضى نفي البيع مطلقاً، فإنّه لو كان الخيار على الفور فاللزام تقييد نفيه، و لو بان يقول لا بيع يوم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٣

[لو تلف المبيع بعد ثلاثة من مال البائع]

لو تلف المبيع بعد ثلاثة. (١)

الرابع و يؤيد ذلك ما ذكرنا سابقاً من أنّ المذكور في اخبار الباب تحديد للشرط الارتكازي لكل من المتعاقدين ملكه فسخ البيع على تقدير عدم وفاء صاحبه بالعقد.

(١) لو تلف المبيع بعد ثلاثة أيام و بعد الخيار للبائع يكون ذلك التلف على البائع لكونه قبل القبض كما يشهد له النبوي المنقول عن العامة في بعض كتب الفقه لأصحابنا من قوله (ص) التلف قبل القبض من مال بايعه و بعد انجبار ضعفه بعمل المشهور يتعيّن الأخذ بإطلاقه حيث يعمّ التلف قبل زمان الخيار و زمانه و بعد الخيار كما إذا أسقط الخيار بالتأخير أو ببذل المشتري الثمن.

لا يقال يعارض النبوي الملازمة المستفادة من الروايات بين كون نماء شيء لشخص و درك تلفه عليه كالواردة في بيع الخيار حيث استشهد فيها الإمام عليه السلام لكون نماء المبيع للمشتري بكون تلفه عليه و كذلك يعارضه قاعدة كون التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.

فإنه يقال ما دلّ على أنّ تلف المبيع قبل قبض المشتري من مال بائعه أخصّ بالإضافة إلى قاعدة الملازمة حيث يلتزم بها إلّا في مورد كون المبيع بيد بايعه بل يمكن أن يقال قاعدة الملازمة تنفي الضمان بالبدل عن الغير لا ضمان الانحلال كما هو المفروض في التلف قبل القبض و ما دلّ على أنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له لا عموم فيها، بحيث يعمّ جميع الخيارات بل غايته خيارى الحيوان

و الشرط أو المجلس أيضا فيما كان خياره لأحدهما فقط بل لا إطلاق له بحيث يعمّ قبل القبض بل يختصّ بما بعد القبض، كما هو المفروض في تلف الحيوان بيد المشتري و المفروض في خيار التأخير وقوع التلف قبل القبض.

أقول: يمكن أن يكون المستند في ضمان تلف قبل القبض السيرة العقلية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٤

.....

□
الممضاة في الشرع، كما يشهد لذلك معتبرة عقبه بن خالد بن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيتك غدا إنشاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال (من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، و إذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله اليه) «١»؛ و لكن مقتضاها عدم كفاية تسليم المبيع في خروج البائع عن الضمان فيما إذا لم يأخذه المشتري، و هذا يكون أوسع من السيرة؛ و لكن شمولها لما إذا امتنع المشتري من قبض المتاع مع تسليم البائع، و لو مع عدم قبض الثمن، بان كان ترك المتاع عند البائع بغير رضاه لا يخلو عن التأمل.

و قد ظهر ممّا تقدم أنه لا فرق في ضمان البائع تلف المبيع قبل القبض بين كونه في الثلاثة أم بعدها، و مع تحقق القبض يكون تلفه على المشتري من غير فرق أيضا بين الثلاثة أم بعدها ألّا أنه يظهر من المحكي عن الشيخ في المختلف التفصيل، و هو أنه إذا كان التلف في الثلاثة فإن كان قبل القبض فهو من مال البائع، و ان كان بعده فهو من مال المشتري. و اما إذا كان التلف بعد الثلاثة فضمن تلفه على البائع لأنّ الخيار له. و أورد على ذلك في المختلف بأنّه مع القبض لا يكون للبائع خيار بعد الثلاثة و ذكر المصنف (ره) ان تعليقه الضمان على البائع بكون الخيار له قرينه على ان التلف بعد الثلاثة مفروض مع عدم قبض المتاع.

أقول: التعليل لا- يناسب الحكم لأنّ ضمان البائع المتاع قبل الثلاثة أو بعدها، كما ذكرنا لكون التلف قبل القبض و خيار البائع بعد الثلاثة لو لم يكن مقتضيا لكون

(١) الوسائل الجزء ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٥

[لو اشترى ما يفسد من يومه]

لو اشترى ما يفسد من يومه (١).

الضمان على المشتري فلا أقل من عدم كونه مقتضيا للضمان على البائع.

نعم عن الايرواني (قده) توجيه العبارة بأنّ الحكم المزبور مبني على مسلكه من عدم حصول النقل و الانتقال زمان الخيار من غير فرق بين الخيار المتصل بالعقد أو المنفصل عنه و على ذلك فان حصل قبض المتاع في الثلاثة فلا يكون البيع خياريا، فيكون ضمان المبيع لكونه بعد القبض على مالكة الفعلي، أي المشتري بخلاف ما إذا لم يحصل القبض فيما يكون البيع خياريا، و يكون تلف المبيع عن مالكة، و هو البائع؛ و فيه انّ هذا التوجيه ايضا غير صحيح لأنّ المذكور في عبارة الشيخ فرض التلف في الثلاثة تارة و بعدها أخرى لا فرض القبض في الثلاثة تارة، و قبض المبيع بعدها أخرى فالتوجيه على تقديره يجري في الثاني لا الأول.

(١) المشهور على أنه لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن ما بينه وبين الليل فهو و إلا فلا بيع له، و يستدل على ذلك بمرسلة محمد بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن قال ان جاء فيما بينه وبين الليل بالثمن و إلا فلا بيع له «١»؛ و مرسلة حسن بن رباط على ما في الفقيه؛ و لكن أسندها في الوسائل إلى زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم الى الليل «٢»؛ و الظاهر بقريته التمثيل ان المراد بالفساد زوال طراوته بالمبيت، و لو في بعض أيام السنة لشدة الحرارة في تلك الأيام فيكون الإمهال فيها الى الليل بمعنى ان للبائع بعده خيار، و هذا فيما إذا كان في الليل أيضا سوق ليتيسر له بيعه بعد الفسخ.

(١). الوسائل الجزء ١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار.

(٢). الوسائل الجزء ١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٦

[السادس خيار الرؤية]

إشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترط فيه (١).

و في الأمكنة التي ينتهي السوق فيها بدخول الليل أو بزوال الشمس لا يبعد الخيار للبائع في آخر أزمته السوق للسيرة الجارية بين العقلاء على ذلك و هذه السيرة هي العمدة حيث يحتمل جدا أن يكون ثبوتها وجها لعمل المشهور بالروايتين مع ضعفهما بالإرسال، و عليه يكون الملاك في ثبوت الخيار للبائع فوت السوق في البيع الذي يفسده المبيت بمعنى يثبت للبائع في آخر أزمته انتهاء السوق خيار الفسخ.

بل لا يبعد أن يكون مجرد انتهاء السوق موجبا للخيار له، و ان لم يكن المبيت موجبا لفساده، و المراد بانتهاء السوق عدم التمكن على بيعه بالثمن الذي يباع به في ذلك الزمان. فإن العبرة في بناء العقلاء مجيء المشتري بالثمن قبل انتهاء السوق فيما كان عدم مجيئه و بقاء المبيع عند بايعه عرضة لتنزل قيمته بانتهاء السوق أو طرؤ الفساد عليه بل و مع عسر بيعه بعد ذلك، و ان لم يفسد و لم يتنزل قيمته السوقية، و ليس المدرك لهذا الخيار قاعدة نفى الضرر ليقال أنها لا يثبت الخيار أو ان فوات السوق من قبيل فوت النفع لا الضرر. ثم ان المراد من كون عهدة البائع يوما ليس هو اليوم الكامل بل ينتهي عهده بدخول الليل سواء كان البيع في أول اليوم أو أثنائه بقريته أن المبيت بالمبيع هو الموجب لثبوت الخيار بخلاف ثلاثة أيام في غير ما يفسده المبيع فإن ظاهر ثلاثة أيام الثلاثة التامة المتصلة، و ليس فيه قرينة على رفع اليد عن هذا الظهور. نعم يكفي في الثلاثة التلفيق كما في سائر الموضوعات المقدره بالأيام كأقل الحيض و عشرة الإقامة و غيرهما، و حيث ان ظاهر اليوم بياض النهار فيكون الليالي المتوسطة داخله بلحاظ الاستمرار على ما تعرضنا لذلك في بعض المباحث السابقة.

(١) ظاهر عنوان المسألة كما ذكر المصنف (ره) ان خيار الرؤية من افراد خيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٧

.....

تخلف الشرط حيث ان اشتراط وصف في المبيع، بمعنى جعل الخيار على تقدير تخلف ذلك الوصف و على ذلك فيكون ثبوت الخيار في الفرض مقتضى قوله (ص) المسلمون عند شروطهم لا قاعدة نفى الضرر بل كما ذكرنا سابقا ان نفى الضرر مقتضاه نفى صحه البيع و مع اشتراط الخيار فيه لا يناسب الامتنان رفعها.

و اما الاستدلال بصحيحة جميل بن دراج «١» فلا يناسب خيار تخلف الشرط فان ظاهرها عدم اشتراط وصف في شراء تلك الصنعة و الا لكان للمشتري الفسخ اخذا بشرطه من غير ان يطلب من بائعها الإقالة لا يقال لو لم يكن في البين اشتراط الوصف لكان البيع بعدم مشاهدة تمام المبيع غرريا فإنه يقال الظاهر ان المشتري اعتقد بحال الصنعة بالورود و الخروج منها؛ و لذا يرى لزوم البيع فطلب من صاحبها الإقالة.

و الحاصل: ان ظاهر الصحيحة ان خيار الرؤية حكم شرعى يترتب على شراء شىء بدون مشاهدته أصلا أو تماما فيما كان ذلك الشىء يباع بالمشاهدة بان اكتفى في شرائه بالتوصيف أو إحراز حاله بمشاهدة بعضه لا- يقال يحتمل أن يكون المراد بالخيار في الرواية الاختيار في الشراء و عدمه بمعنى ان البيع السابق محكوم بالبطلان لعدم مشاهدة تمام المبيع و ليس بمعنى حق فسخ البيع و إقراره كما هو المعروف في خيار الحيوان و المجلس و غيرهما و يأتي ان الخيار بمعنى بقاء اختيار الشراء و عدمه هو المراد من صحيحة زيد الشحام.

فإنه يقال لا- يحتمل ذلك في صحيحة جميل فإنه إذا نظر المشتري الى تسع و تسعين جزء من الصنعة و اعتقد حالها فلا موجب لبطلان البيع حيث يكفى هذا المقدار

(١). الوسائل الجزء ١٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٨

.....

في خروج شراء تمامها عن الغرر و لو فرض أنه لم يعتقد بحال القطعة التي لم يشاهدها لكان البيع بالإضافة إلى تلك القطعة باطلا لانحلال البيع بالإضافة إلى قطيعها، كما لا يخفى فيكون المشتري مختيرا بين إمضاء البيع بالإضافة إلى القطع التي رآها و بين فسخه لا مختيرا بين شرائها تمامها و ترك شرائها، كما هو مقتضى الرواية لظهور اسم الإشارة من (قوله عليه السلام لكان له في ذلك) في الإشارة إلى شراء الصنعة الذي وقع السؤال عن طلب الاستقالة فيه و عدم اجابة البائع بالموافقة و مفاد الجواب أنه لا حاجة الى الإقالة فإن للمشتري لعدم رؤيته تمام المبيع الخيار في الشراء.

و يظهر من صاحب الوسائل (قده) أنه استظهر خيار الرؤية من صحيحة زيد الشحام ايضا حيث أوردها في الباب الذي عنونه بخيار الرؤية قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال لا تشتري شيئا حتى تعلم أين تخرج السهم فإن اشترى شيئا فهو بالخيار «١» إذا خرج.

و لكن لا- يخفى أنه لو كان المراد شراء السهم المشاع قبل إفرازه و تعيينه فلا- مانع عنه و يكفى في جوازه مشاهدة الكل و معلومية السهم، و في الفرض و ان يثبت للمشتري خيار الحيوان الا أنه من حين الشراء لا من حين خروج السهم و تعيينه خارجا فظاهر الرواية لا يناسب الفرض و ان أريد شراء السهم الخارج قبل خروجه و تعيينه خارجا؛ فهذا الشراء باعتبار عدم تعيين السهم حال البيع من شراء الفرد المجهول فيكون محكوما بالبطلان، و ظاهر الرواية ذلك حيث نهى عليه السلام عن

(١). الوسائل الجزء ١٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٥٩

ثم ان صحيحة جميل مختصة بالمشتري (١) فيمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة (٢).

شراء السهم قبل خروجه أولاً، ثم ذكر أنه لو اشترى يكون له الخيار حين خرج فيكون المراد من الخيار الاختيار في الشراء وتركه. واما صحيحة عبد الرحمن الحجاج عن المنهال القصاب فلا ترتبط بخيار الرؤية ولا بالمراد من صحيحة زيد بل مدلولها عدم كفاية تعيين السهم خارجا بالنحو المزبور، بل لا بد فيه من تعديل السهم أولاً ثم إخراجها ولو بالقرعة.

(١) لرجوع الضمائر في السؤال و الجواب الى الرجل المفروض في الرواية أنه اشترى الصنعة و إرجاعها إلى بائعها خلاف الظاهر، لعدم ذكر البائع في السؤال قبل الضمائر. و الحاصل احتمال ان البائع هو الذي باع الصنعة من غير مشاهدة كلها بعيد؛ و أبعد من ذلك دعوى احتمال ان الخيار في الصحيحة يعم كلا من البائع و المشتري و وجه الأبعدية ان الوارد فيها الخيار لمن فرض السائل عدم رؤيته تمام الصنعة لا لكل من لم ير تمام الصنعة سواء كان بائعاً أو مشترياً.

(٢) أقول: تصوير البيع بنحو الكلي في المعين يجرى في الجملة التي تكون متساوية الأجزاء. و اما في مثل الحيوان مما يختلف أفراده عادة بحسب القيمة فتصوير بيع الكلي في المعين لا يكون بتعيين العدد بل بتعيين نسبة قيمة المبيع الى المجموع، كما إذا باع من قطع غنم عددها مائة مقداراً من الغنم يكون قيمة ذلك المقدار بالإضافة إلى مجموع قيمة القطيع عشراً، و مثل هذا البيع محكوم بالصحة و ثبت فيه خيار الحيوان للمشتري، و لكن من حين البيع لا- من حين تعيين المقدار المبيع خارجاً بل لو عين البائع فرداً لا يدخل ذلك الفرد في عنوان المبيع كان للمشتري استرداد ذلك الخارج و طلب تعيين الفرد المنطبق عليه عنوان المبيع، كما هو الحال كذلك في بيع الكلي على العهدة و دفع البائع فرداً لا ينطبق عليه عنوان
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٠

[مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة]

و المعروف أنه يشترط في صحته ذكر أوصاف المبيع (١).

المبيع على العهدة.

نعم لو شاهد سابقاً الجملة و بعد شراء الكلي في المعين رأى تمام الجملة أنها تغيرت عن الرؤية السابقة يكون له خيار الرؤية، و بذلك يظهر أنه لا يختص خيار الرؤية بالعين الشخصية بل يجرى في الكلي في المعين في بعض الموارد.

(١) يعتبر عند المشهور في بيع العين الغائبة ذكر أوصاف تلك العين بحيث يرتفع الغرر عن البيع و عبر في بعض الكلمات بذكر الأوصاف التي يعتبر ذكرها في بيع الشيء سلماً، و في بعضها الآخر بذكر الأوصاف التي يختلف قيمة الشيء بها كما يذكر في بعضها ذكر الصفة؛ و المراد من جميع ذلك واحد. و لذا ادعى الإجماع على كل منها قال في التذكرة يعتبر في بيع الشيء الغائب وصفه بما يكفي في بيع السلم عندنا، و في موضع آخر منها أنه يعتبر في بيع الشيء الغائب ذكر الأوصاف بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع، و ذلك بذكر الجنس و سائر الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء و يطرد الجهالة بعدم تعيين تلك الأوصاف، و في جامع المقاصد يعتبر ذكر الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء، و فرع على ذلك ذكر الأوصاف بما يكفي في بيع الشيء سلماً.

ثم ان المصنف (قده) قد أورد في المقام إشكالات خمسة و أجاب عنها الأول ان الجمع بين قولهم يعتبر في بيع الشيء غائباً ذكر تمام

الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء مع قولهم يكفي في بيع الشيء الغائب ذكر الأوصاف التي يكفي في بيع الشيء سلماً لا يخلو عن تناف و ذلك فإنهم ذكروا أنه لا يعتبر في بيع الشيء سلماً ذكر تمام الأوصاف بحيث يوجب اعتبار جميعها ندره وجود المبيع أو لتعذر استقصاء الأوصاف و ذكر تمام الأوصاف في بيع الشيء الغائب لا- يوجب محذورا لفرض وجوده فعلا- في الخارج فيمكن استقصاء أوصافه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦١

.....

و أجاب عن هذا الإشكال بأنه يحتمل أن يكون مرادهم ذكر الأوصاف التي يعتبر في بيع الشيء سلماً، لو لا المحذور المزبور و يكون ذلك المحذور موجبا للمسامحة في بيع الشيء سلماً بحيث يعتبر فيه ذكر عمدة تلك الأوصاف، بل يمكن أن يقال ذكر تمام الأوصاف التي يختلف بها قيمة الشيء في بيعه غائبا ليخرج بيعه عن الغرر معتبر في بيع الشيء سلماً أيضا، لأن الغرر في البيع مبطل له من غير فرق بين السلم و غيره فلا وجه للإلغاء اعتبار ذكرها في السلم حتى فيما تعذر استقصائها و معنى اعتبار الاستقصاء حتى في حالة تعذره بطلان البيع لعدم التمكن على شرط البيع، كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يضبط أوصافه.

الإشكال الثاني: الظاهر عدم اعتبار ذكر تمام الأوصاف التي تختلف بها قيمة الشيء في بيعه غائبا لأن تلك الأوصاف كثيرة لا تستقصى عادة خصوصا في العبد و الأمة حيث ان أوصاف الكمال المختلف بها قيمتها لا تنحصر بعدد، و إذا لم يستقص تلك الأوصاف يكون بيع الغائب غرريا خصوصا بملاحظة ان الغرر عرفا أخص من الغرر شرعا بمعنى أنه ربما لا يكون في بيع الشيء غرر عرفا مع تحقق الغرر فيه شرعا، كما إذا باع الشيء سلماً و عتق وقت الإقباض بزمان الحصاد.

الثالث: أنه لا يعتبر في بيع الشيء الحاضر الذي يباع بالمشاهدة، كالحيوان و الأمة و نحوهما الاطلاع على تمام أوصافها التي تختلف بها قيمتها و إلا لما جاز بيعها بالمشاهدة إلا ممن يكون من أهل خبرة ذلك الشيء المشاهد، و إذا لم يعتبر في بيع العين الحاضرة العلم بتمام تلك الأوصاف فكيف يعتبر في بيع الشيء غائبا بل في بيعه سلماً.

و أجاب عن جميع الإشكالات الثلاثة بأنه يعتبر في بيع الشيء عدم الغرر فيه عرفا، و إذا شوهدت العين أو وصفت بعمدة أوصافها لا يكون في بيعها غرر عرفا،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٢

[الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري]

الأكثر على ان الخيار عند الرؤية فوري (١).

و كذا الحال في بيع الشيء سلماً، و كلما دلّ الشرع على اعتبار أمر زائد على عدم الغرر العرفي فيؤخذ به في ذلك المورد، كما إذا دلّ على اعتبار تعيين زمان الإقباض بالأيام و الشهر لا بالحصاد و نحوه، و يتمسك في غيره بإطلاق حل البيع و عدم الغرر فيه عرفا و يكون نتيجة ذلك اعتبار ذكر الأوصاف في بيع العين الغائبة؛ بل في بيع الشيء سلماً بتوصيفه بما يكون وسطا بين الإجمال و التفصيل.

الإشكال الرابع: أنه ان أخذت الأوصاف في ناحية المبيع بان قيد بها فيحكم بفساد البيع للجهل بوجود المبيع المزبور خارجا و ان لم تؤخذ في المبيع فالبطالان باعتبار الجهل بأوصافها.

و لكن هذا الإشكال أيضا مندفع بما تقدم من أنه لا معنى لأخذ الأوصاف غير المقومة في ناحية المبيع إلا الاشرط أي جعل الخيار

على تقدير فقدها، و ما هو قابل للتقييد هو الكلي دون العين الخارجية، فلا يوجب أخذها في المبيع الجهل بوجود المبيع. (١) ذكر (قده) أنّ خيار التأخير عند الأ-كثر على الفور و منسوب الى ظاهر الأصحاب بل في التذكرة عدم الخلاف في فوريته عند المسلمين ألما ابن حنبل حيث جعل امتداده بامتداد مجلس الرؤية و احتمال في نهاية الأحكام و لا يعرف وجه للالتزام بفوريته ألما الاقتصار في رفع اليد عن أصالة لزوم العقد بالقدر المتيقن.

و على ذلك فيرد على القائلين بالتراخي في خيارى العيب و الغبن بأنّ التفكيك بينهما و بين خيار الرؤية بالأخذ بأصالة اللزوم في خيار الرؤية بالإضافة الى غير القدر المتيقن دونهما بلا وجه مع أنّ ملاحظة صحيحة جميل المتقدمة مقتضاه الالتزام بالتراخي في خيار الرؤية حيث لم يقيد فيها عليه السلام خيار الرؤية بمدّة.

ثمّ ذكر أنّ دعوى الإطلاق فى الصّحيحة لا تصحّ بناء على ما تقدم من أنّ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٣

.....

الخيار فى المقام بملاك نفي الضرر و كون لزوم البيع ضرورياً و الضرر ينتفى بثبوت الخيار فى الزمان الأول و لا يكون الضرر فى الزمان الثانى من لزوم البيع بل من ترك الفسخ فى الزمان الأول، و لذا لا- يتمسك فى إثبات التراخي باستصحاب الخيار لارتفاع الموضوع و لا أقل من عدم إحراز بقائه.

أقول: قد تقدّم أنّ خيار الرؤية لا يدور مدار تحقق الضرر على المشتري بل إذا اشترى عينا غائبا فوجدها على خلاف ما رآها سابقا أو على خلاف ما أحرز ما فيها من الوصف يثبت له الخيار سواء كان فى ذلك الشراء ضرر على المشتري أو وجدها على خلاف صلاحه و رغبته فقط، و ذلك فإنّ الخيار لا يثبت بقاعده نفي الضرر أصلا، و أنّ المدرك للخيار فى المقام صحيحة جميل المتقدمة، و لم يذكر فيها عنوان الضرر موضوعا و لا ملاكا. و لا يبعد أن يقال بأنّ مقتضى الإطلاق فيها تراخي الخيار.

و دعوى أنّها بصدد أصل ثبوت الخيار فقط من غير تعرّض لسائر الجهات لا يمكن المساعدة عليها لأنّ الأصل فى كلّ خطاب يتضمن الحكم و موضوعه كون المتكلم بصدد بيان ذلك الحكم و موضوعه بتمام قيودهما التى منها الزمان. و بتعبير آخر تقييد مثل خيار الحيوان فى الخطابات بزمان خاص و عدم تقييد مثل خيار الرؤية به مقتضاهما الالتزام بدخول الزمان فى الأول دون الثانى.

أضف الى ذلك ما ذكره السيد اليزدى (قده) من أنّ الحكم فى الصّحيحة بثبوت خيار الرؤية للمشتري المفروض فيها لا يمكن إلما بالتراخي فى ذلك الخيار لأنّ الإمام عليه السلام قد حكم فيها بالخيار للمشتري فعلا أى بعد ما رأى القطعة التى لم يرها الى ما بعد البيع و بعد استقالته البائع و عدم موافقته على الإقالة و بعد سؤال جميل الإمام عليه السلام عن حكم الشراء المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٤

.....

نعم دلالتها على التراخي كذلك بالإضافة إلى المشتري المفروض فى الزوايه حيث كان فى الزمان الأول بعد البيع جاهلا بثبوت خيار الرؤية له، و يمكن اختلاف الخيار فى الفورية و عدمها بالإضافة إلى العالم و الجاهل بالخيار و عدم كون الجهل بالحكم عذرا بالإضافة الى مخالفة التكليف و الحكم لا بالإضافة إلى اختلاف جعل الحق، و منه الخيار كما لا يخفى فما ذكره (ره) فى ذيل كلامه من عدم كون الجهل بالفورية عذرا فتكون مقتضى الصّحيحة التراخي فى الخيار مطلقا ضعيفا لأنّه بعد إمكان اختلاف الجاهل بالخيار و العالم به فى الفورية و عدمها يشكّل استفادة الحكم بالتراخي فى حق من كان عالما بثبوت خيار الرؤية له، و لكن آخر الفسخ و لو مع جهله بفوريته.

و لكن يمكن دفع هذا الإشكال بإطلاق الحكم على المشتري المزبور بأن له خيار الرؤية حيث لم يقيد عليه السلام بأول زمان علمه بالخيار، بل لا يمكن هذا التقييد كما لا يخفى.

وقد يجاب عما ذكره السيد اليزدي (ره) ان الظاهر من أمثال الصحيحة أنها سؤال عن الحكم لا أنه وقع أمر شخصي أريد السؤال عن حكمه فأصحاب الأئمة عليهم السلام كانت طريقتهم فرض مسائل لأخذ الجواب و الثبت في كتبهم، و لعل كثيرا منها لم تكن واقعة في الخارج، كما يظهر بالمراجعة إلى الأصول المنقول فيها رواياتهم فلا وجه لما ذكر.

أقول: لم يظهر وجه الجواب فإن ارادة السؤال عن الحكم الكلي لازمه أن يعم الجواب الكلي الواقعة المفروضة في السؤال أيضا لا أن لا يعم الجواب شخص الواقعة المفروضة في السؤال، كما لا يخفى. و محور كلام السيد اليزدي (قده) أنه لو كان خيار الرؤية بنحو الفور لم يمكن ثبوت الخيار فعلا للمشتري المفروض في السؤال.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٥

[يسقط هذا الخيار بترك المبادرة]

يسقط هذا الخيار بترك المبادرة (١).

(١) يسقط خيار الرؤية بأمور:

الأول: ترك مبادرة ذي الخيار الى فسخ البيع على قرار ما تقدم من تركها في فسخه بخيار الغبن. أقول: انتهاء الخيار بترك المبادرة مبني على كون خيار الرؤية على الفور، و قد تقدم ضعف ذلك و أنه على التراخي.

الثاني: إسقاطه قولاً بعد الرؤية و وجدان العين على خلاف ما رآها سابقاً فإن جواز إسقاطه مقتضى كون الخيار حقاً على ما استفيد من الأخبار الواردة في خيار الحيوان و غيره، و لا يحتمل كون بعض الخيار حقاً دون البعض الآخر.

الثالث: التصرف في العين التي رآها على خلاف ما رآها سابقاً أو على خلاف ما أحرز لها من الوصف، و لكن هذا التصرف فيما إذا كان مع بقاء الرضا بالمعاملة و الإغماض عن فسخها حتى فيما بعد يكون إسقاطاً فعلياً، و لا فرق في نفوذ الإسقاط بين القول و الفعل؛ و أمّا إذا كان بغير هذا الداعي فلا دليل على سقوط الخيار به بعد ما ذكرنا من ان الخيار حق يتعلّق بالمعاملة و لا يمنع عن تصرف المتعاملين فيما انتقل إليهما. نعم قد حكم الشارع في بعض التصرفات بأنها إسقاط فعلي للخيار كالمس الجارية و النظر منها الى ما يحرم على غير المالك و الزوج و الكلام في المقام في مطلق التصرف لا في تلك التصرفات التي لا يبعد القول بأنها مسقطه لخيار الحيوان، و لا- يعم سائر الخيارات لاحتمال الخصوصية في خيار الحيوان. و لذا لا يوجب النظر إلى الأمة المشتراة سقوط خيار العيب على ما يأتي.

ثم أنه ظهر مما ذكرنا عدم الفرق في التصرف المسقط بين كونه قبل الرؤية أو بعدها بناء على ما ذكر من جواز إسقاط الخيار بعد البيع و قبل الرؤية حتى لو قيل بحصول الخيار بالرؤية بأن يكون الرؤية مقوماً لموضوع الخيار لا كاشفاً.

الرابع: إسقاطه قولاً أو فعلاً بعد المعاملة و قبل الرؤية. و قيل جواز إسقاطه قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٦

.....

الرؤية مبني على كون الرؤية كاشفة؛ و أمّا إذا كانت سبباً فيكون إسقاطه قبلها من إسقاط ما لم يجب و ذكر المصنف (ره) أنه لو قيل

بأن السبب للخيار هو العقد والرؤية شرط لتحقيقه كفى ذلك في إسقاطه حيث يجوز في إسقاط شيء تحقق سببه. أقول: قد ذكر الرؤية في صحيحه جميل بإضافة الخيار إليها، والإضافة تكفي فيها مناسبة ما ولو باعتبار أن الرؤية غالباً موجب العلم بفقد الأوصاف التي أحرزها المشتري في العين الغائبة أو اعتقد بوجودها فيها، بل الرؤية في أمثال المقام كناية عن العلم المتمحض في الطريقة، كما في قوله إذا رأيت زيدا محتاجاً فأعطه المال.

و بتعبير آخر مناسبة الحكم والموضوع أن الخيار مترتب على فقد الوصف الذي أحرزه المشتري واعتقده في المبيع الغائب؛ ولذا لو رأى العين على ما أحرزها لم يكن له خيار مع أنه لم يذكر ذلك في الصحيحه، هذا أولاً، وثانياً. لو سلمنا حدوث الخيار بالرؤية إلا أن إسقاط الحق لا يقاس بإسقاط الأمر الحقيقي والعيني؛ بل هو كالحق أمر اعتباري إنشائي، وقد ذكرنا كراراً اعتبار الأمر الاستقبالي وجوداً وسقوطاً أمر ممكن غاية الأمر يحتاج نفوذه إلى دليل الإمضاء، ودليل الإمضاء في المقام جواز إسقاطه حال العقد بشرط سقوطه فيه فإنه إذا كان الخيار من الحقوق وجاز إسقاطه قبل تمام العقد باسقاط سقوطه عنه كما يأتي جاز إسقاط ذلك الحق بعده أيضاً حيث لا يحتمل جواز إسقاط الحق في العقد لا بعده.

الخامس: اشتراط سقوطه في العقد فإن في هذا الاشتراط أقوال ثلاثة: الأول:

فساد الشرط وفساد البيع به. الثاني: صحه العقد والشرط فلا يكون مع شرط سقوط خيار الرؤية خيارها في شراء العين الخارجيه. الثالث: فساد الشرط، ولكن يصح العقد ويثبت في شرائها خيار الرؤية كما هو مقتضى فساد الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٧

.....

و ذكر (قده) في وجه الأول أن الشرط المزبور يوجب كون البيع غررياً لأن معنى شرط سقوط الخيار عدم التزام البائع بوجود الصفات التي وصفها بها، وأنه يبيع العين الغائبة بأي صفة. و بتعبير آخر اعتبار الأوصاف في العين كان قائماً مقام مشاهدة العين؛ وإذا ألغى اعتبار الأوصاف كان يبيع تلك العين بلا توصيف ورؤية وهذا يدخل في بيع الغرر.

و وجه القول الثاني: أن خيار الرؤية نظير خيار الحيوان حكم شرعي يترتب على تمام البيع، ومعنى شرط سقوط الخيار الرؤية الالتزام بعدم فسخ البيع لا أن العين الغائبة تباع بأي صفة كانت بحيث يوجب الغرر في البيع، وأما لما صحح اشتراط البراءة من العيوب ويكون البيع بها غررياً، لأن اختلاف مائته الشيء باختلاف صحه الشيء و عيبه أفحش من تفاوتها باختلاف سائر الأوصاف.

لا يقال: الرفع للغرر عن البيع في وصف الصحه والعيب ليس هو التوصيف بل الاعتماد على أصالة الصحه بخلاف رفعه في بيع العين الغائبة فإنه يكون بالتوصيف فمع الإغماض عن التوصيف يكون بيعها غررياً بخلاف مسألة البراءة عن العيوب.

فإنه يقال لا فرق في ملاحظة الوصف لرفع الغرر عن البيع بين وصف الصحه وسائر الأوصاف غاية الأمر ملاحظة وصف الصحه غير محتاج إلى ذكرها في متن العقد بل يكتفى في بيع الشيء صحيحاً الاعتماد على أصالة سلامته، فيكون معنى البراءة عن العيوب بيع الشيء صحيحاً كان أو فاسداً، خصوصاً على ما حكاها في الدروس عن الشيخ وأتباعه من جواز اشتراط البراءة عن العيب فيما لا قيمة لمكسوره مع العيب كالبيض والجوز الفاسدين؛ ولذا ذكر الشهيد وأتباعه فساد البيع باسقاط البراءة في مثل الجوز والبيض، ولكن مقتضى ذلك عدم جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٨

.....

اشتراط البراءة حتى في غيرهما أيضاً.

و وجه القول الثالث: أنّ شرط سقوط خيار الرؤية لا يوجب الغرر في البيع فإنّ غايته أن لا يكون له الفسخ على تقدير تخلف الرؤية عن التوصيف إلّا أنّ الخيار في زمان اشتراط سقوطه غير محقق فيكون الاشتراط المزبور من إسقاط ما لم يجب فلا يصحّ و نتيجة ذلك صحّة البيع و ثبوت خيار الرؤية على تقدير تخلف الرؤية عن التوصيف.

ثمّ انه (ره) اختار القول الأوّل بدعوى أنّ شرط سقوط الخيار موجب للغرر في البيع لأنّ الأوصاف التي تذكر للعين الغائبة؛ أمّا قيد للبيع، و أمّا قيود للمبيع؛ و مع شرط سقوط الخيار يكون مقتضى العقد وقوع البيع على كل تقدير و على أيّ وصف للعين المزبورة و التنافي بين هذا و بين توصيف بايع العين ظاهر بخلاف البراءة عن العيوب فإنّ التنافي لا مجال له فيها فإنّ رفع الغرر عن البيع في مورد خيار العيب يكون باعتماد المشتري على أصالة الصحّة لا على تعهد البائع و توصيفه فلا يكون في اشتراط البراءة تناف لتحقق الاعتماد على أصالة الصحّة و لو مع برأيه البائع، و على ذلك فلو كان الاعتماد في شراء العين الغائبة على أمر آخر غير توصيف البائع كما إذا رأى المشتري العين سابقا و اشتراها بالاعتماد على استصحاب بقائها على حالها أو على توصيف غير البائع يكون اشتراط سقوط خيار الرؤية نظير مسألة البراءة عن العيوب غير مناف لارتفاع الغرر عن البيع.

و لو فرض أنّه لا فرق بين الاعتماد على أصالة الصحّة و توصيف البائع في أنّ اشتراط سقوط الخيار في مسألة البراءة عن العيوب و مسألة بيع العين الغائبة يوجب الغرر في البيع فنلتزم بجواز البراءة عن العيوب للنص الوارد فيها و يكون هذا النصّ مخصصا للنهي عن بيع الغرر، فإنّ هذا النهي عنه لا يزيد على سائر العمومات التي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٦٩

.....

يرفع اليد عن عمومها بورود المخصّص.

أقول: عمدة ما ذكره (قده) في المقام يرجع إلى أمور ثلاثة: أحدها: أنّ الوصف الذي يتعهده البائع للمشتري قيد للبيع أو قيد للمبيع بحيث لا يكون البيع أو المبيع مع عدم ذلك التعهد مطلقا.

و ثانيها: أنّ كل وصف اعتبر في المبيع بتعهد البائع و توصيفه لا يمكن فيه شرط سقوط خيار الرؤية لتنافي التوصيف و التعهد مع شرط سقوط الخيار فيكون البيع مع شرط سقوط الخيار غرريّا بخلاف ما إذا كان رفع الغرر بغير توصيف البائع و تعهده، كما في خيار العيب فإنّ شرط سقوط الخيار فيه لا يوجب التنافي و الدخول في الغرر.

و ثالثها: أنّه لا يقاس مسألة برأيه البائع عن عيوب المبيع بمسألة شرط سقوط خيار الرؤية مع توصيف البائع لينافي شرط سقوط الخيار التوصيف، و على تقدير الإغماض عن ذلك فيمكن الالتزام بأنّ النهي عن بيع الغرر قد ورد التخصيص عليه في مورد برأيه البائع من العيب لورود النصّ على جوازه و سقوط الخيار معها و النهي المزبور لا يزيد على سائر العمومات و المطلقات.

و لكن لا يخفى أنّ ذكر البائع الوصف للمبيع و ان يوجب تقييده و لكنه مختص بالكليات لأنّها قابلة للتقييد؛ و لذا لو باع كليا موصوفا و دفع إلى المشتري ما يكون فاقدًا له يكون للمشتري الاستبدال فقط لا خيار الفسخ لأنّ ما دفعه إلى المشتري ليس فردا للمبيع ليكون المدفوع وفاء للبيع، و لكن العين الشخصية لا يقبل التقييد؛ و لذا يكون الوصف فيه توضيحا.

و أمّا نفس البيع فإنّ الوصف في شيء من القسمين لا يكون قيذا للبيع و إلّا كان محكوما بالبطلان للتعليق و لا أقلّ ينتفى البيع مع عدم ذلك الوصف لا ان يثبت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٠

.....

الخيار فإن الخيار حق في فرض ثبوت البيع. والحاصل أنّ الوصف في بيع العين الخارجيّة سواء كان بذكر البائع أو بغيره ان أخذ بنحو الشرط فلا يكون قيذا للمبيع كما أنّه لا يكون قيذا لنفس البيع.

نعم قد يقع التعهد به في المعاملة ولا معنى للتعهد به في بيع العين الشخصية كما هو الفرض الّا ثبوت الخيار للمشروط له على تقدير عدمه، و ظاهر توصيف البائع العين بوصف ثبوت هذا التعهد عليه والمراد بالظهور إطلاق توصيفه وعدم تعقيبه بقوله ولكن لا خيار لك مع عدم الوصف فيكون توصيف البائع مع هذا التعقيب كتوصيف وليّ البنت في نكاحها بأنّها كذا، فلا منافاة بين التوصيف وعدم الخيار و شرط سقوط الخيار لأنه يكفي في شرط سقوطه احتمال عدم الوصف ولو احتمالا ضعيفا بحيث لا ينافي التوصيف المتضمن للأخبار بالوصف أو يكون شرط سقوط الخيار بداعي ان الوصف وان يكون موجودا باعتقاده جزما إلّا أنّه يحتمل أن المشتري ان يدعى فقده فيكون التحفظ على مؤنة الاختلاف و المحاكمة داعيا له الى شرط سقوط الخيار.

ومّا ذكرنا يظهر الحال أنّ الموجب لثبوت الخيار هو التعهد المعاملي بالوصف و يحصل هذا التعهد و لو كان رفع الغرر في المعاملة باعتماد المشتري على أصالة السلامة أو توصيف الغير أو غير ذلك، و فيما إذا وقعت المعاملة مبنيّة على التعهد به و لم يعقب بسقوط الخيار على تقدير التخلف يثبت الخيار و لا خيار مع تعقيبه به سواء كان الخيار المشروط سقوطه خيار الشرط أو الرؤية أو غير ذلك. نعم قد ذكرنا فيما سبق عدم دوران خيار الرؤية للتعهد بل هو خيار آخر غير خيار الشرط؛ و لذا يثبت مع عدم توصيف البائع أيضا كما إذا اشترى العين الغائبة برؤية سابقة أو توصيف الأجنبي فلا مورد في مثله لتوهم الغرر مع شرط سقوط الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧١

[لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت]

لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت (١).

و على الجملة شرط سقوط خيار الشرط ينافي التعهد بالوصف لا أنّه ينافي التوصيف و رفع الغرر يكون بالتوصيف لا بتعهد البائع بالوصف فلا منافاة بين شرط سقوط خيار الشرط أو غيره و بين توصيف البائع المبيع بوصف أو أوصاف.

(١) لا- يسقط هذا الخيار ببذل البائع التفاوت بين العين الفاقدة للوصف و الواجدة له بان ليس له إجبار المشتري على أخذ ذلك التفاوت و إبقاء البيع كما أنّه ليس للمشتري إلزام البائع بالبذل المزبور، و كذا الحال في إبدال المبيع الفاقد للوصف بالعين الواجدة له؛ و أمّا التراضي بالبذل أو الإبدال فهذا أمر آخر و يكون من الإسقاط الخيار بالفعل و قد مرّ أنّه كإسقاطه القولي.

و لو اشترط في العقد الإبدال على تقدير تخلف الوصف ففي صحة العقد و الشرط أو فسادهما أو صحة العقد دون الشرط أقوال: فإنّه قد ذكر في الدروس أنّ الأقرب الفساد و قد حملة المصنف (ره) على فساد العقد و الشرط معا، و ذكر في وجهه أنّه لو رجع شرط الأبدال على تقدير تخلف الوصف الى انفساخ ذلك العقد و انعقاد عقد آخر بين الثمن المزبور و العين الأخرى الواجدة للوصف نحو شرط النتيجة، فمن الظاهر أنّ الشرط لا يحقق الانفساخ و لا انعقاد عقد آخر و لو رجع أنّه على تقدير تخلف الوصف ينعقد عقد آخر بين العين التي جرى عليه البيع و بين البذل فيكون الشرط أي المشروط انعقاد معاملة أخرى تعليقيّة غررية لأنّ المفروض أنّه لا يعلم فعلا أنّ العين التي يجري عليها البيع فاقدة للوصف أو واجدة له، و هذا الشرط يوجب الغرر في أصل البيع فيبطل البيع و الشرط.

ثمّ تعرّض لما ذكره صاحب الحدائق (ره) في الردّ على الدروس و قال أنّه يظهر مما ذكرنا ضعف الردّ. قال في الحدائق في مقام الردّ على الدروس ما حصله أنّه لو أراد الشهيد أنّ البيع المشروط فيه الإبدال باطل على الإطلاق أي فيما ظهرت

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٢

.....

العين على الوصف و ما ظهرت على خلافه ففيه أنه لا- موجب لبطلانه مع ظهور العين على الوصف بل مقتضى الأخبار المتقدمة أى الأخبار الواردة فى خيار الرؤية صحه ذلك البيع. نعم لو ظهرت العين على خلاف الوصف يكون البيع فاسدا لتخلف الوصف و لا يصححه شرط الإبدال لإطلاق الأخبار المشار إليها من أن للمشتري الخيار مع خلاف الوصف، و لعل مراد الشهيد فى الدروس من الفساد فساد الشرط دون البيع و وجه فساد الشرط عدم ترتب أثر على الشرط المزبور ظهرت العين على الوصف أو على خلافه.

أقول: الظاهر أن صاحب الحدائق (ره) قد فهم ممّا ورد فى خيار الرؤية بطلان البيع على تقدير تخلف الوصف بأن يكون معنى الخيار فيه اختيار البيع و عدمه؛ و لذا ذكر أنه مع ظهور العين على الوصف لا موجب لبطلان البيع و أنه مع المخالفة يبطل و لا يصححه الشرط المزبور، و فيه أولاً أن صحه جميل المتقدمة ثبوت الخيار بمعناه المعروف؛ و ثانياً أنه لا تعرض لها لصورة ظهور العين على الوصف فكيف تمسك بإطلاقها.

و أما أصل المسألة أى شرط الإبدال فى البيع فان كان بنحو شرط الفعل فلا ينبغى الإشكال فى صحه البيع و الشرط، بل يكون شرط الإبدال من شرط سقوط خيار الرؤية فلا يكون للمشتري على تقدير تخلف الوصف إلّا المطالبة بالإبدال. نعم لو امتنع البائع عن الأبدال و لم يمكن إجباره فللمشتري خيار الفسخ لتعذر الشرط.

و أما إذا كان بنحو شرط النتيجة فإن كان المشروط انفساخ البيع و انعقاد معاوضة أخرى بين الثمن و العين الواجدة للوصف فالشرط المزبور باطل، لأن شرط الانفساخ فى العقد فسخ فعلى للمعاملة قبل حصولها، و لا دليل على نفوذه كما أن إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٣

[الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد]

الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد (١).

شرط الأبدال مع الانفساخ شرط ابتدائى لأن بالانفساخ يفسخ المعاملة بشرطها و لا يقاس بشرط سقوط الخيار فى العقد فان ما دلّ على شرط سقوط خيار العيب بالبراءة من العيوب فى العقد دليل على مشروعية إسقاط الخيار فى العقد فيعمه قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم)؛ بخلاف شرط الانفساخ.

و أما شرط الأبدال بين العين الفاقدة للوصف و الواجدة له بلا انفساخ البيع الأول بنحو شرط النتيجة فهو ايضا باطل فإنه من تملك الشئ بعوض أى المبدل قبل تملكه. و بتعبير آخر يدخل التملك المزبور فى بيع الشئ قبل تملكه فيعمه قوله صلوات الله عليه (لا بيع إلّا فى ملك) بل فى قوله عليه السلام نهى عن بيعين فى بيع.

و أما ما ذكر (قده) فى وجه البطلان من أن شرط الإبدال معاملة غررية تقديرية فلا يمكن المساعدة عليه لأن المبدل فى التملك بالشرط العين الفاقدة للوصف؛ و أما التعليق فى التملك فلا دليل على بطلانه بل الثابت بالإجماع هو التعليق فى العقود لا فى شروط العقود ايضا كما لا يخفى.

(١) لا- يخفى أن خيار الرؤية على تقدير رجوعه الى خيار تخلف الوصف المشروط فلا اختصاص لذلك الخيار بالعين المبيعة بل يجرى فى كل معاملة تقبل اشتراط الخيار فيه. و أما بناء على ما ذكرنا من أن خيار الرؤية خيار تأسيسى يترتب على عدم رؤية العين الخارجية زمان بيعها سواء كان شرائها بالرؤية السابقة أو بتوصيف ثالث؛ و استفدنا ذلك من صحه جميل المتقدمة فلا يمكن

التعدى منها إلى غير البيع من سائر المعاملات؛ و على ذلك فلو كانت المعاملة الأخرى المتعلقة بالعين الخارجية الغائبة بتوصيف مالكةا فيثبت خيار الشرط، و ألا فلا خيار. و مما ذكر يظهر الحال في الاستدلال الذي ذكره المصنف (ره) على إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٤

[لو اختلف البائع و المشتري في الصفة]

ففي التذكرة قدم قول المشتري (١).

التعدى إلى سائر المعاملات.

(١) لو اختلفا فقال البائع لم يختلف الوصف و قال المشتري قد اختلف ذكر في التذكرة يقدم قول المشتري لأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن؛ و معنى تقديم قوله انه يثبت له خيار الفسخ بحلفه على عدم تعلق البيع على هذا الموجود بدون ذلك الوصف، و لكن ذكر في المختلف تقديم قوله البائع لأصالة عدم الخيار و لا مجال لأصالة براءة ذمة المشتري من الثمن بعد إقراره بوقوع البيع على هذا الموجود و دخول الثمن في ملك البائع سواء تخلف الوصف أم لا.

و ما قيل من ان المراد من أصالة برأيه ذمة المشتري عدم وجوب تسليمه إلى البائع حتى ما لو أقبض المبيع بناء على ما ذكره في أحكام الخيار من عدم وجوب القبض و الإقباض زمان الخيار و لا يجب تسليم أحدهما و لو مع تسلّم المال من الآخر ففيه أنه لا يجوز الإمساك بمال الغير بلا رضاه و الخيار حق متعلق بالعقد فانّ فسخ ذو الخيار يكون له استرداد ما انتقل عنه إلى صاحبه و ألا فلا يجوز الاسترداد أو الإمساك به مع تسلّم المال الآخر عن صاحبه. و الأظهر أنه لو رجع خيار الرؤية إلى خيار تخلف الوصف المشروط كما هو ظاهر المصنف (ره) فقد تقدم ان الخيار اثر تعهد البائع بالوصف المفقود و الأصل عدم تعهده به و ما ذكر المصنف (ره) من ان لزوم العقد أثر إطلاق متعلق البيع فقد تقدم ان العين الخارجية غير قابلة للتقييد و اللزوم من أحكام البيع في صورة عدم تعهد البائع بالوصف المفقود و جريان البيع على العين محرز بالوجدان و عدم تعهد البائع بالوصف محرز بالأصل.

و اما إذا كان خيار الرؤية خيارا برأسه و أنه يثبت في شراء العين الخارجية التي لم يرها مشتريها عند شرائها فلم يحرز ان قيد الموضوع عدم وجدان العين على ما أحرزها من الوصف أو وجدانها على خلاف ما اعتقدها فيه من الوصف فلا يمكن إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٥

[لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي]

لو نسج بعض الثوب فاشتره على ان ينسج الباقي (١).

إجراء الأصل في ناحية موضوع الخيار فيجوز في ناحية عدم ثبوت حق الخيار للمشتري المزبور فيكون القول قول البائع كما لا يخفى. (١) لو نسج بعض الثوب و كان بعضه الآخر غير منسوج و باع المنسوج و غيره على ان ينسج الباقي على طبق المنسوج فقد قيل كما عن الشيخ (ره) في المبسوط و القاضى و ابن سعيد بطلان البيع المزبور من أصله لأن المبيع بعضه موجود و بعضه غير معلوم و ذكر السيد اليزدى (قده) ان مرادهما بيع العين الخارجية التي بعضها موجود و بعضها غير موجود. و من الظاهر أنه لا يصح بيع العين الخارجية قيل تحقّقها كبيع حنطة المزرعة و نحوها قبل وجودها.

أقول: بيع العين الخارجية قبل وجودها لا بنحو الكلى على العهدة، وان كان غير صحيح فإن العين قبل وجودها لا يعتبر ملكا ولا يصح بيعه مضافا الى ورود النص بذلك في بعض أفراد المسألة، كبيع حنطة المزرعة و الثمرة قبل وجودهما إلا أن ذلك لعدم الوجود حال البيع لا- للجهالة؛ بل لو علم حصول العين في المستقبل أيضا لا يجوز بيعها، ولكن يظهر من النصوص المزبورة أن تحقق بعض المبيع كاف في جواز بيع كله فراجع.

ثم ان على تقدير بطلان البيع لعدم وجود بعض المبيع فعلا- و كونه استقباليا لا يوجب بطلان البيع مطلقا؛ بل يختص ذلك بالإضافة إلى موارد عدم انحلال البيع بالإضافة إلى الموجود وغير الموجود و الثوب في غالبه من موارد الانحلال؛ كما لا يخفى. و ذكر المصنف (ره) ان للبيع المزبور صور ثلاث و في كلها يكون البيع محكوما بالصحة، و لكن الصورة المتقدمة مغفول عنها في كلامه، و الصور الثلاث ما إذا باع بعض المنسوج منضمًا الى الغزل الخارجي غير المنسوج على ان ينسجه طبق المنسوج إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٦

[السابع خيار العيب]

إشارة

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبتيا على سلامة العين (١).

و ما إذا باع المنسوج مع غزل كلى موصوف على ان ينسجه و ضم الكلى إلى العين الخارجيَّة و بيعهما بصفقة لا- بأس به، و بعض الكلمات المنقولة عن المختلف يشير الى جعل نسج الغزل شرطا في البيع حيث ذكر ان اشتراط النسج كاشتراط الخياطة و الصبغ و ما إذا باع المنسوج مع أذرع معلومة من الثوب ينسجه مع النسوج فعلا، و يكون ايضا من ضم الكلى إلى العين الخارجيَّة في البيع، و قال ان البيع في جمع الصور الثلاث محكوم بالصحة غاية الأمر أنه لو لم ينسج الباقي في الصورتين الأولىين يصح البيع في تمام البيع و ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط بخلاف الصورة الأخيرة فإنه يصح البيع بالإضافة إلى المنسوج مع ثبوت خيار تبعض الصفقة فيه للمشتري.

(١) المراد من ابتناء العقد على سلامة العين اشتراط سلامتها في العقد الجارى على تلك العين نظير ابتناؤه على وصف كمال يذكر في متن العقد و ليس المراد تعليق العقد على حصول ذلك الوصف و ألا بطل البيع مطلقا لاشتراط التنجز في العقود، و لا أقل من بطلانه على تقدير عدم الوصف لا- كون العقد خياريا كما لا يخفى- و ما قيل من ان اعتبار وصف الصحة لانصراف متعلق البيع الى فرض سلامته لا يخفى ما فيه لأن الانصراف يتحقق في الكلمات، و لا يعم العين الخارجيَّة و مع الإغماض عن ذلك فلازم ذلك عدم وجود للمبيع على تقدير فقد وصف الصحة.

و الالتزام بتعدد المطلوب كما عن السيد اليزدى (قده) كما ترى فإنه لو كان المراد من تعدد المطلوب تعدد الالتزام و الملتزم به بان يكون أحد الالتزامين متعلقًا بملكيَّة المشتري العين بإزاء الثمن، و الآخر بتحقق وصف الصحة بمعنى استحقاق المشتري المطالبة به بحيث لو لم يكن في العين ذلك الوصف يكون له رفع اليد عن الالتزام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٧

.....

الأول بفسخ المعاملة، فهذه عبارة أخرى عن الشرط الضمني و لو أريد من تعدد المطلوب معنى آخر فلا نتصوره في البيع و نحوه فإنه لا يمكن الالتزام بتعلق البيع بنفس العين مطلقا و بيع آخر بالعين مقيدة بالوصف.

و الحاصل: في المقام أمران أحدهما الحكم بصحة بيع العين مع عدم الجزم بسلامتها مع أنّ إحراز سلامتها ممّا يوجب انتفاء معظم الغرر عن بيعها و صحته باعتبار هذا الإحراز بالاعتماد على أصالة الصّحة.

و ثانيهما: ثبوت خيار العيب مع عدم تبرّء البائع عن عيب المبيع، و هذا باعتبار اشتراط سلامة المبيع لا للاعتماد إلى أصالة الصّحة، و يشهد لذلك سقوط خيار العيب مع تبرّأ البائع من عيب المبيع مع اعتماد المشتري على أصالة الصّحة، كما اعترف المصنف (ره) بذلك فيما سبق و على ذلك فلا بدّ من تعليل عدم ذكر وصف الصّحة في متن العقد بكون اشتراطها ارتكازيا لا بالاعتماد على أصالة الصّحة، كما في عبارة المصنّف (ره). نعم يكون تعليل انتفاء الغرر بالاعتماد عليها كما ذكرنا.

و قد ظهر مما ذكرنا أنّه لو أغمض النّظر عن الروايات الواردة في عيب المبيع لكان الثابت للمشتري خيار الشرط، و لذا جرى عليه سيرة العقلاء و لو من غير أهل الملمّة و يعملون مع فقد وصف الصّحة معاملة فقد وصف الكمال المشروط و لا يكون في البين استحقاق المشتري مطالبة البائع بالأرش، و لكن قد ورد النصّ في مورد العيب بأنّ للمشتري المطالبة بأرش العيب و سقوط جواز الردّ بالحدث في المبيع و هذا حكم شرعي في مورد اشتراط وصف الصّحة و مقتضى النصّ عدم الفرق في ذلك بين الاكتفاء في شراء المعيب الواقعي بالشرط الارتكازي أو بذكر وصف الصّحة في متن العقد صريحا.

و ما قيل من اختصاصه بما إذا لم يشترط وصف الصّحة في متن العقد و الّا يجرى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٨

ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الردّ و أخذ الأرش]

ظهور العيب في المبيع يوجب تسلط المشتري على الردّ و أخذ الأرش (١).

عليه حكم خيار الشرط لا يمكن المساعدة عليه و يؤيد ما ذكرنا مضمرة يونس بن عبد الرحمن في رجل اشترى جارية على أنّها عذراء فلم يجدها عذراء، قال ردّ عليه فضل القيمة إذا علم أنّه صادق حيث أنّ الاقتصار بأخذ الأرش الظاهر في عدم جواز الفسخ مقتضاه ثبوت خيار العيب، و لو كان في البين خيار الشرط لم يسقط جواز الفسخ بالتصرّف في الجارية بالوطى، أو ما دونه غاية الأمر كان على المشتري بعد الفسخ مهر المثل، و لكن العمدة ما ذكرنا فإنّ الرواية مع الإغماض عن إضمارها ضعيفة بإسماعيل بن مرار مع احتمال اختصاص الحكم بشرط البكارة و معارضتها بمثلها فراجع.

(١) المشهور على تخيير المشتري مع ظهور عيب المبيع بين فسخ المبيع و إمضائه و المطالبة بأرش العيب هذا مع بقاء المبيع بحاله و عدم التصرّف فيه و الّا تعين الإمضاء مع استحقاقه المطالبة بالأرش، و لكن الروايات الواردة في المقام لم يذكر فيها التّخيير، بل ذكر فيها جواز الردّ و الفسخ كصحيحة ميسّر عن أبي عبد الله عليه السلام قال قلت له رجل اشترى ذق زيت فوجد فيه درديا قال فقال ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يرده و ان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه، و ما ورد في الأرش يختصّ بصورة التصرف في المبيع و احداث الحدث فيه.

نعم ورد في الفقه الرضوي فإن خرج السلعة معيبا و علم المشتري فالخيار اليه ان شاء ردّه و ان شاء أخذه أو ردّ عليه بالقيمة أرش العيب، و ظاهره كما في الحدائق تخيير المشتري بين فسخ البيع و إمضاء البيع بدون أخذ الأرش أو مع أخذه و احتمال بعضهم زيادة الهمزة في لفظة أو و يكون مفاد واو العطف و مقتضاه تخيير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٧٩

.....

المشترى بين فسخ البيع و أخذ الأرش كما عليه المشهور.

و لكن الأظهر أن جواز المطالبة بالأرش يختص بمورد الحدث في المعيب و قبله لا يكون للمشترى إلا الفسخ و بعده يكون المطالبة بالأرش فقط كما عليه جماعة من الأصحاب ففي معتبرة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال أيما رجل اشترى شيئاً به عيب و عوار لم يتبرء اليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء أنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١»، و مرسله جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً فقال ان كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن؛ و ان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب و على ذلك فلو لم تكن في هذه دلالة على عدم الاستحقاق لأخذ الأرش مع عدم الحدث في المبيع فلا أقل أنه لا دلالة في البين على جواز المطالبة به قبل التصرف و احداث الحدث.

و قد تقدم أن ثبوت الأرش لا يدخل في مقتضى اشتراط وصف الصحة و يحتاج ثبوته الى الدليل و الفقه الرضوي لم يثبت كونها رواية ليُدعى انجبار ضعفها بعمل المشهور مع احتمال أن المشهور التزموا بالتخيير بين الفسخ و المطالبة بالأرش لبعض ما أشار المصنف (ره) اليه و عمدته ما قيل من أن وصف الصحة كالجزم للمبيع، و مع فقدها يبطل البيع بالإضافة الى ما وقع من الثمن بإزاء ذلك الوصف فيكون للمشترى استرداد ذلك أو فسخ البيع تماماً لتبعض الصفة عليه.

و لكن الوجه ضعيف جدا و ذلك فإن وصف الصحة كوصف الكمال، و ان

(١). الوسائل الجزء ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٠

ينافيه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش (١).

يوجب زيادة ثمن العين إلا أن الثمن في البيع يقع بإزاء نفس العين؛ و لذا يكون تمام الثمن للبائع على تقدير عدم فسخ البيع و عدم المطالبة بالأرش؛ بل على تقدير المطالبة أيضاً لأن الأرش الذي يستحقه المشتري بمطالبته من قبيل التبريم في باب اللقطة، و ليس جزءاً من الثمن و لا من قبيل الدين على العهدة بأن يثبت المال على عهدة البائع من دون المطالبة.

و يترتب على ذلك أنه لا يتعين على البائع رد الأرش من نفس الثمن و لو مع مطالبة المشتري.

و أمّا ما ذكره المصنف (ره) من أن الجزء الفائت يقسط عليه فيما إذا لم يؤخذ في البيع شرطاً و مع ثبوته شرطاً فلا يثبت في البيع إلا خيار الفسخ، كما إذا باع الأرض على أنها جريان معينه فظهرت أقل منها فلا يمكن المساعدة عليه فإنه إذا كان الجزء مما ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا كانت الأرض مما يباع كل جرب منها بكذا و باعها بثمن على أنها جريان معينه فظهرت أقل منها ينحل البيع بالإضافة إلى الناقص سواء أخذ جزءاً أو شرطاً بان جعل من قبيل شرط وصف المبيع؛ و اما إذا لم ينحل البيع بالإضافة إليه كما إذا باع دار سكنها بكذا على أنه كذا جريب فبان أقل منها فلا يثبت إلا خيار الفسخ فليس المعيار في تبعض البيع الا اشتراط و عدمه بل كون المبيع مما ينحل البيع بالإضافة إلى أجزائه و عدمه.

(١) قد تقدم عدم رواية في البين تكون ظاهرة في استحقاق المطالبة بالأرش مع عدم الحدث في المبيع و لعل مراده بالإطلاق عدم تعليق الأرش على اليأس من الرد؛ بل على الحدث في المبيع، و لكن في التفرقة تأمل و لعله أشار إليه بالأمر بالفهم؛ و أمّا ما في

صحيحة عمر بن يزيد من قوله عليه السلام يلزمه ذلك فلا ظهور لها لرجوع الإشارة إلى الأرض مع ان القسمة المفروضة حدث في المبيع كما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨١

[و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة]

و يؤيد ثبوت الخيار هنا بنفس العيب ان استحقاق المطالبة (١).

لا يخفى.

(١) لا- يخفى ان خيار الفسخ في الروايات و كذا استحقاق الأرض مترتب على العلم بالعيب و وجدانه، و بما ان العلم أو نحوه كما أشرنا مرارا ظاهر ذكره في الخطاب طريقا لا أنه مقوم لموضوع الحكم فيثبت الخيار بمجرد العيب؛ و اما استحقاق الأرض فقد تقدم ثبوته بعد فرض العيب بحدوث الحدث في المبيع.

و اما ما ذكر المصنف (ره) من أنه لا معنى لاستحقاق الأرض بظهور العيب بل يتعين ثبوته بمجرد العيب فلا يمكن المساعدة عليه لأنه لو قيل بأن الأرض جزء من الثمن و مقابل لوصف الصيحة أو كونه من قبيل ضمان الوصف ببذله في ضمان اليد فيكون الأمر كما ذكره، و لكن قد ذكره (قده) قبل ذلك ان الأرض ليس جزءا من الثمن، و ذكرنا ان ثبوته من قبيل التغيريم في باب اللقطة لا من قبيل ثبوت الدين بان يثبت المال على عهدة البائع بدون مطالبة المشتري فإنه لا يستفاد من الأخبار الواردة في الأرض غير التغيريم. و الله سبحانه هو العالم.

ثم أنه قد ذكرنا ان خيار العيب ثبت في مورد اشتراط الصيحة، و هذا الاشتراط ارتكازي مع إطلاق العقد، و أنه لو لم يكن في البين الأخبار الخاصة كان الثابت في هذا الاشتراط ما يثبت في مورد اشتراط وصف الكمال، و لكن تلك الأخبار قد دلت على أمرين سقوط خيار الفسخ بالحدث في المبيع و جواز المطالبة بالأرض مطلقا أو بعد الحدث و لاختصاصها بالمبيع لا يمكن الالتزام بجريان الأمرين في سائر العقود فيكون الثابت في موارد ما مجرد جواز الفسخ فإنه مقتضى ثبوت الشرط الارتكازي الجاري في غير البيع ايضا. و قد تحصل من جميع ما تقدم ان خيار العيب متضمن لحقين طوليين أحدهما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٢

[القول في مسقطات هذا الخيار]

[سقوط الرد خاصة بأمر]

[الأول و الثاني التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد و التصرف في المبيع]

التصريح بالتزام العقد و إسقاط الرد (١).

جواز فسخ العقد قبل حدوث الحدث في المبيع و مع حدوثه جواز مطالبة الأرض؛ هذا بناء على ما اخترنا. و اما بناء على المشهور من ثبوت جواز الفسخ و جواز المطالبة بالأرض في عرض واحد فيمكن الالتزام بأن الثابت حقا قبل الحدث هو الجامع بين الأمرين بنحو

الكلى في المعين، كما ذكرنا في بيع أحد المتماثلين كإحدى الصبرتين المعلومين وزنهما، و كما أنه ليس من بيع الفرد المردد كذلك لا يكون المقام من الحق المردد، كما يمكن الالتزام بثبوت كلا الحقين لكنهما متضادان في الاستيفاء فإن مع الفسخ لا مورد للأرش و بالأرش فرض الفسخ خلف.

(١) يسقط جواز فسخ البيع دون الأرش بأمور:

الأول: الالتزام ببقاء العقد و الإغماض عن فسخه سواء كان الالتزام قبل العلم بالعيب أو بعده، و كذا الالتزام بالعقد مع العلم بالعيب باختياره الأرش و لو أسقط خياره قبل العلم بالعيب أو بعده فالأظهر سقوط الأرش أيضا فإن إسقاط خيار العيب بعد العقد كإسقاطه حال العقد و حق المطالبة بالأرش داخل في خيار العيب و باعتباره جعل نوعا من الخيار.

الثاني: التصرف في المبيع المعيوب سواء كان التصرف قبل العلم بالعيب أو بعده فإنه يسقط به جواز الرد دون الأرش و استدلل على ذلك بأن التصرف المزبور يدل على رضاه ببقاء البيع و الإغماض عن فسخه و ألا لما كان يتصرف فيه قبل اختباره و إحراز صحته، و فيه أن التصرف فيه باعتبار كونه ملكا بالفعل سواء كان معيبا أو صحيحا و التصرف فيه بعد العقد لا يقصر عن الإقدام بشرائه قبل اختباره، و كما كان شراؤه للاعتماد على أصالة السلامة، و كذا التصرف فيه.

و الحاصل أنه لو كان التصرف في المبيع قبل العلم بالعيب أو بعده للإغماض عن فسخ البيع حتى مع العيب فلا ينبغي الريب في سقوط جواز الفسخ لأن جوازه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٣

.....

حقي و لا يختص إنشاء السقوط بالقول بل يكون به و بالفعل. و أما مطلق التصرف في المبيع من غير قصد الإغماض عن الفسخ، فلا دليل على كونه مسقطا تعبدا.

نعم إذا كان التصرف حدثا في المبيع و مغيرا له بحيث لم يصدق أنه ليس على ما شري فيسقط جواز الفسخ لدلالة الصيغة، و المرسله المتقدمتين، بل ربما يستدل على عدم سقوط جواز الفسخ بمطلق التصرف بما ورد في جواز ردّ الجارية بعدم الحيض إلى ستة أشهر من حين شرائها مع كونها في سنّ من تحيض و بما ورد من جواز ردّها بعيوب السنه؛ و من الظاهر أنّ الجارية في ستة أشهر أو الى سنه لا تخلو عن التصرف فيها، و لو بمثل استخدامها في بعض الأمور كغلق الباب و غسل الثياب و نحو ذلك؛ و لكن لا يخفى أنه لو تمّ الدليل على سقوط جواز الردّ بمطلق التصرف فيلترزم في الجارية بعدم سقوط ردّها بمطلق التصرف و لا يوجب رفع اليد عن مسقطيه مطلق التصرف في غيرها من المبيع.

و قد استدلل على كون التصرف في المعيب مسقطا لجواز الفسخ و لو قبل العلم بالعيب بما ورد في خيار الحيوان من ان المشتري لو أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط قبل له، و ما الحدث قال ان لامس أو قبّل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء. فإنه إذا كان النظر إلى الجارية بما ذكروا لمسها حدثا مسقطا للخيار كان التصرف المفروض في المقام أيضا حدثا مسقطا لخيار العيب أي جواز فسخ البيع.

أقول: قد تقدّم مرارا انّ الرضا بالبيع عبارة عن الإغماض عن فسخ و الالتزام ببقائه، و ان كان من قصد المتصرف ذلك سواء كان ذلك مع العلم بالعيب أو قبله، فهذا مسقط فعلى في مقابل المسقط القولي؛ و مع عدم قصد المزبور فلا إسقاط للخيار. نعم ربما يجعل الشارع للخيار أمدا كأحداث الحدث في بيع الحيوان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٤

[الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف]

الثالث: تلف العين أو صيرورته كالتالف (١).

والافتراق في خيار المجلس فيعتبر عنه بأن الافتراق أو الحدث في الحيوان رضا بالبيع فيعم ما إذا كان الحدث جهلا بالخيار أو الغفلة عنه، كما أنه ربما يجعل للحدث مصداقا فيكون ذلك تعبدا والنظر إلى الجارية ولمسها من هذا القبيل، وعلى ذلك فلا يمكن التعدى إلى غير ما ورد التعبد بكونه مصداقا في خيار الحيوان فضلا عن سائر الخيارات ويؤيده ما ورد في خيار العيب من رد الجارية على بائعها مع عدم وطئها فإنه لم يشر فيه إلى عدم وقوع مثل التقبيل والنظر واللمس مع أن الجارية لا تخلو عنها وعلى كل تقدير فلا يمكن استفادة الحدث في الجارية في خيار العيب مما ورد في خيار الحيوان فضلا عن استفادة كون كل تصرف في المبيع حدثا. ومما ذكرنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره المصنف (ره) من التفصيل وهو أنه إذا كان التصرف في المبيع المعيوب قبل العلم بالعيب فإن كان ذلك موجبا لتغير العين، ومن قبيل الحدث فيها فلا يكون معه جواز الرد عملا بالصحيحة، والمرسله ويبقى معه جواز المطالبة بالأرش، وإن كان بعد العلم ولم يكن مغيرا ومن الحدث في المبيع فإن كان دالا على الرضا نوعا فذلك أيضا مسقط، ومع عدم دلالة على الرضا فلا موجب لسقوط الخيار ووجه الظهور أن مع ظهور الفعل في الإغماض عن فسخ البيع يثبت حكم ظاهري لاعتبار ظهور الأفعال كالأقوال. وأما سقوط الخيار واقعا فهو فرع قصد الإغماض عن الخيار كما لا يخفى.

(١) الثالث: من مسقطات جواز الرد تلف المبيع أو كونه كالتالف.

و كونه كالتالف أيًا بتمام الملكية كاعتاق المبيع على المشتري. و أيًا بانتقال المبيع إلى ملك غير المشتري بعقد لازم أو جائز أو صيرورة العين تحت سلطان الغير، كما إذا استأجرها المشتري أو جعلها رهنا.

و ذكر كل ذلك مسقطا لا تخلو عن المسامحة لأنَّ المستفاد من الصَّحيحة و المرسله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٥

.....

إن جواز الفسخ ما دام لم يحدث في المبيع شيئا و كونه قائما بعينه و بحصول كل من الأمور المزبورة ينتهي أمد جواز الفسخ و لكن التعبير غير مهم.

و المهم في المقام ما إذا تلف المبيع حقيقة فإنه قد يقال بان الفسخ خارج عن المرسله منطوقا و مفهوما لأنَّ منطوقها فرض بقاء المبيع بحاله الذي كان عليه المبيع و مفهومها عدم بقائه بحاله بنحو السالبة بانتفاء المحمول، كما هو المتفاهم العرفي من قضية السالبة.

و بتعبير آخر قد فرض في كل من المنطوق و المفهوم أصل وجود المبيع و جعل جواز الفسخ و عدم جوازه مدار عدم تغيره و تغييره.

لا- يقال إذا سقط جواز الفسخ في فرض تغيير المبيع عمَّا كان عليه يسقط مع تلف العين بطريق أولى فإنه يقال لا طريق لنا إلى إحراز

الأولوية فإنه يحتمل أن يكون الوجه في سقوط جواز الفسخ بالتغيير لأجل أن في قبول المتغير صعوبة على البائع بأن يأخذ الثوب

المقطوع و نحوه بخلاف الفسخ مع تلف العين فإنه يأخذ مثلها أو قيمتها و أخذ بدل العين سهل. نعم ربما لا يكون في قبول المتغير

صعوبة على البائع كما إذا تغير بالزيادة، و لكن الملاك المزبور بنحو الحكمة فلا ينافي عموم الحكم بسقوط الخيار بالتغيير بالزيادة.

و قد أجاب عن ذلك بعض المحققين بأنه لم يثبت في المقام جواز فسخ العقد على حد جواز الفسخ في سائر الخيارات بل الوارد في

الروايات جواز رد المبيع نظير ما ورد في الهبة من جواز رجوع الواهب إلى العين المرهونة و مع تلف العين لا- يمكن تحقق ردها و

على تقدير التنزل و الالتزام بان الثابت في المقام أيضا جواز الفسخ فيقال الثابت جواز الفسخ برد العين لا مطلقا و مع عدم إمكان

الفسخ برد العين يبقى جواز المطالبة بالأرش كما هو ظاهر الصحيحة و الموثقة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٦
ثم لو عاد الملك إلى المشتري لم يجز ردّه للأصل (١).

أقول: ما ذكره (قده) من أنّ الثابت في المقام جواز الردّ لا جواز الفسخ على حد سائر الخيارات لا يمكن المساعدة عليه فإنّ ردّ العين مع بقائها على ملك المشتري لا معنى له كما ذكرنا ذلك في الرجوع إلى العين الموهوبة و ردّها بتمليك جديد غير مراد ولا بد من أن يكون المراد ردّ العين مع إلغاء البيع. و بتعبير آخر ردّ العين كناية عن فسخ البيع في فرض بقاء المبيع بحاله فيكون مفهوم المرسله عدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحاله على نحو السالبة بانتفاء المحمول فيعود الإشكال.

وقد يجاب عن الإشكال بأنّ التلف الحقيقي الدّقي مسبوق بالحدث في المبيع لا محالة فإنّ التلف لا يحصل بلا موجب يحدث و مع التلف العرفي يصدق على أنّ الموجود فعلا غير باق على ما كان عليه عند البيع.

أقول: تطويل الكلام مع كون المسألة يكفي في الحكم فيها بسقوط الخيار مجرد الالتفات إلى مداركها ليس من دأبنا في الفقه، و لكنه قد حصل في المقام و الوجه في الكفاية أنّ الصّحيحة و المرسله تخصيص في عموم وجوب الوفاء بالعقود، و المقدار الثابت من التخصيص صورة بقاء المبيع المعيوب بحالها فإنّه يجوز في هذه الصورة فسخ العقد؛ و أمّا في غير هذه الصورة فيحكم بلزوم العقد فإنّه مقتضى العموم المزبور فليس المدرك للزوم البيع مفهوم الشرطيّة في المرسله ليناقد فيه بما تقدم. و أمّا ثبوت الأرش مع تلف العين المعيوبه فإنّه مقطوع و لازم للزوم البيع كما لا يخفى.

(١) لو عاد ملك المبيع إلى المشتري فان كان ذلك بسبب جديد أو بزوال الناقل السابق لم يكن للمشتري جواز فسخ بيع المعيب على ما هو ظاهر المصنف (ره)، و لعلّ مراده بالأصل أصالة اللزوم فان البيع المزبور قبل عود الملك كان لازما لصدق أنّ الشئ قد أحدث فيه شيئا أو أنّه لم يكن بحاله، و هذا موضوع لانتفاء جواز الفسخ و الحكم على البيع بالمضى فيه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٧

[الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري]

الرابع: من المسقطات حدوث عيب عند المشتري (١).

(١) و حاصله أنّ العيب الجديد يحصل في المبيع المعيوب قبل قبضه تارة و يحصل بعد قبضه في زمان يكون ضمان المبيع فيه على بائعه أخرى كما إذا حصل في زمان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط و يحصل في زمان لا يكون فيه ضمان حدوث العيب على البائع ثالثة كما إذا حصل بعد قبضه و في غير زمان تلك الخيارات.

و الكلام في أنّ حدوث الحدث يوجب سقوط جواز الرد بالعيب الموجود قبل الشراء راجع إلى القسم الثالث؛ و أمّا إذا حصل العيب الجديد قبل قبض المبيع كما في فرض الأول فهو لا يمنع الفسخ بالعيب السابق بل العيب الجديد كالعيب القديم يوجب جواز الفسخ به و بمطالبة الأرش، و لذا لو أسقط البائع جميع الخيارات بشرط سقوطها في العقد و حصل العيب الجديد قبل القبض يكون للمشتري جواز الفسخ أو المطالبة بالأرش للعيب الجديد حيث أنّ ضمان البائع قبل القبض أو في زمان الخيارات الثلاث ضمان معاملي لا ضمان التلف في اليد كما هو ظاهر قوله عليه السلام في معتبرة عقبه بن خالد فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه و قوله عليه السلام لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير البيع له.

و على ذلك فيكون العيب الجديد نظير ما كان في المبيع قبل البيع، كما ان مقتضى الظهور المزبور ان التلف قبل القبض أو زمان الخيار المشترط أو الحيوان أو حصول نقص في وصف الكمال أيضا يكون كالتلف أو حصول النقص قبل البيع في انحلال البيع أو

ثبوت خيار الوصف المشترك كما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر أنّ العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة لضمّانه على البائع لا يمنع الردّ بالعيب السابق و لكن يظهر من المحقق (قده) في درسه عدم الفرق بين العيب الحادث في زمان الخيارات الثلاثة و الحاصل بعدها في أنّه يمنع الردّ
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٨

.....

بالعيب السابق، و أنّما يجوز الفسخ في زمان الخيارات من العيب السابق أو الحادث بتلك الخيارات، و إذا انتهى تلك الخيارات فلا يجوز الفسخ خلافاً لشيخه ابن نما حيث ذكر جواز الفسخ حتّى بعد انقضاء تلك الخيارات حيث أنّ العيب الحادث لكونه على البائع لا يمنع الردّ.

و ربما يقال ان ابن نما متفق مع المحقق في عدم كون العيب الحادث موجبا لجواز الفسخ و اختلافهم في أنّ حدوثه يمنع الردّ بالعيب القديم، أو لا. يمنع فالمحقق على الأول و شيخه على الثاني و يضعف قول كلاهما بأنّ العيب الجديد موجب لخيار آخر غير الخيار الثابت بالعيب الأول، و لكن نسبة وحدة الخيار و عدم تعدده بالعيب الحادث الى ابن نما مشكل لأنّ كلامه لا يأبى عن التعدّد.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٤، ص: ٢٨٨

أقول: في الصورتين جهتان من البحث الأولى كون العيب الحادث قبل قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان و نحوه كالموجود حال العقد موجب لخيار العيب.

و بتعبير آخر الضمان المعاملي الحاصل على البائع بالإضافة إلى المبيع و أوصافه يستمر الى القبض و الى انقضاء زمان خيار الحيوان و نحوه. و الثانية أنّه لو كان المبيع معيباً حال العقد ثمّ حدث عيب آخر قبل القبض أو قبل مضي زمان خيار الحيوان و نحوه فهل يتعدّد خيار العيب من حيث جواز الفسخ و المطالبة بالأرش أم يتداخل من حيث جواز الفسخ. □

أمّا الجهة الأولى فقد تقدم أنّه قد يقال أنّه يستفاد من قوله عليه السلام في صحیحته عبد الله بن سنان على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري أنّ ضمان التلف قبل القبض سواء كان تلف العين أو الوصف ليس ضمان يد بل استمرار للضمان المعاملي الحاصل على البائع حال حدوث البيع و إنشائه فإنّ كون الشيء تالفاً حال حدوث البيع يوجب عدم انعقاده و كذلك تلفها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٨٩

.....

قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخيار يوجب انحلاله و كما تلف و وصف الصّحیحة أو وصف كمال مشترك حال حدوث البيع يوجب خيار العيب أو الوصف المشترك للمشتري كذلك تلفهما قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخيار.

أقول: لم يظهر وجه استفادة الضمان المعاملي من الصّحیحة فإنّ صيرورة المبيع للمشتري قد تحقّق بنفس البيع فيكون المراد صيرورته له بملك مستقر، و يكفي في عدم استقرار الملك نفس ثبوت خيار الحيوان و نحوه لأنّ مع تمكن المشتري على فسخ المعاملة بذلك الخيار لا يكون ملكه استقرارياً حتى لو لم يكن ضمان البائع في ذلك الزمان ضمان معاملي بل ضمان يد كما لا يخفى.

نعم لا بأس بدلالة معتبرة عقبه بن خالد على كون ضمان تلف المبيع قبل القبض ضمان معاملي و كذلك بعض الروايات في التلف

زمان خيار الحيوان حيث ذكر سلام الله عليه فيها (لو تلف المبيع قبل القبض يكون من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته) و مفاده تلف المبيع ملكا للبائع و هذه عبارة أخرى عن انحلال البيع.

و لكن لا دلالة لها على كون تلف وصف الصحة أو الكمال أيضا ضمان معاملي فإنه لا يمكن أن يكون تلف الوصف ملكا للبائع بأن يبقى البيع بالإضافة إلى نفس الموصوف بحاله و ينحل بالإضافة إلى الوصف و قد تقدم عدم انحلال البيع و عدم تقسيط الثمن على الوصف و الموصوف.

و قد يقال أنه يستفاد الضمان المعاملي بالإضافة إلى وصف الصحة أيضا من مرسله جميل حيث أن السؤال فيها في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا يعتم ما إذا علم حدوث ذلك العيب فيه قبل القبض و بعد البيع و ما في الجواب ان كان الشيء قائما بعينه فردّه المراد من القيام بحاله مع قطع النظر عن ذلك العيب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٠

.....

و فيه أولا- لا- يمكن الاعتماد عليها لإرسالها و ثانيا أنه على فرض الإطلاق في السؤال و الجواب، فلا يعتم الجواب فقد وصف كمال مشروط مع أن المدعى فيه أيضا ضمان الوصف بضمن معاملي كما أنه لا يستفاد منها حكم العيب الحادث بعد القبض في زمان خيار الحيوان و نحوه فلا- بدّ في تعميم الضمان المعاملي بالإضافة إلى وصف الصحة أو الكمال قبل القبض أو زمان الخيار من التشبث بالتسالم بل للاطمئنان بعد انفكاك ضمان تلف العين عن تلف الوصف بان يكون الأول ضمانا معامليا و تلف الوصف ضمان اليد كما لا يخفى.

أما الجهة الثانية و هي على تقدير ضمان البائع العيب الجديد قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بضمن معاملي فهل الجديد مع القديم من قبيل العيين الموجودين حال البيع في كونهما موجبا لوحده الخيار في جهة جواز الفسخ أو من قبيل شراء الحيوان و مجلس البيع في ترتب الخيار على كل منهما و قد يقال بتعدد الخيار في جهة جواز الفسخ و جهة جواز المطالبة بالأرش لأنّ الدليل على الخيار بالعيب السابق ما دلّ على أن شراء ما به عيب أو عوار من غير علم المشتري و تبرأ البائع موضوع للخيار و ما دلّ على ضمان البائع المبيع قبل القبض أو زمان خيار الحيوان مقتضاه كون العيب الجديد موضوعا لخيار آخر غاية الأمر الخياران متماثلان في جهة جواز الفسخ و جواز المطالبة بالأرش.

و الحاصل: أن تعدد الموضوع يوجب تعدد الحكم و لو فرض أن كلا- من الموضوعين قد أخذ بنحو الوجود بالإضافة إلى حكمه و على ذلك فلا يقاس العيب الجديد بالعيين الموجودين حال العقد حيث لا يتعدد الخيار في جهة جواز الفسخ نعم يتعدد جواز المطالبة بالأرش فيه أيضا فإنّ جواز المطالبة به نظير جواز المطالبة بالدين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩١

و أما الثالث: أعنى العيب الحادث في يد المشتري (١).

و لكن لا- يخفى عدم تعدد جواز الفسخ في تعاقب العيين أيضا حيث أن مفاد ما ورد في ضمان البائع قبل القبض أو زمان الخيار استمرار الضمان المعاملي الحاصل على البائع عند البيع، و تعميم لموضوع ذلك الحكم إلى الانقضاء زمان خيار الحيوان أو الشرط و إذا فرض أن العيب بصرف وجوده في ذلك الزمان موضوع للخيار فلا يتعدد الخيار.

و يترتب على ذلك أنه لو أسقط العيب السابق أي جواز الفسخ به قبل حدوث العيب الجديد يثبت له جواز الفسخ بالعيب الجديد بخلاف ما سقط جواز الفسخ بعد حدوثه فإنه لا يبقى له حق في جواز الفسخ.

ثم إن الكلام في كون العيب الجديد موجبا لخيار آخر أم لا فيما إذا لم يكن ذلك العيب بفعل المشتري و إلا فيكون ذلك الحدث موجبا لمضى البيع و جواز المطالبة بأرش العيب السابق كما هو مقتضى معتبرة زرارة و غيرها.
و كذا إذا كان العيب الجديد بفعل البائع أو الأجنبي فإنه يكون ضمان البائع أو الأجنبي العيب الجديد بضمان يد و لا يبعد أن يكون فعلهما أيضا مسقطا لجواز الفسخ بالعيب القديم لعدم قيام العين بحالها، و بما كان عليه حال البيع كما هو مفاد مرسله جميل و تمام الكلام في ذلك في بحث القبض إنشاء الله تعالى.

(١) و ذكر (قده) بما حاصله أنه لو حدث في المبيع المعيب عيب جديد في يد المشتري بعد القبض و انقضاء الخيارات فيسقط بحدوثه جواز الفسخ بالعيب السابق، و المراد بالعيب الجديد مجرد النقص الموجب لصدق التغير و عدم بقاء العين بحالها التي كانت عليها حال البيع و لو لم يكن النقص الحادث من العيب أي ما يوجب الأرش كما إذا باع دارا من اثنين فظهر عيب في الدار و أراد أحد المشتريين فسخ البيع في حصته فان الفسخ في حصته يكون موجبا لشركة البائع
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٢

.....

و المشتري الآخر في الدار و مثله ما إذا باع شيئين بصفقة واحدة و ظهر في أحدهما عيب و أراد مشتريهما فسخ البيع في حصته فإنه لو فسخ البيع يصدق عدم بقاء المبيع بحاله و هو كون ذلك مع الشيء الآخر كان ملكا للبائع و كذا فيما إذا باع عبدا كاتباً و ظهر فيه عيب، و لكن كان العبد بيد المشتري قد نسي الكتابة و مثله نسيان الدابة الطحن عند ما أريد فسخ شرائها بالعيب السابق.
و يمكن الاستدلال على جميع ذلك بمرسله جميل فان الوارد فيها ان كان الشيء قائما بعينه فردّه فان مجرد حصول النقص في المبيع و ان لا يوجب صدق عدم بقاءه بعينه، كما يظهر ذلك في مسألة تقديم قول البائع في اختلافه مع المشتري في قدر الثمن إلا ان التمثيل للتغير في المرسله بقطع الثوب و خياطته و صبغة قرينه على ان المراد ببقاء الشيء بعينه عدم التغير بمطلق النقص حيث ان خياطة الثوب أو صبغة لا يوجب النقص الموجب للأرش غالبا.

بل ربما يقال ان المراد ببقاءه بعينه عدم التغير لا بالنقص و لا بالزيادة كسمن الدابة و تعلم الصنعة، و لكن لا يمكن المساعدة عليه فان ظاهر قيام العين عدم نقصها بمعنى ان لا يحدث فيه ما يوجب نقص ماليتها لا ان لا يحدث فيه ما يوجب زيادتها حيث ان الحكم بسقوط جواز الفسخ مع عدم قيام المبيع بحاله بحسب الفهم العرفي رعايه لحال البائع فلا يعم حدوث الزيادة كما لا يخفى.
و ذكر في التذكرة مع الإغماض عن المرسله وجها آخر لسقوط جواز الفسخ بالعيب الجديد الحادث في يد المشتري و هو ان النقص أي العيب الحادث في يد المشتري يوجب تلف شيء من المبيع فيكون مضمونا على المشتري و يسقط به جواز فسخه لان مع رد المبيع يلزم تحمل البائع المبيع مع العيب الجديد و هذا ليس بأولى من تحمل المشتري ذلك الشيء مع العيب القديم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٣

.....

ثم ان المصنف (قده) قد أورد على كل من الاستدلال على الحكم بالمرسله و بالوجه المذكور في كلام العلامة. اما المرسله فإنها لا يعم مثل نسيان العبد الكتابة و نسيان الدابة الطحن و نحوهما من موارد عدم تغير عين المبيع. و اما ما في التذكرة فإنه مع عدم ثبوت الأولوية يرجع الى استصحاب بقاء الخيار للمشتري فيكون كما إذا فسخ البيع بالإقالة أو بالغبن مع تعيب المبيع في يد المشتري فان البائع يرجع الى المشتري بأرش العيب الحادث في يده لأن الأوصاف و ان لا تدخل في ضمان المشتري لأن المبيع في زمان الخيار ملكه و المالك لا يضمن ماله إلا ان وصف الصحة بمنزلة جزء المبيع في كون تلفه عند فسخ المعاملة يوجب رجوع البائع إلى بدله

لأن المبيع وكذا أجزائه مضمون على المشتري بضمان معاملي.

والحاصل: أن النقص الحادث في يد المشتري إذا لم يكن من العيب فلا موجب لسقوط جواز الفسخ ولا لثبوت الأرش ولا يقاس المقام بباب ضمان اليد كما إذا غضب العبد الكاتب ونسى الكتابة بيده. نعم لو كان الدليل على جواز الفسخ بالعيب القديم نفى الضرر لأمكن أن يقال بعدم جواز الفسخ بعد حصول النقص لأنّ تحمل البائع المبيع بالعيب القديم ضرر عليه وقاعدة نفى الضرر الحاكمة بثبوت جواز الفسخ للمشتري لا يعمّ الفرض لأنه لا حكمه لقاعدة نفى الضرر في مورد تعارض الضررين.

والحاصل: أن العمدة في جواز الفسخ في شراء المعيب النصّ والإجماع ومع الشك في سقوط هذا الجواز يحكم ببقائه بالاستصحاب، ولكن لا بأس بالأخذ بالمرسلة والحكم بسقوط جواز الفسخ بمطلق النقص الحاصل في المعيب بعد القبض وانقضاء الخيارات الثلاثة.

وتوضيح الأخذ بها هو أن الوارد فيها مثالا لعدم بقاء المبيع بعينه خياطة الثوب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٤

.....

و صبغه والنقص الحاصل للثوب بالخياطة و الصبغ اعتباري حيث يتعلّق حق المشتري بخياطة الثوب أو صبغه؛ و من الظاهر أنّ تعلق حقه به بحيث يبقى ذلك الحق له على فرض الفسخ نقص اعتباري وليس من العيب الموجب للأرش، و على ذلك فيكون جواز فسخ شراء المعيب مشروطا بعدم تغيير العين الأعم من تلفها أو حصول النقص فيها و لو كان النقص اعتباريا.

لا- يقال ما ذكر مثلا- لعدم بقاء المبيع بعينه من قبيل التغيير الحسي، و لو لم يكن من العيب الموجب للأرش؛ و اما مثل نسيان العبد الكتابة أو الدابة للطحن فلا يدخل في التغيير الموجب لسقوط جواز الفسخ، فإنه يقال لما يحتمل الفرق بين حدوث العيب الجديد و بين غيره من النقص بان لا- يكون النقص من غير عيب مسقطا لجواز الفسخ، فإذا كان ظاهر المرسلة عدم الفرق بينهما فلا يحتمل الفرق بين النقص المحسوس و النقص الاعتباري، و كيف كان فلا وجه لما عن المفيد في المقنعة من عدم كون العيب الجديد مسقطا لجواز الفسخ.

أقول: لو بنى على العمل بالمرسلة فلا حاجة الى إتعاب النفس في إدخال مثل نسيان العبد الكتابة أو الدابة الطحن في مدلولها لأنه يصدق مع النسيان عدم قيام المبيع بحاله؛ بل ظاهرها اعتبار قيامه بحالها حتى بعد الفسخ الى ان يصل الى يد بايعه و لو حصل النقص بعد الفسخ و قبل رده الى صاحبه فلا يكون ذلك الفسخ نافذا.

و بهذا يمكن أن يقال مع حصول الشركة بالفسخ بل التبعض في الصفقة بالفسخ لا يكون ذلك الفسخ نافذا، هذا مع الإغماض عما يأتي من أن الثابت في بيع الشيء من اثنين أو بيع الشئتين بصفقة واحدة ثبوت خيار واحد. و أنه لا يثبت الخيار في كل من البيوع الانحلالية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٥

ثم ان مقتضى الأصل عدم الفرق في سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله (١).

بل الأمر كذلك لو أغمض عن المرسلة و استند في سقوط الخيار بالحادث بمعتبرة زرارة، فإن الوارد فيها مسقطا لجواز الفسخ، و ان كان احداث المشتري شيئا إلا أن استناد الحادث إلى المشتري لا دخل في الحكم لأنّ المتفاهم العرفي هو اعتبار وصول المبيع إلى بائعه ثانيا على ما كان في نفوذ الفسخ و نسبة الحادث إلى المشتري لفرض الغالب.

و ما ذكره المصنف (ره) في توضيح إدخال النقص الاعتباري في مدلول المرسلة من أن تعلق حق المشتري بخياطة الثوب أو صبغه

نقص فيه لا يمكن المساعدة عليه فإنه لو أسقط المشتري حقه قبل الفسخ لا يجوز أيضا الفسخ بل لا حق للمشتري مع نفوذ الفسخ بل ملكه الخيوط أو الصبغ إذا كان له عين كما أوضحنا ذلك في حكم الفسخ بخيار الغبن.

(١) لو زال العيب الحادث أو التغير الحادث بان عادت العين على ما كانت عليه حال المبيع فهل يجوز للمشتري فسخ البيع أو أنه يمتضى عليه البيع؛ و إنما يكون له المطالبة بالأرش كما كان ذلك قبل زوال العيب أو التغير؛ ذكر المصنف (ره) عدم جواز فسخ البيع بعود العين على ما كانت عليه لأن جواز الفسخ قد سقط بحدوث العيب والنقص ولا دليل على عوده ومقتضى الاستصحاب عدم عوده، كما ذكر ذلك في التذكرة.

ولكن فصل في التحرير وقال ان كان العيب بفعل المشتري فلا يجوز الفسخ بزواله، و كان له المطالبة بالأرش خاصة بخلاف ما إذا لم يكن بفعله فإنه يجوز الفسخ بزواله و وجه المصنف (ره) بأن سقوط جواز الرد بحدوث العيب الجديد لئلا يتضرر البائع برد العين عليه معيبا، و لأن ضمان العيب الجديد على المشتري و مع عود
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٦

.....

العين الى ما كانت عليه لا ضرر على البائع ولا يكون للمشتري ضمان.

أقول: لو كان الوجه في عدم جواز الفسخ بالعيب الجديد ما ذكر لما كان فرق بين كون العيب الجديد بفعل المشتري أو بغيره، فيجوز الفسخ مع زوال الحادث على التقديرين؛ و لعل الوجه فيما ذكره في التحرير ان مقتضى معتبرة زواله سقوط جواز الفسخ بإحداث المشتري في المبيع حدثا سواء زال ذلك الحادث أم لا. و اما إذا لم يكن بفعله فمع زوال الحادث يصدق رد الشيء مع قيامه بعينه. و لكن يرد على هذا الوجه من ان المتفاهم من معتبرة زواله بمناسبة الحكم و الموضوع عدم وصول العين الى يد البائع على ما كانت عليه فيتحد مدلولها مع المرسله إلا فيما كان التغير بفعل البائع فإنه يمكن القول بشمول المرسله لهذا الفرض أيضا، و أنه لا يجوز الفسخ في هذا الفرض أيضا، اللهم إلا ان يقال ان لازم جواز الفسخ بعد زوال العيب الحادث تعدد جواز الفسخ للمشتري و هو خلاف ظاهر المعتمدة بل المرسله.

و ما ذكر السيد اليزدي (قده) بعد استلزامه تعدد الخيار لأننا نمنع عن كون العيب الحادث الذي يزول قبل الفسخ مسقطا و إنما لا يكون له الرد خارجا ما دام العيب.

و إذا زال العيب جاز الرد و نفذ الفسخ لا- يمكن المساعدة عليه فإن تجوز الرد كناية عن ثبوت الخيار و نفوذ الفسخ و الأمر بأخذ الأرش كناية عن سقوطه. و من الظاهر أنه قبل زوال العيب كان له أخذ الأرش بمقتضى المعتمدة و المرسله فيكون المرجع بعد زواله عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و لا أقل من استصحاب عدم نفوذ الفسخ.

هذا كله في جواز الفسخ بالخيار بحيث يكون للمشتري إلزام البائع بالفسخ المزبور. و اما الفسخ برضا البائع فهو لا بأس به بل هو داخل في الإقالة سواء رضى البائع بالفسخ مع أرش العيب الجديد أو بلا أرشه أيضا و أخذ البائع الأرش على
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٧

[تنبیه]

ظاهر التذكرة و الدروس ان من العيب المانع عن الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة (١).

العيب الجديد ليس من الإقالة بالنقيصة ليقال بعدم جوازه بل الأرش لضمان المشتري للعيب الجديد بضمان اليد مع تمام البيع حدوثا،

كما في البيع الفاسد أو بقاء، كما في صورة فسخه بالخيار أو بالإقالة.

و أيضا ليس أرش العيب الجديد من قبيل أرش العيب القديم الذي يستحقه المشتري على البائع على تقدير إبقاء البيع فان ضمان البائع الأرش ضمان معاملى فيؤخذ من البائع بنسبة تفاوت القيمتين أى المعيب و الصحيح الى الثمن المسمى بخلاف ضمان المشتري العيب الجديد فإنه يأخذ البائع من المشتري نفس مقدار تفاوت قيمتين، و فى معتبره عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سأل عن رجل ابتاع ثوبا فلما قطعه وجد فيه خروقا و لم يعلم بذلك حتى قطعه كيف القضاء فى ذلك؟ قال (اقبل ثوبك و الّا فهائى صاحبك بالرضا و خفض له قليلا- و لا- يضررك إنشاء الله تعالى فان أبى فاقبل ثوبك فهو أسلم لك إنشاء الله تعالى)، فانّ الخفض من الثمن على تقدير الإقالة أرش القطع كما لا يخفى.

(١) ذكر فى التذكرة و الدروس ان تبعض الصفقة على البائع يوجب سقوط جواز فسخ البيع بالعيب القديم فيتعين للمشتري المطالبة بالأرش، و ذكر المصنف (ره) فى توضيح المقام انّ التعدد الموجب للتبعض اما فى أحد العوضين، كما إذا باع واحد شيئا أو شيئين بصفقة من مشتري واحد و ظهر بعض المبيع معيبا؛ و نظير ذلك ما إذا باع شيئا بثمن خارجى فظهر بعض الثمن معيبا؛ و اما التعدد فى البائع كما إذا باع اثنان شيئا كالدار المشتركة بينهما بالمناصفة من واحد فظهر العيب فيها و أراد المشتري فسخ الشراء بالإضافة إلى حصه أحد المتبايعين. و اما ان يكون التعدد فى ناحية المشتري، كما إذا اشترى اثنان دارا من بائعها فظهر العيب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٨

.....

فيها و أراد أحد المشتريين فسخ الشراء بالإضافة إلى حصته و نظير ذلك ما إذا باع الدار مالكها من واحد و مات المشتري و أراد بعض ورثته فسخ الشراء بالإضافة إلى حصته الموروثة.

و اما فرض التعدد فى ناحية الثمن بان باع نصف الدار بألف درهم و نصفها الآخر بمائة دينار فظهر العيب فى الدنانير، و أراد البائع فسخ البيع بالإضافة إلى الدنانير فقد ذكر (قده) أنه لا إشكال فى نفوذ هذا الفسخ لكون الموجود خارجا عقدين و لم يتعرض (قده) لثبوت خيار التبعض الصفقة على المشتري حيث انه قد أقدم على شراء نصف الدار بالدراهم على ان يتم له شراء نصفها الآخر بالدنانير، بل ظاهره عدم ثبوت خيار التبعض، و لكن هذا الخيار على تقديره لا يمنع عن فسخ البائع البيع بالإضافة إلى الثمن المعيب لأنّ التبعض الحاصل بالإضافة إلى المبيع أو الثمن لا يمنع الفسخ كما يأتي.

أما الصورة الأولى كما باع شيئا أو شيئين بصفقة واحدة أى بثمن واحد فظهر بعض المبيع مبيعا و أراد المشتري فسخ الشراء بالإضافة إلى المعيب فقد ذكر (قده) عدم جواز هذا الفسخ لأنّ الفسخ إذا كان فى الجزء المشاع يتبعض المبيع المعيب على البائع، و كذا إذا أراد فسخ الشراء بالإضافة إلى أحد الشئيين الذى ظهر فيه العيب فانّ التفريق الحاصل بالفسخ حدث فى المعيب و نقص آخر فيه؛ و لذا لو حدث هذا التفريق فى المبيع الصحيح كما إذا باع شيئين بصفقة واحدة فظهر أحدهما مستحقا للآخر يثبت للمشتري الخيار بالإضافة إلى شراء الآخر.

لا يقال يمكن منع النقص الحاصل بالالتزام بثبوت خيار التبعض للبائع فيكون الفرض، كما إذا اشترى حيوانا مع غيره بصفقة واحدة و فسخ الشراء بالإضافة إلى الحيوان فى ثلاثة أيام فإنه يثبت للبائع خيار التبعض بالإضافة إلى بيع غير الحيوان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٢٩٩

.....

فإنه يقال ثبوت الخيار بالتبعض للبائع غير ممكن فى المقام؛ لأنه ربّما يكون ضرورياً للمشتري حيث أنه يريد الإمساك بالشئ الصحيح

و يدلّ على عدم جواز الفسخ بالإضافة إلى الشيء المعيب و يتعين المطالبة بالأرض ما ورد في المنع عن ردّ الثوب المعيب بالخياطة و الصبغ فإنّ المنع عن الفسخ ليس التغير الخارجى بالخياطة و الصبغ لحصول هذا التغير فى سمن الدابة و نحوها بل المنع فى الحقيقة حصول الشركة فى الثوب بالخياطة و الصبغ فى فرض رده، و هذه الشركة نقص يمنع عن الفسخ بالعيب القديم.

أقول: قد تقدم عدم الشركة فى صنع الثوب و خياطة بالفسخ حتى الشركة فى المايه لعدم اعتبار الوصف ملكا لواحد و الموصوف آخر؛ بل المسقط لجواز الفسخ نفس التغير الخارجى المحسوب حدثا فى المعيب فلا يضرّ السمن المتعارف الذى لا يعد حدثا، و التبعض على البائع فيما إذا كان بيع الشئين بصفقة واحدة فظهر العيب فى أحدهما لا يكون حدثا و نقصا فى الشئ المعيب، و لو كان نقصا فيه لما كان فيما إذا بيع الحيوان مع غيره بصفقة خيار التبعض للبائع بالإضافة الى غير الحيوان لأنّ النقص فى الحيوان مضمون على البائع فى زمان خياره بل ثبوت خيار التبعض تخلف الشرط على البائع.

و على ذلك فيلزم التفصيل فى المقام و هو انه إذا بيع شئ و ظهر العيب فيه، و أراد المشتري الفسخ فى نصفه أو ثلثه و نحوهما فلا يجوز لأنّ الثابت للمشتري فى شراء المعيب خيار واحد متعلق بشراء مجموع المعيب فلا يثبت الخيار فى البيوع الانحلالية. و اما إذا كان الفسخ بالإضافة إلى شراء المعيب كما إذا باع الشئين بصفقة واحدة، فظهر العيب فى أحدهما فهذا الفسخ لا بأس به، و يكون نظير شراء الحيوان مع غيره غاية الأمر يثبت للبائع خيار التبعض بالإضافة إلى بيع الشئ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٠

بظهور الأدلة فى تعلق حق الخيار بمجموع المعيب (١).

الآخر كما لا يخفى.

و لو كان التبعض على البائع من حدوث النقص فى المعيب فيما لو باعه مع غيره بصفقة لما جاز فسخ شراء الحيوان فى الثلاثة فيما لو شراه مع غيره بصفقة، لأنّ إحداث المشتري الحدث فى الحيوان ايضا موجب لسقوط خيار الحيوان فالتبعض الحاصل بفسخ شراء الحيوان فى الفرض يمنع عن نفوذ ذلك الفسخ.

و الحاصل: لم يعلم الفرق بين مسألة شراء الحيوان مع غيره بصفقة و شراء المعيب مع غيره بصفقة و أنّه لا وجه للالتزام بنفوذ فسخ شراء الحيوان و عدم نفوذ فسخ شراء المعيب.

(١) ذكر فى الجواهر فى وجه عدم جواز الفسخ بالإضافة إلى المعيب ان الخيار يثبت فى البيع بالإضافة إلى تمام المبيع لا بالإضافة إلى أجزاءه؛ و أجاب المصنف عنه بأنّ ذلك أمر متسالم عليه؛ و لذا لا يجوز للمشتري فسخ البيع فى الجزء الصحيح خاصة أنّ الكلام فى أنّ مع انطباق موضوع الخيار على جزء الصفقة يكون مورد الخيار شراء ذلك الجزء، كما فى مسألة شراء الحيوان مع غيره بصفقة أنّ ان يدعى ان مع تحقق العيب فى جزء الصفقة يصدق عليها أنّها معيبة كصدق المعيب على الثوب المبيع فيما إذا كان العيب فى بعض أطرافه.

و قال ايضا ان لازم ما ذكر فى الجواهر عدم جواز الفسخ فى المعيب خاصة و لو مع رضا البائع لأنّ مقتضى ما ذكر عدم الموجب لفسخ شراء المعيب خاصة لا لوجود المنع يعنى لزوم الضرر على البائع بحصول النقص بالتبعض ليرتفع مع رضاه.

و ذكر فى آخر كلامه الأمر فى المقام يدور بين الالتزام بثبوت جواز الفسخ بالإضافة إلى المعيب و مع تحقق الفسخ يثبت للبائع خيار تبعض الصفقة، و معه ينتفى سلطنة المشتري على الإمساك بالجزء الصحيح و بين الالتزام بعدم سلطنة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠١

و اما الثالث: و هو تعدد المشتري (١).

المشترى على الفسخ بالإضافة إلى المعيب من الأول و لو لم يكن الثاني أولى فلا أقل من مساواته مع الأول فيرجع إلى أصالة اللزوم فيكون الفرق بين المقام و مسألة شراء الحيوان مع غيره بصفقة بالإجماع، كما ان للشفيع أن يأخذ بحق شفيعته في بعض الصفقة بالإجماع أيضا.

أقول: قد تقدم سابقا أن الفسخ مع رضا البائع داخل في الإقالة، فكيف لا يجوز مع رضا البائع و الإقالة مشروعته حتى بالإضافة إلى البيوع الانحلالية، كما هو مقتضى قوله عليه السلام (أَيُّمَا عَبْدٍ أَقَالَ مُسْلِمًا فِي بَيْعٍ أَقَالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)؛ و ذكرنا في المقام أن مورد خيار العيب فيما لو باع المعيب مع غيره بصفقة هو شراء المعيب و ان التبعض على البائع لا يمنع عن نفوذ فسخه غاية الأمر يثبت لكل منهما خيار التبعض بالإضافة إلى الجزء الآخر و الله سبحانه هو العالم.

(١) قد ظهر مما تقدم من ان انطباق موضوع الخيار على البيع الانحلالي يوجب ثبوت الخيار فيه و لو مع كونه انحلاليا، و عليه فإذا اشترى اثنان عينا و ظهر فيما عيب فإنه و ان ذكر المصنف (قده) ان الثابت للمشتريين خيار واحد فيرجعان بالأرش ان لم يجتمعا على الفسخ إلا أنه لا يمكن المساعدة عليه فإنه يصدق على كل من المشتريين انه اشترى ما به عيب و لو كان ذلك الشيء النصف المشاع من العين فيكون لكل منهما خيار مستقل حتى لو قيل بأنه لو اشترى اثنان حيوانا لا يكون لكل منهما خيار الحيوان بل يثبت لهما خيار واحد و ذلك فان نصف الحيوان لا يصدق عليه الحيوان، و الخيار ثابت لمشتري الحيوان بخلاف المقام فإن نصف العين المعيوبه شراء حصية فيها عيب لا يقال الفسخ المزبور يوجب التبعض على البائع فإنه يقال التبعض في العين قد حصل بالبيع من اثنين، و لكن بما ان البيع منهما بعقد واحد يكون بيع كل حصية مشروطا بتمام بيع الحصية الأخرى، فيثبت للبائع مع فسخ إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٢

[يسقط الأرش دون الرد في موضعين]

إشارة

يسقط الأرش دون الرد في موضعين (١).

[أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه]

أحدهما دون الآخر خيار تبعض الصفقة بلا فرق بين علم البائع و جهله بتعدد المشتري. نعم إذا ادعى المشتري بأنه اشترى العين لاثنين و أنكره البائع يقدم قول البائع لموافقته قوله لظهور قبول المشتري في كونه لنفسه و يؤخذ المشتري بتمام الثمن و هذه مسألة أخرى.

(١) ذكر (قده) أنه يثبت في شراء المعيوب جواز الفسخ دون الأرش في موضعين أحدهما ما إذا اشترى ربويا بجنسه و ظهر العيب في أحد العوضين فإنه يجوز لمن انتقل إليه المعيب فسخ البيع، و لكن لا يجوز له المطالبة بالأرش لأن أخذ الأرش يوجب كون المعاملة ربويا، و ان لا يشتري جنس واحد مثلا- بمثل؛ و في المسألة قولان آخران جواز أخذ الأرش مطلقا لأن الأرش لا يدخل في أحد العوضين ليكون أخذه زيادة في أحدهما على الآخر و جواز أخذه من غير جنس العوضين.

و ذكر في التذكرة لجواز أخذ الأرش وجها ثالثا في المسألة المعروفة، و هي ما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب بعد حدوث عيب جديد فيه في يد المشتري فإن في المسألة وجوها ثلاثة الأول فسخ البيع و لو بعد حدوث العيب الجديد غاية الأمر ان للبائع إلزام المشتري برد قيمة العوض المفروض فيه عيب قديم و عدم حدوث عيب جديد. و الثاني: الفسخ برضا البائع مع رد المشتري على البائع أرش العيب الجديد.

و الثالث: عدم جواز الفسخ بل يجوز للمشتري مطالبة البائع بأرش العيب القديم، و لا يكون أخذه ربا، لأنّ المعترف في بيع الشيء بجنسه المماثلة بين العوضين عند إنشاء المعاملة لا في بقائها، و عليه فيجوز للمشتري المطالبة بالأرش من غير فرق بين كون الأرش من جنس العوضين أو من غيره فإنه لو لم يجز أخذ الأرش من جنس العوضين باعتبار كونه ربا لم يجز أخذه من غير الجنس أيضا لأنّ الربا في المعاوضة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٣

.....

معاوضة شيء بجنسه مع الزيادة في أحد العوضين.

و وجه المصنف (ره) اعتبار المماثلة في حدوث المعاوضة لا في بقائها ان وصف الصّحة في العوضين لا يقابل بشيء من العوض الآخر؛ و لذا لا يكون الأرش جزءا من الثمن، و لا يدخل في ملك من انتقل اليه المعيب بمجرد العقد غاية الأمر يكون إطلاق العقد مقتضاه التزام البائع بوصف الصّحة نظير التزامه بوصف الكمال و قد جوّز الشارع لمن انتقل اليه المعيب اختيار تغريم الملتزم بوصف الصّحة بالقيمة بنسبة المعاوضة سواء كانت القيمة من الثمن أو من غيره.

و لكن ناقش في التوجيه بأنّ الأرش عرفا و شرعا عوض و وصف الصّحة و ما دلّ على حرمة المعاوضة إلّا مثلا بمثل مقتضاه إلغاء وصف الصّحة في العوضين من جنس واحد و المنع عن أخذ العوض عليه و لو بعنوان التغريم.

و وجه السيد اليزدي (قده) عدم لزوم الربا بأخذ الأرش بأنّ المنهى عنه في الربا نفس معاوضة شيء بشيء من جنسه مع الزيادة في أحدهما بحيث تكون الزيادة في أحد العوضين بالجعل المعاملي سواء كانت تلك الزيادة مالا من جنس العوضين أو من غيره أو كان فعلا- و أمّا إذا كانت المعاوضة بين المتماثلين و كانت الزيادة بحكم الشرعي مترتب على تلك المعاملة فهذا خارج عن الربا في المعاوضة و الأرش، فيما نحن فيه من قبيل الثاني.

و ما ذكر المصنف (ره) من أنّ الأرش عوض عن وصف الصّحة شرعا و عرفا فان كان المراد العوض الجعلي فلا نسلّمه فانّ وصف الصّحة لا يقابل بشيء من العوض في المعاملة و الّا يزيد بها على نفس الشيء الآخر؛ و ان كان المراد العوض الشرعي فهو لا يدخل في المعاوضة.

أقول: لو شرط إعطاء الزيادة على تقدير عدم وصف الصّحة في العوض من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٤

.....

جنس المعوض تكون الزيادة جعلية فيحكم ببطلان الشرط لكونه مخالفا للكتاب العزيز الدال على حرمة الربا و لا يحتمل الفرق بينه و بين أخذ الأرش بأنّ يجوز الثاني، و لا يجوز الأول اللهمّ الّا ان يقال بطلان الشرط المزبور بمعنى عدم ترتب أثر عليه، فإنه يثبت الأرش مع فقد وصف الصّحة سواء شرط أو لم يشترط نظير شرط الخيار في شراء الحيوان فإنه يثبت إلى ثلاثة أيام شرط أم لم يشترط.

و حرمة المعاوضة الربويّة بمعنى فساد أصل المعاملة لا حرمتها تكليفا تنحصر بما إذا كانت الزيادة مالا منضمّا الى أحد العوضين حيث أنّ المعاوضة بين المتماثلين غير منشأة و المنشأة غير ممضأة فتفسد و يستفاد من لعن معطى الربا و آكله و أخذه حرمتها تكليفا. و أمّا إذا كانت الزيادة عملا- بان يشترط ذلك العمل في المعاملة فلا يوجب بطلان الشرط فساد المعاملة؛ و لذا لا يكون الربا في باب القرض مفسدا للقرض. نعم حرمة المعاملة تكليفا يجرى في هذا القسم أيضا؛ و لكن شرط إعطاء الأرش في معاملة شيء بجنسه لا يدخل في شيء من القسمين، لأنه شرط للوفاء بالحكم الشرعي.

ثم على تقدير شمول الرّبا للأرش في المقام فلا ينبغي الشك في الأخذ بإطلاق خطاب تحريمه و رفع اليد عن إطلاق دليل الأرش لأنّ خبر ثبوت الأرش بإطلاقه مخالف للكتاب العزيز، فلا يكون معتبرا في إطلاقه، بل لو قيل بأنّ الخبر المخالف للكتاب لا يعم ما إذا كانت المخالفة بالإطلاق من الكتاب فإنّ الإطلاق لا يدخل في مدلول اللفظ بل هو حكم عقلي منوط بتمامية مقدماته و مع تعارض الخبر، و الكتاب في إطلاقهما لا حكم للعقل فتصل التوبة إلى الأصل العملي و مقتضاه عدم ثبوت الأرش حيث أنّ الأرش ثبوته حكم تعبدى فيحتاج إلى قيام الدليل عليه.

و أما إذا شكّ في شمول الرّبا للأرش فيؤخذ بإطلاق ما دلّ على ثبوت الأرش

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٥

[الثاني: ما لم يوجب العيب نقصا في القيمة]

الثاني: ما لم يوجب العيب نقصا في القيمة (١).

بلا- معارض كمعتبرة زرارته عن أبي جعفر عليه السلام (أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار إلى ان قال يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به.

و دعوى عدم الإطلاق في المعبرة لأنها وردت في مقام بيان مضمي المعاملة على المعيب بالتصرف فيه كما ترى فإنّ الأصل في كل حكم يتكفله الخطاب كونه في مقام بيان قيوده و موضوعه و المذكور في المعبرة حكمان أحدهما مضمي البيع مع التصرف و ثانيهما تعيين الأرش معه فلا حظ.

(١) ثانی الموضوعین ما إذا لم يكن النقص الموجود في المبيع موجبا لنقص قيمته السوقية كالخصاء في العبيد حيث أنّ الخصاء و ان يكون نقصا في الخلقة الأصلية إلا أنه أمر مرغوب إليه في العبيد، فلا يوجب تنزل قيمة العبد، بل ربما يوجب زيادتها فيكون في الفرض جواز الفسخ دون الأرش لانتفاء الموضوع للثاني.

و قد يقال عدم تنزل قيمة العبد بالخصاء عند قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة من عدم تستر النساء منه، و يكون العبد واسطة في الخدمات بين المرء و زوجته لا يوجب عدم نقص قيمته السوقية عند عامّة الناس نظير العنب المعيوب حيث يرغب فيه بعض الناس لغرض التخمير و لوجوده خمرة ربّما يعطى له الثمن المساوي لصحيح العنب فيكون العبرة في ثبوت الأرش القيمة السوقية عند عامّة الناس ممّن لا يكون له غرض فاسد.

و أجاب المصنف (ره) عن ذلك بان النقص عن الخلقة الأصلية إذا كان مما يرغب فيه الغالب بحيث لا يكون من رغبة النادر التي لا دخل لها في القيمة السوقية للشئ عرفا لا يوجب الأرش لعدم نقص القيمة السوقية بالنقص المزبور و صحّة الرغبة و فسادها لا دخل لها في القيمة السوقية فإن مع الندرة لا اعتبار بها و مع الغلبة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٦

[سقوط الرد و الأرش معا]

[أحدها العلم بالعيب قبل العقد]

العلم بالعيب قبل العقد (١).

يكون ملاك القيمة السوقية، و على ذلك فلا يكون مثل الخصاء موجبا لجواز أخذ الأرش بل يوجب جواز الفسخ.

أقول: الأظهر عدم جواز الفسخ أيضا لأنّ النقص المزبور لا يعدّ عيبا بل هو نظير الختان أجنبي عن العيب والاستشهاد بكونه عيبا بمرسلة السيارى لا يمكن المساعدة عليها لضعفها سنداً بالإرسال وعدم الاعتبار بفهم أبى ليلى ثانيا فتدبر.

وقد يذكر موضعا ثالثا لسقوط الأرش دون جواز الفسخ وهو ما إذا ظهر العيب فيما يشترط قبضه فى المجلس كما إذا باع دنانير بدراهم، وبعد حصول التقابض وانقضاء المجلس ظهر العيب فى أحد العوضين فإنه لا يجوز لمن انتقل اليه المعيب مطالبة صاحبه بالأرش حيث أنه لو أخذ الأرش بعد المجلس لما حصل التقابض فى المجلس، ولعل إغماض المصنف (ره) عن التعرض لذلك لأجل ان سقوط الأرش فى الفرض مبنى على كونه جزء العوضين ليعتبر قبضه فى المجلس أيضا. وأما بناء على ان الأرش تغريم كما هو الصحيح فلا وجه لاعتبار قبضه فى المجلس أصلا.

(١) ذكر (قده) انّ مع العلم بالعيب قبل العقد لا يثبت جواز الفسخ ولا جواز المطالبة بالأرش بلا خلاف ولا إشكال لأنّ الموضوع للخيار فى الروايات العلم بالعيب وجدانه بعد العقد فلا يكون العلم بالعيب قبل العقد داخلا فى موضوع الخيار. وعن الجواهر نفى الخيار مع العلم بالعيب قبل العقد بمفهوم معتبرة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال (أيما رجل اشترى شيئا به عيب وعوار لم يتبرء اليه ولم يبين له الحديث. وتنظر المصنف (ره) فى الاستدلال بالمفهوم ويقال فى وجه نظره انّ المذكور فى الرواية من القيد داخل فى الوصف ولا مفهوم له.

أقول: لو كان وجه نظره ذلك لما كان فرق بين المقام ومسألة تبرئ البائع عن العيب والمصنف استند بعد أسطر فى نفى الخيار مع تبرئه بمفهوم قوله عليه السلام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٧

[الثانى: تبرئ العيوب إجماعا فى الجملة]

إشارة

الثانى: تبرئ العيوب إجماعا فى الجملة (١).

ولم ينبء اليه مع أنه لا فرق بين القيدى ولا يظنّ خفاء ذلك على المصنف. والظاهر ان نظره (قده) باعتبار أنه لم يذكر فى المعبرة ولم يعلم بل ذكر فيها لم يبين له، والبيان لازمه العرفى تبرئ البائع من العيب فلا يعمّ ما إذا علم المشتري العيب من الخارج، ومن غير بيانه فلا يكون للقيد المزبور دلالة على عدم ثبوت الخيار للعالم بالعيب مطلقا. ولكن قد ذكر فى المعبرة زرارة فأحدث بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار بذلك الداء ومقتضاه فرض الجهل بالعيب حال العقد. أضف الى ذلك ظهور بيان العيب للمشتري فى عدم علمه به. ولذا جعل قسيما للتبرء ولم يقيد بكون البيان من البائع.

ثم أنه لو شرط العالم بالعيب خيار العيب يبطل الشرط باعتبار كون المشروط خلاف السنه، حيث ان مقتضى التقييد فى السنه عدم ثبوت ذلك الخيار للعالم بالعيب مع ان عدم الدليل على مشروعية الخيار المزبور للعالم كافى فى الحكم بطلان شرطه لأنّ الشرط لا يكون مشرعا كما يأتى، ولكن لا يكون فساد الشرط موجبا لفساد أصل المعاملة كما هو ظاهر المصنف (ره). نعم لو كان مراده شرط مطلق الخيار فهو داخل فى شرط الخيار ولا بأس به.

(١) الثانى من مسقطات الخيار العيب تبرئ البائع من عيوب المبيع وكذا تبرئ المشتري من عيب الثمن، ويشهد لسقوط الخيار بالتبرئ مع الإغماض عن الإجماع عليه فى الجملة لأنّ الإجماع فى المقام مدركى معتبرة زرارة المتقدمة حيث ان انتفاء الخيار مع التبرئ مقتضى التقييد فيها بلم يتبرء اليه ولم يبين له، وكذا حسنة جعفر بن عيسى قال كتبت الى أبى الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى فإذا نادى عليه برء من كل عيب فيه الى ان قال فكتب عليه الثمن. فإنه حيث يكون التبرئ

في البيع فيمن زاد أمرا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٨

.....

عاديا حكم عليه السلام بتحقيق التبري و بسقوط الخيار به.

و مقتضى إطلاق الروايتين كإطلاق الإجماع المنقول عدم الفرق بين التبري بنحو الإجمال أو تعيين العيب و التبري عنه كما ان مقتضى الإطلاق المزبور عدم الفرق بين العيوب الظاهرة أو العيوب الباطنة، كالمرض في العبد و الأمة الذي يظهر أثناء السنة.

و مما ذكرنا ضعف ما حكاه ابن إدريس عن بعض أصحابنا من عدم كفاية التبري بنحو الإجمال و نسب في المختلف عدم كفايته إلى الإسكافي كما ينسب إلى صريح كلام القاضي الذي حكاه عنه في المختلف، و لكن كلام القاضي في جامعه موافق لما عليه المشهور من كفاية التبري مطلقا و كيف ما كان فالأمر سهل بعد وضوح الحكم.

ثم ان ظاهر الروايتين التبري عن العيب الموجود في الشيء حال العقد فهل يصح أيضا التبري عن العيب المتجدد في المبيع زمان ضمان البائع كالعيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان و نحوه أم فيه اشكال حيث ان الروايتين المتقدمتين ظهورهما جواز التبري عن العيوب الموجودة حال العقد، و يبقى في العيوب المتجددة قبل القبض عموم قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم).

لا- يقال: شرط سقوط الخيار في العقد من الإسقاط الاعتباري فيمكن ان يتعلّق بما يحدث مستقبلا كالخيار المترتب على العقد و حدوث عيب في المبيع قبل قبضه أو زمان خيار الحيوان، و لكن نفوذ هذا الإسقاط يحتاج إلى دليل عليه و عموم (المؤمنون عند شروطهم) لا يكون دليلا على النفوذ لانه لا بد من التمسك به و الحكم بنفوذ الشرط كون المشروط في نفسه مشروعا بقريته ما في ذيل قوله (ص) (المسلمون عند شروطهم) الاّ شرطا حرّم حلالا أو حلّ حراما و مشروعية إسقاط الخيار قبل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٠٩

[ثم ان البراءة في المقام يحتمل إضافتها إلى أمور]

ثم ان البراءة في المقام يحتمل إضافتها إلى أمور (١).

حدوثه بان كان بعد العقد و قبل حدوث العيب غير محرز بل شرطه يدخل في تحليل الحرام لأنّ الحرام يعم الوضعي و استصحاب عدم سقوط الخيار بالإسقاط بعد العقد، و قبل حدوث العيب يدخل شرطه في تحليل الحرام.

فإنه يقال ان ضمان البائع العيب الحادث قبل القبض أو زمان خيار الحيوان بان كان ذلك العيب أيضا موجبا لخيار العيب فهو باعتبار توسعه الشارع ضمان الصحة إلى تحقق القبض و انقضاء زمان الخيار و إذا لم يكن للبائع ضمان بالإضافة إلى وصف الصحة المفقودة حال البيع مع تبريه فلا يكون ضمان له بالإضافة إلى العيب الحادث مع تبريه أيضا. فتدبر.

(١) التبري في البيع يتصور إضافته إلى أمور: الأول عهدة العيب بان لا يتعهد البائع بسلامة المبيع فلا يترتب على ظهور العيب فيه أثر من المطالبة بالأرش أو جواز الفسخ.

و الثاني: ضمان العيب و هذا أنسب لمعنى البراءة حيث ان البراءة ظاهرها عدم ضمان المال بالعيب المزبور فيكون وصف الصحة مع هذا التبري كسائر وصف الكمال في المبيع في ان تخلفه لا يوجب الاّ جواز الفسخ.

الثالث: حكم العيب أي لا- يترتب الخيار على العيب المزبور و الفرق بين الوجهين يعنى الأول و الثالث و بين الوجه الثاني هو سقوط الأرش خاصة على الوجه الثاني بخلاف الوجهين الأول و الثالث فإنه يسقط معهما جواز الفسخ و جواز المطالبة بالأرش.

و أما الفرق بين الوجه الأول و الثالث على ما ذكر السيد اليزدى (ره) أنه لا يترتب على الوجه الأول أثر على العيب حتى لو تلف المبيع بذلك العيب فلا يكون فى البيع ضمان البائع أى انحلال البيع بخلاف الوجه الثالث فإنه يمكن ان يقال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٠

.....

بأن تلف المبيع بالعيب المزبور يكون على البائع كتلفه قبل القبض على ما يأتى.

أقول: لم يظهر ان اسناد التبرى إلى ضمان العيب ظاهره عدم الالتزام بالأرش خاصة فإنه قد تقدم ان ضمان البائع وصف الصحة ضمان معاملى و معناه ثبوت خيار الفسخ خاصة كما فى ضمان وصف الكمال غاية الأمر ان الشارع قد حكم بجواز أخذ الأرش و عدم جواز الفسخ مع عدم بقاء العين بحالها. و أما الفرق بين إضافة التبرى إلى العيب أو حكم العيب فلا فرق بينهما أصلاً فإن التبرى عن العيب و عدم تعهده بسلامة المبيع لا معنى له إلا عدم الالتزام بحكم العيب الذى يكون من قبيل الحق لصاحبه و قبول صاحبه المعاملة مع التبرى المزبور إسقاط لذلك الحق على تقديره.

و ما ذكر المصنف (ره) من ان ضمان البائع تلف المبيع بالعيب المتبرى عنه لا ينافى التبرى عن العيب غير صحيح فإنه ان كان التبرى مع عدم خيار آخر للمشتري كما قرره السيد اليزدى (قده) فلا موجب لضمان البائع أصلاً لأنه لا موجب لضمان شخص تلف مال الآخر بضمان اليد أو بضمان معاملى، بمعنى انحلال المعاملة.

و دعوى ان ما دل على ان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له مقتضاه ثبوت الضمان فى المقام على البائع لأن الموضوع للضمان هو التلف فى زمان مطلق الخيار سواء كان ذلك فعلياً أو شأئياً، و شرط سقوط خيار العيب فى البيع يوجب ارتفاع الخيار فعلاً لا شأنًا لا يمكن المساعدة عليه لأن شأنية الخيار بعد إسقاطه لا معنى له، و ان الخيار كسائر العناوين فيما إذا كان مأخوذاً فى الموضوع لحكم ظاهره فعليته.

أضف الى ذلك ان ضمان البائع تلف المبيع زمان خيار المشتري يختص بخيارى الحيوان و الشرط و لا يعم خيار العيب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١١

[ثم ان هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش]

إشارة

ثم ان هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الأرش (١).

نعم إذا كان التلف بالعيب فى زمان خيار آخر كالحيوان الذى يتلف زمان خياره بالعيب المتبرى عنه فينحلّ البيع بالتلف بلا فرق بين إضافة التبرى إلى العيب أو حكمه، فإن هذا الانحلال من أحكام خيار الحيوان لا- من أحكام العيب؛ و لذا لو لم يكن خيار العيب مشروعاً لكان تلفه بالعيب القديم أو الجديد زمان خيار الحيوان موجبا للانحلال و ترتب الانحلال على التلف فى ذلك الزمان من قبيل الحكم الشرعى لا من الحقوق ليستسقط باسقاط عدمه كما لا يخفى.

(١) يظهر عن بعض الأصحاب سقوط جواز الفسخ و أخذ الأرش معاً بأمر:

منها ما إذا زال العيب الموجود فى المبيع أو الثمن حال العقد سواء زال بعد العلم به و قبل الفسخ أو أخذ الأرش أو زال قبل العلم به و كذلك الأمر فى العيب الحادث قبل القبض و الزائل فيما بعد، و يظهر ذلك من التذكرة خصوصاً فى الفرع الذى ذكره و هو ما إذا وجد المشتري فى عين العبد نكتة بياض و حدث فيها نكتة بياض آخر ثم زال إحداهما و قال البائع الزائل النكتة القديمة فلا ردّ و لا

أرش وقال المشتري الزائل الحادثة فلي الرد قال الشافعي يتحالفان.

و ذكر المصنف (ره) ان سقوط جواز الفسخ بالزوال وجيه لأن ظاهر ما دل على جواز الفسخ بالعيب رده مع عيبه، فلا يعم ما إذا زال عيبه. و بتعبير آخر الموضوع لجواز الرد المعيب فلا- موضوع له بعد زوال العيب و لا يجرى الاستصحاب بعد زوال العيب. و اما أخذ الأرش فلا- بأس بالقول بجوازه ان لم يكن التفصيل خلاف الإجماع لأن الموضوع للأرش هو عيب المبيع حال العقد فيبقى ذلك الجواز خصوصا فيما إذا كان الزوال بعد العلم بالعيب، و على كل تقدير زوال العيب قد حدث في ملك المشتري فلا يمنع عن أخذ الأرش. نعم الفرع داخل في القاعدة التي اخترعها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٢

[و منها: التصرف بعد العلم بالعيب]

و منها: التصرف بعد العلم بالعيب (١).

الشافعي و هي ان الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد.

أقول: لا- وجه للتفصيل بين جواز أخذ الأرش و جواز الفسخ فإن الأرش يثبت بالمطالبة لا بمجرد العقد على ما به عيب و لا بالعلم بالعيب، كما صرح (ره) قبل ذلك بكونه تغريما. و الحاصل: ظهور ما دل على جواز الفسخ و الأرش هو فسخ العقد على ما يكون فيه العيب فعلا لوجوده حال العقد، أو قبل القبض، كما هو أخذ أرشه لهذا الاعتبار كما لا يخفى.

(١) حكى عن ابن حمزة في الوسيلة أنه ذكر من مسقطات جواز الرد و أخذ الأرش تصرف المشتري في المبيع المعيب بعد العلم بالعيب، و لعل وجهه ان التصرف مع العلم بالعيب علامة الرضا بالمبيع المعيب فلا يكون له بعد ذلك جواز الفسخ، كما لا يكون له أخذ الأرش فإن جوازه أخذه قد ثبت في مورد التصرف في المبيع قبل العلم بعيبه. و أجيب عن الاستدلال المزبور بأن مقتضاه سقوط جواز الفسخ لا جواز أخذ الأرش لأن التصرف علامة الرضا بالمبيع لا بعيبه بان يسقط جواز أخذ الأرش أيضا؛ و إنما يسقط جواز أخذ الأرش بتبري البائع و تصرف المشتري لا يدل عليه، و دعوى اختصاص روايات الأرش بما إذا كان التصرف قبل العلم بالعيب ممنوعة فلا حظها.

أقول: ان كان التصرف غير مغير للعين كما إذا ركب الفرس فلا وجه لسقوط جواز الفسخ به فيما إذا لم يقصد المشتري إظهار رضاه ببقاء البيع مع علمه بالعيب، فيجوز له الفسخ و لا يكون له أخذ الأرش لأن الأرش مترتب على عدم إمكان الفسخ كما تقدم. نعم على المشهور من كون الأرش و جواز الفسخ طرفي التخيير فيجوز كل منهما مع قصد المشتري إظهار رضاه بإبقاء البيع و لو مع عيب المبيع يسقط جواز الفسخ لأن التصرف المزبور إسقاط فعلي، و يبقى جواز أخذ الأرش

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٣

[و منها: التصرف في المبيع المعيب الذي لا ينقص قيمته]

و منها: التصرف في المبيع المعيب الذي لا ينقص قيمته (١).

بخلاف ما كان الأرش في طول جواز الفسخ فإنه لا- يكون له أخذ الأرش لما ذكرنا من ان الأرش يثبت مع عدم إمكان الفسخ بالحدث في المبيع لا مع عدم إمكانه بإسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً.

و اما إذا كان التصرف مغيرا للعين فيسقط جواز الفسخ به و يتعين عليه جواز أخذ الأرش فيما إذا كان هذا التصرف قبل العلم بالعيب

كما تقدم سابقا.

و أمّا إذا كان بعد العلم بالعيب فظاهر ابن حمزة عدم جواز أخذ الأرش لخروج الفرض عن روايات الأرش، ولكن معتبرة زرارة المتقدمة، و ان كان كما ذكره، و لكن مرسله جميل يمكن دعوى إطلاقها كما ان الإطلاق موجود في بعض ما ورد في وطء الأمة المشترأ كصحيحه عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال (قال على عليه السلام لا- ترد التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب ان كان فيها) و نحوها غيرها.

لا يقال قد ورد التقييد بوقوع الوطى قبل العلم بالعيب في بعض الروايات فيرفع اليد بها عن الإطلاق كمعتبرة عبد الرحمن (أيما رجل اشترى جارية فوق عليها فوجد بها عيبا لم يردها و يردّ البائع عليه قيمة العيب).

فإنه يقال بما ان القيد غالبى و المشتري لا يقدم على إمساك الأمة المعيبة و يقع وطئها قبل العلم بعيبها غالبا؛ و لذا ذكره عليه السلام في كلامه فلا يوجب رفع اليد عن الإطلاق المتقدم اللهم إلا ان يقال ان فى التعدى عن الأمة و وطئها الذى لا يكون غالبا عن التصرف المغير لعدم البكارة فى الإمام غالبا إلى سائر المبيع اشكالا بل منعا.

(١) قد يقال بسقوط جواز الفسخ و أخذ الأرش فيما إذا تصرف فى معيب لا ينقص قيمة الشئ بذلك العيب فان التصرف لكونه علامة الرضا يوجب سقوط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٤

[و منها: ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب]

و منها: ثبوت أحد مانعى الرد فى المعيب (١).

جواز الرد و عدم ثبوت الأرش لعدم الموضوع له و يجاب عن ذلك بأن الأرش و ان لا يثبت فى الفرض إلا أنه لا يسقط جواز الرد بالتصرف لكون سقوط جوازه بالتصرف فى الفرض ضروريا.

و ناقش المصنف (ره) فى الجواب بأنه ان أريد بالضرر الضرر المالى فلا موضوع له و ان أريد بالضرر بمعنى فقد صفة مقصودة للمشتري، فهذا الضرر قد أقدم عليه المشتري بتصرفه فى المعيب المفروض قبل الفحص عن عيبه فيكون الفرض كما إذا اشترى متاعا مع شرط وصف فيه، و ظهر عدم الوصف و رضى بالفاقد.

ثم ذكر أنه يمكن أن يقال أنه لا دليل على سقوط خيار الفسخ بالتصرف إلا فى مورد ثبوت الأرش و خيار التسليس. و اما فى مورد عدم ثبوت الأرش كما فى الفرض فالأمر فيه كما فى تخلف وصف الكمال المشترط فى عدم سقوط جواز الفسخ بالتصرف.

أقول: لا مورد لخيار العيب فى الفرض أصلا فإن النقص عن الخلقة الأصلية فيما إذا لم يوجب تفاوتاً فى القيمة لا يعد عيبا بل الوصف المزبور ان كان مشروطا فى العقد فيكون من قبيل وصف مشروط فى العقد يوجب تخلفه خيار الشرط و إلا فلا خيار، و مما ذكرنا يظهر الحال فيما حدث فى المعيب المفروض عيب آخر فى يد المشتري و أنه لا مورد فيه لجواز الفسخ و ان العيب الجديد قد حصل فى ملك المشتري، و ايضا قد ذكرنا فيما تقدم ان الضرر هو النقص المالى، و لا يكون عدم الوصول الى الغرض من الضرر و ان قاعدة نفي الضرر لا يثبت الخيار فى المعاملة فلا حاجة الى إعادته.

(١) ذكر مما يسقط به جواز الرد و جواز الأرش التصرف الكاشف عن الرضا ببقاء البيع فى المعاملة التى تعتبر فيها المماثلة بين العوضين لكونهما من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٥

الربويين كما إذا اشترى حنطة بحنطة و بعد العلم بالعيب فى الحنطة التى وصلت بيده تصرف فيها بالطحن فإنه لا يكون معه جواز الفسخ، ولا- جواز أخذ الأرش لأن إقدامه على المعاملة بين العوضين الربويين رفع اليد عن المطالبة بالمال بإزاء الوصف فيكون اشتراط السلامة فى العوضين المزبورين كاشتراط وصف الكمال فى كون تخلفه موجبا لجواز الفسخ فقط و إذا أسقط هذا الجواز بالتصرف فلا يكون له لا جواز الفسخ ولا جواز أخذ الأرش.

نعم لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب فلا يكون فيه إظهار الرضا ببقاء البيع مع عيب المال؛ و عليه فان لم يكن التصرف المزبور داخلا فى المانع الثانى فيجوز له الفسخ و الأ يكون له حكم المانع الثانى. أقول تقدم أنه مع إسقاط جواز الفسخ قولاً أو فعلاً لا يجوز له أخذ الأرش سواء كان العوضين من الربويين أم لا فإن ما دل على جواز أخذ الأرش يختص بما إذا كان التصرف المغير للعين أو حدوث الحدث فى العين قبل العلم بعيبها، ولا- يعم صورة إسقاط جواز الفسخ بالإنشاء قولاً أو فعلاً بعد العلم بالعيب، و مع الإغماض عن ذلك فلا بأس بأخذ أرش العيب فإن الأرش لا يجعل المعاملة ربوية لأن الأرش تغريم تثبت الزيادة بحكم الشارع لا يجعل المتعاملين لتكون ربا.

و ربما يقال بسقوط جواز الفسخ و الأرش ما إذا حصل المانع الثانى و هو حدوث العيب الجديد فى العوضين من الربويين فإنه بعد حدوث العيب الجديد فى المعيب لا يجوز الفسخ لعدم قيام العين بعينها و عدم جواز أخذ الأرض على العيب القديم للزوم الربا على ما تقدم و لا يخفى أنه بناء على ما ذكرنا فلا بأس بأخذ الأرش لأنه حكم شرعى لا زيادة جعلية.

و نقل المصنف (ره) وجها آخر لسقوط جواز الفسخ فى الفرض و هو أنه لو قيل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٦

.....

بالفسخ بالعيب القديم لكان ردّه على البائع مع العيب الجديد بلا أرش هذا العيب ضررا عليه و ردّه مع أرشه يوجب الربا، و حيث ان لزوم الربا مع فسخ البيع يشبه سهو القلم لأن الربا يكون على تقدير المعاملة لا على تقدير عدمها كما هو مقتضى فسخها ذكر (قده) فى توجيه لزوم الربا وجهين: الأول ان فى المعاملة التى يكون العوضان فيها من الربويين يلغى وصف الصحة من كل منهما، فيقع أحد العوضين فى مقابل نفس العوض الآخر حتى لو كان أحدهما صحيحا و الآخر معيبا فإنه لو وقع بعض المعيب بإزاء وصف الصحة فى العوض الآخر بان يكون بعضه الآخر بإزاء نفس العوض الصحيح لكانت المعاملة محكومة بالفساد، و لنقصان العوض المعيب عن الصحيح كما؛ و على ذلك يكون أخذ البائع الأرش على العيب الجديد كاشفا عن كون بعض العوض بإزاء الصحة التى زالت بالعيب الجديد فيكون العوض موزعا على نفس الشئ، و وصفه؛ و لذا لا يجوز الإقالة بزيادة أو نقيصة فى الربويين، و لو مع تعيب أحدهما بعد المعاملة فى يد المقييل.

نعم يصح الردّ مع الأرش فى غير ربويين كما إذا اشترى شيئا بثمن و ظهر فيه عيب و تعيب الشئ عند المشتري فإن المشتري مع فسحه البيع و لو برضاء البائع يرد عليه أرش العيب الجديد.

و التوجيه الثانى: ان الفسخ مع الأرش من تملك أحد العوضين من جنس واحد بزيادة حيث يملك البائع ثانيا بالفسخ ما صار الى المشتري أولا، و لأن الفسخ معاملة جديدة بين العوضين الربويين فتكون أخذ الأرش على العيب الجديد زيادة فى أحد العوضين.

أقول: التوجيه الثانى ساقط من أصله فإن الفسخ ليست معاوضة جديدة؛ بل هو إزالة للعقد الناقل فيرجع كل من العوضين الى مالكة الأصل بالاسبب السابق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٧

[و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار]

و منها: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار (١).

على ذلك العقد، و كذا الأول فإن وصف الصحة لا تقابل بالمال في المعاملة أصلا سواء كان العوضان ربويين أم لا فيكون تخلف الوصف المشترك صحة كانت أم غيرها موجبا لجواز الفسخ فقط و الأرش حكم شرعى، و لكن هذا حكم ضمان الوصف في المعاملة. و أما ضمان الوصف في المقام فهو ضمان اليد بمعنى الأرش سواء كان الوصف كاملا أو صحة فإن العيب الجديد بعد فسخ المعاملة يدخل في ضمان اليد و لا يكشف عن توزيع العوض أصلا و لو كان كاشفا فإنما يكشف عن الضمان المعاملى بالإضافة إليه لا بالإضافة إلى العيب القديم.

(١) قد يذكر من مسقطات جواز الفسخ و المطالبة بالأرش تأخير الأخذ بمقتضى خيار الفسخ بان لا يفسخ و لا يطالب بالأرش عند العلم بالعيب قال فى الغنية مسقطات خيار العيب التبرى، و الرضا بالعيب و تأخير الرد مع العلم بالعيب لأنه على الفور بلا خلاف ثم ذكر من المسقطات التصرف فى المعيب و حدوث عيب آخر فيه فى يده، و قال أنه ليس مع التصرف و حدوث العيب الفسخ بل يثبت معهما الأرش انتهى و ذكره أخذ الأرش فى التصرف و حدوث العيب دون تأخير الرد ظاهره إلحاق تأخير الرد بالتبرى و الرضا بالعيب فى كونه مسقطا لجواز الفسخ و الأرش.

و كيف كان فالوجه فى إسقاط تأخير الرد الخيار ظهوره مع العلم بالعيب فى الرضا بالمعاملة المفروضة و ذكر المصنف (ره) أنه على تقدير دلالة على الرضا يكون المدلول عدم ارادة الفسخ لا عدم إرادته المطالبة بالأرش أيضا. أقول: لم يظهر الفرق بين جواز الفسخ و المطالبة بالأرش، و لو كان فى التأخير دلالة على عدم الإرادة فهى بالإضافة إليهما، و مع عدم الدلالة كما هو الصحيح فلا يسقط شىء منهما.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٨

.....

و قد تمسك المصنف (ره) فى سقوط خيار العيب أى جواز الفسخ بأصالة اللزوم أى عموم وجوب الوفاء بالعقود أو استصحاب بقاء الملكين بحالهما حيث يقتصر فى الخروج عنها بالمقدار المتيقن، و قال ما حاصله ان دعوى عدم عرفان الخلاف فى جواز التأخير، كما عن المسالك و الحدائق لا أساس لها لأننا عرفنا الخلاف، و الحكم بكون الخيار على الفور عن ابن زهرة و غيره و يكشف عن وجود الخلاف تعبير العلامة فى حكمه فى المقام بالتراخي بأن التراخي أقرب و مثلها دعوى عدم الخلاف فى كونه على التراخي، كما عن الكفاية. نعم ذكر فى الرياض اتفاق المتأخرين كافة على التراخي، و لكن الشهرة بين المتأخرين لا يمكن الاعتماد عليها، و لو قلنا باعتبارها من باب مطلق الظن لأن الشهرة فى المقام قد حصلت من الأخذ بمقتضى استصحاب بقاء الخيار حتى ان العلامة فى حكمه بالتراخي تمسك به و استصحاب الخيار لا يعتبر فى المقام لكون الشك فى المقتضى؛ و ما فى الكفاية من ان جواز التأخير مقتضى إطلاق أخبار الباب و خصوص بعضها لا يمكن المساعدة عليه فإن الإطلاق وارد فى مقام بيان أصل الخيار لا خصوصياته و خصوص بعضها لا نعرفه.

أقول: الإطلاق فى المقام تام و معه لا تصل النوبة إلى أصالة اللزوم و لو كان المراد بها التمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فإنه قد ذكر فى مرسله جميل ان كان الشىء قائما بعينه رده على صاحبه فان مقتضاها ان الموضوع لجواز الفسخ بعد ظهور العيب قيام الشىء بعينه، و لو كان دخل لأمر آخر فى جواز الفسخ من عدم التأخير فيه و نحوه لذكر فى القضية الشرطية، و نحوه ما فى صحيحة ميسر من قوله

عليه السلام (و ان لم يكن يعلم ان ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه)، فالأظهر يكون الخيار في المقام ايضا على التراخي.
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣١٩

[قال في المبسوط: من باع شيئا فيه عيب و لم يبيته فعل محظورا]

قال في المبسوط: من باع شيئا فيه عيب و لم يبيته فعل محظورا (١).

(١) في المسألة أقوال خمسة: الأول وجوب بيان العيب تعيينا. الثاني وجوبه تخيرا بينه و بين التبري. الثالث عدم وجوب شيء منهما. الرابع بيان العيب الخفي و هو الذي لا يظهر بمجرد الاختبار و الرؤية. الخامس بيان العيب الخفي أو التبري. ويستدل القائل بوجوب الاعلام مطلقا أو في بعض الموارد بكون ترك الاعلام غشا، و لا يجوز غش المؤمن في المعاملة بل و غيرها. و ذكر المصنف (ره) ان الأظهر في المقام بيان العيب الخفي و هو الذي لا يظهر بالاختبار المتعارف لكون الكتمان بمعنى عدم الإظهار غشا. و اما في العيب الظاهر فلا يكون مجرد عدم إظهار غشا بل الغش إظهار خلافه بحيث يعتمد عليه المشتري قولاً أو فعلاً، كما إذا فتح الكتاب بين يدي الأعمى مظهرًا أنه يقرئه الموجب للاعتماد المشتري عليه فإنّ عدم الإظهار في الأول، و إظهار الخلاف في الثاني غشا، ثم ذكر أنه لم يعلم عدم صدق الغش مع التبري لأنّ التبرير لم يحصل بمجرد عدم إظهار العيب بل لاعتماد المشتري على أصالة السّلامة أيضا، فيكون عدم اعلامه بالعيب موجبا لاعتماد المشتري على أصالة السلامة فالأحوط الاعلام و عدم الاكتفاء بالتبري.

أقول: الأظهر أنّ مجرد عدم الاعلام بالعيب لا يعدّ غشا في المعاملة سواء كان العيب خفيا لا يظهر بمجرد الاختبار أو كان جليا يظهر عند البيع بالرؤية و الاختبار المتعارف فإنّ الغش أمر وجودي يقابل النصح، و هو فعل ما يوجب تليس الواقع و تغطية باطن أمر المبيع ليقدّم المشتري على شرائه و لو كان العيب ظاهرا و قصر المشتري بعدم التدقيق في النظر الى المبيع فعدم ذكر البائع العيب لا يعدّ غشا، و كذا في العيب الخفي حيث يكون الغطاء للعيب و عدم ظهوره للمشتري بمقتضى نفس العيب. نعم لو سأل المشتري في هذا الفرض عن حال المبيع فأجاب بما يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٠

.....

ظاهرا في نفي العيب يكون الجواب المزبور غشا و لو لم يكن الجواب داخلا في عنوان الكذب، كما إذا قصد به التورية. لا يقال لا يكون في هذا الفرض ايضا غش فإنّ المشتري مع ظهور العيب عنده يكون له جواز الفسخ فإنّ يقال الخيار لا يدفع الغش لا مكان ظهور العيب بعد التصرف المسقط لجواز الفسخ بل مجرد التعب أو صرف المال في ردّه على بايعه كاف في صدقه. و قد يقال أنّ ما ذكر لا يختص بالعيب الخفي و لو فعل البائع في العيب الظاهر ما يوجب اطمينان المشتري بصحة المبيع و الإقدام على شرائه بلا تفتيشه كفي في صدق الغش، و لكن ذلك لا يخلو عن تأمل.

هذا كلّه فيما إذا لم يكن العيب أو إظهار وصف الجودة في المبيع بفعل البائع بقصد تليس الأمر على المشتري و الّا يكون نفس الفعل المزبور محرما فيما إذا لم يكن الفعل المزبور ظاهرا. و في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون عنده لونان من طعام سعرهما بشيء و أحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعا، ثم يبيعهما بسعر واحد فقال لا يصلح أن يغش المسلمين حتى يبيته، فان هذه تحمل على صورة التغطية بقريته صحيحة محمد بن مسلم أنّه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض قال إذا

رؤيا جميعا فلا- بأس ما لم يغطّ الجيد الردى، و لو نوقش في دلالة لا يصلح على الحرمة فيما ذكرنا كفى في إثبات حرمة الفعل المزبور في العيب الخفى معتبرة السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال نهى النبى (ص) ان يشاب اللبن بالماء للبيع. ثم ان حرمة الغش في المعاملة فيما إذا لم يكن يخلط الشىء بغيره لا- توجب فساد المعاملة لتعلق النهى بالعنوان الخارج عن نفس المعاملة و على تقدير انطباق العنوان على نفس المعاملة فلا يوجب النهى عنها فسادها. و اما إذا كان الغش بالاختلاط إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢١

[مسائل في اختلاف المتبايعين]

[الأول و هو تارة في موجب الخيار]

إشارة

و هو تارة في موجب الخيار (١).

فان كان الخلط بحيث يستهلك الشىء في المبيع كشوب اللبن بالماء يصحّ البيع سواء كان ذلك الشىء مالا أو غيره، و لكن يثبت الخيار للعيب مع عدم التبرى.

و امّا إذا لم يستهلك فان خرجا الى موجود ثالث يحكم ببطلان البيع لعدم تحقق للمبيع خارجا. و اما إذا لم يخرج الى ثالث و لم يستهلك في البيع يصحّ بالإضافة الى ما ينطبق عليه عنوان المبيع، و يبطل بالإضافة إلى الآخر و لا يضمرّ مع الانحلال الجهل بمقدار المبيع مع العلم بمقدار الجملة فإنّ الجهل بالمقدار في المبيع الانحلالى لا يضمرّ كما إذا باع شيئين موزونين بصفقة بوزن الجملة و ظهر أحدهما ملك الغير.

(١) اختلاف المتعاملين في موجب الخيار تارة و في مسقطه أخرى و في الفسخ ثالثه.

امّا الأوّل ففيه فروض فإنّه ان كان الاختلاف في عيب المبيع و سلامته بان ادعى المشتري أنّه معيب و قال البائع لا يكون فيه عيب و فرض تعذر اختياره لتلفه عند المشتري أو غيره فيقدم قول البائع لأنّ المشتري يدعى استحقاق المطالبة بالأرش و البائع ينكره فيحلف مع عدم البيّنة للمشتري على عدم العيب أو عدم حقّ الأرش له عليه.

ذكر السيد اليزدى (قده) أنّه لو كانت الحالة السابقة في المبيع هو العيب يستصحب العيب فيكون القول قول المشتري فمع عدم البيّنة للبائع على الزوال يحلف المشتري على عدم زواله.

أقول: الأظهر أنّه يحكم في الفرض ايضا بكون المشتري مدّعيّا لأنّ الموضوع لأخذ الأرش ليس بيع الشىء مع عيب ذلك الشىء في ذلك الزمان، بل بيع الشىء حال وجود العيب فيه، كما هو ظاهر قول أبى جعفر عليه السلام في معتبرة زرارة (أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار) حيث انّ قوله و به عيب و عوار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٢

.....

الحالية لا الاجتماع بواقعة نظير ما ذكروا من أنّه لو ركع و شك في أنّه أدرك الإمام في ركوعه أم لا بان احتمل رفع الإمام رأسه عن الركوع قبل وصوله الى حد الركوع فإنّه يحكم ببطلان صلاته أو جماعته فإنّ استصحاب ركوع الإمام في زمان وصل فيه حد الركوع

لا يثبت ركوعه حال كون الإمام راكعا.

و لو أحرز تحقق نقص في المبيع و اختلفا في كونه عيبا لنقص القيمة أم لا و لم يحرز حال ذلك الأمر لعدم إمكان الرجوع الى أهل الخبرة لفقده فإنه في الفرض ايضا يكون مقتضى الأصل عدم ثبوت حق الأرش للمشتري فيحلف البائع على نفيه و هذا بالإضافة إلى الأرش.

و أما بالإضافة إلى جواز الفسخ فمع الاتفاق على كون الأمر الموجود نقصا بحسب أصل الشيء كما هو الفرض يكون للمشتري جواز الرد، و لا يخفى أن هذا مبني على كون النقص غير الموجب لنقص القيمة عيبا يوجب جواز الفسخ و لا فمقتضى تقديم قول البائع عدم ثبوت جواز الفسخ ايضا.

و لو أحرز العيب في المبيع فعلا و اختلفا في حدوثه فقال المشتري أنه كان عند البيع أو قبل وصوله الى يده فله خيار العيب، و قال البائع لم يكن حال البيع أو قبل وصوله الى يده فلا خيار للمشتري فإنه يقدم ايضا قول البائع من غير فرق بين العلم بزمان حدوث العيب و عدمه و ذلك فإنه لو علم زمان حدوث العيب لا يكون استصحاب عدم البيع الى ذلك الزمان مفيدا في جريان البيع عليه مع العيب.

و ذكر ابن الجنيدي في فرض اختلافهما في تقدم العيب و تأخره أنه يقدم قول المشتري فيحلف على عدم حدوثه عنده لأن الأصل عدم وصول المبيع إلى المشتري سالما و عدم استحقاق البائع الثمن كله، و فيه ان استحقاق البائع الثمن بأكمله محرز لأن الأرش ليس جزءا منه و وصول المبيع إلى المشتري محرز و عدم وصوله سالما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٣

.....

لا يثبت جريان البيع على المعيب أو حدوثه في ضمان البائع نظير ما تقدم في مسألة الاختلاف في تغير المبيع. و الحاصل: أنه يحكم في الفرض بتقديم قول البائع، و هذا فيما لم تشهد القرينة على عدم حدوث العيب في يد المشتري، و لا فيحكم بمقتضى القرينة، و هذا ليس من تقديم قول المشتري ليحلف على عدم حدوثه عنده، بل من حكم الحاكم في الواقعة بعلمه الحاصل من القرينة فإنه مع علمه لا مجال لبينة المدعى و لا لحلف المنكر كما لا يخفى.

قال في التذكرة لو أقام أحدهما البينة على مدعاه بان تشهد ببيته المشتري بوجود العيب حال البيع و بيته البائع بحدوثه عند المشتري فيعمل ببينة المشتري لأن بينه البائع لا اعتبار بها مع بينة المشتري لأن المشتري هو المدعى و لا يطلب من المنكر إلا الحلف و لا تسمع منه البينة؛ و أما سماع بينة البائع مع عدم البينة للمشتري فهو مبني على قيام بينة المنكر مقام حلفه.

أقول: المنسوب الى المشهور عدم الاعتبار ببينة النفي و أنه لا تسمع ببينة المنكر و لا يسقط بها الحلف عليه و يستدل على ذلك بقوله صلوات الله عليه البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه، أو على من أنكر حيث ان التفصيل يقطع الشركة.

و يدل على ذلك أيضا رواية منصور التي رواها الشيخ بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن إبراهيم بن هاشم عن محمد بن حفص عنه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث تعارض البيتين في شاة في يد رجل قال قال أبو عبد الله عليه السلام حقه للمدعى و لا أقبل من الذي في يده بينة لأن الله عز و جل إنما أمر أن تطلب البينة من المدعى، فان كانت له بينة و لا فيمين الذي هو في يده هكذا أمر الله عز و جل، و لكن الرواية ضعيفة سندا، لأن محمد بن حفص مجهول، و احتمال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٤

.....

كونه ابن العمري الذي كان وكيل الناحية، و كان الأمر يدور عليه، كما هو ظاهر جامع الرواة، و كان من أصحاب العسكري عليه السلام بعيد غايته لأن رواية إبراهيم بن هاشم الذي لقي الرضا عليه السلام و أدرك الجواد عليه السلام عنه و روايته عن منصور الذي من أصحاب الصادق عليه السلام لا يمكن عادة مع ان في كون منصور هو منصور بن حازم أو منصور ابن يونس تأملا، و ان لا يبعد ذلك باعتبار كونه صاحب الكتاب و المشهور من أصحاب أبي عبد الله (ع).

و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، لأن استناد المشهور الى هذه الرواية دون قوله صلوات الله عليه (البينة للمدعى و اليمين على من أنكر) غير محرز، كما أنه لم يحرز أصل الشهرة في الحكم المزبور.

و عن العلامة و الشهيد بل لا يبعد دعوى الشهرة بين متأخرى المتأخرين سماع بينة المنكر و أنه لا حلف على المنكر معها و ما تقدم من قوله صلوات الله عليه لا دلالة له على عدم السماع بل ظاهر التفصيل أنه لا يطالب المنكر بالبينة، بل يطالب بالحلف بخلاف المدعى فإنه يطالب في إثبات دعواه بالبينة لا أن البينة فيما إذا أقامها المنكر لا تعتبر، بل مقتضى إطلاق دليل اعتبار البينة سماعها و لو من المنكر كما يدل عليه أيضا رواية ضمرة بن أبي ضمرة عن أبيه عن جدّه قال قال أمير المؤمنين عليه السلام (ان أحكام المسلمين على ثلاثة شهادة عادلة أو يمين قاطعة أو سنّة ماضية من أئمة الهدى)، و لكن الرواية ضعيفة سندا. و مثلها مرسله ابن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام في كتاب علي عليه السلام ان نبيا من الأنبياء شكى الى ربّه القضاء فقال (كيف أقضى بما لم تر عيني و لم تسمع اذني؟

فقال اقض عليهم بالبينات و أضفهم إلى اسمي يحلفون به).

أقول: لا يمكن الاستناد في الحكم بسماع بينة المنكر إلى شيء من ذلك فإنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٥

.....

قوله صلى الله عليه و آله (إنما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان مع الانضمام بقوله صلى الله عليه و آله (البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر) ان المدرك للقضاء ينحصر ببينة المدعى و يمين المدعى عليه، و ان المنكر لا يطالب بالبينة بل يطالب باليمين و لو مع البينة له.

و بتعبير آخر كما ان مقتضى ملاحظتهما عدم كفاية يمين المدعى على دعواه في الحكم كذلك لا يكون بينة المنكر كافيا في الحكم.

و دعوى ان ذلك مقتضى إطلاق دليل اعتبار البينة، و ان البينة من المنكر لا يقاس بيمين المدعى فإن اليمين في نفسه لا تعتبر بخلاف البينة لا يمكن المساعدة عليها، فإن مقتضى اعتبار البينة أنه يحرز بها الواقع فيجوز ترتيب آثار الواقع معها سواء كان الواقع نفيا أو إثباتا، كما إذا شهدت البينة للمرأة على عدم كونها ذات بعل، أو في العدة فيجوز للرجل تزويجها و لو مع كونها متهمه لا تعتبر قولها. و اما جواز القضاء و سقوط دعوى الآخر عليها بأنها زوجته بحيث يترتب على القضاء نفوذه فيمكن أن يؤخذ في موضوع جواز القضاء الإحراز الخاص أو أمرا آخر لا يكون إحرازا أصلا كيمين المنكر فإطلاق اعتبار البينة بحيث تعم البينة على النفي لا ينافي عدم جواز القضاء بها في مقام الترافع كما هو مقتضى قوله صلوات الله عليه (إنما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان و ان البينة على المدعى و اليمين على من أنكر).

و بذلك يرفع اليد عن مقتضى الإطلاق في رواية ضمرة و أنه كما لا تكون يمين المدعى على دعواه من اليمين القاطعة في مقام الدعوى كذلك لا تكون بينة المنكر شهادة عادلة في مقام المخاصمة بأن يقطع المخاصمة بها، و كذا الحال في مرسله ابن عثمان كما لا يخفى.

و ربما يستدل على جواز القضاء بينة المنكر و عدم الحلف عليه معها بروايات

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٦

.....

منها معتبرة حفص ابن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال له رجل إذا رأيت شيئا في يدي رجل يجوز لي ان أشهد أنه له قال (نعم) قال الرجل أشهد أنه في يده و لا أشهد انه له فلعله لغيره فقال أبو عبد الله عليه السلام (أفاحلّ الشراء منه؟) قال نعم فقال أبو عبد الله عليه السلام (فلعله لغيره؟ فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك، ثم تقول بعد الملك هو لي و تحلف عليه؟، و لا يجوز أن تنسبه الي من صار ملكه من قبله إليك، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام لو لم يحز هذا لم يبق للمسلمين سوق.

و لكن يخفى ان المراد بالشهادة فيها نسبة ملك الشيء إلى ذي اليد، و لذا ذكر سلام الله في مقام النقض بنسبة الملك الى نفسه بعد الشراء من ذي اليد، و ليس المراد الشهادة في مقام الترافع، و على تقدير الإطلاق و دلالة على جواز الشهادة في مقام الترافع فليس مقتضى ذلك الاكتفاء به عن الحلف على المنكر، كما سنبين وجهه في تعارض بينة المنكر مع المدعى.

و منها صحيحة حماد بن عثمان قال بينما موسى ابن عيسى في داره التي في المسعى يشرف على المسعى إذ رأى أبا الحسن موسى عليه السلام مقبلا من المروة على بغلة فأمر ابن هيثاج رجلا من همدان منقطعاً اليه ان يتعلّق بلجامه و يدعى البغلة فأتاه فتعلّق باللجام و ادعى البغلة فثنى أبو الحسن عليه السلام رجله و نزل عنها و قال لغلمانها (خذوا سرجها و ادفعوا اليه) فقال السرج أيضا لي فقال (كذبت عندنا البيئنة بأنّه سرج محمد بن علي، و اما البغلة فإننا اشترينا منذ قريب) و أنت أعلم و ما قلت حيث لو لم تكن بينة المنكر معتبرة لما كان لقوله عليه السلام و عندنا البيئنة بأنّه سرج محمد بن علي، و فيه ان المراد بالبيئنة ما يوضح الأمر كما هو معناه اللغوي بقرينة قوله (ع)؛ و اما البغلة فإننا اشتريناها منذ قريب، و أنت أعلم،

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٧

.....

و ما قلت.

و الحاصل: ان مراده عليه السلام بأننا لا نحتمل صدقك بالإضافة إلى السرج لا أنه ليس عندنا بالبيئنة المعتبرة في مقام القضاء بالإضافة إلى شراء البغلة، كما لا يخفى.

و منها: ما ورد في قضية أمر الفدك بسند صحيح رواه في الوسائل في باب الشهادة بالملكية باليد من احتجاجه عليه السلام في الجواب عن قول الأول هذا فيء للمسلمين، فإن أقامت شهودا ان رسول الله جعله لها و الآ فلا حق لها فيه بقوله عليه السلام (يا أبا بكر تحكّم فينا بخلاف حكم الله في المسلمين قال لا قال فان كان في يد المسلمين شيء يملكونه ثم ادعيت أنا فيه من تسأل البيئنة قال إياك اسئل البيئنة قال فما بال فاطمة سئلتها البيئنة على ما في يديها، و قد ملكته في حيوة الرسول (ص) و بعده و لم تسئل المسلمين بيئنة على ما ادعوها شهودا كما سئلتني على ما ادعيت عليهم فسكت أبو بكر فقال عمر يا على دعنا من كلامك فأننا لا نقوى على حجّتك فان أتيت بشهود عدول و الآ فهو فيء للمسلمين لا حق لك و لا لفاطمة فيه و وجه الاستدلال انه لو لم تعتبر بينة المنكر لكان أنسب بالاحتجاج على أبي بكر ذكر ان بيئنة فاطمة عليها السلام لا تفيد شيئا فمطالبتها بها لغو لا أنها بلا موجب.

أقول: الاستدلال عجيب فإنهم لم يكونوا يعرفون أو يقبلون بأن المطلوب بالبيئنة من يدعى على ذي اليد فقط و ان ذي اليد لا يطالب بالبيئنة فكيف الظنّ بعرفانهم أو قبولهم بان بيئنة ذي اليد لا تقطع المخاصمة هذا مع ان عدم كفاية بينة المنكر عن الحلف لا يلزم لغويتها كما سنبين إنشاء الله تعالى. و الحاصل ان احتجاجه عليه السلام كان مبتيا على أمر يعد من الأوليات في باب القضاء.

و منها موثقة إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ رجلين اختصما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٨

.....

إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابة في أيديهما إلى ان قال قيل فان كانت في يد أحدهما و أقاما جميعا البيّنة قال اقضى بها للحالف الذي هو في يده و وجه الاستدلال أنّه لو لم تكن بيّنة المنكر مسموعه لتعين الحكم بمليكية غير ذي اليد لان بيّنته بيّنة المدعى و لا عبرة معها لا بالبيّنة المنكر و لا بالحلف و نحوها موثقة غياث ابن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة و كلاهما أقاما البيّنة أنه أنتجها فقضى بها للذي في يده و قال لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين. أقول: الظاهر و الله العالم لا دلالة في الرويتين على ما ذكر من جواز القضاء ببيّنة المنكر و عدم الحاجة معها إلى حلفه و ذلك لما أشرنا إليه سابقا من أنّ عدم اعتبار بيّنة المنكر بالإضافة إلى القضاء فقط لا أنّه لا يحرز بها الواقع فإن مقتضى دليل اعتبار البيّنة عدم الفرق بين كونها قائمه على ثبوت الواقع أو نفيه و على ذلك فمع معارضة بيّنة المدعى مع بيّنة المنكر يتساقطان عن الاعتبار على ما هو المقرر من الأصل في تعارض الأمارات و لا يصحّ القضاء في الفرض ببيّنة المدعى لأنّ ظاهر قوله صلى الله عليه و آله (إنما أقضى بينكم بالبيّنات) المعتبرة منها و كذلك قوله عليه السلام البيّنة على من ادعى.

و على ذلك ففيما إذا كان المال في يد أحد و ادّعه الآخر، و اقام على دعواه بيّنة و كان لدى اليد بيّنة على أنّها له كان مدلولهما متناقضين لا يمكن الحكم بثبوت الدعوى بالبيّنة المزبورة و تصل النوبة إلى حلف المنكر و موثقة إسحاق بن عمار توافق هذه القاعدة حيث ذكر سلام الله عليه فيها أقضى بها للحالف الذي هي في يده.

و كذلك موثقة غياث حيث ذكر فيها قضي بها للذي في يده بعد تقييد إطلاقها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٢٩

و إذا حلف فلا بد من حلفه على عدم تقدم العيب (١).

بما في الموثقة من كون القضاء بالحلف و ظاهر الرويتين حكاية واقعة واحدة و الاختلاف بينهما في النقل بالإطلاق و التقييد أي ذكر القيد في أحدهما و عدم ذكره في الآخر. و الحاصل: ما ذكرنا من سقوط بيّنة المدعى مع البيّنة على خلافها سواء كانت تلك البيّنة للمنكر أو لآخر و لا يتمّ معها ملاك الحكم بالبيّنة و تصل النوبة إلى حلف المنكر هو الأصل فكلّ مورد ثبت فيه بالنص خلاف ذلك نأخذ فيه بالنص الوارد فيه و نرفع اليد عن القاعدة المشار إليها و في غير يؤخذ بها.

و مما ذكرنا أنّه لا يتم ما ذكره العلامة في اختلاف البائع و المشتري في تقدم العيب و تأخره من أنّه لو قام أحدهما بيّنة يؤخذ بها فإنّه لا يكفي هذه البيّنة فيما إذا أقامها البائع و لا يسقط دعوى المشتري إلّا بالحلف على عدم تقدم العيب، و كذا ما ذكره من أنّه لو أقام كل منهما بيّنة تؤخذ ببيّنة المشتري فإنه قد تقدم ان بيّنة المدعى في الفرض لا يصلح ملاكا للقضاء بل يتعين في الفرض القضاء بحلف البائع على عدم تقدم العيب و الله سبحانه هو العالم.

(١) قد ذكرنا في بحث القضاء أنّه يعتبر في حلف المنكر حلفه على نفى ما يدّعه خصمه و هذا يصدق بالحلف على نفى مصبّ الدّعى أو نفى ما يترتب على ذلك المصّب؛ و لذا يكفي في الحلف على نفى دعوى الافتراض الحلف على أنّه لا تشتغل له ذمته. نعم يعتبر في الحلف العلم بالنفى على ما نطقت به الروايات من أنّه لا يقع اليمين إلّا على العلم، و عليه فان اختبر البائع المبيع قبل بيعه يمكنه الحلف على نفى العيب حال البيع و يكون العلم الحاصل بالاختبار كالعلم بالعدالة و الإعسار الحاصل بالمصاحبة الموجبة للاطلاع بهما، و هل يجوز الحلف على النفى مع عدم الاختبار اعتمادا على استصحاب عدم البيع المزبور حال العيب أو استصحاب

عدم ثبوت جواز الفسخ و حق الأرش لخصمه و لو بنحو السالبة بانتفاء الموضوع كما يجوز
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٠

[فرع لو باع الوكيل فوجد به المشتري]

لو باع الوكيل فوجد به المشتري (١).

الحلف على طهارة المبيع أو بقاء الزوجية و الملكية اعتمادا على الأصل و قاعدة الطهارة ذكرنا في بحث القضاء لا بأس بالحلف على
النفي و لو بالاعتماد على الأصل فيما كان مفاد دليل اعتباره التعبد بالعلم بالواقع.

و ما عن المصنف (ره) من دعوى الفرق بين الحلف على الطهارة و الزوجية و الملكية، حيث يجوز الحلف فيها بالاعتماد الى الحكم
الظاهري دون المقام تحكّم إلّا إذا قيل بعدم اعتبار الاستصحاب في العدم الأزلي، و ان ذلك الاستصحاب لا يثبت السالبة بانتفاء
المحمول الموضوع للحكم على الفرض، و كذا ما يظهر منه (ره) من عدم الفرق بين الشهادة بشيء و الحلف عليه ضعيف غايته فإنّ
المعتبر في الشهادة الأخبار بالواقعة عن حسّ بها بخلاف الحلف فإنّ المعتبر فيه مطلق العلم.

و أيضا ذكرنا في بحث القضاء أنّه لا يحلف على نفي العلم إلّا في مورد دعوى العلم عليه و مع الحلف على نفي العلم بالواقعة تسقط
دعوى العلم بها لا دعوى نفس الواقعة و إذا أجب الخصم بأنّي لا أدري و لم يدعى المدعى علمه يوقف الحكم لا أنّه تردّ اليمين على
المدعى كما هو ظاهر المصنف (ره) حيث جعل الردّ أوفق بالقاعدة.

(١) ذكر في المقام فرعا و هو ما إذا باع الوكيل متاعا و وجد مشتريه في ذلك المتاع عيبا و ادّعى انّ العيب كان حال البيع فإنّه لو
اعترف المشتري بالوكالة يكون طرف المخاصمة هو الموكل لأنّ وكالة الوكيل قد انتهت بتحقق البيع المنتسب الى مالك المتاع
بالوكالة و الضمان بأوصاف المبيع بالضمان المعاملى على المالك؛ و لذا لو اعترف الوكيل بعيب المتاع حال البيع فلا ينفع في ثبوت
الخيار أو الأرش للمشتري لأنّ اعتراف الوكيل إقرار على الغير لا على نفسه، و عليه فان اعترف الموكل بتقدّم العيب و خيار المشتري
فهو و إلّا يحلف على نفي التقدم.

و لا وجه لما يقال من انّ اعتراف الوكيل ينفذ على الموكل لا بما هو اعتراف على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣١

.....

الغير بل لقاعدة سماع قول ذي اليد أو من ملك شيئا ملك الإقرار به، و ذلك فإنّ قول ذي اليد لا يعتبر بعد انقضاء اليد إلّا مع الوثوق
بل في حال اليد أيضا في غير الطهارة و النجاسة، و نحوهما، و قاعدة من ملك شيئا لا تعمّ حال زوال الملك مع انّ السماع يختصّ
بسماع التصرف لا بسماع خصوصية العين كما لا يخفى.

و أمّا إذا لم يعترف المشتري بالوكالة و لم يكن للبائع البيّنة يكون طرف المخاصمة معه هو الوكيل فان اعترف بسبق العيب فقد تقدم
أنّه لا ينفذ في حقّ المالك غاية الأمر يكون اعترافه هذا دعوى بالإضافة إلى موكله بتحمّله الظلامة عنه و لو حلف المالك على عدم
تقدم العيب أو قال لا أدري يكون المتحمل للظلامة هو الوكيل.

و إذا أنكر الوكيل تقدم العيب فيمكن له الحلف على نفي تقدم العيب أو على نفي خيار المشتري، و لا- يقال انّ هذا الحلف حلف
على مال المالك، فيكون من الحلف عن الغير فلا- تسمع فإنّه يقال فان حلفه على نفي خيار المشتري من الحلف على دفع الظلامة
المتوجهة اليه مع أنّا قد ذكرنا في بحث القضاء جواز الحلف عن المنكر و لو كان ذلك من الحلف على أمر الغير فيما إذا كان ذلك

بالولاية أو الوكالة.

و لو لم يحلف الوكيل في الفرض و ردّه على المشتري فحلف على تقدم العيب يثبت الخيار له و هل هذا الحلف الذى من اليمين المردودة بمنزلة اعتراف المنكر فتقع الظلامة على الوكيل أو أنه كبيئته المدعى و هو المشتري في المقام فينفذ في حق مالك المتاع و يتعين عليه تحمل الظلامة فمبنى على الخلاف في أن اليمين المردودة على المدعى بمنزلة إقرار المنكر أو أنه كبيئته المدعى؛ و قد ذكرنا في بحث القضاء انها ليست من البيئته، و لا من الاعتراف بل هو ملاك آخر.

و بتعبير آخر كما أن اعتراف المدعى عليه في نفسه ملاك الحكم و لا يدخل في قوله (ص) البيئته على من ادعى و اليمين على من أنكر و قوله (ص) إنما أفضى بينكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٢

.....

بالبيئات و الايمان و كذلك الحكم باليمين المردودة فإن الحكم بها يستفاد مما دلّ على ردّ اليمين على المدعى بردّ المنكر أو بنكوله.

و قد يقال أنه لو قيل بأن اليمين المردودة كالبئنة فلا يجوز ايضا للوكيل مطالبة الظلامة عن المالك لاعترافه يكذب البيئته التي أقامها المدعى بعنوان اليمين المردودة؛ اللهم إلا أن يكون اعتراف الوكيل بعدم سبق العيب مستندا الى الأصل فلا مورد للأصل المزبور مع البيئته على خلافه، و لو كانت اليمين المردودة كبيئته المدعى تكون نافذة في حق المالك ايضا و إنما لا تنفذ فيما إذا كان إنكار الوكيل السابق جزئيا؛ و يجاب عن الإشكال بأن ذلك مبنى على كون اليمين المردودة كبيئته الزاد في أنها تسقط الحلف عنه فقط. و أما إذا قيل بأنها كبيئته المدعى فتنفذ في حق المالك.

أقول: قد ذكرنا أن اليمين المردودة ليست كالبئنة لا من الرادّ و لا من المدعى.

فلا تنفذ تلك اليمين إلا في حقّ الوكيل. نعم إذا أقام المشتري في الفرض البيئته على العيب في المبيع حال العقد تثبت بتلك البيئته على المالك تحمل الظلامة فيما إذا كان الوكيل غير منكر تلك البيئته بأن كان جوابه للمشتري بلا أدري أو بإنكار سبق العيب اعتمادا للأصل فإن مع تلك البيئته لا مورد للأصل فيمكن إثبات دعواه على المالك بتحمل الظلامة بتلك البيئته.

لا يقال هذا كله أى دعوى المشتري على الوكيل بسبق العيب فيما إذا اعتقد بأنه البائع بالأصالة. و أما إذا لم يكن المشتري جازما بأنه البائع بالأصالة فكيف يدعى الأرش أو الفسخ على البائع فإنه يقال يكفى في دعوى المشتري على الوكيل الأخذ بظهور الفعل في الأصالة، كما هو الحال في كل مورد كانت الدعوى أو الإنكار للاعتماد على الحجّة.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٣

[الرابعة لو ردّ سلعة بالعيب فأنكر البائع]

لو ردّ سلعة بالعيب فأنكر البائع (١).

(١) لو ردّ متاعا معيبا على البائع بدعوى أنه سلعته التي شراها منه و أنّها كانت معيبة عند الشراء و أنكر البائع عيب متاعه، و ان المردود عليه ليس بسلعته فيحلف البائع على نفي الخيار للمشتري مع عدم البيئته له، و ذلك لمطابقة قول البائع مع أصالة عدم الخيار للمشتري و عدم جريان بيعه على المتاع المزبور سواء قصد المشتري فسخ الشراء بالردّ المزبور أو بغيره؛ و هذا فيما لم يعترف البائع بثبوت الخيار للمشتري كما ذكرنا.

و أما إذا اتَّفقا على الخيار للمشتري فقد يقال بأنَّ المشتري يحلف على كون المردود هي السلعة التي شراها منه، كما عن العلامة في التذكرة و القواعد، و ذكر في الإيضاح في وجه ذلك بأنَّ اختلافهما في أمرين أحدهما خيانة المشتري في دعواه كون المردود هي السلعة المبيعة و الأصل عدم الخيانة؛ و ثانيهما سقوط خيار المشتري و الأصل بقاؤه.

و أورد المصنف (ره) على الاستدلال بأنَّ مقتضى استصحاب الخيار نفوذ فسخ المشتري لا تعيين المردود هي السلعة التي جرى عليها البيع، و إثبات كونه هي السلعة المبيعة بأصالة عدم الخيانة غير صحيح لأنَّ مع جريان أصالة عدم جريان المبيع على المردود يثبت الخيانة بهذا المعنى و الّا تكون أصالة عدم الخيانة مثبتة لكون المبيع هو المردود حتى مع عدم اعتراف البائع بالخيار للمشتري كما في الفرض الأول مع أنَّهم قد ذكروا فيه حلف البائع على نفى الخيار و نفى كون المردود سلعته.

لا- يقال لا- يقاس الفرض السابق بالفرض الثاني لأنَّ أصالة عدم الخيار للمشتري و عدم حدوث العيب في المبيع حال البيع و صحته إقباض البائع في الفرض الأول كانت مقتضاها تقديم قول البائع بخلاف الفرض الثاني مما لا مجال فيه لشيء
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٤

[الثاني و هو الاختلاف في المسقط]

[الأولى لو اختلفا في علم المشتري]

لو اختلفا في علم المشتري (١).

مما ذكر لا- اعتراف البائع بخيار المشتري فإنه يقال أصالة عدم الخيانة من قبيل ظهور الحال كأصالة الصحة التي لا- مجال معها للاستصحاب. و أما صحة الإقباض فلا معنى لها لأنَّ المقبوض كان ملك المشتري سواء كان البيع لازما أو خياريا و لزوم القبض عبارة أخرى عن عدم الخيار للمشتري في فسخ البيع.

أقول: و تقريب عدم الفرق بين الفرضين أنَّ أصالة عدم الخيانة يطلق على معنيين أحدهما عدم نسيء الحرام إلى المشتري المدعى و أصالة عدم الخيانة بهذا المعنى يشترك فيها الفرضان، و لكن لا تثبت كون المردود هي السلعة المبيعة لإمكان كون دعوى المشتري للخطأ و الغفلة. و ثانيهما قبول الزاد بان يبنى على ان ملك البائع هي العين المردودة و هذا لا يجرى في شيء من الفرضين بل يختص بموارد قول الأمين خاصة أخذًا بما دلَّ على عدم جواز اتهام الأمين و الأخذ بقبول المؤمن و قوله سبحانه ^{لما} عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، و لا يعمَّ المقام فإنَّ السلعة المبيعة كانت بيد المشتري بيد ملك، و بعد الفسخ على تقديره يد ضمان فأين يد الأمانة و دعوى كونها شبيهة بيد الأمانة لم يعلم لها وجه.

و على ذلك فان كان الخيار المتفق عليه خيار العيب فلا- ينفذ فسخ المشتري إلّا بعد إثبات كون المردود هو المبيع، و الّا يحقَّ له المطالبة بالأرش فقط، و ان كان غيره مما لا يسقط بتلف العين فيجوز له الفسخ و إعطاء البدل عن المبيع كما لا يخفى.

(١) لاختلاف المتبايعين في مسقط الخيار صور: الأولى ما إذا اختلفا في علم المشتري بالعيب عند الشراء فإنَّ المأخوذ في موضوع الخيار عدم تبين العيب للمشتري عند الشراء و قد ذكر سلام الله عليه في معتبرة زرارة (أيما رجل اشترى ما به عيب و عوار لم يتبرء إليه، و لم يتبين له) الحديث؛ و إذا قال البائع ان المشتري

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٥

.....

كان عالما بالعيب عند الشراء فلا خيار له، و قال المشتري كنت جاهلا فلي الخيار فيطبق قول المشتري مع استصحاب عدم تبين عواره

وعيه له و يثبت له الخيار.

الثانية: ما إذا اختلفا في زوال العيب إلى زمان علم المشتري به فقال المشتري أنه قد علم العيب السابق قبل زواله فلي الخيار، وقال البائع أنه كان زائلا عنده فليس لك خيار فإن المفروض علم المشتري بالعيب السابق و مقتضى الاستصحاب وجود ذلك العيب زمان علمه بالعيب السابق فيتم موضوع الخيار فيكون قول المشتري مطابقا للاستصحاب، فيحلف على وجود العيب السابق زمان علمه.

لا يقال: يعارض هذا الاستصحاب عدم العلم إلى زمان زوال العيب فإن زواله محرز بالوجدان و مقتضى الأصل عدم هذا العلم إلى ذلك الزمان فيتم موضوع سقوط الخيار، وهو عدم العلم به مع زواله فإنه يقال لو سلم المعارضة تصل النوبة إلى استصحاب بقاء الخيار بناء على أن زوال العيب مع عدم العلم به مسقط له، كما هو الفرض. نعم لو قيل بأن الموضوع للخيار حصول العلم بالعيب حال عيب الشيء نظير ما تقدم في درك الجماعة بأن يركع الشخص حال ركوع الإمام فالأصل عدم حصول العلم حال عيب الشيء فيكون قول البائع مطابقا للأصل فيحلف على النفي.

أقول: قد ذكرنا أن مع زوال العيب لا يكون في البين جواز الرد ولا جواز أخذ الأرش لأن ظاهر المرسله جواز الفسخ مع رد المعيب فلا ينفذ مع عدم كون المردود معيبا وهذا أيضا ظاهر كلام التذكرة؛ قال لو كان المبيع معيبا عند البائع وقد زال عيبه فلا رد لعدم وجبه و سبق العيب لا- يوجب خيارا، كما لو سبق على العقد ثم زال قبله بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده سقط الرد انتهى. و مقتضى ما ذكر (ره) أن العلم بالعيب السابق حال زواله لا يكون موجبا للخيار بل الموجب له العلم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٦

.....

بالعيب حال وجوده و يبقى هذا الخيار ما دام العيب باقيا، و مع زواله يسقط؛ ولذا ذكر المصنف (ره) أن هذه العبارة تشير إلى أن الموضوع للخيار العلم بالعيب السابق حال العيب.

و الفرق بين ذلك و ما ذكرنا هو أن الموضوع للخيار على ما ذكرنا جريان البيع على شيء حال وجود العيب فيه، و استفدنا ذلك من معتبرة زرارة، و أن هذا الخيار يبقى ما دام العيب. و الحاصل أنه لا يعتبر في موضوع الخيار العلم بالعيب أصلا لا مطلقا و لا حال وجود العيب بل المعتبر جريان البيع على ما به عيب و الموضوع للخيار في الفرض محرز و مقتضى الاستصحاب بقاء ذلك العيب الذي كان عند البيع فيجوز للمشتري أخذ الأرش لذلك العيب. و أما جواز الفسخ فلا لأن حدوث نكته أخرى يوجب سقوط جواز الفسخ سواء بقيت أم زالت.

و مع زوال القديم سواء حدث عيب آخر أم لا، لا مورد لجواز الفسخ و لا لأخذ الأرش لأن مع زوال السابق قبل الفسخ يسقط الخيار فسخا و أرشا كما تقدم.

و ذكر المصنف (ره) أن زوال العيب الحادث في يد المشتري يصح الفسخ بالعيب القديم، فمع اختلافهما بأن الزائل هو القديم أو الحادث يكون البائع في الفرض مدعيا لمخالفة قوله لاستصحاب العيب القديم و يوافق قول المشتري فيكون منكرا فيحلف على عدم السقوط لا- يقال قول البائع أيضا يوافق الأصل يعنى استصحاب العيب الجديد. فيكون كل منهما مدعيا و منكرا فيتخالفان و يستفيد البائع بحلفه سقوط الفسخ و يستفيد المشتري بحلفه أخذ الأرش فإنه يقال أصالة بقاء العيب الجديد غير جاريه في نفسها فإنها لا يثبت زوال العيب القديم لينتفى جواز الفسخ و يجوز أيضا أخذ الأرش بناء على أن الثابت للمشتري تخييره بين الفسخ و جواز أخذ الأرش.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٧

[الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المنفق عليه]

الثالثة: لو كان عيب مشاهد غير المنفق عليه (١).

أقول: استصحاب العيب السابق لا يترتب عليه بقاء جواز الفسخ مطلقا بل في خصوص ما ثبت فيه بقاء المبيع بحاله الذي كان عليه عند البيع. و من الظاهر أنّ الاستصحاب المزبور لا يثبت بقاء المبيع بحاله. و بتعبير آخر يثبت بأصالة بقاء العيب الجديد و بقاء المبيع على تغييره عدم جواز الفسخ فيكون قول البائع مطابقا للأصل، و قول المشتري مخالفا له فيحلف البائع على نفيه. و أما الأرش، فلا يستحقه المشتري أخذا باعتباره بناء على أنه في طول جواز الفسخ.

و أمّا بناء على تخيير المشتري بين جواز الفسخ و أخذه يحرز باستصحاب العيب القديم جوازه فيكون البائع بالإضافة إلى سقوط الأرش مدّعا و المشتري منكرا، فيتم ما تقدم عن الشافعي من أنّهما يتحالفان فينتفع البائع بحلّفه إسقاط الفسخ و المشتري بجواز أخذ الأرش.

(١) إذا اشترى متاعا به عيب و وجد فيه عيب آخر فاختلفا في ذلك العيب الآخر فقال البائع أنّه حدث عندك فلا يجوز لك إلّا أخذ الأرش على العيب الأول، و قال المشتري أنّ العيب الثاني كان عند الشراء أيضا فلي جواز الفسخ بهما.

ذكر في الدروس أنّ الفرض مثل ما إذا لم يكن في المتاع إلّا عيب واحد، و قال البائع بحدوثه عند المشتري فلا خيار، و قال المشتري أنّه كان عند البيع فلي الخيار، و يقدم قول البائع لموافقته استصحاب عدم العيب حال البيع فيحلف على عدم العيب الثاني عند البيع أو عدم الخيار للمشتري.

و ذكر المصنف (ره) ان الفرض لا يقاس بالعيب المنفرد لأنّ استصحاب عدم العيب حال البيع في العيب المنفرد ينفي موضوع الخيار؛ و لذا يقدم فيه قول البائع بخلاف هذا الفرض حيث يدّعي البائع فيه سقوط الخيار الثابت للمشتري بحدوث العيب الثاني عنده و استصحاب عدم العيب الثاني حال البيع لا يثبت حدوثه عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٨

.....

المشتري ليقدم قول البائع.

أقول: لو فرض ثبوت الخيار للمشتري بالعيب المتفق عليه يجرى في الفرض استصحاب عدم حدوث العيب الثاني عند المشتري فيحلف على ذلك فيحكم ببقاء خياره، و لكن لا يثبت له خيار آخر بالعيب الثاني لأنّ الأصل عدم وجود العيب ذلك الثاني عند البيع لا يقال يعلم إجمالا بعدم مطابقته كل من استصحاب عدمه حال البيع و استصحاب عدم حدوثه عند المشتري للواقع بل أحدهما غير مطابق له لا محالة فإنّه يقال هذا العلم الإجمالي لا يوجب سقوط الأصلين لأنّهما لا يوجب المخالفة القطعية، بل يوجب التفكيك بين المتلازمين واقعا و لا محذور فيه فيما إذا اقتضاه الأصلان. و الحاصل يحلف كل من البائع و المشتري فالبائع على وجوده حال البيع، فلا يكون الخيار الثاني، و يحلف المشتري على عدم حدوثه عنده فيحكم ببقاء الخيار الأول.

و أمّا مع عدم ثبوت الخيار بالعيب الأول كما إذا تبرّء البائع منه أو كان معلوما للمشتري يكون الفرض كما ذكره في الدروس من تقديم قول البائع فإنّ أصالة عدم وجوده حال البيع ينفي الخيار كما هو ظاهر.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا حصلت الزيادة في العيب الذي كان عند البيع و اختلفا في زمان حصولهما فقال البائع أنّها حصلت بيد المشتري فلا يجوز له الفسخ و قال المشتري انها كانت قبل قبض المبيع فله الخيار فإنّه ان كان أصل العيب الذي كان عند البيع موجبا للخيار يتحالفان و يثبت للمشتري جواز الفسخ بأصل العيب، و ينفي البائع بحلّفه جواز الفسخ و أخذ الأرش بتلك الزيادة.

و أمّا إذا لم يكن أصل العيب موجبا للخيار كما إذا تبرّء البائع منه أو كان معلوما للمشتري فيحلف البائع على عدم حصولها عنده فلا

يثبت للمشتري جواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٣٩

[الرابعة: لو اختلفا في البراءة]

الرابعة: لو اختلفا في البراءة (١).

الفسخ و لا جواز أخذ الأرش فتدبر.

(١) لو اختلفا في التبري عن عيب المبيع بان ادعاه البائع و أنكره المشتري يقدم قول المشتري لأن جريان البيع على ما به عيب و عواز محرز، و الأصل عدم تبري البائع فيتم موضوع الخيار، و لكن ربما يترأى من مكاتبة جعفر بن عيسى عن أبي الحسن عليه السلام خلاف ذلك و أنه عند الاختلاف في التبري يقدم قول البائع.

و ذكر الأردبيلي (قده) ان الرواية لكونها مكاتبة يحتمل فيها الدس و رعاية التقي و كونها على خلاف قاعدة البيئنة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه فلا يمكن الاعتماد عليها، و لكن جعلها في الكفاية مؤيدة للقاعدة و ذكر في الحدائق ان تقديم قول البائع في الرواية لكون إنكار المشتري كان تدليسا و لعدم رغبته في المبيع جعل إنكاره وسيلة للتخلص من البيع؛ و لذا ألزمه عليه السلام بالثمن من غير ان يذكر ان على البائع الحلف على إسماع التبري و ناقش المصنف (ره) في التوجيه بأنه لا يحتمل أن يسئل السائل عن الامام عليه حكم صورة العلم بكذب المشتري فان الحكم في صورة العلم بالحال كان ظاهرا؛ و أما سئل عن صورة احتمال صدق المشتري كما يفصح عن ذلك قوله أ يصدق أم لا؟.

و الصحيح في الرواية ان يقال ان في موردها خصوصية لا- تنافي ما تقدم من تقديم قول منكر التبري عند الاختلاف و تلك الخصوصية ان البيع فيمن يزيد لا ينفك غالبا عن تبري البائع بنحو يسمعه كل من حضر الشراء؛ و هذا الظهور الغالب في المفروض في الرواية أو جب تقديم قول البائع، و هذا من أحد الموارد التي يقدم فيها الظهور على الأصل العملي أي استصحاب عدم سماع التبري. لا يقال تبري البائع قبل البيع و لو بنحو يسمعه من حضر لا يكون كافيا في الاشتراط فإنه يعتبر في نفوذ الشرط ذكره في متن العقد فإنه يقال يكفي في نفوذ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٠

[الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار]

الخامسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم أو إسقاط الخيار (١).

الشرط ذكره قبل المعاملة و إنشائها مبتيا على المذكور قبله؛ هذا أولا. و ثانيا ان كل نداء المنادى فيمن يزيد يكون إيجابا للبيع و لو بنحو يقبل الرجوع فيه و يكون تبريه في النداء من ذكر الشرط في الإيجاب، كما لا يخفى.

(١) من موارد اختلاف المتبايعين في حدوث المسقط للخيار ما إذا ادعى البائع رضا المشتري بالمبيع فلا يجوز له فسخه بعد ذلك، و يجوز له أخذ الأرش خاصة بناء على تخيره بين الفسخ و مطالبة الأرش. و أنكر المشتري رضاه فإنه يحلف على عدم رضاه.

و كذلك فيما إذا ادعى البائع إسقاط خياره بعد العلم بالعيب فلا يجوز له فسخ البيع و لا مطالبة الأرش أو ادعى تصرف المشتري بعد العلم بالعيب بل أو قبله بما يوجب سقوط جواز الفسخ فإنه مع الاختلاف يحلف المشتري على عدم إسقاط خياره أو عدم تصرفه و نظير ذلك ما تقدم من ان المبيع وجد فيه عيب جديد و قال المشتري أنه كان عند البيع فيجوز له الفسخ و أخذ الأرش عليه ايضا. و

قال البائع أنه حدث بيد المشتري فلا- يجوز له الفسخ بالعيب القديم فإنه قد تقدّم أنّ البائع يحلف على عدم وجوده عند البيع و المشتري على عدم حدوثه بيده فيحكم ببقاء جواز الفسخ و عدم جواز أخذه الأرش على العيب الثاني.

و لكن العجب من المصنّف (ره) حيث جعل في المقام الأصل الموافق لقول المشتري أصالة بقاء الخيار و الأصل عدم جريان البيع على السالم من العيب الجديد فإنه لو جرى على السالم لكان ضمانه على المشتري و وجه العجب أنّ ضمان المشتري العيب الجديد بمعنى حدوثه بيده مع جريان البيع على السالم متلازمان.

و من الظاهر أنّ نفي أحد المتلازمين بالأصل يعني أصالة عدم جريان البيع على إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤١

[الثالث اختلاف المتبايعين في الفسخ]

[الأولى لو اختلفا في الفسخ]

لو اختلفا في الفسخ (١).

السالم لا ينفى الملازم الآخر.

(١) لو اختلفا في الفسخ في زمان يكون للمشتري فيه خيار لو لا فسخه فلا ينبغي الريب في سماع قول المدعى بالفسخ. و ظاهر كلام المصنّف سماع قوله بأنّ له إنشاء الفسخ حين الدعوى. و عن الدروس جعل دعواه فسخا بمعنى أنّ الحاكم يحكم بتحقيق الفسخ بمجرد إقراره بالفسخ لقاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به، كما لو ادعى الزوج طلاق زوجته فإنّ للزوج سلطنة الطلاق، و إذا ادّعا يقبل قوله بغير بينة و لا يحتاج في الحكم بثبوته الى حلف الزوج، و ان أنكرته الزوجة.

و يشهد للقاعدة المزبورة ما رواه الشيخ بإسناده عن الحسن بن محمد بن سماعه عن محمد بن زياد عن محمد بن عبد الله الكاهلي قلت لأبي عبد الله عليه السلام كان لعمي غلام فأبى فأتى الأنبار فخرج اليه عمي ثم رجعت فقلت له ما صنعت يا عمّ في غلامك قال بعته فمكث ما شاء الله ثم عمي مات فجاء الغلام فقال انا غلام عمك، و قد ترك عمي أولاد صغار و أنا وصيهم فقلت ان عمي ذكر أنّه باعك فقال عمك كان لك مضارا و كره أن يقول لك فتشمت به و أنا و الله غلام بنيه فقال (صدق عمك و كذب الغلام فأخرجه و لا تقبله).

و الظاهر أنّ محمد بن عبد الله الكاهلي سهو بل السائل هو عبد الله الكاهلي بقريته رواية الحسن محمد بن سماعه عن محمد بن زياد عن عبد الله بن يحيى الكاهلي في غير هذا المورد و عدم وجود محمد بن عبد الكاهلي في الرجال على ما أعلم فالرواية من حيث السند موثقة و مدلولها قبول اخبار المالك عن بيع ماله و عدم بقائه في ملكه و الإقرار بالعتق كما في عبارة المصنّف (ره) سهو من قلمه الشريف.

و ذكر السيد اليزدي (قده) أنّ الرواية لا دلالة لها على اعتبار القاعدة، و لذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٢

و ان كان بعد انقضاء زمان الخيار (١).

لم يستدل بها المصنّف (ره) في رسالته المرسومة في القاعدة على اعتبارها مع اهتمامه فيها بإقامة الدليل عليها و الوجه في عدم دلالتها هو ورودها في واقعة خاصّة، و لعل الإمام عليه السلام كان يعلم بكذب الغلام، و أنّ تصديق البائع كان من سماع الإقرار على النفس و ذكر أنّه لا- ينافي سماع الإقرار على النفس دون سماع الإقرار للنفس سقوط نفقة الغلام في الفرض فإنّ سماع الإقرار على النفس لا

ينافى سقوط ما يترتب على المقرّ به من انتفاع الغير كسقوط النفقة فيما إذا أقرّ الزوج بطلاق زوجته. و أنما لا يسمع الإقرار فيما إذا كان المقرّ به في نفسه للنفس لا عليه. أقول:

دعوى أنّ الرواية الواردة في واقعة خاصة، و لعلّ الإمام عليه السلام كان يعلم كذب الغلام لا يناسبها ظاهر السؤال و الجواب. و دعوى أنّ الإقرار على النفس تسمع و لو مع ترتب النفع للمقرّ فيما إذا كان المقرّ به على النفس و لا تسمع في خصوص ما كان المقرّ به للنفس غير ظاهرة، لأنّ الدليل على نفوذ الإقرار السيرة العقلائية و لا يترتب على الإقرار على النفس ما كان للنفس إلّا إذا كان داخلا في قاعدة من ملك كدعوى الطلاق.

(١) إذا كان اختلاف المتبايعين في الفسخ في زمان لا يكون فيه للمشتري خيار الفسخ، كما إذا تلف المبيع بعد الفسخ و قلنا بأنّ هذا التلف لا يوجب بطلان الفسخ السابق فإن أقام المشتري البيّنة على فسخه السابق يرجع الى البائع بالتفاوت بين الثمن المسمّى و بدل المبيع التالف و لو لم يتمكن على إقامة البيّنة على فسخه فيحلف البائع على نفى علمه بالفسخ فيما لو ادعى المشتري علمه به و ألّا يوقف الدعوى.

و هذا بناء على ما ذكروا من عدم جواز الحلف على فعل الغير نفيًا و إثباتًا. و أمّا بناء على ما ذكرنا في بحث القضاء من أنّه يصحّ القضاء بالحلف سواء إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٣

[الثانية لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على الفورية]

لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت بناء على الفورية (١).

حلف على فعل نفسه أو فعل الغير حيث لا يعتبر في الحلف إلّا العلم فيحلف البائع على عدم فسخه. و ايضا ذكرنا فيما تقدّم أنّه يعتبر في نفوذ الفسخ بقاء المبيع بحاله الى ردّه على بايعه و ألّا فلا موضوع إلّا للأرش. و عليه فيتعيّن في الفرض المطالبة بالأرش، و لا مجال للمخاصمة في الفسخ. و على ما ذكره من حلف البائع على عدم علمه بالفسخ فهل للمشتري المطالبة بالأرش قيل لا، لأنّ المشتري يعترف بعدم استحقاقه الأرش بدعواه فسخ البيع و أنّه أنما يستحقّ من الثمن الزائد على البديل لا غير.

و ذكر في الدروس أنّه يحتمل استحقاق المشتري الأقل من الأرش و التفاوت بين الثمن و بدل المبيع و الوجه في ذلك أنّ المشتري يستحقّ المال المزبور باتفاقهما غاية الأمر يذكر المشتري أنّه بعنوان التفاوت بين الثمن و البديل و البائع بدعوى أنّه بعنوان الأرش فإن كان التفاوت أزيد فالبايع ينكر استحقاق المشتري تلك الزيادة فيحلف على نفى استحقاق المشتري، و ان كان الأرش أزيد فلا يجوز للمشتري أخذه أخذًا باعترافه، و على ما ذكر فلا مورد للمخاصمة مع عدم الاختلاف بين الأرش و التفاوت بين الثمن و بدل التالف، كما أنّه لا- موضوع لحلف البائع فيما إذا كان الأرش أكثر كل ذلك فيما إذا لم يتضمّن دعوى المشتري المطالبة بعين الثمن و ألّا يحتاج نفى استحقاق المشتري الى حلف البائع فتدبر.

(١) لو كان اختلاف المتبايعين على القول بفورية الخيار في تأخر الفسخ أو وقوعه زمان الخيار بان قال المشتري كان الفسخ زمان الخيار، و قال البائع أنّه كان بعد انقضائه ذكر المصنف (ره) ان استصحاب بقاء العقد و عدم حصول الفسخ الى انقضاء الخيار يوافق قول البائع، حيث يذكر عدم الفسخ زمان الخيار، و أنّه وقع على التأخير، كما أنّ أصالة الصحة في الفسخ يوافق قول المشتري المدعى وقوع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٤

الفسخ زمان الخيار، و إذا اتفقا على زمان الفسخ، و اختلفا في أول زمان العقد فعينه البائع بزمان يكون الفسخ معه على التأخير و عينه المشتري بما يكون على الفور يحتمل استصحاب عدم وقوع العقد في الزمان المشكوك فيكون موافقا لقول المشتري و لكن الاحتمال ضعيف لأن استصحاب عدم حصول العقد في ذلك الزمان لا يثبت وقوع الفسخ في أول زمان إمكان الفسخ.

و نظير المسألة ما إذا اختلف الزوجان في تقدم رجوع الزوج و وقوعه في العدة فقال الزوج أنه كان في العدة و الزوجة أنه كان بعد انقضاء العدة.

أقول: استصحاب في ناحية بقاء العقد لا- مجال له مع استصحاب عدم حصول الفسخ المزبور الى حين انقضاء الخيار، فإن هذا الاستصحاب لو تم يترتب عليه بقاء العقد إذ مع الأصل السببي لا تصل النوبة الى الأصل الحكمي كما أنه لا مجال لاستصحاب عدم الفسخ المزبور الى حين الانقضاء لو جرت أصالة الصحة في ناحية الفسخ لأن مع أصالة الصحة لا مجال للاستصحاب كان على وفق أصالة الصحة أو على خلافها على ما هو المقرر في محله من حكومتها على الاستصحاب.

و ذكر السيد اليزدي (ره) أنه يقدم في فرض الاختلاف في تقدم الفسخ و تأخره قول المشتري المدعى لصحة الفسخ لا لأصالة الصحة في الفسخ فان حمل فعل الغير على الصحة يكون في غير موارد المنازعة و مع المنازعة يجري الحمل في العقود لا في الإيقاعات، كما في المقام بل لأن مع استصحاب بقاء الخيار الى حصول الفسخ يترتب عليه نفوذه.

لا يقال: هذا الاستصحاب معارض باستصحاب عدم وقوع الفسخ المزبور الى زمان انقضاء الخيار فإنه يقال ان الاستصحاب المزبور لازمه العقلي وقوع الفسخ بعد الانقضاء المحكوم على الفسخ معه بالبطلان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٥

.....

أقول: ما ذكره (قده) في أصالة الصحة عجيب فإن اعتبارها لا يختص بغير موارد المنازعة كما أنه لا فرق في اعتبارها بين العقود و الإيقاعات بل سائر ما يتصف بالصحة من العبادة و غيرها.

نعم في أصالة الصحة كلام و هو عدم جريانها في موارد الشك في قابلية المورد للتصرف أو في ولاية المتصرف للتصرف و عليه في المقام يشك في قابلية العقد للفسخ حال فسخ المشتري فلا مجرى لها.

و أما استصحاب بقاء الخيار فقد يقال أنه لا مجال له لأن انحلال البيع مترتب على الفسخ حال الخيار و استصحاب بقاء الخيار لا يفيد في كون الفسخ حال الخيار نظير ما تقدم من أن الموضوع لدرك الجماعة الركوع حال ركوع الإمام؛ و لكن لا يخفى ما فيه فإن انحلال العقد بالفسخ في زمان أثر شرعي لوجود الخيار في ذلك الزمان، و إذا ثبت بالاستصحاب تحقق الخيار زمان الفسخ يترتب على الفسخ المزبور انحلال العقد و وقوع الفسخ حال الخيار ليس موضوعا لانحلال العقد في شيء من الخطابات، و مما ذكرنا أنه يلزم في الحكم بقاء العقد من نفي الخيار زمان الفسخ، و من الظاهر عدم أصل ينفي الخيار زمان الفسخ و أصالة عدم الفسخ المفروض الى زمان انقضاء الخيار يلزمه عدم الخيار زمان الفسخ و الأصل لا يثبت لازمه العقلي، كما هو ظاهر فالمتحصل أن مع عدم البيئه للبائع يحلف المشتري على كون فسخه زمان الخيار له.

و مما ذكرنا يظهر الحال في مسألة اختلاف الزوجين في تقدم الرجوع على انقضاء العدة أو تأخره فإن مقتضى الاستصحاب كونها على العدة زمان الرجوع فيترتب عليه انحلال الطلاق فإن انحلاله بالرجوع من أحكام كونها على العدة. في ذلك الزمان و استصحاب عدم ذلك الرجوع الى انقضاء العدة لا ينفي العدة زمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٦

[الثالثة لو ادعى المشتري جهله بالخيار أو بالفورية]

لو ادعى المشتري جهله بالخيار أو بالفورية (١).

[القول في ماهية العيب]

اعلم ان حكم الرد و الأرش معلق في الروايات (٢).

الرجوع الّا بنحو الأصل المثلث لا يقال يقدم في الفرض قول المرأة لمثل قوله عليه السلام في صحیحه زرارة (العدة و الحيض للنساء إذا ادعت صدقت) فإنه يقال ظاهرها اعتبار اخبارها عن حالها الفعلي، و لا يعم اخبارها عن حالها السابق زمان الفعل الصادر عن الغير بل عن نفسها ايضا كما لا يخفى.

(١) لو فرض إمكان تصوير الخيار على الفور و بنحو التراخي في حق الجاهل بالفورية و لو جعل الخيار المتعدد بان يجعل الشارع الخيار لكل من اشترى ما به العيب زمان علمه بالعيب، و جعل خيار آخر لمن اشترى المعيب و لم يعلم بالخيار له زمان علمه بالعيب فإنه يجري مع اختلافهما في جهل المشتري استصحاب عدم علمه بالخيار له زمان علمه بالعيب، فيثبت الموضوع للخيار الثاني فيكون قول مدعى الجهل موافقا للأصل. نعم إذا كان المشتري ممن يبعد الجهل في حقه يكون تقديم مدعى علمه بالخيار مبنيًا على تقديم الظاهر على الأصل.

(٢) قد تكلم (ره) في المقام في العيب الموضوع لجواز الفسخ العقد و أخذ الأرش عليه ثم تعرض لبعض ما يقال أنه عيب. و قال بما حاصله ان العيب هو نقص الشيء عن مرتبة الصحة الملحوظة في الشيء المتوسطة بين النقص و الزيادة المعبر عن الزيادة بالكمال و ان كون شيء صحيحا عبارة عن كونه على مقتضى الحقيقة المشتركة بينه و بين سائر أفراد تلك الطبيعة. و إذا علم مقتضى الحقيقة من الخارج بحيث يكون تخلف فرد من أفرادها عن ذلك المقتضى لأمر عارض سواء كان التخلف بالنقص كالعيب في الحيوان أو بالزيادة كعرفة الكتابة في العبد و الخياطة في الأمة يكون المعيار في إحراز النقص هو العلم بمقتضاها. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٧

.....

و قد لا يعلم مقتضى حقيقة الشيء الّا من وجدان غالب أفراده على مرتبة و يجعل الغلبة وسيلة إلى إحراز مقتضى حقيقة ذلك الشيء و كون غالب أفراد شيء على نحو و ان لا يلزم عقلا كون ذلك النحو مقتضى الحقيقة لإمكان كونه لعارض أو عوارض تقارن غالب الأفراد. نعم يظن بكون ذلك النحو مقتضى الحقيقة فيكون الغلبة طريقًا ظنيًا بهذا اللحاظ، و الّا فلا يمكن الاستدلال من الجزئي على جزئي الآخر.

و الحاصل: تعتبر هذه الغلبة عرفا و عادة في استكشاف مقتضى حقيقة الشيء و يبني ان مقتضى غالب الافراد مقتضى حقيقته فيقاس إليها النقص و الزيادة.

و قد يعلم ان ما عليه غالب أفراد الشيء ليس من مقتضى حقيقة الشيء بل لأمر خارج عن حقيقته، كما في خراج الضيعة فإن الخراج ليس من مقتضى تملك الضيعة و لكنه يوضع عليها فيكون المقدار المتعارف من الخراج من مقتضى طبيعة الضيعة المملوكة؛ و في هذا الفرض يكون الملاك في النقص و الكمال الطبيعة الثانوية فزيادة الخراج الموضوع للأرض عن خراج أمثالها عيب؛ و لذا ذكروا

انّ الثبوت في الإماء ليست عيباً، بل قد يكون كون الشيء على مقتضى حقيقته عيباً كالغلفه في العبد، فإنّ عدم الختان الواجب عيب. نعم ربّما قيل أنّ مجرد عدم الختان غير عيب بل العيب في الأغلف لاحتمال الضرر في ختان الكبير، ولذا لا يعدّ الغلفه في الصغير عيباً، وعلى كل تقدير فلا عبرة بالخلقه الأصليه أو الحقيقه فيما إذا حصلت حقيقته ثانويه.

ولكن عدم العبرة بها لكون الشيء معيباً غير أنّه لا يثبت له حكم العيب لانصراف ما دلّ على جواز الفسخ والأرش إلى صورة التزام المتبايعين بعدم العيب ولو بشرط ضمنى ومع كون النقص غالباً لا يكون في البين شرط ضمنى و لحوقه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٨

.....

بصورة تبرى البائع عن العيب أو أنّ النقص الحاصل في غالب الأفراد غير داخل في العيب أصلاً، وتظهر الثمرة فيما إذا اشترط المشتري السلامة من النقص الغالب فإنّه بناء على الأول يثبت له عند التخلف خيار العيب بخلاف الثاني فإنّه لا يثبت له الأ خيار تخلف الشرط، وذكر العلامة لو اشترط البكارة في الأمة و ظهر الخلاف يثبت له الأرش دون الرد؛ و ظاهر ذلك أنّ الثبوت عيب يثبت حكم شراء المعيب مع اشتراط خلافها؛ ثم أنّ المصنف (ره) قد قوى الوجه الثاني و ذكر أنّ مع معارضه الحقيقه الصنفيه مع النوعيه تعتبر الصنفيه، و ذلك لكون المعيار في الصحه مع اختلاف الصنف في غالب افراده مع النوع بحسب افراده هو غالب الصنف بنظر عامه الناس.

أقول: محصل ما أفاده (قده) في المقام أمور: الأول أنّ الملاك في صحه الشيء و تماميته عدم نقصه عن مقتضى الحقيقه المشتركه بينه و بين سائر الأفراد؛ و المراد من الحقيقه المشتركه ما تعلق البيع بالشيء بذلك العنوان.

الثاني: أنّ مقتضى الحقيقه المشتركه إمّا بعلم من الخارج و مع عدم علمه من الخارج يستكشف بملاحظه غالب افراد تلك الحقيقه فما عليه الغالب فهو مقتضى الحقيقه المشتركه.

الثالث: إذا علم مقتضى الحقيقه المشتركه خارجاً و كان غالب الأفراد على خلافه فما تعلق عليه البيع لو كان مساوياً لغالب الأفراد لا يثبت فيه خيار العيب و عدم ثبوته لعدم العيب بان يكون ملاك الصحه أحد الأمرين أو أنّه عيب، ولكن لا حكم له حيث أنّ غلبه نقص على أفراد الحقيقه توجب ان لا يلتزم بالسلامه عنه و لو شرط السلامة في الفرض فظهر التخلف فيثبت خيار تخلف الشرط على الأول و خيار العيب على الثاني.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٤٩

.....

الرابع: ان المعيار في عيب الشيء مع اختلاف مقتضى الحقيقه المشتركه الصنفيه مع مقتضى الحقيقه النوعيه هو مقتضى الحقيقه الصنفيه فمع النقص عنه يكون الشيء معيباً و مع عدمه فلا عيب.

أقول: الظاهر عدم إمكان الجمع بين كون غالب الأفراد طريقاً إلى مقتضى الحقيقه المشتركه و بين الالتزام بأنّ ملاك صحه الشيء فيما إذا كان غالب الأفراد على خلاف مقتضى الحقيقه المشتركه هو موافقه لغالب الأفراد فإنّ الشيء فيما كان مساوياً لغالب الأفراد و حكم بأنّه غير معيب و لو مع نقصه عن مقتضى الحقيقه المشتركه المعلوم خارجاً يكون لغالب الأفراد موضوعيه و الطريقيه معناه عدم الموضوعيه لغالب الأفراد.

و الصحيح ان الموافق لغالب الأفراد لا يكون معيباً لا أنّه معيب لا يجري عليه حكم العيب و لو شرط البكارة في الأمة البالغه، فظهرت ثبوتاً لا- يجري عليه خيار العيب، و لو قيل بأنّه يرد عليه الأرش بعد ظهور عدم بكارتها بوطيها فهو للنص لا لكون الثابت خيار العيب و

دعوى انّ غلبة النقص على الأفراد يوجب تبرىّ البائع عن ذلك النقص فيما إذا أطلق العقد لا يمكن المساعدة عليها فإنّ لازمها ثبوت خيار العيب للمشتري فيما لم يعلم حين الشراء بغلبة النقص لأنّ الموجب لانتفاء خيار العيب إسماع البائع التبرىّ لا نفس تبرىّيه كما تقدم.

و الحاصل: انّ العيب في الشيء أمر عرفي و لا- يتحقق بخصوص النقص بل يحصل بالزيادة أيضا كما إذا كان يد العبد ذات أصابع ستة فالعيب في الشيء الخارجي كونه على خلاف أمثاله بحيث يكون ذلك الخلاف ضد المزيّة فإنّ أحرز ذلك في الشيء يثبت فيه خيار العيب و الّا يرجع الى عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، و يحكم بعدم ثبوت جواز الفسخ و لا جواز المطالبة بالأرض.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٠

و يحتمل قويا ان يقال ان المناطق في العيب النقص المالي (١).

(١) ذكر (قده) بما حاصله أنّه لا يبعد أن يكون نقص الشيء عن مقتضى العنوان الذي جرى البيع عليه بذلك العنوان عيبا مع كونه موجبا للنقص في ماليته؛ و أمّا مع عدم إيجابه النقص المالي أو إيجابه زيادة قيمته فلا يصدق العيب عليه. نعم حيث انّ الغالب في أمثال الشيء عدم ذلك النقص بإطلاق العقد مقتضاه اشتراط عدم ذلك النقص فيثبت للمشتري خيار تخلف الشرط.

و تظهر الثمرة بين كون الثابت في الفرض خيار العيب أو خيار الشرط فيما إذا أراد المشتري الفسخ بعد تصرّفه في المبيع بما لا يجوز معه الفسخ بخيار العيب فإنّه يجوز ذلك الفسخ بناء على كون الخيار خيار تخلف الشرط، و فيما إذا حصل النقص المزبور قبل القبض أو في زمان الخيار فإنّه يكون مضمونا على البائع بناء على كونه خيار العيب و لا- يكون مضمونا عليه بناء على كونه خيار تخلف الشرط.

و لكن تأمل (قده) في عدم سقوط خيار الشرط ايضا بالتصرّف المزبور أوّلا، كما تنظر في عدم ضمان الوصف في شرطه في مورد حصوله قبل القبض أو زمان الخيار.

أقول: لا موجب لسقوط خيار الشرط بالتصرف فيما إذا انكشف فقد الوصف المشروط بعده بل مطلقا مع عدم قصده إسقاط الخيار و إعراضه عن فسخ البيع، كما أنّه لا يختلف ضمان البائع بالإضافة إلى الوصف المشروط فقده قبل العقد أو قبل القبض أو حدوثه زمان خيار الحيوان.

و لكن مع ذلك ففي كون النقص الخلقى مع عدم إيجابه النقص المالي موجبا للخيار تأمل لأنّ مجرد تخلف وصف غالبي موجب للخيار و لو مع عدم اشتراطه في العقد غير ثابت و أصالة السلامة يحرز بها حال المبيع لا أنّه يجعل غير المشروط مشروطا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥١

[الكلام في بعض أفراد العيب]

الثفل الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب (١).

و كيف ما كان فقد يستدلّ على كون مجرد النقص الخلقى و لو مع عدم إيجابه النقص المالي عيبا يثبت معه للمشتري خيار العيب بمرسلة السيارى؛ و أجاب عنها المصنف (ره) بوجوه: الأوّل انّ السائل لم يقصد ردّ الشراء بمجرد عدم الشعر على عانة الأمانة بل لاحتماله أن يكون ذلك لمرض في العضو أو المزاج؛ و لذا ذكر في سؤاله و زعمت أنّه لم يكن لها قط. و بتعبير آخر إزالة الشعر بعلاج لا- يكشف عن كون عدم الشعر بحسب الخلقة مرغوبا اليه مع احتمالها للمرض؛ و قول ابن أبي ليلى انّ الناس ليحتالون كان

للفرار عن القضاء لا لأنّ السائل لم يكن يحتمل كون عدم الشعر للمرض.

الثاني: انّ قوله عليه السلام (فهو عيب) لا يدلّ إلا على ثبوت ما هو الظاهر من أثر العيب، و هو أصل جواز الفسخ. و اما سائر ما يجرى في خيار العيب و أثره فلا دلالة لها على ترتبه. أقول مقتضى الحكم بتحقيق موضوع ترتب حكمه عليه من غير فرق بين حكم و أثر.

و الثالث: انّ الزوايه لا دلالة لها على أزيد مما يعرفه العرف من العيب و تنصرف الزيادة و النقيصة فيها الى ما يوجب النقص المالي لا انّ مطلق الزيادة و النقيصة ككثره شعر الجارية أو تعلّمها الخياطة و نحو ذلك عيب يوجب الخيار.

الرابع: لو سلّم ظهور الرواية في تحديد العيب في الشيء الموجب للخيار في بيعه إلا انّ الزوايه لضعفها لا يصلح لإثبات الحد للمعنى العرفي للعيب.

(١) ذكر (قده) انّ الثفل بضم الثاء و سكون الفاء الخارج عن العادة في الزيت و البذر و نحوهما عيب يثبت به الردّ و الأرش و يشهد لكون ما ذكر عيبا حسنه ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له رجل اشترى زقّ زيت فوجد فيه درديًا قال فقال (ان كان يعلم ان ذلك يكون في الزيت لم يردّه، و ان لم يكن يعلم ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٢

.....

ذلك يكون في الزيت ردّه على صاحبه) «١»؛ و ظاهرها انّ الدردي مع عدم تعارفه موجب لجواز الفسخ. و في معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه انّ عليًا عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربًا فخاصمه الى على عليه السلام فقال له على (لك بكيل الرب سمنًا فقال له الرجل أنّما بعته منك حكرة فقال له على عليه السلام أنّما اشترى منك سمنًا و لم يشتر منك ربًا) «٢».

و لكن لا يخفى أنّه لو كان الربّ في العكة من العيب في زيتها لكان للمشتري فسخ البيع أو أخذ الأرش لا المطالبة بكيل الربّ سمنًا. و ذكر السيد اليزدي أنّه من قبيل المطالبة بالأرش. و فيه انّ الأرش نسبة تفاوت قيمتي الشيء معيبا و صحيحا الى الثمن المسمّى. و الحاصل انّ الحكم الوارد في الرواية يتمّ فيما كان المبيع بنحو الكلي على العهدة و دفع العكرة و فاء، و يكون في الفرض على البائع استرداد الرب و دفع السمن بكيه.

ثمّ أنّه قد يناقش في صحّة البيع بالإضافة الى غير الثفل بجهاله مقدار المبيع حال البيع، و لكن ذكر المصنف (ره) لظهور الخليط في السمن و نحوه صور. الأولى أن يطلق على المجموع عنوان المبيع نظير الغش في الذهب الموجب لنقص في الكمّ بعد التخليص، و ان كان الخليط كثيرا في نفسه يثبت للمشتري خيار العيب.

الثانية: ان لا يكون الخليط موجبا للعيب بل لنقص الكمّ في المبيع، و لكن كان البيع جاريا على السمن في الظرف كل رطل بكذا، و في هذا الفرض يحكم بصحّة البيع و لزومه لأنّ المبيع هو السمن الموجود في الظرف لا الخليط و المفروض

(١). الوسائل الجزء ١٢، الباب ٧ من أحكام العيوب.

(٢). الوسائل الجزء ١٢، الباب ٧ من أحكام العيوب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٣

القول في الأرش و هو لغه (١).

العلم بوزن السمن مع ظرفه، اللهم إلا أن يقال ان إطلاق البيع في هذه الصورة بمنزلة اشتراط كون كل ما في الظرف سمنا، فيلحق هذه الصورة بالتالثة، و هي ما إذا اشترط كون ما في العكّة مقداراً خاصاً من السمن و لو مع ظرفه و في هذه الصورة يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط أو خيار تبعض الصّفقة على الوجهين في بيع الصبره على أنّها كذا مقدار فبانت أنقص منه.

الرابعة: ما إذا شاهد المشتري خلط الزيت بما لا- يتموّل و اشترى الزيت المعلوم وزنه مع الخليط و الظرف، ففي مثل ذلك لا يبعد بطلان البيع بالإضافة إلى الزيت ايضاً للجهل بوزن السمن، و لا- يصحّح العلم بوزن المجموع من الزيت و الدردي و الظرف، لأنّ المصحح لبيع المظروف العلم بوزنه و لو مع ظرفه و لا- يصحّح البيع العلم بوزن المظروف المبيع مع ظرفه و شيء آخر غير مبيع، كما إذا علم بوزن المظروف مع ظرفه و صخره.

(١) ذكر (قده) أنّ الأرش كما عن الصحاح و المصباح دية الجراحات، و عن القاموس أنّه بمعنى الديق. و يظهر عن الصحاح و المصباح أنّه لغه بمعنى الفساد و يطلق الأرش في اصطلاح الفقهاء على مال يؤخذ بدلاً عن نقص في مال أو بدن مع عدم تقدير ذلك البدل. و عن حواشي الشهيد أنّ الأرش يطلق بالاشتراك اللفظي على معان. منها ما يأخذ المشتري بدلاً عن وصف الصّحة المضمونه على البائع، و كذلك أرش عيب الثمن، و منها نقص قيمة العبد المملوك للغير بجناية انسان عليه مع عدم تقدير تلك الجناية؛ و منها قيمة التالف بالجناية المقدره شرعاً، كما في قطع يد العبد فإنّ على الجاني نصف قيمة العبد؛ و منها أكثر الأمرين من المقدر الشرعي و الأرش و هو ما تلف بجناية الغاصب.

و ظاهر هذا الكلام أنّ لفظ الأرش يطلق في اصطلاح الفقهاء على كل من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٤

ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفيّة لضمان المنقوص (١).

هذه المعاني من غير أن يكون إطلاقه عليها من قبيل الاشتراك المعنوي أو الحقيقي و المجاز؛ بل اللفظ في كل منها منقول عن معناه اللغوي بأن يكون اللفظ الموضوع للمطلق لغه منقولاً إلى المقيد الخاص. و ما ذكر من أنّه في اصطلاح الفقهاء يطلق على مال يؤخذ بدلاً عن نقص مضمون منتزع عن تلك المعاني.

و فيه أنّ الاشتراك اللفظي بعيد غايته بالإضافة إلى جميع ما ذكر بل الظاهر أنّ الأرش هو بدل التالف سواء كان له تقدير أم لا، بخلاف الديق فإنّه يطلق على بدل التالف المقدر شرعاً فيكون إطلاقه على جملة من المعاني المزبورة بالاشتراك المعنوي لو لم يكن كلّها كذلك.

(١) ثم أنّ المصنف (قده) قد تصدّى لإثبات كون ضمان وصف الصّحة في المقام معاملياً لا ضمان اليد. و قال في وجهه أنّ النقص المضمون تابع للأصل في الضمان فان كان ضمان الأصل ضمان اليد كالغصب و المأخوذ المستام يكون ضمان وصفه ايضاً ضمان اليد، و إذا كان ضمان الأصل معاملياً، كما في ضمان البائع المبيع بتلفه بيده قبل قبضه، أو زمان الخيار فإنّ تلفه في الفروض يوجب خروج الثمن عن ملكه و عوده إلى المشتري فيكون ضمان الوصف ايضاً معاملياً، بان يوجب فوات وصف الصّحة بيد البائع خروج ما بإزائه من الثمن عن ملكه فيما إذا وزّع الثمن المزبور على مجموع الناقص و المنقوص، و لا- يكون في الفرض ضمان اليد فإنّه قد يوجب أن يأخذ المشتري من البائع تمام الثمن مع ملكه المبيع، كما إذا اشترى جارية بدينارين فوجد فيها عيباً، و فرض أنّها تساوى معيبة بمائة دينار و صحيحها أزيد فإنّه يلزم على ضمان اليد أخذ تمام الثمن أو الأزيد مع الجارية مع أنّ المذكور في بعض الروايات أنّه يردّ على المشتري، و ظاهره كون المردد أنقص من الثمن، و لو كان وصف الصّحة مضموناً بضمان اليد لما كانت المال الذي يعطيه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٥

.....

البائع مردودا دائما، و ما فى عبارته (قده) فى الفرض من لزوم أخذ المشتري مائة دينار سهو من قلمه الشريف. نعم ظاهر كلمات جماعة من الأصحاب، بل ظاهر بعض الروايات ان للمشتري قيمة العيب و ظاهرها ضمان اليد، و لكنّها كبعض الروايات المشار إليها محمولة على عدم اختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية، كما هو الغالب. و الحاصل: ان الأرش فى المقام هو مقدار من المال نسبته الى الثمن المسمى كنسبة التفاوت بين قيمتى الشئ صحيحا و معيبا، كما إذا كان قيمة الشئ معيبا خمسين و قيمته صحيحا بمائة فالتفاوت بينهما بالنصف فيؤخذ من البائع نصف الثمن المسمى. أقول: ما ذكر (قده) فى الاستدلال على كون ضمان وصف الصحة ضمان معاوضى بالمعنى الذى ذكر ينافى ما ذكر فى حمل كلمات بعض الأصحاب و بعض النصوص من حملها على الغالب من تساوى الثمن المسمى و عدم اختلافه مع قيمة السوقية للشئ صحيحا فإن مقتضاه حمل ما ذكر فى بعض الروايات من ردّ البائع ايضا على الغالب.

أضف الى ذلك ان مقتضى ما ذكر فى معنى الضمان المعاملى أن يكون الأرش جزء من الثمن مع أنه لا يلتزم بذلك؛ و أضف الى ذلك أنه لا فرق فى ضمان الوصف بضمن معاملى بين وصف الصحة أو الكمال، و لو كان معنى ضمان الوصف عود ما قبله من الثمن الى ملك المشتري لكان الأمر فى وصف الكمال المشترط كذلك مع أنه (قده) قد صرح فيما سبق بأن الأرش تغريم لا يكون جزءا من الثمن، و لا على البائع دين بدون مطالبه المشتري و قد كان (قده) ملتفتا الى ذلك.

و لذا ذكر فى آخر كلامه ان الثمن فى البيع لا يقع إلا بإزاء العين و لا يسقط على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٦

.....

وصف الصحة كما لا يقسط على وصف الكمال و الأرش فى المقام خارج عن ضمان اليد و الضمان المعاملى؛ بل هو نظير أرش الجناية متمم للنقص الحاصل فى المبيع ليساوى الثمن لا لتقيص الثمن المسمى ليساوى المبيع الموجود.

و لا يخفى ان هذا الكلام هدم لما ذكر (قده) فى وجه كون الأرش مقدارا من المال نسبته الى الثمن المسمى كنسبة تفاوت قيمة معيب الشئ إلى صحيحه، لأنّ مع الاعتراف بعدم كون الأرش داخلا فى ضمان معاملى يرد ما تقدّم من احتمال كون الأرش قيمة العيب لا مقدار من المال يلاحظ فيه النسبة.

و ذكر السيد اليزدى (قده) فى وجه كون الأرش هو المقدار الذى يلاحظ فيه النسبة لا نفس التفاوت بين القيمتين أن للمعاملة مقامين مقام الإنشاء و القرار، و مقام اللب و القصد و الثمن فى المقام الأول يقع بإزاء نفس العين و لا يقسط على الموصوف و الوصف؛ و لذا لو فقد الوصف لم تحل المعاملة بالإضافة الى بعض الثمن، و أنه لو باع المعيب بأقلّ فيما إذا كانا من جنس واحد لزم الزبا كما إذا باع كرا من الحنطة المعيبة بنصف كرا من الحنطة، و لو كان مقدار من العوض فى مقابل وصف الصحة لم يلزم فى الفرض ربا و لأنّ النصف الناقص فى ناحية العوض بإزاء وصف الصحة المفقودة فى المبيع.

و هذا بخلاف مقام اللب فإنه يقسّط الثمن فيه على الموصوف و الوصف حيث يوجب الوصف زيادة العوض، و حيث ان العبرة فى استحقاق العوضين و النقل و الانتقال بالمقام الأول يكون تمام الثمن حتى فى فرض عيب المبيع للبايع غاية الأمر حيث ان البائع تعهد بالوصف و أوجب أن يبذل المشتري الثمن الزائد للمشتري المطالبة بما بذل من الزيادة.

أقول: قد تقدّم أنه لا معنى للّب فى المعاملة فإنها أمر إنشائى يكون بيعا أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٧

.....

إجارة أو غيرهما و يصدق عليها عنوان العقد و يترتب عليها الأحكام و الآثار المترتبة على عنوان العقد مطلقاً أو على المعاملة بعنوانها الخاص؛ و من الظاهر عدم تحقق المعاملة إلّا بالقصد؛ و عليه فإن كان شيء داعياً إلى المعاملة أو شرطاً فيها بترتب على الشرط ما يأتي. و أما الداعي فلا أثر لتخلفه و قد تقدم أنّ شرط الوصف لا يترتب عليه إلّا جواز الفسخ نظير شرط وصف الكمال لا جواز أخذ الأرش و جواز أخذه تعبدٌ قد دلّ عليه الروايات؛ و ظاهر جملة منها استحقاق المشتري التفاوت بين قيمتي الصحيح و المعيب كموثقة طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل اشترى جارية فوطأها ثم وجد فيها عيباً قال تقوم و هي صحيحة و تقوم و بها الداء، ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء).

و في معتبرة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول (أئماً رجل اشترى جارية فوقع عليها فوجد بها عيباً لم يردّها و ردّ البائع عليه قيمة العيب) فلا يبقى في البين إلّا التسالم بين الأصحاب على كون الأرش مقداراً من المال يكون نسبه إلى الثمن المسمى كنسبة قيمة معيب الشيء إلى صحيحة؛ و ربّما يستدلّ على كون الأرش يلاحظ فيه النسبة لا أنّه قيمة العيب نظير موارد ضمان اليد بأنّه لو كان المراد بالأرش في المقام هو الثاني لزم الجمع بين العوض و المعوّض كما إذا اشترى فرساً بماء و ظهر في أحد عينيه عمى، و كان قيمته معيباً بخمسين و صحيحاً بماء و خمسين، و لو استردّ الماء أو سقط عن عهده كما إذا كان الثمن على عهدة المشتري بمطالبتة الأرش يكون كل من العوض و المعوض للمشتري؛ و هذه قرينة قطعية على أنّ المراد بالأرش هو ما يلاحظ فيه النسبة و ظهور ما تقدم من الروايات باعتبار الغالب من كون الثمن المسمى مساوياً للقيمة السوقية للشيء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٨

نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن (١).

صحيحاً.

و لكن يمكن الجواب بأنّه كان للاستدلال وجه بناء على تعيين كون الأرش من الثمن. و أمّا بناء على أنّه غرامة و لا يتعين دفعه من الثمن فلا يكون وجهاً بل يكون الفرض نظير ما إذا اشترى الغرس بماء صحيحاً و حدث العمى في إحدى عينه في ضمن ثلاثة أيام و مع ذلك فالجمع في الفرض أيضاً بين أخذ الماء و تملك الفرس لا يخلو عن تأمل.

(١) ثم أنّه يبقى في الأرش بعض الجهات ممّا ينبغي الكلام فيها.

منها أنّه هل يتعين على البائع دفع الأرش من الثمن مع إمكانه و مطالبة المشتري أو يجوز له الدفع من غيره حتى في الفرض؛ ظاهر كلام العلامة في التذكرة و غيرها و الشهيدين تعيين الدفع من الثمن فإنّ الأرش جزء من الثمن أو مقدار منه؛ و لكن تردد في جامع المقاصد في تعيين ذلك و قوى المصنف (ره) عدم التعيين لأنّه لم يثبت كون الأرش جزءاً من الثمن و مجرد ذكره في بعض الكلمات لا يعينه و الثابت أنّ البائع يجب عليه الخروج عن الوصف الذي التزم بوجوده للمبيع.

و بتعبير آخر تكليفه بالدفع من الثمن لم يقم عليه دليل و الأصل عدم وجوبه لا- يقال تكليفه بالجامع أي الدفع الشامل للدفع عن النقدين أيضاً مجهول فإنّه يقال لا- يجري الأصل في ناحية عدم تعلق التكليف بالجامع فإنّه محرز و ان رفع الحكم المزبور خلاف الامتنان.

لا- يقال ظاهر ما دلّ على ردّ التفاوت إلى المشتري كون المردود من الثمن فإنّه يقال يصدق الردّ فيما إذا كان المدفوع إلى المشتري ثانياً من نوع ما أخذ من المشتري ثمناً؛ و كذلك لا دلالة لمثل قوله عليه السلام و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٥٩
و ألا بطل البيع فيما قبله من الصحيح (١).

كان فيها على اعتبار كون الأرش من الثمن فإن الثمن إذا كان كلياً على العهدة و أراد المشتري أخذ الأرش يسقط عن عهده مقدار الأرش كما لا يخفى.

ثم انه بناء على جواز الدفع من النقدين و عدم تعين الدفع من الثمن هل يجوز الدفع من غير النقدين من سائر الأموال مما يكون له مالية الوصف أو يتعين الدفع من الثمن أو النقدين إلا إذا رضى المشتري بذلك المال فيكون الدفع به معاوضة لا وفاء لما على البائع من الأرش فالأظهر الثاني؛ لأن الضمانات في سائر الموارد كما يكون بالمثل أو القيمة المتعينة بالنقود كذلك الحال في المقام؛ و ما عن العلامة و الشهيد (قدس سرهما) من جواز إعطاء الأرش من غير النقدين حيث ذكرنا بأنه لو ظهر في أحد العوضين المتخالفين عيب في بيع الصرف يجوز أخذ الأرش من غير النقدين لا يمكن المساعدة عليه.

(١) يعنى لو كانت ذمة البائع مشغولة للمشتري بالوصف بان قيل أنه قد أخذ من المشتري عوض المبيع المقسط على الوصف المفقود و الموصوف فيكون مديونا للمشتري بالوصف فيلزم الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى المقدار المقابل للوصف المفقود لعدم التقابض في المجلس بالإضافة إليه.

أقول: ما ذكره (قده) من أن الضمان بالنقدين يختص بالأموال المعينة المستقرة على العهدة قبل المطالبة لا في مثل المقام الذى لم يثبت على العهدة مال من الأول لا يمكن المساعدة عليه فإن الشيء في مورد ضمان التبريم ايضاً كاللقطعة التى تصدق بها واجدها ان كان مثلياً فيضمن بالمثل و ان كان قيمياً يضمن بالقيمة المتعينة بالنقود المتعارفة في كل بلد و عصر كما هو منصرف ما ورد في رد قيمة العيب و قيمة النقص و نحوهما من روايات الأرش و يشهد على ضمان الأرش و لو بعد المطالبة بالنقود، ان المشتري لو طالب غير النقد لم يجب على البائع الإجابة و لو طالب النقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٠

كما ان لدى الخيار مطالبة النقدين في غير المقام (١).

و مما ذكرنا في معنى الأرش (٢).

لوجبت الإجابة فيكون أداء الأرش بغير النقد بالمراضة التى كالمعاوضة أو إسقاط ما على العهدة بتملك غيره و قد تحصل مما ذكرنا أنه لو قيل باشتغال ذمة البائع بعد المطالبة بقيمة الوصف لم يلزم محذور، فإن الأرش و ان يكون بالنقود إلا أنه غير داخل في العوضين ليعتبر قبضه في مجلس العقد.

(١) قيد في غير المقام زائد و مراده ان للمشتري الذى يكون له خيار العيب مطالبة الأرش من النقدين و لا يكون رضا البائع دخيلاً في لزوم الإجابة، كما تقدم، و يحتمل كون غير المقام إشارة الى غير مسألة الصرف حيث لا يجوز فى تلك المسألة مطالبة الأرش من النقدين على ما ظاهر القواعد و التحرير و الدروس.

(٢) ذكر (قده) أن أرش العيب لا يستوعب الثمن فإنه لو فرض ان معيب الشيء لا قيمة له و لا يبذل بإزائه مال يكون أخذ العوض بإزائه من الأكل بالباطل، فلا يتحقق عنوان البيع على ما ذكرنا في اعتبار مائئة العوضين.

نعم ربما يقال بأن العيب المستوعب للقيمة مع حدوثه قبل القبض أو فى زمان خيار الحيوان لا يوجب انحلال البيع و يكون المبيع للمشتري مع استحقاقه الأرش المساوى لتمام الثمن بل يمكن أن يقال بعدم انحلال البيع حتى مع حدوث عيب لا يكون معه الشيء ملكاً، كما إذا انقلب الخل المبيع قبل قبضه خمراً فإن للمشتري حق الاختصاص به للتخليص مع استحقاقه تمام الثمن أو مقداره بالأرش

و الوجه في ذلك أنّ حدوث الحدث في المبيع قبل القبض أو زمان الخيار كالتلف قبل القبض في مجزّد ضمان البائع لا انحلال البيع بل الانحلال يختص بالتلف ولا يجري في التعيب، وفيه ما تقدم من أنّ المستفاد مما ورد في التلف قبل القبض أو في الحدث زمان خيار الحيوان ان ما يحدث قبل القبض أو زمان الخيار كالحادث قبل العقد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦١

الآ ان العلامة (قده) في القواعد و التذكرة و التحرير و محكى النهاية (١).

و من الظاهر أنّ التعيب كذلك لو كان قبل العقد لكان موجبا لبطلان البيع.

(١) إذا جنى العبد خطأ فإنّ للمجنى عليه أو وليه أخذ أقلّ الأمرين من قيمة العبد و أرش الجناية عن مولاه و لو كان المولى معسرا أو امتنع عن دفع القيمة أو الأرش يجوز للمجنى عليه أو وليه استرقاق العبد أو بيعه و أخذ قيمته فيما إذا كان أرش الجناية مستوعبا لقيمة العبد و الآ يسترق العبد بمقدار الأرش و يباع العبد و يستوفى المجنى عليه مقدار الأرش و يدفع باقى الثمن الى مولاه. و إذا جنى العبد عمدا يكون للمجنى عليه أو وليه حق القصاص، و ان رضى بفداء المولى بقيمة العبد أو أرش الجناية و فداه المولى فهو و الآ يجري ما تقدم في الجناية خطأ من جواز استرقاقه أو بيعه لأخذ أقلّ الأمرين من قيمته و أرش الجناية. و في صحیحه فضيل بن يسار أنّه قال في عبد جرح حرّا فقال ان شاء الحر اقتص منه و ان شاء أخذه ان كانت الجراحة تحيط برقبته، و ان كانت لا تحيط برقبته افتداه مولاه فان أبى مولاه ان يفديه كان للحر المجروح من العبد بقدر دية جراحة و الباقي للمولى يباع العبد فيأخذ المجروح حقّه و يرد الباقي على المولى.

□

و في رواية أبي محمد الوابشى و لا يبعد كونه ثقة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ادّعوا على عبد جناية تحيط برقبته فأقرّ العبد بها قال لا يجوز إقرار العبد على سيده فإن أقاموا البيّنة على ما ادّعوا على العبد أخذ العبد بها أو يفديه مولاه الى غير ذلك. ثم انّ المقرر في محله أنّه يجوز للمولى بيع العبد الجانى خطأ لأنّه بالجناية لا يسقط عن ملكه و ماله، و إذا انتقل إلى المشتري يتعلّق بالعبد المزبور حتى المجنى عليه، و لا يكون له شيء مع علمه حين الشراء بجناية العبد بخلاف ما إذا كان إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٢ يعرف الأرش بمعرفة قيمته الصحيح و المعيب (١).

جاهلا به فإنّ له خيار العيب فيجوز له فسخ الشراء أو أخذ الأرش، كما إذا استرق المجنى عليه العبد فإنّ للمشتري الرجوع الى البائع بالأرش و هو تمام الثمن المسمّى.

و أما بيع العبد الجانى عمدا، فالظاهر جوازه لعين ما تقدم من أنّ تعلق حق القصاص لا يوجب سقوطه عن الملك و المائتة، و قيل انّ جواز البيع مع إجازة المجنى عليه أو وليه، و مع الإجازة لا يستحقّ المجنى عليه أو وليه الثمن المسمّى بل له الرجوع الى مولاه بالفداء و الآ استرق العبد على ما تقدم.

و مشتري العبد مع جهله بالحال له خيار العيب، و ان كان علمه بالحال بعد القصاص أو الاسترقاق فله الرجوع الى البائع بالتفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان.

ثمّ انّ المصنف (ره) قد فهم من عبارات العلامة أنّ مع استيعاب أرش الجناية قيمة العبد يكون أرش عيبه تمام الثمن فيرجع المشتري الجاهل بالحال بتمام الثمن؛ هذا في الجناية خطأ، و مع الجناية عمدا يكون أرش العيب بعض الثمن و هو تفاوت قيمة العبد بين كونه جان أو غير جان؛ و لذا ورد عليه أولا- بأنّ الأرش لا يستوعب القيمة و الآ بطل البيع. و ثانيا على تقدير جواز كون الأرش كذلك فالفرق بين الجناية خطأ و عمدا بالاستيعاب في الأوّل و عدم الاستيعاب في الثانى بلا وجه.

أقول: لم يظهر التفرقة في الكلمات المتقدمة بين الجناية خطأ و الجناية عمدا بإمكان كون الأرش تمام الثمن على الأول و يكون الأرش بعض الثمن على الثاني.

نعم ما ذكره (قده) من عدم إمكان صحة البيع مع كون الأرش تمام الثمن بحيث لا يكون للمعيب قيمة صحيح و الله سبحانه هو العالم.

(١) تعيين الأرش كما ذكره (قده) بمعرفة قيمة الشيء صحيحا و قيمته معيبا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٣

.....

و بملاحظة نسبة التفاوت بين القيمتين بمعنى ان يلاحظ نقصان قيمة معيب الشيء عن قيمة صحيحة بأي نسبة من نصف أو ثلث أو ربع الى غير ذلك و يؤخذ بتلك النسبة من الثمن المسمى أى ينقص عن الثمن المسمى أو مقداره تلك النسبة و لو كان الثمن المسمى بمائة و عشرين و قيمة الشيء صحيحا بمائة و خمسين و معيبا بمائة فالتفاوت بين القيمتين بالثلث فينقص عن الثمن المسمى أو مقداره ثلثه أى الأربعون.

ثم أنه إذا أمكن تعيين قيمة الشيء صحيحا و قيمته معيبا، كما إذا كان المتبايعان قريبا الى السوق و مطلعين بقيمته أو لم يكونا مطلعين بالقيمة السوقية لبعدهما عن السوق، و لكن أمكن قيام البيئنة على القيمة صحيحا و معيبا فالأمر ظاهر.

ثم ان البيئنة فى الفرض لا تدخل فى قول أهل الخبرة فإن قيمة الشيء مما يعرف بالحس و لا يحتاج الى الحدس و النظر من بعض الناس خاصة؛ بل يظهر لكل من دخل السوق. نعم ربما لا يمكن معرفة قيمة الشيء إلا بالحدس و النظر المختص ببعض الناس و ذلك فى الموردین أحدهما ما إذا لا يعرف وصف الشيء الدخيل فى قيمته إلا بالحدس و النظر ممن يعد خبرة لذلك الشيء كالصائغ حيث يعرف الذهب و أنه من أى أصنافه و ان فيه أى مقدار من الخليط مع ان قيمة أصنافه معلومة لكل من يدخل السوق و يطلع عليها جميع الناس. و ثانيهما ما إذا لا يعرف قيمة الشيء إلا بالحدس لأن الشيء لا يكون له فى السوق مثل فعلا ليعلم رغبة الناس به كبعض الأحجار النفيسة و لكن يحدس بأنه لا بد من ان يباع فى السوق بكذا، و قد يقال ان مورد الرجوع الى أهل الخبرة يختص بالآخر و لا يجرى فى غيره بل يتعين فى الأول من الفرضين التعدد و العدالة لأن الاعتبار فيهما بالبيئنة؛ و فيه أنه لا فرق فى اعتبار العقلاء قول المقوم لكونه من أهل الخبرة بين الفرض الأول و الفرض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٤

ثم انه لو تعذر معرفة القيمة (١).

لو تعارض المقومون فيحتمل تقديم بيئنة الأقل (٢).

الثانى و لا يعتبرون فى اعتبار قوله ألما الوثاقه. و ما فى صحيحة أبى ولاد الحنّاط من قوله عليه السلام أو تأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل ظاهره القسم السابق على الفرضين.

بقى فى المقام أمر و هو ان اعتبار قول أهل الخبرة يختص بما إذا لم يمكن معرفة الشيء بالحس من عامية الناس و لو أمكن معرفته بالحس مع إمكان معرفته ايضا بالحدس المختص ببعض الناس فلا يدخل الشيء المزبور مما يعتبر فيه قول أهل الحدس، كما ذكرنا تفصيل ذلك فى عدم اعتبار قول المنجم فى اخباره عن رؤية الهلال و آخر الشهر من المكاسب المحرمة.

(١) و لو لم يمكن تعيين قيمة الشيء صحيحا و قيمته معيبا بوجه فهل يكتفى بالأرش بالأقل لأنه المتيقن من استحقاق المشتري على البائع، أو يكتفى بمقدار المظنون لأنه يتنزل الى الظن مع عدم التمكن من العلم، و يحتمل ضعيفا تعيين الأكثر لأن البائع يدفع الأكثر يخرج عن عهده عيب الشيء قطعا، و فيه ان المورد من موارد العلم الإجمالى. بين الأقل و الأكثر الاستقلاليين و لا مرجع فيه إلا الرجوع

على عدم الاشتغال بالمقدار الزائد عن الأقل كما لا يخفى.

(٢) ان كان التعارض في أقوال المقومين بحيث يكون الرجوع إليهم من الرجوع إلى أهل الخبرة فاللازم اتباع تقويم من خبريته أقوى، كما هو مقتضى السيرة العقلية في موارد الرجوع إلى أهل الخبرة، ومع عدم الأولوية في خبريتهم يسقط اعتبار قولهم لأن اعتبار قول بعضهم بلا معين و اعتبار كل في بعض ما يقوله خارج عن مقتضى دليل الاعتبار، كما هو الحال في جميع الطرق المعتمدة سواء قيل باعتبارها بخطاب لفظي أو للسيرة العقلية الممضاة شرعا، و لو كان التعارض في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٥

.....

المقومين باعتبار ان قولهم يكون من البينة و شهادة العدلين فالأمر أيضا كما تقدم، و يكتفى في الأرش بمقدار الأقل أخذا في غيره بأصالة عدم الاشتغال، و يعلم ان المراد بالأقل ليس الأخذ بالبينة الدالة على الأقل، فإنها كما ذكرنا لا تعتبر لتعارضها بالدالة على الأكثر، بل المراد المقدار المقطوع كما لا يخفى.

و لكن مع ذلك قد يقال في تعارض المقومين وجوه آخر: الأول: الأخذ بالبينة الدالة على الأقل لأنه المتسالم عليه و يرجع في الزائد عنه إلى أصالة النفي.

الثاني: الأخذ بالأكثر لأن بيئته الأقل تثبت الأقل و لا ينفي الأكثر، و بيئته الأكثر تثبت الأقل في ضمن الأكثر.

الثالث: القرعة في تعيين الأرش على طبق احدي البيئتين لأن القرعة لكل أمر مشتبه و منه الأرش في المقام.

الرابع: تعيين المصالحة على الأرش لأن كل من المتبايعين متمسك بحجته شرعية و لا يمكن لأحدهما الحلف على الواقع نفايا أو إثباتا لعدم العلم به بل لا يجوز الحلف بالتقويم المفروض لتعارض التقويمين.

الخامس: تخيير الحاكم في الحكم بالأرش بالمقدار الأقل أو الأكثر نظير تخييره في الحكم بمضمون أحد الخبرين المتعارضين، أو بالحكم بأحد طرفي المحذورين لقطع المنازعة و المخاصمة.

السادس: ما ذكر المصنف (ره) من أنه أقوى الوجوه و عليه معظم الأصحاب من العمل بالبيئتين في بعض مدلول كل منهما كما لو ذكر مثلا أحدهما ان صحيح الشيء يساوي عشرة و قالت الأخرى أنه يساوي ثمانية يؤخذ قيمة صحيحة تسعه حيث يعمل في نصفه بالبيئة الأولى و في نصفه الآخر بالبيئة الثانية.

و ذكر في وجه ذلك ان العمل بكل من الدليلين مهما أمكن، و لو في بعض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٦

ثم ان المعروف في الجمع بين البيئات (١).

□

مدلولهما أولى من طرح كلاهما أو أحدهما رأسا في حقوق الناس بخلاف الأحكام الشرعية التي تكون من حقوق الله حيث ان الامتثال الاحتمالي للتكليف الواقعي في حقوق الله لا يقصر عن التبعض، بل يكون أولى منه، كما في دوران الأمر بين المحذورين مع تكرار الواقعة، فإنه لا يبعد أن يقال الأخذ بالموافقة الاحتمالية أولى من الأخذ بأحد الاحتمالين في واقعه، و الأخذ بالاحتمال الآخر في واقعه أخرى لأن الموافقة القطعية الملازمة للعلم بالمخالفة القطعية لا تعتبر في الأحكام بخلاف حقوق الناس فإن رعايتها في الجملة أولى من ترك بعضها رأسا.

أقول: العمل بكل من البيئتين في بعض مدلولهما مع تعارضهما في ذلك البعض ايضا لا يخرج عن الجمع التبرعي، و لا يكون داخلا في الجمع الدلالي من غير فرق بين الأحكام الشرعية و حقوق الناس؛ و عليه فلا يعم دليل الاعتبار لا أحدهما تعيينا و لا تخيرا فان قام

في مورد دليل على العمل بأحدهما كما ذكر فهو و إلا تسقطان و يرجع الى الأصل العملى و مع الأصل العملى لا يكون المورد من موارد القرعة فإنّ مع ظهور الحكم الشرعى فى الواقعة و لو كان ظاهريا لا يكون المورد من المشتبه و المشكل كما لا يخفى.

(١) ثم ان المعروف فى الجمع بين التقويمات جمع القيم الصّحيحة، و كذا القيم المعيبة و يؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و كذا عن القيمتين للمعيب و يلاحظ نسبة التفاوت بين النصفين، و ان كان القيم للصحيح ثلاثة يؤخذ بثلث المجموع؛ و بهذا يظهر ما إذا كانت القيم أزيد.

و عن السيد اليزدى (قده) أنّه لا- حاجة الى تنصيف القيمتين أو تثليثهما، بل يكفى ملاحظة نسبة تفاوت مجموع القيم للمعيب الى مجموع القيم للصحيح ليؤخذ من الثمن المسمى بتلك النسبة لأنّ نسبة المجموع الى المجموع لا تختلف عن نسبة نصف إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٧ و قد يحتمل الجمع بطريق آخر (١).

أحد المجموعين الى نصف المجموع الآخر.

و إذا قال أحدهما ان صحيحة يساوى اثنى عشر و معيه ستّة، و قال الآخر صحيحة يساوى ثمانية و معيه أربعة فإنّ نسبة العشرة إلى العشرين يساوى نسبة الخمسة إلى العشرة.

و يمكن ان لا- يلاحظ مجموع قيمتى الصحيح و مجموع قيمتى المعيب بل يلاحظ التفاوت بين القيمتين للصحيح و يعمل بكل من التقويمين فى ذلك التفاوت، و لو قال أحدهما انّ صحيحة يساوى اثنى عشر، و قال الآخر أنّه يساوى ثمانية فالتفاوت و هى الأربعة يؤخذ فى نصفها بالتقويم الأكثر، و فى نصفها الآخر بالتقويم الأقل فيكون قيمة الصحيح عشرة؛ و كذا الحال فى ناحية قيمتى المعيب و ذكر المصنف (ره) لكن الأظهر هو الجمع على النهج الأول. أقول لم يعلم الاختلاف بينهما ليقال انّ الأظهر هو الوجه الأوّل.

و ذكر الكمپانى (قده) أنّه لا تعارض فى اختلاف المقومين فيما إذا لم تختلف النسبة فى التفاوت بين قيمة المعيب و الصحيح على كلا التقويمين، كما إذا قال أحدهما انّ صحيحة يساوى اثنى عشر و معيه ستّة، و قال الآخر انّ صحيحة يساوى ثمانية و معيه أربعة فإنّ النسبة فى التفاوت على كل من التقويمين النصف فيؤخذ من الثمن المسمى بنصفه من غير أن يكون بين البيئتين تعارض. و فيه انّ ما ذكر من النسبة مدلول التزامى لكل من البيئتين، و مع تعارضهما فى مدلولهما المطابقى لا تصل النوبة إلى الأخذ بمدلولهما الالتزامى.

(١) و قد يذكر فى المقام طريق آخر للجمع بين البيئتين منسوب الى الشهيد (قده) فى الروضة و حاصله ملاحظة النسبة فى التفاوت بين القيمة المعيب الى الصّحيح فى كلّ من التقويمين و يعمل بكل منهما بالإضافة إلى نصفى الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٨

و قد ينقص عن الأوّل (١).

المسمى، كما إذا قال أحدهما انّ صحيحة يساوى اثنى عشر و معيه ستّة فالنسبة فى هذا التفاوت النصف، و قال الآخر انّ صحيحة يساوى ثمانية و معيه ستّة فالنسبة فى هذا التفاوت هو الرّبع فالأرش على الطريق الأول خمسين من الثمن المسمى؛ و إذا فرض انّ الثمن المسمى كان عشرة فالأربعة هى الأرش، و على الطّريق المنسوب الى الشهيد فى نصف الثمن المسمى اثنان و نصف و فى نصفه الآخر واحد و ربع الواحد فيكون المجموع أربعة إلّا ربع الدرهم.

(١) قد يكون الأرش على الطريق المنسوب الى الشهيد (قده) أقلّ منه على طريق المشهور.

كما إذا قال أحدهما انّ صحيحة عشرة و قال الآخر انّ صحيحة يساوى ثمانية مع اتفاقهما على انّ معيه ستّة فتكون القيمة المنتزعة للصحيح على طريق المشهور تسعة و التفاوت بين الستة و بينه بالثلث، و إذا فرض الثمن المسمى اثنى عشر يكون ثلثه أربعة دنانير.

و أما على طريق الشهيد تكون نسبة تفاوت الستة إلى الثمانية بالربع فيؤخذ بنصف الربع أى ثمن الثمن المسمى المفروض الاثنى عشر فيساوى واحدا و نصفا و نسبة تفاوت الستة إلى العشرة بخمسين فيؤخذ بنصفه و هو خمس الاثنى عشر فخمس العشرة اثنان و خمس الاثنى الباقي من الثمن المسمى أربعة أعشار من أعشار كل من الاثنى فيكون المجموع ثلاثة دنانير و تسعة أعشار الدينار الواحد لأن الدينار يساوى خمسة أعشار من عشرة أعشار دينار واحد. و بتعبير آخر يجمع بين الواحد و النصف و هو نصف الأرش على أحد التقويمين مع الاثنى و أربعة أعشار الواحد و هو النصف الآخر من الأرش على التقويم الآخر، فيكون المجموع ثلاثة دنانير و تسعة أعشار من عشرة أعشار الواحد فينقص الأرش على هذا الطريق عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٦٩

.....

طريق المشهور بنصف خمس أى عشر واحد من عشرة أعشار الدينار الواحد.

و ذكر المصنف (ره) أنه إذا اختلف المقومون في قيمة صحيح الشيء مع اتفاقهم على قيمة معيه يختلف طريق المشهور عن طريق الشهيد دائما؛ و علله بأن نسبة تفاوت قيمة معيب الشيء إلى صحيحة تكون متعددة على طريق الشهيد بخلاف طريق المشهور، فإن الأرش عليه نسبة واحدة مأخوذة من تفاوت قيمة معيب الشيء إلى القيمة الصحيحة المنتزعة من القيمتين، و هذه النسبة لا تختلف في اجزاء القيمة المنتزعة مع تساوى الأجزاء و يتعدد مع عدم تساويها كما هو الحال على طريق الشهيد.

ثم ذكر (قده) انه إذا كان الاختلاف في المعيب مع الاتفاق على قيمة الصحيح فيتحد الطريقتان دائما و علله بأن نسبة قيمة الصحيح الى نصف القيمة الحاصلة من القيمتين للمعيب التي طريقه المشهور مساوية لنسبة نصف قيمة الصحيح الى نصف احدى القيمتين المذكورتين للمعيب، و نسبة نصفه الآخر الى نصف القيمة الأخرى من القيمتين للمعيب، كما إذا اتفقا على أن صحيح الشيء يساوى اثنى عشر مع كون الثمن المسمى اثنى عشر و قال أحدهما ان معيه ثمانية و قال الآخر أنه ستة فإنه على المشهور يؤخذ للمعيب قيمة منتزعة و هو سبعة و التفاوت بين السبعة و اثنى عشر خمسة؛ و هذا يساوى مع تفاوت ثلاثة مع ستة و تفاوت أربعة مع ستة.

أقول: ما ذكر (قده) و ان كان صحيحا لا يختلف الطريقتان مع الاتفاق على القيمة للصحيح إلا أن الوجه الذي ذكره لاختلاف الطريقتين فيما إذا كان الاختلاف في قيمة الصحيح مع اتفاقهما على قيمة المعيب يجرى في هذا الفرض ايضا. و الظاهر أن الوجه في اختلاف الطريقتين مع الاختلاف في قيمة الصحيح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٠

ثم ان الأظهر بل المتعين هو الطريق الثاني (١).

و الاتفاق على المعيب الاختلاف في العدد الأكبر، و عدم اختلاف الطريقتين عند الاختلاف في معيب الشيء الاتفاق على العدد الأكبر.

و ذكر (قده) أنه إذا كان الاختلاف بين المقومين في قيمة الشيء صحيحا و معيبا أنه ان اتحد نسبة قيمة معيب الشيء إلى قيمة صحيحة في كل تقويم مع نسبتها في التقويم الآخر فلا يختلف الطريقتان، و ان لم يتحدا فقد يتحد الطريقتان و قد يختلفان.

أقول: مع عدم اتحاد نسبة التفاوت في أحد التقويمين مع النسبة في التقويم الآخر يختلف الطريقتان لا محالة و لم يتقدم منه (قده) مثال ما إذا اختلفت النسبتان و تتحد نتيجة الطريقتين. فتأمل جيدا.

(١) ذكر (قده) ان المتعين من الطريقتين المنسوب الى المشهور و المنسوب الى الشهيد هو الثاني سواء كان المدرك للعمل بالبيتين أولوية الجمع بينهما في العمل بان يعمل بكل من البيتين في نصف المبيع أو كان العمل بكل منهما للجمع بين حقي البائع و المشتري

نظير ما يذكر من تنصيف الدرهم في مسألة ما إذا أودع عنده أحد درهمين و الآخر درهما و تلف أحد الدراهم فإن الدرهم من الدرهمين الباقيين لصاحب الدرهمين و الآخر ينصف بينهما ليذهب من كل منهما نصف درهم.

و الوجه في تعيين الطريق الثاني بناء على أولوية الجمع ان مقتضى الجمع و إن كان تعيين قيمة نصف الشيء صحيحا و معينا على طبق أحد البيتين و تعيين قيمة أخرى لنصفه الآخر على طبق البيئة الأخرى فيكون قيمة الشيء صحيحا مجموع قيمتي النصفين صحيحا و مجموع قيمتي النصفين معينا.

و إذا قال أحدهما ان صحیحه يساوى اثني عشر و معيه عشرة و قال الآخر ان صحیحه يساوى ثمانية و معيه خمسة يكون قيمة نصفه صحيحا ستة و نصفه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧١

.....

بالأربعة، فيكون المجموع عشرة و قيمة نصفه معينا خمسة و قيمة نصفه الآخر باثنين و نصف، فيكون المجموع سبعة و نصف إلا أنه لا موجب لملاحظة النسبة بين سبعة و نصف و عشرة بل يعتبر ملاحظة النسبة في نصف الشيء بإحدى البيتين، و في نصفه الآخر بالأخرى ليعمل بهما في نصفى الشيء.

لا يقال يشبه ما نحن فيه بما إذا بيع الشئيين المختلفين قيمة بصفقة واحدة، كما إذا باع العبد و الأمة باثني عشر درهما و ظهر كل من العبد و الأمة معينا و كان قيمة العبد صحيحا أربعة و معينا باثنين و نصف و الأمة تساوى صحیحه ستة و معيه بالخمس فإنه لا شبهة في أنه تلاحظ النسبة في الفرض بين العشرة التي قيمة منتزعة لمجموع صحيح العبد و الأمة و بين السبعة و النصف التي قيمة لمجموعهما معيين فيكون التفاوت ربعا فيؤخذ من الثمن المسمى ربعه أى ثلاثة دنانير.

فإنه يقال إذا اشترى الأمة و العبد باثني عشر درهما فقد اشترى كلا منهما بثمان يخالف الآخر و يقسط ذلك الثمن على كل من العبد و الأمة بحسب قيمة كل منهما.

و بتعبير آخر كما يقسط ذلك الثمن الواحد على الشئيين بحسب قيمة كل منهما فيما احتيج الى التقسيط، كما إذا ظهر أحدهما ملك الغير أو لغير ذلك، و كذلك الأرش يقسط عليهما بحسب قيمة كل منهما فيقسط ربع الثمن أى ثلاثة دنانير على كل من العبد و الأمة حيث ان ما يقع بإزاء الجارية من الاثني عشر سبعة و خمس و ما يقع بإزاء العبد و أربعة أربعة أخماس و السدس من ربع الثمن المسمى أرش للجارية أى واحد و خمس و الباقي من ثلاثة دنانير و هو دينار و هو دينار و أربعة أخماس أرش للعبد و هو ثلاثة أثمان قيمته كما لا يخفى.

و هذا بخلاف ما نحن فيه فإن الثمن المسمى المبذول بإزاء الشيء كان بنسبة واحدة بالإضافة إلى نصفى الشيء و إذا أريد العمل بإحدى البيتين في نصف ذلك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٢

فالمعتن هو الطريق الثاني أيضا (١).

الشيء و بالأخرى في نصفه الآخر فلا بد من تعيين الأرش نصفين بنسبتين.

(١) و حاصله أنه لو كانت البيئتان مختلفتين سواء كان مفادهما المطابقي بيان تلك النسبة أو تعيين القيمة لصحیحه و معيه يكون الجمع بين حقى البائع و المشتري هو الأخذ بإحدى النسبتين بالإضافة الى نصف الثمن المسمى و بالبيئة الأخرى في نصفه الآخر، و يحصل للأرش نسبة تكون متوسطة بين النسبة الزائدة و الناقصة، كما إذا شهدت إحداهما بأن التفاوت بين قيمتى الصحيح و المعيب

بالسدس فالأرش على هذه النسبة من الثمن المسمى المفروض كونه اثني عشر اثنان و شهدت الأخرى بأن التفاوت بينهما بثلاثة أثمان فالأرش على هذه النسبة أربعة ونصف فيؤخذ من كل من الأرشين نصفه و يجمع فيكون ثلاثة و ربع فيكون الأرش سدس الثمن المسمى و نصفه و ثمن السدس حيث ان السدس من الثمن المسمى اثنان و نصفه واحد و ثمنه أى ثمن الاثنان يكون ربع الواحد. و لو شهدت احدى البيتين انّ صحيحة اثنا عشر و معيه عشرة و شهدت الأخرى انّ صحيحة ثمانية و معيه خمسة فلا بدّ من جعل قيمة لصحيحة تكون متوسطة بالإضافة إلى نسبة قيمة الشيء صحيحة الى قيمته معيا التي يذكرها احدى البيتين؛ و بالإضافة إلى نسبة أخرى في قيمة الشيء صحيحة الى قيمته معيا التي تذكرها البيئة الأخرى.

أقول: لا- ينبغي الريب في انّ كلا- من الطّريق المنسوب الى المشهور و الطّريق المنسوب الى الشهيد خروج عن الأصل، و فيهما جمع بين الحقين أى لحاظهما و لا- ينبغي التأمّل أيضا في انّ الطّريق الثاني أكثر جمعا بينهما حيث انّ المألوف في مقامات الاختلاف في الدعاوى المالية المرددة بين الأقل و الأكثر ان يلاحظ ما به التفاوت و يؤخذ بنصفه في مقام المصالحة ألا انّ الكلام في تعيين ذلك في المقام

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٣

[القول في الشروط التي يقع عليها العقد]

إشارة

الشرط يطلق في العرف على معنيين (١).

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٤، ص: ٣٧٣

و سائر المقامات التي تشبه المقام؛ و الأظهر عدم تعيين ذلك و ان للبائع الاقتصار بالأرش الأقل حتى يثبت الأكثر؛ و لذا لو تردّد الدين بين الأقل و الأكثر. فلا يلزم المديون بغير الأقل ألا ان يثبت بطريق معتبر الأكثر و لو كان الجمع بين الحقين في المقام متعينا لتعين في مسألة الدين المررد بين الأقل و الأكثر كما لا يخفى.

و قد تقدّم ايضا انّ دليل اعتبار أى طريق و منه ما دلّ على اعتبار البيئة لا يعتم صورة التعارض سواء كان التعارض في تمام المدلول أو في بعضه، كما إذا ذكر كل بيئة لصحيح الشيء قيمة و لمعيبه أخرى سواء فرع على ذلك نسبة الأرش أم لا، أو ذكر كل بيئة للأرش نسبة من غير تعرض لقيمة صحيح الشيء و معيبه بحيث تكون النسبة في إحدهما غير النسبة في الأخرى و ألام يكن بينهما تعارض أصلا فتدبر جيدا.

(١) ذكر (قده) ان الشرط يطلق على معنيين لغه أحدهما معناه المصدرى أى الإلزام و الالتزام بأمر و يكون الإلزام من المشروط له و الإلتزام من المشروط عليه، و ذكر في القاموس كون الإلزام و الإلتزام في البيع و نحوه و ظاهره عدم إطلاق الشرط حقيقة أو عدم صحته على الإلزام و الإلتزام الابتدائين.

و لكن لا يمكن الإلتزام بعدم صحة الإطلاق حيث ان إطلاقه في الاخبار على الإلزام الابتدائي أو الإلتزام كذلك شائع كما يفصح عن ذلك ما ورد في حكاية بيع بريرة من قوله (ص) قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق، حيث ان المراد من شرط الله حكمه

فلا يثبت ذلك الولاء لغير المعق كالبائع و لو بالاشتراف فى بيع العبد.

و قوله عليه السلام فى الزد على مشرف عدم الزواج بامرأة أخرى فى النكاح ان شرط الله قبل شرطكم حيث ان المراد بشرط الله تجويز الزواج بامرأة أخرى متعة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٤

.....

مطلقا و دواما إلى أربع.

و فى صحیحة عاصم بن حمید عن محمد بن قیس عن ابى جعفر عليه السلام فى رجل تزوج امرأة و شرط لها ان هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سريه فهى طالق فقضى فى ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء و فى لها بما اشرف الحديث. و ما فى بعض روايات خيار الحيوان ما الشرط فى الحيوان قال إلى ثلاثة أيام و فى غيره الى ان يفرقا فان كلا من خيارى الحيوان المجلس تأسيسى من الشارع فيدخل فى حكمه، و قد أطلق الشرط على النذر و العهد و الوعد فى بعض اخبار الشرط فى النكاح و فى صحیحة منصور بن برزخ أو موثقه عن عبد صالح عليه السلام، قال قلت له ان رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها و لا يتزوج عليها فأعطاه ذلك ثم بدا له فى الزواج بعد ذلك فكيف يصنع فقال بس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع فى قلبه بالليل و النهار، قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول (صلى الله عليه و آله) قال المؤمنون عند شروطهم.

و قد ذكر فى الحدائق ان إطلاق الشرط على البيع فى الأخبار كثير و الحاصل لا-شبهه فى استعمال الشرط فى الحكم و الالتزام الابتدائى و لا يبعد كونه حقيقة بأن يكون المعنى الظاهر من الشرط هو الإلزام و الالتزام سواء كان فى ضمن عقد أو كان ابتدائيا فان أولوية الاشتراك المعنوى على المجاز يقتضى ذلك، و لا يتبادر من قوله شرط فلان على نفسه كذا إلا الالتزام على نفسه و لو كان ابتدائيا و لذا استدل عليه السلام بالنبوى المزبور (المؤمنون عند شروطهم) على لزوم الوفاء بالنذر و العهد عند ارادة نكاح المرأة و لا حجة فيما ذكر القاموس على انحصار الشرط بما كان فى ضمن عقد لتفرده بذلك و لعله لم يلتفت الى الاستعمالات المشار إليها و إلا ذكرها و لو مع الإشارة إلى مجازيتها.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٥

.....

و قد يتجوز الشرط بالمعنى المصدرى و يراد منه المشروط كالخلق المراد به المخلوق و لذا يحمل الشرط على الأمر المتعلق به الإلزام و الالتزام.

أقول ما ذكر (قده) من أولوية الاشتراك المعنوى عن المجاز ثبت فى محلّه ان مثل هذه الأمور الاستحسانية لا يثبت اللغة و انه لا يتبادر من قوله شرط فلان على نفسه كذا غير الالتزام بذلك الأمر و لو ابتداء فهذا غير ثابت حيث ان سعة معنى الشرط و شموله الإلزام و الالتزام الابتدائين غير ظاهر و العناية و المجاز فى الاستعمال خارج عن مورد الكلام مع ان استعمال الشرط فى قضيه حكاية بريرة و كذا فى قول على عليه السلام لمشرف عدم الزواج على امرأة أخرى من قبيل المعاملة و الإطلاق بالمشاكله نظير قوله تعالى فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ و قوله عليه السلام لا تنقص اليقين بالشك و، لكن تنقض الشك باليقين الى غير ذلك.

و على الجملة إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائى بحيث يكون الوعد للغير داخلا فى عموم قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم غير محرز لو لم نقل بإحراز عدمه و لذا لم يرد فى شىء من الأخبار الواردة فى الأمر بالعمل بالوعد أو العهد التعليل بالعموم المزبور، نعم

علل الأمر في بعضها بالأمر بالوفاء بالعقود و بقوله سبحانه لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ فراجع.

ثم أنه بعد البناء على أنه يعتبر في الشرط تحققه في ضمن معاملة يقع الكلام في ان ارتباطه بالمعاملة بمجرد الظرفية كما هو ظاهر القاموس أو أنه نحو آخر نتعرض لذلك عن قريب إنشاء الله تعالى و يظهر من المصنف في الأمر الأول من شروط صحة الشرط ان ارتباط الشرط بالمعاملة تعليق التراضي بها على حصول المشروط خارجا.

و فيه ما تقدم من ان التراضي في المعاملة ليس بمعنى طيب النفس و على تقديره فالتعليق يوجب بطلان المعاملة مع تخلف الشرط أو مطلقا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٦

الثاني ما يلزم من عدمه العدم (١).

(١) وهذا هو المعنى الثاني من المعنيين العرفيين للفظ الشرط عنده (قده) و ما يلزم من عدمه العدم يعم كل دخيل في حصول الشيء بحيث لولاه لم يكن ذلك الشيء فيدخل فيه السبب و المقتضى و الشرط و مثل الوضوء و استقبال القبلة الى غير ذلك و ذكره (قده) ان الشرط بهذا المعنى اسم جامد لا يشتق منه شيء بالأصل أى إذا لم يؤوّل الشرط بهذا المعنى الى معنى حدثي نعم لو أوّل إلى معنى حدثي كجعل الشيء بحيث لا يحصل الشيء الآخر بدونه فيقال للجاعل للشارط و للشيء الآخر كالصلاة بالإضافة إلى الوضوء و الاستقبال و نحوهما المشروط و هذا الإطلاق ليس بنحو التضاييف في الفعل و الانفعال و إلا فلا بد من إطلاق الشارط على الجاعل و المشروط على مجعوله أى نفس الوضوء أو الحكم المتعلق بالصلاة المتقدمة بالوضوء و غيره و بتعبير آخر الشرط بهذا المعنى كالسبب اسم جامد و اشتقاق الشارط و المشروط منه كاشتقاق المسبب بالكسر و الفتح من لفظ السبب حيث يطلق المسبب بالكسر على جاعل السبب كما في الدعاء يا مسبب الأسباب و المسبب بالفتح يطلق على الحاصل من السبب و هذا الإطلاق أيضا ليس بنحو التضاييف فلا يكون اشتقاقا على الأصل لأن المسبب بالكسر جاعل السبب للشيء فيكون المسبب بالفتح على التضاييف نفس السبب لا الأمر الحاصل عن السبب.

و قد تحصل ان الشرط له معنيان أحدهما الحدثي و ثانيهما معنى الاسم الجامد نظير ما يقال من ان لفظ أمر معناه الطلب و معناه الآخر الشيء.

و أما إطلاق الشرط في اصطلاح علماء الأدب على الجملة التي تقع تلو اداء الشرط فهو مأخوذ عن المعنى الثاني أى ما يلزم من عدمه العدم كما ان ما يطلق عليه الشرط في اصطلاح أهل المعقول مأخوذ من هذا المعنى غاية الأمر أضيف إليه قيود ليمتاز الشرط عن السبب و المانع باصطلاحهم فيكون كل من الاصطلاحين من نقل اللفظ عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٧

[الكلام في شروط صحة الشرط]

[أحدهما ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف]

أحدهما ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف (١).

معناه العام الى بعض افراده و لا يحمل الشرط في الاستعمالات العرفية إلا على أحد الأولين فإن كان في البين قرينه على تعيين أحدهما فهو و إلا يكون الخطاب مجملا.

أقول الظاهر ان الشرط يطلق على الالتزام بالعمل أو ثبوت الحق لكن لا مطلقا بل فيما كان داخلا في الترام معاملى و إذا قال بعث مالى

بكذا و اشترطت عليه خياطة ثوبى ظاهره إدخال التزام الطرف بخياطة ثوبه فى البيع و الإدخال ليس بمعنى الظرفية كما هو ظاهر القاموس بل بنحو تعليق نفس الالتزام المعامل على التزام الطرف بذلك العمل أو ثبوت الحق و قد تقدم تفصيل الكلام فى ذلك فى باب شرط الخيار. و اما الإلزام فهو خارج عن معنى الشرط بل جوازه أمر مترتب على صحة الشرط فى المعاملة و نفوذه حيث يكون للمشروط له إلزام الآخر بالعمل أو رعايته الحق كما لا يخفى.

و لا ريب فى ان المراد من قوله (ص) المسلمون عند شروطهم هذا المعنى بقريته تطبيقه فى بعض الروايات على الشرط فى المعاملة حتى فى رواية منصور بن برزخ حيث ذكر فيها ما يدل على ان المراد الالتزام بالعمل و إعطاء هذا الالتزام للمرأة فى نكاحها و لذا ذكر سلام الله عليه فيها فليف للمرأة بشرطها و اما الشرط بالمعنى الآخر الذى ذكره اى ما يلزم من عدمه عدم شىء آخر فلم يظهر ان هذا معناه لغة و الشاهد صدق الشرط على موارد قيام البدل سواء كان البدل اختياريا أو اضطراريا.

و لا يبعد ان يكون معنى الشرط لغة الدخيل فى حصول شىء آخر سواء كانت دخالته جعلية كما فى قيود الأمور به أو الموضوع أو نفس الحكم أو كانت واقعية و بهذا الاعتبار يطلق الشرط على الجملة الواقعة فى تلو اداة الشرط و ما هو من اجزاء العلة التامة للشىء عند أهل المعقول.

(١) ذكر (قده) بما حاصله انه يعتبر فى نفوذ الشرط و صحته كونه اى المشروط مقدورا على المشروط عليه بان يمكن له تسليم المشروط الى المشروط له سواء كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٨

.....

الشرط غير المقدور صفة فى أحد العوضين و المراد بالصفة الأمر الاستقبالى فى ذلك العوض كما إذا قال بعت هذه الدابة على ان تحمل مستقبلا أو هذه الأمانة على ان تلد مستقبلا ذكرا أو كان المشروط عملا اى فعلا لا يتمكن عليه المشروط عليه كما إذا قال بعتك هذا الزرع على ان يجعل سنبلا أو بعت البسر على ان يجعل تمرا و قد مثل بما ذكر شرط العمل غير لمقدور فى القواعد و الظاهر انه أراد أن يجعل الله الزرع أو البسر سنبلا أو زرعا فان صدور مثل هذه الأفعال عن المشروط عليه ممتنع لا يشترط على المشروط عليه فى بناء العقلاء و يبعد من الفقهاء ان يتعرضوا لأمر خارج فى المعاملات عن بناء العقلاء بخلاف ما إذا اشترط فى المعاملة فعل الغير فان تعليق التراضى بالمعاملة على حصول فعل الغير يقع من العقلاء.

و على الجملة لا- يحتمل ان يكون مراد العلامة و غيره ممن ذكر هذا الاعتبار الاحتراز عن مثل شرط اجتماع الضدين أو ارتفاع النقيضين و لذا لم يذكروا هذا الاشتراط فى بابى الإجارة و الجعالة و يغنى عن هذا الاشتراط جواز المشروط و إباحته بل المراد كما ذكرنا الاحتراز عن اشتراط فعل الغير فان اشتراط فعل الغير اولى من اشتراط الوصف الحالى فى المبيع فان الوصف المزبور خارج عن قدرة البائع حيث لا يمكن تحصيله ان لم يكن حاصلًا بخلاف فعل الغير فإنه يمكن ان يتوسل الى حصوله بالاستدعاء و غيره فيكون قوله بعت الزرع على ان يجعل سنبلا ظاهرا فى اشتراط ان يجعله الله سنبلا نعم يحتمل ان يكون المراد جعل البائع فتكون كناية عن إيجاد مقدماته الإعدادية من سقيه و نزع الحشيش من حوله كما يظهر ذلك مما ذكره فى الشرائع و على ذلك فيدخل فى الشرط المقدور كما لا يخفى.

أقول قد تقدم ان الشرط فى المعاملات أخذ الالتزام و إعطائه بنحو ما ذكرنا و الالتزام لا يتعلق الا بفعل النفس فان غيره غير مقدور للملتزم و عليه فلو كان الشرط بمعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٧٩

و كيف كان فالوجه فى اشتراط الشرط المذكور (١).

المشروط فعلا فلا بد من كونه مقدورا للمشروط عليه و ان كان وصفا سواء كان حاليا أو استقباليا فلا معنى لاشتراطه إلا الالتزام بثبوت حق الخيار لصاحبه على تقدير عدم ذلك الوصف فإنَّ الخيار لكونه حقًا يكفي في ثبوته نفس الاشتراط لا يكون من شرط غير المقدور.

(١) استدل (قده) على اعتبار كون الشرط مقدورا للمشروط عليه مع عدم الخلاف فيه بأنه مع عدم كونه مقدورا لا يتمكن على تسليم الشرط فيما كان فعلا كما لا يتمكن على تسليم المبيع مع الوصف فيما كان المشروط الوصف فيه قبل قبضه من المشتري لأنَّ حصول الشرط أو الوصف المزبور بضرب من الاتفاق فلا يناط بإرادة المشروط عليه فيكون البيع غرريا لارتباط العقد بما لا وثوق لحصوله. لا يقال ما ذكر من كون حصول الوصف بضرب من الاتفاق و لا يناط بإرادة المشروط عليه يجرى في- اشتراط الوصف الحالى أيضا مع انه لا- ينبغى الريب في جواز اشتراط الوصف الحالى في المبيع كاشتراط كون العبد كاتبًا فعلا أو الدائبة حاملا كذلك. فإنه يقال بالفرق بينهما للإجماع على جواز الثاني دون الأول و ان اشتراط الوصف الحالى مبنى على وجود الوصف حال البيع فيكون من اخبار البائع بوصف المبيع و ان لم يكن وجوده معلوما بالوجدان للبائع المخبر فضلا عن المشتري حيث يكفي في توصيف المبيع بالوصف كونه مقتضى الأصل أو موثوقا حصوله بخلاف اشتراط الوصف الاستقبالي فإنه لا يبتنى على وجود الوصف فيكون البيع معه غرريا. ثم ذكر أنه بظهر من الشيخ (قده) و القاضى (ره) جواز اشتراط الوصف الاستقبالي و انه لو تحقق الأمر الاستقبالي كحمل الدائبة فالبيع لازم و ان لم يحصل يثبت للمشتري الخيار فيكون اشتراط القدرة على الشرط مورد الخلاف إلا ان يكون مرادهما من اشتراط كون الدائبة تحمل مستقبلا اشتراط أمر حالى في الدائبة فلا يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٠

.....

معه اشتراط القدرة في الشرط محل الخلاف.

أقول قد تقدم ان اشتراط وصف في أحد العوضين حالا أو استقبالا مرجعه الى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه الوصف و مع الخيار لا يثبت للبيع لزوم فلا معنى لكون البيع مع شرط الوصف غرريا لأنَّ الغرر هي الجهالة في نفس البيع لا في حكمه من اللزوم و الجواز و المفروض ان البيع لا جهالة فيه و انَّ المعاوضة قد حصلت بين العين و الثمن سواء كانت العين على الوصف أو على خلافه. و بتعبير آخر العين تعلق بها البيع مطلقا غاية الأمر لا لزوم له مع عدم الوصف. و مما ذكر يعلم أنه لو اشتراط في المعاملة فعل ثالث فمرجعه الى اعتبار الخيار لمن تخلف عليه ذلك الفعل فلا يكون الشرط محكوما بالبطان.

و الحاصل الخيار لأحد المتعاملين أو كلاهما لا يحتاج الى سبب خاص بل يحصل في المعاملة بمجرد الاشتراط فيكون كسائر الأمور الإنشائية المعبر عنها بشرط النتيجة فإنَّ اشتراطها في المعاملة لا بأس به على تقدير عدم توقّف ذلك الأمر الإنشائي على سبب خاص فإنَّ الشرط مع التوقف على سبب خاص لا يصح لكونه غير مقدور بل لأنَّ ثبوته بالشرط لا يستفاد من أدلته نفوذ الشروط و ان الشرط لا يكون مشرعا و لا يصح فيما خالف الكتاب و السنّة هذا كلّ في شرط غير الفعل الاختياري للمشروط عليه و اما فيه فيأتي انه يثبت فيه الحكم التكليفي و لا يكون اشتراطه مجرد اعتبار الخيار.

و إذا كان الفعل المشروط مركبا من فعل المشروط عليه و غيره كما إذا باع الشيء و اشترط على المشتري ان يبيعه من ثالث فهل هذا من اشتراط الفعل المقدور بان يكون الشرط مجرد إيجاب البيع على تقدير اقدم الثالث بالشراء أو من اشتراط المركب من المقدور و غيره و يظهر الثمرة فيما لم يرغب ذلك الثالث بشراء المتاع مع تصدّي المشتري الأول لبيعه منه فإنه يحكم بلزوم البيع على الأول و

بجوازه على الثانى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨١

[الثانى ان يكون الشرط سائغا]

الثانى ان يكون الشرط سائغا (١).

و من هذا القبيل لو اشترط على البائع الكفيل على عهده المبيع و لم يجدا لبائع الكفيل و لا يبعدان يقال انه يختلف الحال بحسب المقامات و قرائن الأحوال و مع عدم القرائن فهو من اشتراط الأمر الغير المقذور فانّ المركب كالوصف و مرجعه الى اشتراط الخيار و ما عن المصنف من عدم شرط ذلك الا مع الوثوق بحصوله ضعيف جدا.

(١) يظهر من عنوان الشرط الثانى بقريته التمثيل انّ الفرق بين هذا الاعتبار و بين اعتبار عدم كون الشرط مخالفا للكتاب و السنة انّ المراد بالمشروط فى هذا الشرط الفعل الذى يعدّ عصيانا كفعل الحرام أو ترك الواجب و المراد بالشرط الرابع كون المشروط اعتبارا اى معتبرا يخالف اعتبار الكتاب و السنة كاشتراط كون الأجنبى وارثا يلتزم به فى نكاح أو بيع أو غيرهما.

و الحاصل المراد فى - المقام ان لا يكون العمل المشروط عصيانا كما إذا اشترط فعل محرم أو ترك واجب و المراد بالشرط - الرابع ان يكون المشروط حكما و اعتبارا يخالف الحكم الشرعى و الاعتبار كما إذا باع المال و شرط ان لا يجوز للمشتري بيع ذلك الكتاب بان لا يكون له حقّ البيع أو تزويج امرأة و شرط لها ان يجوز له التزوج بامرأة أخرى. و استدل (قده) على اعتبار كون الشرط سائغا بموثقة إسحاق بن عمار عن ابي جعفر عن ابيه ان على بن أبى طالب عليه السلام كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف به فانّ المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما.

و ذكر الإيروانى (قده) أنّه لا- مجال للاستدلال على كون الشرط سائغا بالموثقة المزبورة فإن ظاهر تحليل الحرام و تحريم الحلال كونهما اعتباريين و لو بنحو التشريع لا التحليل أو التحريم عملا فتكون دليلا على الشرط الرابع و استدل هو (قده) على هذا الاعتبار بالإطلاق أو العموم فى خطاب وجوب الفعل أو حرمة لا- يقال ان العموم أو الإطلاق المزبور يعارض بالعموم من وجه الإطلاق أو العموم فى مثل قولهم المسلمون عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٢

.....

شروطهم الا شرطا أحلّ حراما أو حرّم حلالا فإنه يقال بعد تساقطهما يرجع الى استصحاب بقاء حرمة الفعل أو وجوب المشروط تركه. أقول لو تم ما ذكر من المعارضة بين خطاب حرمة الفعل و وجوب الوفاء بالشرط فلا- ينبغى الريب فى تقديم الثانى فإنه من بيان الحكم للفعل بالعنوان الثانى أى الشرط كما لا يخفى.

و ذكر النائنى (قده) ان هذا الاعتبار مستدرک لرجوعه الى اشتراط القدرة على الشرط فان المحرم لا يكون مقدورا على المكلف تشريعا فلا يصح شرطه و فيه ان شرط العمل غير المقدور لم يكن صحيحا لأن مثل قوله عليه السلام المؤمن عند شروطهم لم يكن شاملا له لان التكليف بغير المقدور غير صحيح و اما إذا كان العمل المشروط محرّما فعدم شموله للشرط المزبور يحتاج الى بيان انّ الشرط لا يكون من العناوين المغيّرة لحرمة الأفعال أو وجوبها كما لا يخفى.

و ذكر السيد اليزدى (قده) ان هذا الاعتبار يرجع الى اعتبار ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة حيث انّ المراد بمخالفته للكتاب و السنة مخالفته لهما عملا أو اعتبارا.

و اما التفرقة بين الشرط الثاني و الشرط الرابع الآتى بأن المراد بالشرط يختلف فإن المراد به فى المقام نفس الالتزام و المراد به فى الشرط الرابع المشروط و الملتزم به فيعتبر فى نفوذ الشرط بان يكون نفس الالتزام جائزا فلا يصح الالتزام بالمحرم فلا يمكن المساعدة عليه فإن الالتزام بالإتيان بالحرام كالالتزام بالإتيان بالمحلل غير متعلق للحرمة سواء كان الالتزام حقيقيا أم إنشائيا و أما المتعلق للتحريم نفس العمل كما ذكر تفصيل ذلك فى بحث المخالفة للالتزامية و على ذلك فلا مورد لكون نفس الالتزام فى ضمن معاملة محرّما و على تقديره فلا تقضى ذلك التحريم عدم نفوذه و صحته فإن الشرط بمعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٣

[الثالث ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا]

ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا (١).

الالتزام قسم من المعاملة و لا يقتضى النهى عن معاملة فسادها و قد تقدم ان الإلزام بمعنى الإكراه على عمل يتعلق به الحرمة و لكنه غير داخل فى معنى الشرط بل أمر يترتب على نفوذ الشرط و صحته فيكون للمشروط له إلزام المشروط عليه بالشرط فتدبر.

أقول إذا كان العمل المشترط فى نفسه محرما أو تركه غير مشروع فلا يصح شرطه و لا يحتاج فى إثبات عدم صحته الى الاستثناء فى روايات الباب كما ذكرنا ذلك فى الإجارة على عمل محرم فإن الإجارة المزبورة لا تصح و لا يمكن إثبات صحتها بمثل قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و ذلك فإن حرمة المحرمات لو كانت مرفوعة بالشرط فى المعاملة أو بالإجارة و نحو ذلك لكان تحريمهما لغوا حيث يمكن التوصل الى ارتكابه بالشرط فى معاملة أو بالإجارة و لا- يقاس ذلك بموارد الفرار عن الحرام الى الحلال بالاحتياط فى رفع الموضوع فتدبر.

(١) ذكر (قده) أنه يعتبر فى الشرط ان يكون فيه غرض معتد به و مطلوب للعقلاء أو كان فيه غرض للمشروط له و ان لم يكن معتد به عند العقلاء نوعا و قد مثل فى الدروس بشرط جهل العبد بالعبادات فى شرائه فإنه مع عدم معرفتها ربما يكون أكثر فراغا للخدمة لمولاه و قد ذكر جماعة ان اشتراط الكيل بمكيال معين أو بميزان معين مع تساويه مع الأفراد المتعارفة من الكيل و الميزان لغو لعدم تعلّق غرض للتعيين المزبور من غير فرق بين بيع السلم و غيره و احتمال اختصاص البطلان ببيع السلم لاحتمال عدم التمكن بالكيل أو الوزن بالكيل أو الميزان المزبورين عند استحقاق المشتري تسلّم المبيع ضعيف.

و قد ذكر فى التذكرة ان كل شرط لا يكون فيه غرض للعقلاء و لا يوجب ذلك الشرط زيادة المائتة فى ناحية أحد العوضين يكون لغوا و لا يوجب تخلفه الخيار و علل المصنف (قده) الحكم بأن الشرط المزبور لا يعد حقا للمشروط له حتى يتضرر بعدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٤

.....

حصوله فيرتفع لزوم المعاملة بقاعدة نفي الضرر كما ان الشرط المزبور لا- يوجب أن يعتنى الشارع به فيوجب الوفاء به فيما لو كان عملا و يكون ترك العمل ظلما فالشرط المزبور يشبه إعطاء المال بإزاء عين لها منفعة لا يعتد بها العقلاء. و لو شك فى كون الشرط مما فيه غرض عقلائي أم لا- يحمل على الصحة و على هذا الحمل يبتنى ما ذكر العلامة فى مسألة بيع العبد و اشتراط بايعه على المشتري ان لا يأكل إلّا الهريشه و لا يلبس إلّا الخبز. و لو اشترى العبد و شرط كونه كافرا ففى صحّة الشرط قولان فقيل بصحة الشرط و أنه يثبت للمشتري الخيار مع ظهور إسلامه كما عن العلامة لأنّ كفر العبد يتعلق به الغرض لتمكين مشتريه على بيعه من الكافر و المسلم بخلاف العبد المسلم فإنه لا يجوز بيعه من الكافر و ان العبد الكافر يستغرق أوقاته بخدمة مولاه بخلاف المسلم.

وقيل كما عن الشيخ بطلان الشرط المزبور وانه يحكم بلزوم البيع و لو مع ظهور إسلامه لأن إثبات الخيار في الفرض يوجب ان يحسب إسلام العبد نقصا فيه و كفره مزيه و الإسلام يعلو و لا يعلو عليه و لأن في تملك العبد المسلم غرض أخروي و هي المصاحبة مع المؤمن و الإنفاق عليه و الغرض الدنيوي لا يزاحم الأخروي كما جزم بذلك في الدروس.

أقول قد ذكرنا فيما تقدم ان اشتراط الأوصاف مرجعه الى جعل الخيار على تقدير فقدها و عليه فلو اشترى العبد و جعل لنفسه الخيار على تقدير كونه مسلما و باعه البائع كذلك فلا موجب للحكم بلزوم العقد فإن اشتراط الخيار مطلقا أو على تقدير صحيح و يتعلق به الغرض من العقلاء و كذا الحال في اشتراط فعل الغير بل فعل نفسه أيضا غاية الأمر لا يثبت التكليف بالإتيان بالعمل المزبور لانصراف ما دل على التكليف عنه و ثبوت الخيار على تقدير عدم الفعل بالاشتراط لا بقاعدة نفى الضرر ليقال ان وجوب البيع في الفرض غير ضروري.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٥

[الرابع ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة]

الرابع ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة (١).

لا يقال قد ذكر في محله ان المحكوم بالبطلان من البيع و الإجارة و غيرهما من المعاملات المالية بيع السفية و إجارته و سائر معاملته المالية و اما البيع السفهائي و الإجارة السفهائية و كذا غيرهما فيحكم بصحتها و عليه فالشرط السفهائي لا يختلف عن تلك المعاملات فإنه يقال لا يبعد الفرق بين المعاملات و الشرط بأن المعاملات فيما إذا كانت سفهية من جانب واحد فلا تكون سفهية من الجانب الآخر و بتعبير آخر إذا كان البيع للبائع سفهيا فلا يكون بالإضافة إلى المشتري كذلك فلا بأس بشمول دليل الحل و اللزوم له بخلاف الشرط فإن الغرض فيه للمشروط له فقط و إذا كان سفهيا بالإضافة إليه فلا يكون مشمولا لخطاب وجوب العمل بالشرط كما لا يخفى. (١) ذكر (قده) انه لو أحرز أن الحكم الوارد في الكتاب و السنة ثابت مع الشرط أيضا فلا ينبغي الريب في بطلان الشرط المزبور لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يجوز بحال نعم يحتمل ان يقال ان ثبوت الحكم الوارد فيهما مع الشرط غير محرز لحكومة المؤمنون عند شروطهم على إطلاق الكتاب و السنة أو عمومهما فيختص الحكم الوارد فيهما بغير حال الشرط بل التزم بهذا الاحتمال و بان ما ورد في الروايات من استثناء الشرط المخالف للكتاب عن الشرط النافذ يحمل على صورة المخالفة بالتباين و يرفع عن إطلاق الاستثناء و عمومته بالإضافة الى غير موارد التباين و غير موارد قيام النص الخاص على جواز الشرط.

أقول توضيح الحال في المقام يحتاج الى التكلّم في مدلول اخبار الباب - منها صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل قال لامرأته ان تزوجت عليك أو بت عنك فأنت طالق فقال ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عز و جل لم يجز ذلك عليه و لا له.

و لا يخفى ان شرط الطلاق بنحو شرط النتيجة محكوم بالبطلان سواء كان شرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٦

.....

مطلقا أو معلقا و هذا الحكم مستفاد من الروايات الواردة في اعتبار صيغة خاصة في الطلاق مع اعتبار أمور أخرى في المطلقة لكونها في طهر لم يجامعها زوجها فيه مع حضور العدلين حيث ان شرط النتيجة أنما يصح في أمر لا يعتبر في إنشائه سبب خاص على ما تقدم و على ذلك فان كان السؤال في الرواية عن شرط الطلاق بنحو النتيجة في نكاح المرأة كما هو ظاهر الشرط فلا ريب في أنه لا بد من

ان يكون المراد من شرط سوي كتاب الله المشروط الذي لم يذكر في كتاب الله أي القرآن و يقيد بما إذا لم يذكر مشروعية في السنة أيضا أو ان يراد بكتاب الله الحكم المكتوب من قبل الله سبحانه فيعم ما ورد في السنة أيضا و لكن الأول انسب لإعطاء الضابطة لصحيح الشرط و فاسده.

و اما ما رواه الشيخ و العلامة من طريق العامة في حكاية بريئة لما اشتراها عائشة و شرط عليها مواليتها و لائها ما بال أقوام يشترطون شرطا ليست في كتاب الله فما كان في شرط ليس في كتاب الله فهو باطل قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق فظاهره و ان يقتضى ان يكون المراد بكتاب الله ما كتب الله الا انه لضعف السند لا يمكن الاعتماد عليه مع احتمال ان يراد منه ان المشروط المزبور غير وارد في الكتاب فمن اين يصح لهؤلاء الأقوام الشرط المزبور و لا ينافي ذلك الحكم بصحته لو كان المشروط واردا في السنة أخذنا بغيره.

منها موثقة إسحاق ابن عمار عن جعفر عن أبيه ان على ابن أبي طالب عليه السلام كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حراما أو أحل حراما.

و منها صحيحة الحلبي كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود و منها صحيحة عبد الله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول من اشترط شرطا مخالفا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٧

.....

□ □
لكتاب الله فلا يجوز له و لا يجوز على الذي اشترط عليه. و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله و في صحيحة الأخرى عن ابي عبد الله عليه السلام قال المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز.

و منها صحيحة محمد بن قيس على رواية الشيخ (قده) عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى على عليه السلام في رجل تزوج امرأة و أصدقها و اشترطت ان يبدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة و واليت الحق من ليس بأهله قال فقضى ان على الرجل النفقة و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة.

□ □
و رواية إبراهيم بن محرز قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل قال لامرأته أمرتك بيدك قال عليه السلام انى يكون هذا و قد قال الله الرجال قوامون على النساء. و في تفسير العياشى عن ابن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها ان تزوج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فإنها طالق فقال شرط الله قبل شرطكم ان شاء و فى بشرطه و ان شاء أمسك امرأته و نكح عليها و تسرى عليها و هجرها إن أتت بسبيل ذلك قال الله تعالى فى كتابه فَمَا نَكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ وَ قَالَ أَحَلَّ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ قَالَ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِسَنَدٍ مُوْتَقٍّ إِلَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ نَكَحَ عَلَيْهَا.

□ □
ذكر المصنف (قده) ان المراد بالكتاب فى بعض الروايات الظاهرة فى بطلان الشرط المخالف له هو ما كتب الله على عباده من الأحكام سواء ذكر فى القرآن أم لا بان كان ذلك الحكم مستفادا من النص و نحوه.

ثم ذكر ان ما دل على اعتبار موافقة الكتاب فى نفوذ الشرط و صحته يحمل على عدم كونه مخالفا له بناء على ان ما لم يكن مخالفا له موافق لبعض الإطلاق و العموم فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٨

ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب (١).

بعض الآيات من قوله سبحانه أحل لكم الطيبات* وخلق لكم ما في الأرض جميعاً وأوفوا بالعقود.

أقول قد تقدم أن حمل الكتاب في روايات الباب على حكم الله على عباده بعيد غايته فإنه مع كونه خلاف ظاهر كتاب الله لا يناسب جعل الضابطة للشرط الفاسد و أيضاً الوجه في حمل الموافق للكتاب على عدم كون الشرط مخالفاً له هو أنه لو اعتبر الموافقة بنفسها لكان ذكر عدم المخالفة في الروايات المتعددة بلا وجه و لزم أن لا يكون الحكم مناسباً لإعطاء الضابطة فإن أكثر الشروط لا يستفاد موافقتها للكتاب و دعوى انها موافقة لبواطنه لا يمكن المساعدة عليها فإن الإحالة على بواطن الكتاب لا يناسب لإعطاء الضابطة بل يناسبها ظواهر الكتاب كما لا يخفى ثم ان الجمع بين كون المراد بكتاب الله مطلق ما كتب الله و بين كون المراد من الموافقة عدم المخالفة للقرآن المجيد متهافت.

(١) ذكر (قده) ان الشرط بمعنى المشروط فيما إذا كان من الاعتباريات كثبوت الإرث للأجنبي أو كون الطلاق بيد المرأة و نحو ذلك يكون مخالفة للكتاب أو السنة ظاهرة و أما إذا كان الشرط بمعناه المصدرى أي الالتزام فقد يدعى ان الالتزام بفعل الحرام و ترك المباح أيضاً مخالف للكتاب و السنة فان ترك المباح و ان لم يكن فيه محذور إلا ان الالتزام بتركه فيه محذور بل الالتزام بترك المباح و ان قيل لا محذور فيه أصلاً إلا ان الالتزام بفعل الحرام فيه محذور المخالفة للكتاب و السنة.

و يشهد لكون الالتزام بترك ما رخص فيه الشارع مخالفة للكتاب و السنة رواية العياشي المتقدمة التي رواها الشيخ بسند موثق على ما تقدم فإن المذكور في النكاح في الروايتين الالتزام بترك المباح و التوجيه بما يأتي ضعيف بان يرد من المذكورات فيهما عدم الحق له في ارتكاب تلك المباحات فيكون المشروط مخالفاً لما دل على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٨٩

.....

إباحتها.

ثم ذكر (قده) ان موثقة إسحاق ابن عمار المتقدمة أيضاً ظاهرة في عدم جواز الالتزام بترك المباح أو فعل الحرام فإن قوله عليه السلام فيها إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً مقتضاه أن الإحلال و التحريم فعل الشارط لأنه باشرطه يمنع عن الحلال و يرخص في الحرام و أوضح من ذلك كله المرسل المروي في الغنية الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع عنه كتاب أو سنة فإن الالتزام بارتكاب الحرام يمنع عنه الكتاب و السنة انتهى.

أقول لا يمنع الكتاب و السنة عن الالتزام بفعل الحرام منعاً تكليفاً بل يمنعان عن نفس ارتكاب الحرام و معه لا يمكن ان يعمه المؤمنون عند شروطهم، و بتعبير آخر المشروط فيما كان من الاعتباريات و كان مخالفاً لاعتبار الشارع و حكمه يكون محكوماً بالبطان و هذا هو المقطوع من مخالف الكتاب و السنة فإن مدلولهما الحكم و اما إذا كان المشروط هو ترك المباح أو فعل الحرام فيكون المشروط فيما إذا كان محرماً مخالفاً للكتاب أو السنة عملاً و اما إذا كان مباحاً فلا يخالف الكتاب أو السنة حتى عملاً و هذا ظاهر و ما عن المصنف (ره) من المحذور في الالتزام بفعل الحرام أو المباح قد تقدم ما فيه و انه لا محذور في الالتزام القلبي أو المعامل و لا يعاقب الملتزم بعقاب فيما إذا لم يرتكب الحرام كما لا يخفى.

و أما الاستدلال على عدم جواز الالتزام بمثل رواية العياشي ففيه ان المراد بشرط الله فيه حكمه و قد أطلق عليه الشرط للمقابلة و المراد بحكم الله عدم صحه الطلاق بغير الوجه المعتبر و ليس الشرط المزبور الوجه المعتبر و كذا الحلف عليه فإنه أيضاً باطل لأنه أيضاً من شرط الله قبل الحالف و بتعبير آخر لو كانت الرواية واردة في شرط ترك التزويج بالمرأة الأخرى و مع ذلك ذكر سلام الله عليه بعدم وجوب الوفاء لكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٠

.....

للاستدلال المزبور وجه و لكن الرواية واردة في شرط الطلاق بنحو النتيجة أو الحلف عليه و في كل منهما لا يكون ترك التزويج بامرأة أخرى بنفسه شرطا و بظهور الفرق بين المقامين يظهر الفرق بين مدلولها و مدلول صحيحة منصور بن برزخ عن عبد صالح عليه السلام قال قلت له ان رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه ألا أن يجعل لله عليه ان لا يطلقها و لا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع فقال بس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار قل له فليف للمرأة بشرطها فان رسول الله صلى الله عليه و آله، قال المؤمنون عند شروطهم.

نعم ما في ذيل رواية العياشي من الاستشهاد على بطلان الشرط بأن الكتاب قد أباح الشرط أي ارتكاب المشروط لا يناسب الحمل المذكور و لكن ليس الذيل في موثقة محمد بن قيس و رواية العياشي ضعيفة سندا كما تقدم مع احتمال كون الاستشهاد فيها جدليا و ما ذكر (قده) من دلالة موثقة إسحاق بن عمار على فساد الشرط فيما تعلق بفعل الحرام أو ترك المباح حيث أن الشرط مع تعلقه بأحدهما يكون محللا- للحرام أو محرما للحلال فالشارط بشرطه يرخص في ارتكاب الحرام أو يمنع عن ارتكاب المباح لا يمكن المساعدة عليه فان الشرط كما تقدم هو أخذ الالتزام أو إعطائه و الأخذ يكون من المشروط له المعبر عنه بالشارط و الإعطاء من المشروط عليه و إذا فرض تعلق الشرط بفعل الحرام أو ترك المباح فلا يكون نفس الالتزام أخذا أو إعطاء محللا للحرام إلا من حيث العمل.

و يمكن ان يدعى ظهور الموثقة فيما كان الشرط محللا- و محرما من حيث البناء و الحكم بان يلتزم المشروط عليه ان لا يجوز له التزوج بامرأة أخرى أو لا يحرم عليه شرب الخمر فلا يمكن مع هذا الاحتمال التمسك بها على بطلان الشرط فيما إذا تعلق بفعل
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩١

.....

الحرام أو ترك المباح و ما في صدر الرواية من قوله عليه السلام من شرط لامرأته شرطا فليف به لو لم يكن انسب مع هذا الاحتمال فلا ينبغي الريب في أنه لا تنافيه.

لا- يقال يمكن دعوى عموم الموثقة لكلا الفرضين بان يستفاد منها بطلان الشرط فيما إذا كان الملتزم به عدم ممنوعية ما هو حرام شرعا أو ممنوعية الحلال شرعا و ما كان الملتزم به نفس فعل الحرام أو ترك المباح ففي الأول يكون المشروط محللا و محرما من حيث البناء و الحكم و في الثاني يكون محللا عملا و محرما كذلك كما لا يخفى.

أقول شرط ترك المباح لا- يكون محرما للحلال لا من جهة الشرط بمعنى الالتزام فان الالتزام بترك المباح لا ينافي إباحته نظير ما تقدم من عدم مخالفته للكتاب و السنة و لا من جهة الشرط بمعنى الملتزم به فان ترك المباح لا يكون تحريما عملا فان المباح يجوز فعله و تركه.

نعم في شرط الحرام يكون المشروط أي ارتكاب الحرام محللا للحرام من حيث العمل كما انه يخالف الكتاب كذلك و احتمال ان يكون المراد من كون الشرط محللا و محرما كونه كذلك بلحاظ حكمه أي وجوب الوفاء به فيعم الاستثناء شرط ترك المباح ايضا ضعيف لظهور الموثقة في كون الشرط في نفسه محللا للحرام أو محرما للحلال لا بلحاظ وجوب الوفاء به.

و الحاصل ان غاية ما يستفاد من هذه الموثقة ما استفدناه من الاستثناء في الأخبار الواردة في وجوب الوفاء بالشرط إلا ما خالف الكتاب أو السنة من ان الالتزام بالفعل الحرام يدخل في الاستثناء لكون فعل الحرام مخالفا للكتاب أو السنة عملا فيكون ارتكابه من تحليل الحرام عملا.

و ما ذكر المصنف (ره) من ان الالتزام بفعل الحرام أو الالتزام بترك المباح في نفسها مخالف للكتاب و السنة فيعم الاستثناء كلاً من المشروط و المعبر المخالف

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٢

ثم المراد بحكم الكتاب و السنة الذي يعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له (١).

للحكم المذكور في الكتاب و السنة و الالتزام بفعل الحرام و ترك المباح لا يمكن المساعدة عليه فإنه قد تقدم عدم المانع في مجرد التزم فعل الحرام غير كونه نوعاً من التجري فضلاً عن الالتزام بترك المباح و ثانياً انه مع الإغماض عما ذكر أولاً يكون المخالف للكتاب و السنة في شرط ترك المباح أو فعل الحرام نفس الشرط بمعنى الالتزام و في موارد كون المشروط مخالفاً لهما يراد من الشرط المشروط واردة الشرط و المشروط معاً من الاستثناء استعمال اللفظ في معناه الحقيقي و المجازي و لو أمكن هذا الاستعمال فلا ريب في أنه خلاف الظاهر فلا يصار إليه بلا قرينة.

(١) و توضيح المقام انه (قده) بعد ما التزم بأن الشرط المخالف للكتاب و السنة المحكوم بالبطلان يعم الالتزام بفعل الحرام و الالتزام بترك المباح فيشكل الأمر بأن غالب الشروط المتعارفة في قبيل الالتزام بترك المباح أو فعله و إذا فرض كون هذا الشرط باطلاً فلا يبقى للالتزام بالعمل مورد الا شرط فعل الواجب أو ترك الحرام و تصدى لدفع الإشكال بأن مجرد شرط ترك المباح أو فعله بل فعل الحرام لا يكون مخالفاً للكتاب و السنة بل تتحقق مخالفة الشرط لهما فيما إذا لم يكن الحرمة أو الإباحة الثابتة للفعل اقتضائية بحيث يمكن انتفائهما بطرو عنوان على الفعل و اما إذا كان الحكم اقتضائياً كذلك بحيث لم يكن لخطاب حرمة الفعل أو إباحته دلالة إلا على الحكم لنفس الفعل مع قطع النظر عن طرو عنوان فلا بأس بالحكم بصحة الشرط المزبور فإن الالتزام بوجوده في الفرض لا ينافي الكتاب.

و قال (قده) ان الخطابات الواردة في إباحة الأشياء و المباحات الشامل للمستحبات و المكروهات من هذا القبيل و ان الحكم فيها بإباحة الفعل من حيث ذات الفعل فلا ينافي طرو عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك كما في خطاب حلية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٣

.....

أكل اللحم فإنه لا تنافي مع الحرمة الثابتة له بالحلف أو أمر الوالد بتركه أو عروض الوجوب له بعنوان كونه مقدّمة الواجب أو تعلق النذر به، و ان الخطابات الواردة في الواجبات و المحرّمات من قبيل الحكم المطلق بحيث لا يتغير ألماً بالعناوين الرافعة للتكاليف كالاضطرار الى الارتكاب أو الحرج أو الضرر و على ذلك فلو اشترط في المعاملة ارتكاب محرم فيحكم ببطلانه لأن الالتزام بارتكابه مخالف للكتاب و السنة و لو ورد حليته بعنوان آخر فيلاحظ الراجح من الخطابين فيؤخذ به كان ترجيحه بمرجح داخلي أو خارجي الأول ككون الخبر الدال على أحدهما أظهر و الثاني ككون مدلوله موافقاً للمشهور.

ثم أورد (قده) على ما ذكره من عدم البأس باشتراط ترك المباح لأن خطابات المباحات ظاهرة في الإباحة الاقتضائية بأن مقتضى بعض الأخبار المتقدمة الحكم ببطلان شرط ترك المباح مع ان خطابه ايضاً كخطاب سائر المباحات اقتضائية كاشتراط ترك التزوج بامرأة أخرى أو عدم اتخاذ السرية و نحوهما.

و أجاب عن الإيراد بوجهين الأول انه يعلم من الرواية المتقدمة ان الإباحة في التزوج بامرأة أخرى أو اتخاذ السرية مطلقة و ان كانت في انظارنا كإباحة أكل اللحم و التمر و غيرهما مما تتغير إباحتها بالعناوين الثانية و هذا الوجه لا يناسب الاستشهاد لبطلان الشرط المزبور بأن إباحة التزوج بامرأة أخرى مذكورة في الكتاب كما لا يخفى. و الوجه الثاني ان الطلاق المعلق على مثل هذه الأفعال باطل

و أنّ هذه الأفعال لا توجيه لا ان في شرط مجرد ترك التزوج بامرأة اخرى محذورا بل لا بأس بشرطه كما يفصح عن ذلك صحيحة منصور بن برزخ المتقدمة.

أقول في ما افاده موارد للنظر منها ما ذكره من ان خطابات المباحات كلها اقتضائية و ظاهرة في ثبوت الحلية لها في نفسها و لا دلالة لها على ثبوتها لها عند طرؤ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٤

.....

عناوين آخر عليها فان الالتزام بذلك يوجب ان لا يصح لنا التمسك بإطلاق تلك الخطابات عند الشك في ثبوت الحلية للفعل مع طرؤ عنوان يحتمل كونه مغتيرا لإباحته.

و قد ذكرنا سابقا ان مقتضى السيرة العقلية في الخطاب المتضمن لحكم على موضوع كون المتكلم في مقام البيان من جهة قيود الموضوع و المتعلق و نفس الحكم فيرفع اليد عن ذلك بقيام قرينه معتبره انه في مقام بيان الحكم من جهة دون الأخرى كما في خطاب تجويز الأكل من صيد أمسكه الكلب المعلم فإنه قد ذكر في محله أنه في مقام تجويز الأكل من حيث عدم كونه ميتة فلا يقتضى عدم وجوب تطهير موضع العقر.

نعم إذا ورد في مقابل خطاب حلية فعل حرمة أو وجوبه بعنوان ثانوي يقدم الخطاب الثاني على الأول حيث أنّ الخطاب المتضمن للحكم بالعنوان الثانوي قرينه عرفية على تقييد الحكم في الخطاب الأول و هذا يجري في غير خطابات المباحات أيضا غاية الأمر ان الخطابات المتكفلة للأحكام بالعناوين الثانوية مقيدة في نوعها بقيود تمنع عن حكومتها بالإضافة إلى خطابات المحرمات نظير ما ورد في عدم الطاعة لمخلوق في معصية الخالق المانعة من حكومة خطاب وجوب طاعة الوالدين على خطابات التحريم أو الواجبات فيما إذا أمرا بارتكاب الحرام أو ترك الواجب و ما دل على عدم انعقاد الحلف فيما إذا كان المحلوف عليه مرجوحا فأن مقتضى إطلاق خطاب التحريم عدم انعقاد الحلف على ارتكاب الحرام أو ترك الواجب الى غير ذلك و هذا ايضا هو الوجه في عدم حكومة دليل نفوذ الشرط على خطابات المحرمات فإنه قد أخذ في خطاب نفوذ الشرط عدم كون المشروط مخالفا للكتاب و السنة و هذا المخالفة لا يتحقق في ترك المباح أو فعله و لكنّها متحققة في شرط ارتكاب الحرام كما تقدم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٥

ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعي (١).

(١) و حاصله أنه قد تقدم ثبوت الحكم لموضوع بأحد النحويين من كونه بنحو الاقتضاء و الحيشية و كونه حكما فعليا مطلقا بحيث لا يقبل التغيير بعروض عناوين آخر غير ما أشرنا اليه و عليه فلا إشكال في حكم الشرط فيما إذا أحرز حال الحكم و لكن يقع الإشكال في تمييز حال الحكم في بعض الموارد كما إذا شرط مولى الأمة في تزويجها من حرّ كون ولدها رقّ له في عقد الزواج فهل الحكم بكون الولد يتبع أشرف أبيه حكم اقتضائي لا ينافيه الاشتراط المزبور أو أنه حكم فعلي لا يتغير بالشرط و كشرط التوارث في عقد المتعة فإنه ذكر جماعة بصحة اشتراط التوارث في عقد المتعة فيقع الكلام في ان عدم ثبوت التوارث في غير النكاح الدائم حكم اقتضائي أو أنه حكم فعلي مع ان المتسالم عليه عندهم عدم صحة شرط التوارث في غير عقد النكاح بل في غير الزوج و الزوجة مطلقا فلا بد من كون عدم التوارث في غير النكاح الدائم حكما فعليا من جهة و اقتضائيا من جهة أخرى.

و ربما يقال في مثل هذه الموارد ان الشرط فيها غير مخالف للكتاب و السنة أو أنّ الشرط المخالف للكتاب محكوم بالبطلان إلا في مثل هذه الموارد و لكن كون الأول أي الشرط فيها غير مخالف للكتاب يحتاج إلى التأمل و اما الثاني هو بطلان الشرط المخالف إلا

في هذا الموارد ضعيف كما تقدم في أول هذا الشرط في قوله و التزم بعض بورود التخصيص على الاستثناء في قولهم المؤمنون عند شروطهم إلا ما خالف الكتاب.

و نظير ما ذكر اشتراط الضمان في العين المستعارة فإنهم اتفقوا على جوازه و لكن المشهور على عدم صحة شرط الضمان في العين المستأجرة فيقع الكلام في ان عدم ضمان الأمين لو كان حكما اقتضائيا لصح الاشتراط في كلا الموردین و ان كان حكما فعليا لا يتغير فكيف يصح في العارية و نظير ذلك شرط الزوجه على الزوج ان لا يخرجها الى بلد آخر فإنهم و ان اختلفوا في جواز هذا الاشتراط إلا ان المشهور على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٦

.....

جوازه و ذكر بعض بطلانه لان هذا الشرط مخالف لوجوب طاعة الزوجه لزوجها و ان اختيار المسكن بيده لا بيدها و أورد بعض المجوزين لهذا الاشتراط على الاستدلال على المنع بما ذكر من جريان دليل المنع في اشتراط جميع الشروط السائغة لأن الشرط ملزم لما كان غير لازم قبل ذلك.

ثم ذكره (قده) انه على الفقيه ملاحظه الخطابات و الأحكام الواردة فيها بأنها مما يتغير بالعناوين الطارئة بمعنى كونها اقتضائية أو انها مطلقة و لو أحرز إحداها فهو و إلا فيمكن البناء على كونها اقتضائية باستصحاب عدم كون الشرط مخالفا للكتاب و هذا الأصل يرجع اليه فيما إذا لم يكن لخطاب الحكم إطلاق كما في أكثر خطابات الترخيص و السلطنة فإن ظاهرها سوقها في مقام بيان حكم الشيء بحيث لا ينافيه ملزم شرعي آخر كالنذر و الشرط و اما ما كان ظاهره العموم كما إذا كان الخطاب حكما منعيا أو يتضمن المنع كقوله ولد الحر لا يملك فلا يجرى فيه هذا الأصل.

أقول قد تقدم في أول عنوان الشرط الرابع ان الشرط المخالف للكتاب اي الحكم الواقعي الثابت في مورد الشرط لا يمكن ان يكون صحيحا و اما إذا كان المشروط مخالفا لإطلاق الكتاب أو عموميه و كذا مع إطلاق السنه و عمومها فلا بأس بقيام دليل خاص على صحة ذلك الشرط و يكون الدليل الخاص مقيدا للاستثناء في قولهم المسلمون عند شروطهم إلا فيما خالف الكتاب و السنه و نظير الدليل الخاص ما إذا كان المشروط مخالفا للحكم الوارد في الكتاب و السنه و لكن ثبت ان المذكور في الكتاب أو السنه من قبيل الحق القابل للإسقاط كاشتراط الخيار مع لزوم المعامله بدونه و مثله اشتراط سقوط وجوب الوطى عنه في أربعة أشهر و نحوهما و لا يخفى أنه يمكن كون المعبر من قبيل الحكم في مورد و من قبيل الحق في مورد آخر مثلا- لا- يصح شرط الضمان على الودعي و يصح على المستعير.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٧

و مرجع هذا الأصل إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم (١).

ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خصص (٢).

(١) أقول ما ذكر (قده) من الرجوع الى أصالة عدم كون الشرط مخالفا للكتاب فلا بد في تقريرها على تقدير كون المراد بالكتاب الحكم الشرعي الواقعي من ان المشروط لم يكن مخالفا للكتاب و لو قبل جعل الكتاب و الحكم الشرعي و الآن كما كان و اما تقريبها بان المشروط لم يكن مخالفا للكتاب قبل الاشتراط و بعد الاشتراط ايضا كما كان فغير صحيح لأن مخالفة المشروط لا تتوقف على فعليته الاشتراط بل المشروط يتصف بها بفرض الاشتراط كما لا يخفى. و لو أريد بالكتاب ظواهر آيات الأحكام و من السنه ظواهر الأخبار فلا يبقى مورد بشك فيه في مخالفة المشروط لهما بل يحرز المخالفة أو عدمها بالوجدان دائما و بتعبير آخر استصحاب نفى

المخالفة و بأنّ الشرط لم يكن يخالف الكتاب لا يدخل في الاستصحاب العدم الأزلى كما لا يخفى.

نعم في موثقة إسحاق بن عمار المؤمنون عند شروطهم إلّا شرطاً أحلّ الحرام أو حرّم الحلال. و عليه فإذا شكّ في حلية فعل أو حرمة تكليفاً فيكون اشتراط ارتكابه من الشك في تحليل الحرام و لو عملاً كما تقدم و هكذا اشتراط الترك فيما إذا كان احتمال وجوبه و لكن لا- بأس بالرجوع إلى أصالة الحلية أو البراءة و مع الرجوع إليهما يحرز عدم كون اشتراط محللاً للحرام بل يمكن إحراز ذلك باستصحاب عدم جعل الحرمة أو الوجوب لذلك الفعل و تقدم سابقاً أيضاً ان في الشك في حلية شيء وضعاً كما إذا كان من قبيل المعاملة يكون الأمر بالعكس فمع عدم إحراز مشروعيتها يكون الأصل عدم إضائها فيثبت كون المشروط محللاً للحرام كما لا يخفى.

(٢) قد خصّ النراقي (قده) الشرط المخالف للكتاب و السنة و المحلّل للحرام و المحرم للحلال بما كان المشروط أمراً اعتبارياً مخالفاً للمعتبر في الكتاب و السنة لأنّ كلا من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٨

.....

الكتاب و السنة حكم يدخل في الأمر الاعتباري تكليفاً أو وضعاً و بتعبير آخر شرط ارتكاب المباح أو تركه أو ارتكاب الحرام و تركه أو فعل الواجب و تركه كل ذلك من الشرط الخارج عن الأمر الاعتباري و ربّما يكون مقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم فيها مخالفاً لما دل على حرمة الفعل فيرجع إلى المرجح في ترجيح أحد المتعارضين كما في شرط شرب الخمر فإنّ الإجماع على حرمة مطلقاً مرجحاً للتحريم و مع عدمه يحكم بمقتضى القواعد و الأصول و أورد المصنف على ذلك بأنّ مقتضى الرجوع إلى الأصول مع فقد المرجح هو الحكم بعدم وجوب الوفاء بالشرط فيما كان المشروط أمراً قد ورد في خطاب الشرع بإباحته فلا يحكم بالصحة و نفوذ الشرط فيه مع كون المشروط أمراً مباحاً بعنوانه الأولي و إذا كان المشروط فعلاً محرماً أو ترك واجباً فلازم الرجوع إلى الأصل و استصحاب بقاء الحرمة بعد اشتراط الفعل أو بقاء الوجوب بعده هو الحكم بفساد الشرط.

أقول قد تقدم أنّه لو فرض المعارضة بين خطاب وجوب الوفاء بالشرط و ما دل على حرمة الفعل أو إباحته فإنّه لا ينبغي الرب في تقديم ما دل على الحكم بعنوانه الثانوي و لا تصل النوبة إلى ملاحظة المرجح و الرجوع إلى الأصول و لكن قد تقدّم ان هذا التقدّم بالإضافة إلى ما دل على إباحة الشيء و اما خطابات المحرّمات فقد تقدم ان خطاب الوفاء بالشرط لو كان مقدّماً عليها لكان تحريم تلك المحرّمات كاللغو حيث يمكن التوصل إلى ارتكاب الحرام باشتراطه في ضمن معاملة.

ثم انه إذا شك في شرط فعل نحتمل حرمة في نفسه فيحكم على ما ذكر النراقي (ره) بوجوبه بالشرط أخذاً بعموم قوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم من غير حاجة إلى الرجوع باستصحاب عدم جعل الحرمة له في نفسه بل ربما يتوهم أنّه يحكم مع وجوب الوفاء بالشرط بإباحة ذلك الفعل في نفسه بدعوى أنّ إباحته في نفسه من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٣٩٩

فقال و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف (١).

يظهر لك معنى قوله (ع) في رواية إسحاق ابن عمار المتقدّمة (٢).

لازم وجوب الوفاء به مع الشرط و إثبات اللازم بالأصل اللفظي لا بأس به.

و فيه أنّه لم يثبت كون إباحته في نفسه لازماً لإمكان أن يختص حرمة فعل بغير صورة اشتراطه و ما تقدم من عدم إمكان اختصاص الحرمة في المحرّمات بغير صورة الاشتراط راجع إلى عامية المحرّمات و اما كون الأمر في محرم كذلك فلا نمّعه هذا مع ان الدليل

على اعتبار الأصول اللفظية إلى الظهورات السيرة العقلانية و لم يحرز أن السيرة جارية على اعتبار الظهور في مثل المورد.

(١) يعنى لو جعل شرط ارتكاب الحرام شرطا مخالفا للكتاب و السنة لم يكن بعيدا.

أقول لا- بد من ان يراد بالشرط المشروط اى شرب الخمر مثلا- فإنه مخالف للكتاب عملا و اما لو جعل نفس الالتزام بشرب الخمر مخالفا للكتاب ففيه ما تقدم من أن الالتزام قلبا أو معاملة لا يدخل في متعلق التحريم فى الكتاب أضف الى ذلك أن ارادة المشروط من الشرط فيما إذا كان المشروط أمرا اعتباريا يخالف الكتاب و ارادة نفس الالتزام فيما كان الالتزام بارتكاب الحرام من الجمع بين ارادة المعنى و المجازى من اللفظ اللهم إلا ان يراد من الشرط معناه المصدري فقط و يراد من مخالفته الكتاب و السنة الأعم من ان يكون الوصف أى المخالفة من قبيل الوصف بحال نفسه أو حال متعلقه فتدبر.

(٢) أقول قد تقدم ان شرط ارتكاب الحرام يكون تحليلا للحرام عملا و لا يبعدان يكون المراد من الشرط المحلل للحرام المشروط المحلل للحرام اعتباريا كما إذا زوج المرأة نفسها من رجل على ان يكون له الحق فى ترك طاعته و المشروط المحلل له عملا كما فى فرض شرط ارتكاب الحرام و امّا الشرط المحرم للحلال فينحصر بما إذا كان المشروط تحريما للحلال اعتبارا كما إذا زوجت نفسها منه على ان لا يحق للزوج طلاقها و اما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٠

.....

تحريم الحلال عملا فهذا غير متحقق فى الالتزام بترك الحلال لأن الحلال يجوز فعله و تركه سواء كان اختيار الترك فى زمان أو إلى الأبد.

و عن السيد اليزدى (قده) الالتزام بترك المباح إلى الأبد تحريم الحلال و لذا ورد فى بعض الروايات ان الالتزام بترك شرب العصير بالحلف عليه لا ينعقد لأن هذا الحلف محرّم للحلال.

و فى خبر العياشى عن عبد الله ابن سنان قال سألته عن رجل قال امرأته طالق و مماليكه أحرار إن شربت حلالا و لا حراما قط فقال اما الحرام فلا- تقربه ان حلف أو لم يحلف و اما الحلال فلا- يتركه فإنه ليس لك ان تحرّم ما أحل الله ان الله يقول لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم.

و فيه ان الرواية ضعيفة سندا و دلالة فإن الحلف بالطلاق باطل عندنا و عبّر الامام عليه السلام عن بطلانه بما ذكر جدلا.

و الحاصل لا نعلم ان الالتزام بترك المباح فى زمان أو دائما مخالفا للكتاب أو السنة أو محرّما للحلال و لذا أفتى الأصحاب بأنه يصح الحلف على فعل المباح أو تركه فيما إذا كان المباح مما يساوى طرفاه من غير ان يكون فى أحدهما مرجح شرعا أو من حيث الفائدة الدنيوية.

لا- يقال قد ورد فى بعض الروايات المعتبرة كمعتبرة عبد الله ابن سنان عدم جواز اليمين فى تحليل الحرام أو تحريم الحلال قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا تجوز اليمين فى تحليل حرام و لا تحريم حلال و لا قطيعة الرحم. و من الظاهر ان المتعارف فى الحلف هو الحلف على الفعل أو الترك فلا- بد من ان يكون الحلف على ارتكاب الحرام من اليمين فى تحليل الحرام و الحلف على ترك المباح دائما من الحلف فى تحريم الحلال. فإنه يقال المتعارف فى الحلف على ترك المباح أو فعله الحلف على تركه أو فعله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠١

و ربما يتخيل انّ هذا الاشكال (١).

و ربما قيل فى توجيه الرواية (٢).

في زمان أو حال و الحلف على تركه أو فعله إلى الأبد و الحلف على عدم الحق له في ارتكابه أو تركه و الحلف المحرم للحلال هو القسم الأخير كما لا يخفى.

(١) و حاصله ان الإباحة التكليفية المترتبة على موضوعها و ان لا تحرز أنها تتغير بالعنوان الثانوى ألا انه إذا كانت الإباحة ترتبها على الحكم الوضعى فلا- تتغير بالعنوان الثانوى و لذا قيل ان من الصلح المحرم للحلال المصالحة بان لا ينتفع بماله أو لا يطاء جاريته و بتعبير آخر بعض اثر الملك و ان يتغير بالعنوان الثانوى و كذا بعض آثار الزوجة و لذا لا يجوز سكنى المشتري في المبيع مع اشتراط إسكان البائع فيه في تلك المدة و كذا لا يجوز له إسكان زوجته في بلد اشترط في عقد الزواج أو غيره عدم إخراج الزوج اليه أو وطئها فيما إذا اشترط كما ذكر عدم وطئها كما في الرواية. إلا ان اباحة التصرف لا ترتفع مطلقا عن الملك و اباحة الاستمتاع عن الزوجة.

و أجاب (قده) بأن هذا الجواب ايضا غير منضبط فإنه كما ان بعض الأحكام التكليفية المترتبة على الحكم الوضع يتغير بان لا يجوز بعض التصرف المترتب على الملك أو الزوجة كما ذكر كذا يمكن ان يرتفع مطلق التصرف المترتب على الملك و مطلق الاستمتاع المترتب على الزوجة بالشرط.

و دعوى عدم الارتفاع في الثاني أما للإجماع أو لمجرد الاستبعاد كما ترى فان الاستبعاد لا يعتمد عليه و الاعتماد على الأول يوجب ما تقدم من عدم الفائدة في ضابطة كون الشرط محرما للحلال.

(٢) و حاصله ان الشرط المحلل للحرام أو المحرم للحلال بمعنى انه على تقدير الحكم بوجود الوفاء به يكون محللا للحرام و محرما للحلال و لكن هذا خلاف ظاهر الرواية فإن ظاهرها استناد التحريم و التحليل الى الشرط لا الى حكمه مع انه يلزم ان
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٢

.....

لا يصح شرط عدم الطلاق و ترك الزوج بامرأة اخرى و بتعبير آخر يلزم انحصار شرط الفعل باشتراط ترك الحرام و فعل الواجب فتعين ان يكون المراد محللية نفس الشرط أو محرمة و هذا لا يتحقق ألا بكون المشروط حلية الحرام أو ممنوعية الحلال.

لا يقال لا ينحصر التحقق بما ذكر فإنه لو اشترط ترك التزوج بامرأة اخرى يكون المطلوب للمشروط له ترك التزوج و أنه لا يرضى بالتزوج فيصدق ان الشرط محرم للحلال فإنه يقال المراد في تحريم الحلال جعل الحلال محرما شرعا و هذا لا يحصل باشتراط ترك التزوج و بتعبير آخر عدم رضا المشتري غير عدم رضا الشارع.

لا يقال لا يوجد مورد يكون نفس الشرط فيه محللا شرعا للشيء الحرام أو محرما كذلك و انما يكون محللا و محرما بلحاظ وجوب الوفاء من الشارع فإنه يقال ان كان المراد ان نفس الشرط لا يكون محللا و محرما بالنظر الى نفس الشرط فقد تقدم ان الشرط اى مقتضاه ذلك أى بأن كان الحرام الشرعى أو حلاله محللا شرعا أو محرما كذلك بنفس الاشتراط.

و بتعبير آخر الشرط كالنذر و اليمين و العهد فإنه كما إذا أنذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد و لكن إذا أنذر ان لا يحل له المال المشتبه يحكم ببطلانه كذلك في شرط ترك الحلال و شرط ان لا تحل له ذلك الفعل انتهى و أجاب المصنف (ره) عن التوجيه بأن اشتراط ان يكون الحرام الشرعى حلالا شرعا أو الحلال الشرعى حراما شرعا من فعل للشارع و غير مقدور للمشتري العاقل و لا يمكن ان يقال بان الاستثناء في موثقة إسحاق بن عمار ناظر الى هذا الاشتراط الذى لا يصدر عن عاقل و بتعبير آخر الاستثناء في الموثقة وارد على الشرط الذى يجب الوفاء به و غير المقدور أى فعل الغير لا يمكن الوفاء به حتى يرد على وجوب الوفاء به استثناء.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٣

.....

أقول لو كان المراد بالشرط المحلل للحرام أو المحرم للحلال اشتراط الإباحة الشرعية في الحرام و الحرمة الشرعية في الحلال فيرد عليه ان حمل الاستثناء في الموثقة على ذلك غير ممكن لما ذكر من ان المشروط من فعل الشارع و لا يدخل في اختيار المتعاقدين و لكن لا- موجب للالتزام بما ذكر بل المشروط كما أشرنا إليه سابقا الممنوعية أو حق الارتكاب في اعتبار المتعاقدين و اشتراط حق الارتكاب و الممنوعية في اعتبارهما و ان يكون نادرا في الأفعال الخارجية و لكنه متعارف في الأفعال الاعتبارية فتشترط المرأة للرجل ان لا يحق له التزوج بامرأة أخرى أو ان لا يحق له طلاقها الى غير ذلك.

و بتعبير آخر الفرق بين اشتراط ترك التزوج بامرأة أخرى و بين اشتراط ان لا- يحق له التزوج بامرأة أخرى ظاهر فإن الأول من قبيل شرط الفعل و لا يجوز له التزوج بلحاظ الحكم المترتب عليه بلحاظ الشرط و لا ينافي متعلق الشرط أى المشروط الكتاب و السنة كما لا يكون المشروط حرمة الحلال بخلاف الثانى فإن المشروط فيه مخالف للكتاب لا اعتبار للحرمان فيما لا يحرمه الشرع و كذا الحال فى اشتراط ترك فعل خارجى و اشتراط عدم الحق فى ارتكابه فان عدم الجواز فى الأول يترتب بعنوان الشرط و فى الثانى يكون متعلق الشرط عدم الحق و الحرمان و ذكر بعض الأعلام (قده) تفصيلا آخر فى شرط ترك الحلال و هو أنه إذا كان الشيء حلالا مع قطع النظر عن العقد و الشرط فيه يكون اشتراط تركه محكوما بالفساد كما فى شرط عدم الحق فى ارتكابه لان الشرط على كلا التقديرين محرم للحلال و من هذا القبيل شرط ترك التزوج بامرأة أخرى أو التسرى بأمة.

و اما إذا كان اباحة الشيء تحصل بالعقد و قبل العقد لا موضوع للإباحة كما فى شرط ترك الوطى فى عقد زواج المرأة فإن الوطى بالعقد يحكم بإباحته و قبله لا موضوع لها و فى أمثال ذلك يكون اشتراط تركه لا بأس به فيما كان الشرط بنحو شرط الفعل إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٤
و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء (١).

لأن الموجب لجواز الفعل هو العقد مع عدم الاشتراط فلا يكون العقد موجبا لجوازه.

أقول الفرق لا يرجع الى محصل فان ما يوجب الحكم ببطلان شرط ترك الفعل فيما كان مباحا مع قطع النظر عن العقد و الشرط بعينه يجرى فيما كان اباحة الشيء بالعقد و الموجب المزبور إطلاق خطاب إباحة ذلك الفعل. مثلا قوله سبحانه الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ* المستثنى فيه يعم الزوجة التى اشترط فى عقدها ترك وطئها فيكون شرط ترك وطئها محرما للحلال الوارد فى الكتاب. و يشهد لعدم الفرق ايضا قولهم ببطلان اشتراط ترك التزوج بامرأة أخرى و قد ورد فى صحيحة منصور بن برزخ و جوب الوفاء به مع ان إباحته تثبت قبل العقد و الشرط و ما قيل من استفادة عدم جوازه من سائر الروايات فقد تقدم ضعف دلالتها و انها ناظرة إلى الحكم بشرط الطلاق المعلق أو الحلف بالطلاق فراجع.

(١) يظهر من كلام صاحب القوانين (ره) ان مراده من الشرط الحرام ما كان المشروط مع قطع النظر عن طريان عنوان الشرط عليه محرما كشرط شرب الخمر و الزنا و نحوهما و ما كان الالتزام به حراما للحلال كالالتزام بارتكاب المكروه دوما كتقليم الأظفار بالسن و الالتزام بالإتيان بالمستحب دائما كالنوافل أو بترك المباح دائما كما إذا شرط ان لا يلبس الخنز أصلا.

و بتعبير آخر يكون الالتزام بفعل المكروه أو فعل المستحب أو ترك المباح على نحو الدوام و الاستمرار و على نحو العموم من الشرط المحرم للحلال و اما إذا لم يكن بنحو العموم و الاستمرار أصلا كان يشترط بان لا يلبس هذا الخنز مدة أو لا يتزوج بالمرأة الفلانية إلى زمان فلا إشكال فى صحة الشرط حيث لا يحصل بالشرط حكم كلى على المشروط عليه ليكون الحادث من تحريم الحلال و جوب الوفاء بمثل هذا الشروط و ان يكون حكما كليا إلا انه مجعول من قبل الشارع لا من قبلنا و لو اشترط ان لا يتزوج

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٥

[الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد]

الشرط الخامس ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد (١).

بهذه المرأة أبداً أو ان لا يبيع هذا الشيء الخارجى أبداً ففي صحه الشرط اشكال وجه الأشكال شباهته بتحريم الحلال من حيث العموم فى الزمان و وجه صحته ان التحليل راجع الى شخص خارجى لا إلى الطبيعى. والمتحصل ان تحريم الحلال بوجه الكلى بالالتزام بترك الطبيعى المباح دوماً يحتاج الى سبب شرعى و رخصته شرعية و قد ثبت هذه الرخصة فى موارد النذر و شبهه بالأمر بالوفاء بالنذور و عدم جواز حنث الحلف و العقد و اما الشرط فليس كذلك كما يدل عليه موثقة إسحاق بن عمار المتقدمة انتهى كلامه ملخصاً.

أقول يرد على المصنف (ره) انه قد ذكر قرب هذا التفسير من التفسير المتقدم مع ان هذا التفسير لا يرتبط بما تقدم أصلاً فان على التفسير المتقدم لم يكن الالتزام بترك المباح شرطاً حراماً و باطلاً أصلاً بخلاف هذا التفسير كما تقدم نعم يرد على هذا التفسير منه انه لو كان المراد من الشرط المحرم للحلال جعل القضية الكلية و لو فى حق المشروط عليه لكان الأمر فى الشرط المحلل للحرام ايضاً كذلك فلا يكون بأس باشتراط شرب هذا الخمر يوماً أو شهراً كما لا يخفى و ثانياً الالتزام بترك المباح دوماً و ابداً لا محذور فيه و لا يدخل فى الشرط المحرم للحلال و ثالثاً ان! نظير هذا الاستثناء قد ذكر فى روايات الحلف و الصلح فلا معنى ان يكون النذر و شبهه سبباً شرعياً لجواز الالتزام بفعل المستحب دائماً أو ترك المباح كذلك و لا يكون الشرط سبباً كما لا يخفى.

(١) المعروف انه يعتبر فى نفوذ الشرط ان لا يكون المشروط منافياً للعقد و الا يحكم بطلان الشرط و يستدل على ذلك تارة بأنه لا يمكن تحقق العقد مع المشروط المزبور لأن مقتضى العقد لا يتخلف عن العقد و مع الشرط الموجب لعدم تحققه اما لا يتحقق شيء من العقد أو الشرط أو لا يتحقق الشرط خاصة لكونه تابعا و على كل تقدير فلا شرط و اخرى بأن المشروط إذا كان مخالفاً لمقتضى العقد يكون مخالفاً للكتاب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٦

.....

و السنة فان مدلولهما ترتب مقتضى العقد على ذلك العقد و لذا ذكر العلامة (ره) ان اشتراط عدم بيع المبيع على المشتري يخالف السنة الدالة على ان الناس مسلطون على أموالهم.

و ربما يقال ان العقد اى بيع المال من واحد يوجب تسلطه على بيع ذلك المال فيما إذا لم يشترط عدم البيع عليه و بتعبير آخر يكون جواز بيع المبيع ثانياً من مقتضى إطلاق بيعه منه أولاً فلا يكون مخالفاً لمقتضى العقد.

و لكن لا- يخفى ان الكلام فى اشتراط أمر يكون عدم ذلك الأمر من مقتضى نفس العقد بان لا ينفك عنه لا فى اشتراط أمر يكون ذلك الأمر منافياً لمقتضى إطلاق العقد و عدم تقيده بشرط و الا فلا منافاه و كيف ما كان فلا إشكال فى اشتراط هذا الأمر و انه يعتبر فى نفوذ الشرط ان لا- يكون مخالفاً لمقتضى نفس العقد للتسالم على ذلك و أما الإشكال فى تمييز موارد كون المشروط مخالفاً لمقتضى نفس العقد عن موارد كونه منافياً لمقتضى إطلاق العقد ليحكم بالفساد على الأول و على عدم البأس و النفوذ على الثانى. فإنه قيل فى بعض الموارد بطلان الشرط لكونه خلاف مقتضى نفس العقد و بصحته فى بعضها الآخر مع عدم الفرق بينهما مثلاً قيل بعدم جواز شرط ترك البيع أو الهبة على المشتري فإنه يخالف مقتضى الشراء و بجواز شرط العتق و الوقف على المشتري حتى فيما

كان الموقوف عليه البائع و ولده و ما قيل في الفرق بان العتق مبني على التغليب غير صحيح فإنه لا يجري في جواز اشتراط الوقف. والحاصل يقع الإشكال في تمييز كون الشرط مخالفا لمقتضى نفس العقد أو إطلاقه في موارد كثيرة منها اشتراط ترك البيع على المشتري فإن المشهور على عدم الجواز و لكن عن العلامة جوازه منها ما ذكره في الدروس من انه لو اشترى حيوانا و شرك فيه الآخر على ان يكون الربح بينهما و لا خسران عليه فان مقتضى صحته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٧

.....

رفاعة جواز الشرط قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك في جارية له و قال ان ربنا فيها فلك نصف الربح و ان كان وضيعة فليس شيء قال لا- أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجارية و نحوها و لكن عن ابن إدريس عدم جواز الشرط لأنه مخالف لمقتضى الشركة.

أقول ظاهر الصححة التشريك بمعنى بيع نصف المشاع على الآخر مع الشرط المزبور و لا بد من ان يراد بالشرط شرط تدارك الخسارة نظير ما ذكره في شرط الخسران الشركة في عقد على العامل و الوجه في ذلك أنه إذا كان المشروط في المتاع المشترك فيما إذا اشتراه اثنان بضمن على عهدهما أو كان المتاع لأحدهما فشارك الآخر فيه و لو بيع نصفه منه تولية الربح بينهما و الخسران على أحدهما فيتصور صور.

الأولى ان يكون المشروط انتقال المقدار المساوي لرأس مال صاحبه من الثمن اليه بمجرد البيع كما إذا اشترى المتاع بعشرين بالمناصفة و باعا بعشرة فينتقل تمام العشرة إلى ملك المشروط له و الاشرط بهذا النحو محكوم بالبطلان فإن العشرة التي بيع المتاع بها بدل لتام المتاع لا لنصفه فيكون انتقالها الى ملك أحدهما موجبا لخروج المعوض من كيس و دخول عوضه في ملك آخر لا يقال لا محذور في انتقال بدل المال الى غير ملك مالك المعوض بعضا أو كلاً كما في المضاربة فإن الثمن الذي وقع بإزاء المتاع المشتري برأس المال بدل عن ذلك المتاع المملوك لرب المال مع أنه يدخل بعضه في ملك العامل فإنه يقال المضاربة تتضمن التوكيل في التجارة و جعل بعض الربح بنحو الإشاعة أجره للعامل و هذا لا محذور فيه فيكون نظير الصورة الثانية. و هي ما إذا اشترط دخول مقدار من رأس المال المملوك لأحد الشريكين ببيع المتاع في ملك الآخر مع الخسران أو دخول ما يقال رأس مال صاحبه من العين في ملكه قبل البيع ليكون ثمنه ملكه بالبيع و الشرط في هذه الصورة بفرضه لا بأس به بناء على ان شرط الملك

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٨

.....

بنحو شرط النتيجة مع التعليق و الجهالة صحيح و لا يضر كونه تمليكا قبل التملك و لكن هذا مجرد فرض. الصورة الثالثة ما إذا كان الشرط اي المشروط بنحو شرط الفعل بان يلتزم أحد الشريكين في عقد الشركة أو عقد آخر ان يتدارك خسران شريكه و هذا النحو من الاشرط يوافق الارتكاز و لذا لا يفرق بين كون الخسران بحيث يحتاج تداركه الى الإعطاء من غير الثمن أم لا و لا يبعد ان يكون ظهور الصححة أيضا ذلك. و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا اشترط في عقد الشركة أو في عقد آخر زيادة أحدهما في الربح بالإضافة الى رأس ماله فإنه لا يصح على الصورة الأولى إلا إذا كان للمشروط له عمل زائد بحيث تكون الزيادة بإزاء عمله فيشبه المضاربة هذا كله في ربح التجارة و خسرتها.

و اما إذا كان الاشرط راجعا الى اختصاص أحد الشريكين بنماء العين المشتركة فهذا لا بأس به سواء كان الاشرط في عقد الشركة أو غيره لأن ما ذكر في ربح التجارة في الصورة الأولى لا تجرى في هذا الفرض و لكن الشرط المزبور ايضا لا يخلو عن التأمل.

و منها ما اشتهر بينهم من جواز شرط ضمان العين في عاريتها و لا يجوز شرط ضمانها في إجارتها و ربّما يقال كما عن الأردبيلي بجواز شرط الضمان في الإجارة أيضا لأنّ عدم ضمانها فيها مقتضى إطلاق عقد الإجارة نظير العارية. منها التوارث في عقد الانقطاع فإنّ فيه وجوه أربعة الأوّل التوارث مطلقا و لو مع عدم الاشتراط. الثانی التوارث مع الاشتراط فقط. الثالث عدم التوارث مع اشتراط العدم الرابع عدم التوارث مطلقا فإنّ الكلام في ان التوارث من مقتضى نفس عقد الانقطاع كعقد الدوام أو انه من مقتضى إطلاقه أو ان عقد الانقطاع لا يقتضى التوارث لا بنفسه و لا بإطلاقه بل يقتضى عدمه و إذا اقتضى عدمه هل اقتضاء عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٠٩

[الشرط السادس ان لا يكون الشرط مجهولا]

الشرط السادس ان لا يكون الشرط مجهولا (١).

التوارث بنفس العقد أو بمقتضى إطلاقه.

أقول ان أريد بمقتضى العقد مدلوله فلا ينبغي الريب في اعتبار عدم كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد فإنّه إذا كان منافيا له لا يتحقق قصد إنشاء ذلك المدلول كما إذا قال بعتك المال على ان لا يكون المبيع ملكا لك فعلا أو مطلقا أو وهبتك المال على ان يكون المال لي لا لك الى غير ذلك.

و اما إذا أريد من مقتضى العقد حكمه سواء كان ذلك الحكم إمضائيا أو تأسيسيا فإن كان المشروط عدم ذلك الحكم فلا يصح الشرط لكونه يخالف الكتاب أو السنّة نعم إذا كان ذلك المقتضى من قبيل الحق لا الحكم فلا بأس باشتراط عدمه و اما اشتراط الفعل أو الترك لحكم المعاملة فقد تقدم الكلام فيه سابقا فلا نعيد.

(١) ذكر (قده) انه يعتبر في نفوذ الشرط عدم جهالته حيث ان جهالته يوجب الغرر في البيع لكون الشرط في الحقيقة أمر ينضم الى أحد العوضين و الجهالة في أحد العوضين غرر في البيع و لذا ذكروا أنّه يعتبر في بيع السلم و النسبة تعيين المدة التي يستحق فيها المشتري تسلّم المبيع و البائع تسلّم الثمن مع أنّ في السلم اشتراط تأخير في تسليم المبيع على العهدة و النسبة اشتراط التأخير في الثمن كذلك.

و لو أغمض عن ذلك بان بنى على ان الشرط لا ينضم الى أحد العوضين مطلقا بل في خصوص ما كان المشروط وصفا في أحد العوضين أو تعيين زمان أو مكان لتسليمهما و اما إذا كان عملا خارجيا أو اعتباريا فلا تكون الجهالة في هذا الشرط موجبا للغرر في البيع يحكم بطلان الشرط المجهول لما رواه العلامة عن النبي (ص) من نهيه عن الغرر و هذا النهي يعم المعاملة التي تكون فيها الجهل و كذا الشرط المجهول فيها و لا بأس بإرساله في الاعتماد عليه لانجبار ضعفه بعمل المشهور حيث يحكمون بفساد المعاملة التي فيها جهل حتى في مثل الوكالة و غيرها من المعاملات الجائزة نعم بطلان الشرط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٠

.....

لا يوجب بطلان البيع على الأظهر فيما يأتي مسألة كون الشرط الفساد مفسدا للعقد أم لا.

ثم ذكر قده أن جهالة الشرط يوجب الجهالة في أحد العوضين و لذلك يكون البيع غرريا و فرع على ذلك عدم المساعدة على ما ذكر العلامة (قده) في حمل الحيوان و بيض الدجاجة و مال العبد فيما إذا جهل مقداره انه لو وقع البيع و اشترط فيه الحمل أو البيض

للمشتري صح البيع لأن الشرط تابع ولا يضر جهالة التابع بخلاف ما إذا قال بعث الدائبة مع حملها بكذا فإنه يحكم ببطان البيع للجهالة في أحد العوضين.

وعن الدروس لو جعل الحمل جزءا يصح البيع أيضا لأن الحمل تابع وكذا مال العبد بناء على أنه يملك فان ماله لكونه تابعا للعبد لا يضر فيه الجهالة ولا يجرى فيه الربا بخلاف ما إذا قيل بأنه لا يملك فان المال على ذلك لا يتبع العبد فيعبر في بيعه مع ماله أو بشرط ماله العلم بمقدار المال وعدم لزوم الربا لكن الأظهر مع اختلاف الكلمات اعتبار عدم الجهالة في الشرط مطلقا إلا فيما إذا كان الشرط بحيث يعد في العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاجة والوجه في ذلك عموم النهي عن الغرر وكون التراضي بالبيع منوطا بالشرط على ما في كلماتهم فيكون الشرط دخيلا في تحقق نفس البيع والجهالة فيه موجبة للجهالة في البيع.

أقول قد تقدم ان إنشاء البيع منوط بالشرط بمعناه المصدري وهو حاصل على الفرض واما الشرط بمعنى المشروط فلا يكون إنشاء البيع معلقا عليه و إلا بطل للتعليق وان الجهالة في المشروط يوجب الغرر في البيع فيما إذا كان المشروط وصفا لأحد العوضين أو تعينا الزمان استحقاق التسليم أو التسلم أو مكانهما لا مطلقا فان البيع تملك عين بعوض ولو كان المشروط امرا خارجا عن العوضين كما إذا كان عملا خارجيا واعتباريا فلا يوجب جهالته جهالة في البيع والنهي عن الغرر غير ثابت واعتبار التعيين إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١١

[الشرط السابع ان لا يكون مستلزما لمحال]

ان لا يكون مستلزما لمحال (١).

في غير البيع من المعاملات المبتنية على المداقة والمغابنة مستفاد مما ورد في البيع حيث لا فرق بحسب المتفاهم العرفي بينه وبينها من تلك الجهة.

ثم ان مسألة التابع لأحد العوضين لا يجرى في هذا الفرض بل يجرى في الفرض الأول فلا حظ و تدبر.

ثم أنه لا يبعد دعوى عدم البأس بشرط مجهول راجع الى أحد العوضين بان يكون المشروط مالا مجهول الحصول أو المقدار أو الوصف وذلك للأخذ بمقتضى ما ورد في جواز بيع المجهول منضم ما الى معلوم فإنه إذا كان ظاهر تلك الروايات جعل المجهول جزءا من أحد العوضين فلا يحتمل صحته وعدم صحته جعل المجهول شرطا.

وعن السيد اليزدى (قده) انه لا بأس بالشرط المجهول إذا كان له واقع معين كما إذا أباغ المال بكذا على ان يفعل المشتري ما يقوله زيد واما إذا لم يكن له واقع معين فلا يصح كما إذا قال بعثك المال بكذا على ان يفعل شيئا والوجه في الفرق ان البيع في الصورة الثانية يكون غرريا بخلاف الصورة الأولى فإنه لا ينطبق الغرر على البيع ولكن لا يخفى أن التفرقة بين الصورتين غير وجيه فان البيع هو تملك عين بعوض فان كان المشروط المجهول لا حقا بأحد العوضين فيحكم ببطلانه في الصورتين و إلا فلا يكون البيع غرريا ولا يحكم ببطلانه و بتعبير آخر عنوان العقد و ان يعم المعاملة بشرطها ولذا يحكم بلزوم الشرط كنفس المعاملة إلا ان عنوان البيع لا يعم الشرط ولا يكون الغرر فيه غررا في البيع.

(١) إذا كان تحقق المشروط مستلزما لمحال يكون ذلك من شرط المحال و غير المقدر و قد تقدم عدم تعلق الالتزام بغير المقدر فضلا عن المحال و اما ما يذكر في المقام مثلا لذلك بان باع منه شيئا و اشترط عليه ان يبيعه منه ثانيا فلا يخفى ما فيه فان الاشتراط المزبور في نفسه لا بأس به و لا يستلزم دورا و لا غيره حتى فيما إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٢

المشروط بيع المتاع من بايعه بنحو شرط النتيجة لأن بالبيع يدخل المبيع في ملك المشتري و بالشرط يخرج من ملكه الى ملك بايعه لأن المراد بالشرط في المقام الشرط في المعاملة لا الشرط من اجزاء العلة و لو امتنع اشترط ان يبيعه منه ثانياً لامتنع اشترط ان يبيعه من غيره بعد شرائه لأن المراد من بيعه من غيره البيع عن نفسه بحيث يدخل الثمن في ملكه كما يخرج المثل من ملكه ايضاً و البيع فضولاً أو بنحو الوكالة لا يدخل في شرط البيع المفروض و لكن يرفع اليد عن الجواز بالإضافة إلى اشترط بيع المال من بايعه ثانياً و يحكم بطلان الشرط بل بطلان البيع المشروط أخذاً بظاهر صحيحة على ابن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد أ يحلّ قال إذا لم يشترط و رضياً فلا بأس و قريب منها غيرها و هذا مع اختلاف الثمنين.

و ذكر السيد اليزدي (قده) مثلاً آخر لهذا الاشرط كما إذا نذر أن ماله المعين لزيد على تقدير وجوب الكنس عليه ثم باع ذلك المال من عمرو و اشترط عمرو عليه كنس المسجد فإنه إذا صح هذا الشرط و وجوب الكنس للزم دخول المبيع في ملك زيد كما هو مقتضى نذر كونه له بنحو نذر النتيجة و إذا دخل في ملكه لزم بطلان البيع من عمرو و على ذلك فيلزم من صحّة الشرط انتفاء المعاملة التي وقع الشرط المزبور في ضمنها.

أقول لو فرض صحّة النذر المزبور كما إذا وقع شكراً لوجوب كنس المسجد لوجب على الناظر وجوب الكنس باشرطه في بيع المال من عمرو و لكن لا يبطل البيع المزبور و لا يدخل المبيع في ملك زيد لأن نذر المال له بنحو شرط النتيجة على تقدير وجوب الكنس و على تقدير بقاء المال في ملكه و لا يعم فرض خروجه الى ملك الآخر بناقل اختياري أو قهري كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٣

.....

و الحاصل لسنا ندعى ان انتقال المال الى زيد متأخر عن انتقاله الى عمرو رتبةً و مع انتقاله الى عمرو في رتبةً سابقةً لا يبقى مجال للمتأخر ليقال ان انتقال المال الى زيد إنما يتأخر عن وجوب الكنس لا عن انتقال المال الى عمرو و انتقال المال الى عمرو و ان كان في رتبةً وجوب الكنس ألاً ان المتأخر عن أحد الشئيين في رتبةً واحدةً لا يتأخر عن الآخر منهما أيضاً لأن الملاك التأخر رتبةً و هي العلية و المعلولية يختص بأحد الشئيين.

بل المدعى ان نذر المال لزيد مشروطاً بوجوب كنس المسجد عليه بنحو القضية الشرطية مقتضاه تحقق انتقال المال الى زيد على تقدير بقاء المال في ملك الناظر عند وجوب الكنس على ذلك الناظر كما في سائر النذور المعلقة أى المشروطةً و من الظاهر ان القضية الشرطية لا تتكفل لا ثبات الشرط الوارد فيها كما انها لا تنفيه و نظيرها القضية الحملية التي بمفاد القضية الحقيقية فإن هذه القضية لا تتكفل لإثبات موضوعها أو نفيها و لذا لا تنافي القضية الشرطية أو الحقيقية القضية الأخرى النافية لتحقيق الشرط أو نفي تحقق الموضوع. و على ذلك فإذا باع الناظر المال من عمرو على شرط وجوب الكنس على البائع فيعّمه أحل الله البيع فيخرج المال المزبور عن ملك الناظر و لا يبقى لرُجوع المال الى زيد موضوع أى شرطه و هو بقاء المال على ملك الناظر.

نعم يبقى الكلام في ان هذا الانتقال حث للنذر أم لا. و الصحيح كما ذكرنا في محله انه لو كان النذر بمجرد مفاد القضية الشرطية فقط فلا- حث لأن نذر الانتقال كما هو معلق على وجوب الكنس كذلك معلق على بقاء المال على ملك الناظر و مع خروج المال عن ملكه كعدم وجوب الكنس لا- نذر و أمّا كان مع الالتزام بإبقاء المال الى زمان يحتمل فيه حصول الشرط كما هو المتفاهم مثل قول الناظر لله على التصديق بهذا المال على تقدير مجيء مسافري أو شفاء مريضى و نحو ذلك فاللزام بإبقاء المال و لو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٤

[الشرط الثامن أن يلتزم به في متن العقد]

في اعتبار ذكر الشرط في متن العقد (١).

أُتلفه أو أخرجه عن ملكه مع احتمال حصول الشرط مطلقاً أو في زمان عينه فعليه كِفارة الحنث كما أنه لو لم يخرج به و لكن لم يتصدق مع تحقق الشرط يتحقق الحنث و لا يبعدان يكون المثل من هذا القبيل ايضاً و الله سبحانه هو العالم.

(١) اختلف كلماتهم في اعتبار ذكر الشرط في متن العقد بحيث لا- يكفي ذكره قبله حتى فيما كان من قصدهما بناء العقد على المذكور قبله فإنه يظهر من بعضهم كما صرح به بعضهم الآخر اعتبار ذكره في متن العقد و يذكر في وجه الاعتبار انّ المشروط عليه قبل العقد ان التزم بشيء فهذا يدخل في الالتزام الابتدائي فلا يجب الوفاء به حتى ما لو فرض أنه كان على التزامه الى ان وقع العقد أو حتى كان على التزامه بعد العقد أيضاً فإن بقاءه على التزامه لا يخرج عن الالتزام الابتدائي. و ان لم يلتزم بذلك الشيء قبل العقد بل وعد بالتزامه في ضمن العقد فمع عدم ذكره في متن العقد لم يتحقق الالتزام بذلك الشيء لا قبل العقد و لا فيه.

و ربما يؤيد ذلك بما ذكروا في باب الربا في الاحتيال للتخلص من الربا من انه لو عاوض أحد المتجانسين بأزيد منه و كان من قصدهما المبادلة مثلاً بمثل و هبة المقدار الزائد فلا بأس فيما إذا لم يشترط الهبة في البيع و وجه التأييد انه لا يكون هذا التخلص عادة إلا بالتواطي عليه قبل المعاملة و لو كان التوافق بشيء قبل المعاملة بمنزلة الاشتراط لكان هبة الزائد شرطاً لا محالة فتدخل المعاملة في الربا حيث ان الربا تعم الزيادة العينية و الحكمية و شرط هبة المقدار الزائد من الزيادة الحكمية.

و كذا يؤيد بما ذكر العلامة و قبله المحقق في بيع المرابحة بأنه يجوز للبائع عند إرادته الاخبار برأس ماله ان يبيع ذلك المال من آخر بمقدار يريد الاخبار بذلك المقدار و يشتري منه ثانياً بذلك المقدار و يخبر عند إرادته البيع مرابحة برأس ماله و انه ذلك المقدار و هذا كاشف عن انه لا يجري على المذكور قبل العقد و بناء العقد عليه حكم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٥

.....

الشرط لما تقدم من بطلان البيع بشرط بيع المشتري المال من بايعه ثانياً و لو كان التوافق قبل العقد في حكم الشرط لكان بيع المالك المال علاجاً لأخباره برأس المال باطلاً لأنه قد اشترط فيه بيع المشتري المال منه ثانياً. أقول لعل مرادهما من الجواز الحكم بصحة البيع و حليته نفسه تكليفاً لا- الاخبار برأس المال اعتماداً على ذلك البيع فإنّ الأخبار المزبور يكون غشاً في بيع المرابحة فيحكم بحرمة تكليفاً هذا مع عدم التأييد فيما ذكره خصوصاً في مسألة نسيان ذكر المدّة فإن الحكم بانقلاب العقد مع نسيان ذكره على تقديره حكم تعبدى و لكن قد ذكرنا في المسألة ان ذكر الأجل و لو إجمالاً مقوم لعقد المتعة فمع عدم ذكره لا متعة لا أنه ينقلب دائماً و النص الوارد ناظر إلى التفرقة بين العقدين في الإنشاء لا الى الحكم بالدوام و لو مع عدم القصد و اما عدم التأييد في غير هذه المسألة فإن مجرد التوافق على شيء لا يوجب بناء العقد عليه و أنّما يكون العقد مبتئاً فيما إذا كان مقتضى التوافق ثبوت الحق لأحدهما على الآخر بحيث يستحق له المطالبة به و إلزام الآخر بالعمل على ذلك التوافق و قد تقدم بيان ذلك في اشتراط البيع من البائع ثانياً في بيعه أولاً.

قد يقال الإنصاف انه لو كان الشرط ارتباطه بالعقد بالظرفية و المظروفية كما هو ظاهر القاموس لكان اللزوم اعتبار ذكر المشروط في متن العقد و إلا فلا ظرفية نعم بناء على ما ذكرنا من الارتباط فيتحقق معنى الشرط و لو بذكره قبل العقد و فيه ايضاً ما لا يخفى.

و اما ما ذكره المصنف في وجه الكفاية انّ التراضى بالعقد مبنى على ذلك الأمر المذكور قبل العقد ففيه انه لو كان المراد بالإناطة

التعليق فتعليق طيب النفس بالمعاملة على تقدير تحقق ذلك الأمر يوجب بطلان المعاملة مع عدم تحققه. لا كون العقد خيارياً و كذا مع تعليق نفس المعاملة على المشروط أضف الى ذلك عدم اعتبار طيب النفس فى المعاملة.
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٦

[وقد يتوهم هنا شرط تاسع]

وقد يتوهم هنا شرط تاسع (١).

و أما الاستدلال على اعتبار ذكر الشرط فى متن العقد و عدم الاكتفاء بذكره قبله و بناء العقد عليه بأن الشرط كالجزم من أحد العوضين فيكون ركنا فى البيع فيعتبر ذكره فيه و لا- يستغنى بذكره قبله كما هو الحال فى العوضين فلا يمكن المساعدة عليه فلائ الشرط لا يكون جزءا و لا كالجزم من أحد العوضين هذا أولا و ثانيا لا يعتبر ذكر العوضين فى إنشاء البيع فان نفس البيع أمر إنشائى و الإبراز مقوم له و لكن العوضين فلا بد من معلومته و هو يحصل بتعيينهما و ذكرهما و لو قبل البيع كما لا يخفى.

(١) ذكر (قده) ما حاصله انه قد يتوهم فى نفوذ الشرط اعتبار عدم تعليقه و الأ بطل الشرط بل العقد ايضا و يقال فى وجه ذلك ان الشرط سواء كان من شرط الفعل أو غيره يرجع الى أحد العوضين اى ينضم إلى أحدهما و لو لم يكن فيه تعليق فلا يكون فى ضمه إلى أحدهما محذور بخلاف ما إذا كان معلقا فان التعليق فى الشرط يوجب التعليق فى أصل البيع لأن البيع الجارى على المنضم معلق على حصول الشرط و لو قال بعث هذا المال بدرهم على ان تخيط ثوبى إذا جاء زيد من سفره يكون مبادلة المال المزبور بالدراهم المنضم إليه خياطة ثوبه على تقدير مجيء زيد لا- على كل تقدير بل يجرى البيع على تقدير عدم مجيئه بالدراهم المجرد فيدخل بذلك الفرض فى بيع الشئ بثمانين المحكوم بالبطلان بلا ريب كما يأتى فى مسألة بعته حالا بكذا و نسيه بكذا.

و يندفع الوهم و وجهه بان التقدير يرجع الى الشرط بمعنى المشروط و لا يكون قيذا للشرط بالمعنى المصدرى و لا لأصل المعاوضة ليكون مقتضى ذلك وقع المعاوضة بين المال المزبور و الدراهم المنضم إليه الخياطة المطلقة فى فرض مجيء زيد من سفره و وقوعها بينه و بين الدراهم المجرد على تقدير عدم مجيئه.

و بتعبير آخر لو كان مجيء زيد قيذا للمشروط إلى الخياطة فلا يكون فى البين إلا معاوضة واحدة و هى بيع المال المزبور بالدراهم المنضم إليه الخياطة الخاصة أى الخياطة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٧

.....

على تقدير مجيء زيد من غير ان يكون تعليق فى الشرط بمعنى الالتزام بالخياطة و لا فى الالتزام بالنقل و لا إنشاء المعاوضتين على تقديرين بل المنشأ مبادلة واحدة و هى بيع المال بإزاء الدراهم المنضم إليه الخياطة الخاصة و هى الخياطة على تقدير مجيء زيد. و هذا الفرق و ان لا يوجب الاختلاف مع ما سبق فى النتيجة ألا أنه يوجب فى الإنشاء فيمكن كونه وجهها فى فساد المعاملة و صحتها لكون المعاملة من الإنشاءات نظير ما يقال فى الفرق بين قول القائل إذا جاء أول الشهر فأنت و كيلي فى بيع دارى و قول الآخر أنت و كيلي فى بيع دارى أول الشهر الآتى فإنهم ذكروا بطلان الأول لتعليق الوكالة و صحه الثانى لأن القيد عليه راجع الى متعلق الوكالة لا لنفسها على ما هو المعروف فى الفرق بين الواجب المشروط و الواجب المعلق.

ثم ان العلامة قد أشكل فى اشتراط البائع على المشتري كونه أحق بالمبيع لو باعه و قد توهم ان الأشكال لاعتبار التنجيز فى الشرط و لكنه فاسد بل اشكاله لعدم جواز اشتراط بيع المال من بايعه ثانيا كما يأتى و الاشتراط المزبور يدخل فى الشرط المزبور و لو على

تقدير ارادة المشتري بيع المال و يشهد لفساد الوهم ان العلامة و كثير منهم ذكروا ان ردّ الثمن في بيع الخيار شرط النفس الخيار فيكون الخيار المشروط معلقا على رد الثمن لا الفسخ بالخيار و لو كان التنجيز في الشرط معتبرا لما كان ردّه قيذا لنفس الخيار. و وجه المحقق الإيرواني قده كلام المصنّف في المقام بان المنضم الى أحد العوضين ليس الشرط بمعنى المشروط بل الشرط بالمعنى المصدرى و عليه فلا يكون في البيع تعليق و تقدير و لا بيعين على تقديرين و الحاصل ان المال المزبور يعوّض بالدرهم المنضم اليه التعهد بالخياطة على تقدير مجيء زيد على كل تقدير سواء حصلت الخياطة خارجا أم لا و مجيء زيد يتوقف عليه الملتزم به الذى لا يكون جزءا من العوضين أصلا.

أقول قد تقدم سابقا أنّ الشرط لا يكون جزءا من أحد العوضين لا بمعنى المشروط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٨

.....

ولا- بالمعنى المصدرى فإنّ البيع في حقيقته تملك المال بالعوض بحيث يدخل العوض في ملك مالك المعوّض و الشرط بمعنى المشروط و لو كان عملا لا يدخل في ملك البائع و لذا لا يكون له مع تخلف الشرط المطالبة بالبدل و لو كانت الخياطة ملكا للبائع لكان له مع عدمها المطالبة ببدلها لإتلاف المشتري بتركه العمل و كذلك لا يكون الشرط بالمعنى المصدرى ملكا للبائع فإن تعهد المشتري لا يدخل في ملك البائع و لا في ملك غيره في اعتبار العقلاء كما يظهر ذلك بتفتيش ما هو المرتكز عند العقلاء من حقيقة البيع أو نحوه و ذكرنا ان التعهد هو الشرط بالمعنى المصدرى قيد لنفس المعاملة فإنها على تقديره و يحصل عند المعاملة و اما المتعهد به عملا كان أو غيره فلا يكون قيذا لا للمعاملة و لا لأحد العوضين و عليه فلا يحصل من تعليق المتعهد به تعليق في ناحية أصل المعاملة و العقد كما لا يخفى.

ثم أنّه لا يبعد ان يكون التعليق في الشرط راجعا الى نفس الالتزام الشرطى بمعنى انه لا يكون التزام بالخياطة على تقدير عدم المجيء و هذا التعليق لا يرجع الى نفس العقد بل العقد يكون معلقا على الالتزام بالخياطة المشروطة و ليس في اليمين ما يدل على اعتبار الإطلاق في الاشتراط في المعاملات بل المقدار الثابت بطلان العقود و الإيقاعات بالتعليق على ما ذكرنا في محلّه و لو كان الأصل المعاملة غير مكره عليه و كان الإكراه على الاشتراط فقط كما إذا قال إذا بعت فاشترط على نفسى كذا فالشرط غير صحيح بمعنى انه موقوف على الإجارة بعد ارتفاع الإكراه.

أقول ظاهر كلامه المحتاج إلى الإجازة الشرط لا أصل العقد و نفس المعاملة و انه إذا لم يلحقه الإجازة يثبت أصل المعاملة لا الشرط فيها و لا يرد عليه عدم جريان الإجازة في الإيقاعات لأن الشرط في العقود غير داخل في الإيقاعات نعم لا بد من اقامة الدليل على نفوذ الإجازة في كل أمر إنشائى مكره عليه لا يكون من الإيقاعات و قد تعرّضنا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤١٩

[مسألة في حكم الشرط الصحيح]

إشارة

من صفات المبيع الشخصى (١). أو غيرهما (٢).

لذلك في إجازة العقد المكره عليه و لا- يفرق في نفوذ الإجازة بين القول بان الشرط التزام في التزام كما هو ظاهر القاموس أو ان معنى الاشتراط تعليق العقد على الالتزام بأمر من عمل اعتبارى أو خارجى أو وضعى فإن مقتضى حديث الرفع الإكراه عدم الحكم

للالتزام أو التعليق إذا كان عن إكراه فتدبر جيدا فان صدق الإكراه على الاشتراط مع الاختيار في المعاملة لا يخلو عن تأمل. ثم أنه ذكر (قده) شرطا آخر لنفوذ الشرط و هو ان لا- يكون الشرط في المعاملة خلاف الشرع و ان كان المشروط في نفسه عملا مشروعاً و مباحاً كما إذا اشترط في بيع أحد الربويين بمثله شرطا كخياطة الثوب فإن الخياطة في نفسها عمل مشروع لكن اشتراطها يوجب كون البيع داخلا- في عنوان الربا الذي خلاف الشرع و لكن أورد على ذلك بان المحرم ليس نفس الاشتراط بل تحصيل الحرام بمجموع العوض و الاشتراط فإنه يحصل بهما الربا.

أقول ما ذكر أنما يتم بالإضافة إلى الحكم التكليفي يعني حرمة الربا تكليفا و أما بالإضافة إلى الوضع أي الفساد فالفساد في الفرض هو الشرط فقط بناء على ما تقدم من ان الشرط في المعاملة أمر زائد عليها و لا ينضم إلى أحد العوضين حيث ان الفرض إنشاء مبادلة الشيء بمثله حاصلة و الاشتراط على المشروط عليه أمر زائد عليها فيكون سحنا نظير ما ذكر في اشتراط الزيادة في القرض فتدبر.

(١) بخلاف ما إذا كان المبيع كلياً فإنه يكون للمشتري استرداد فاقد الوصف و مطالبة البائع بواجده لا الخيار في فسخ العقد نعم لو امتنع البائع عن قباض واجده لكان للمشتري خيار الفسخ لأن قباض المبيع حالا في البيع الحال و على رأس المدة كما في السلم شرط ارتكازي و يكون من شرط الفعل لا الوصف.

(٢) بان يكون الشرط بمعنى المشروط فعل غير المتعاقدين كما إذا قال بعتك هذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٠

.....

المتاع بكذا على ان تخط ثوبى هذا فلان و قال المشتري قبلت.

و ذكر السيد اليزدى (قده) لا يناقش في هذا الاشتراط بأنه يعتبر في شرط الفعل على المشتري تمكنه على ذلك الفعل و فعل الثالث غير مقدور للمشتري و ذلك فان المعبر في شرط الفعل تمكن المشروط عليه و هو في الفرض هو الثالث القادر على فعله و لذا يعتبر قبوله لأنه طرف في المعاملة المفروضة و لا بعد في ان يكون المشروط عليه في المعاملة متعددا بان يكون في المعاملة المفروضة المشروط عليه كل من المشتري و الثالث فيعتبر قبول كل منهما.

و بتعبير آخر المشتري يلتزم بفعل الغير و الغير يلتزم بفعل نفسه و نظير ذلك ما إذا باع العين من المشتري على ان يضمن ثالث الثمن حيث يعتبر في تحقق البيع و الشرط قبول كل من البائع و المشتري.

أقول لو كان المشروط في حقيقته فعل الغير لا من قبيل شرط فعل نفسه أو من قبيل شرط النتيجة على ما يأتي فمرجع الاشتراط نظير اشتراط الوصف في المبيع إلى اشتراط الخيار على تقدير عدم وقوع الفعل عن الغير و المشروط عليه في الخيار المشروط في المثال هو المشتري لا الثالث بل التزام الثالث بالخياطة يدخله في الالتزام الابتدائي بالإضافة إليه لا الشرط فلا يجب عليه شيء حتى مع قبوله.

و الحاصل تحقق العقد و الشرط فيما إذا كان المشروط نظير فعل الخياطة عن الأجنبي لا يتوقف على قبول الثالث بل قبوله و عدمه سيان في تحققهما و عدمهما بخلاف ما إذا كان المشروط من قبيل ضمان الثالث الثمن في البيع فإنه يتوقف تحقق الضمان الذي من قبيل شرط النتيجة في العقد لا الإيقاع على قبول ذلك الثالث فاعتبار قبوله لتحقيق عقد الضمان الحاصل باشتراط البائع و قبول الأجنبي

فيكون المشتري طرفا للبيع المشروط فيه ضمان الثالث كما يكون الثالث طرفا في عقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢١

[شرط الصفة]

و لا إشكال في انه لا حكم للقسم الأول الا الخيار (١).

الضمان الحاصل بإنشاء البائع بعنوان الشرط في المعاملة و قبول ذلك الثالث فتدبر جيدا.

(١) ذكر (قده) انه لا حكم للشرط في القسم الأول أى اشتراط وصف في المبيع غير الخيار على تقدير عدم ذلك الوصف و ان عموم المؤمنون عند شروطهم لا يعم هذا القسم لعدم إمكان تحصيل الوصف ليجب الوفاء به.

أقول يرد عليه أولا- بأن المؤمنون عند شروطهم و ان يكون بمعنى أوفوا بالشروط كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام من شرط لأمرائه شرطا فليف به فإن المؤمنون عند شروطهم إلا ان القضية المزبورة انحلالية باعتبار الشروط و العقود فكل شرط محكوم بوجوب الوفاء به و لا- مانع عن كون وجوب الوفاء بالإضافة الى بعض الشروط تكليفا فيعتبر في متعلقه التمكن و بالإضافة إلى البعض الآخر إرشادا إلى الوضع كما نذكره في شرط النتيجة يعنى الإرشاد إلى إمضاءها فلا يعتبر في متعلقه التمكن و لا يكون استعمال صيغة الأمر في موارد الانحلال بالإرشاد إلى الوضع في البعض و بالتكليف في البعض الآخر من استعمال اللفظ في أكثر من معنى لأن الإرشاد و التكليف غير داخل في مدلول الصيغة بل يختلف الطلب إرشادا و تكليفا باختلاف الداعي إلى إنشاء الطلب فيكون وجوب الوفاء في شرط الوصف إرشادا إلى إمضاء الخيار المجعول على تقدير فقده.

و ثانيا على تقدير الإغماض عن ذلك و الالتزام بان وجوب الوفاء بالشرط تكليف يستفاد منه الوضع بحسب الموارد إلا ان متعلق التكليف ليس إيجاد المشروط فقط بل يعم الفعل المترتب على النتيجة و المشروط كما يصرح (قده) في شرط الغاية و فيما نحن فيه الفعل المترتب على ثبوت الخيار رد الثمن و نحوه على تقدير فسخ المشتري عليه فينتزع منه ثبوت الخيار و إلا فمن أين يثبت الخيار في الفرض و لعل مراده (قده) أن انه لا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٢

[شرط النتيجة]

و اما القسم الثالث فإن أريد اشتراط الغاية (١).

حكم للقسم الأول بمعنى إيجاد الشرط كما في شرط الفعل لكن تعليقه بأن المؤمنون عند شروطهم لا يعم هذا القسم كما ترى. (١) القسم الثالث من الشرط ما إذا كان المشروط امرا وضعيا اى جعلنا سواء كان ذلك الأمر الوضعى من قبيل نتيجة العقد أو الإيقاع أو غيرها كاشتراط الخيار لأحد المتعاقدين فى ضمن العقد فتحصيل القسم الثالث بأحد الأولين كما هو ظاهر المصنف (ره) حيث عبر عن هذا القسم بكون المشروط غاية أى نتيجة العقد أو الإيقاع بلا وجه.

و ذكر (قده) ان كان المراد باشتراط الملكية أو الزوجية اشتراط تحصيلهما باسبابهما الشرعية فهذا يدخل فى القسم الثانى أى ما إذا كان المشروط فعلا حيث لا يفرق فى القسم الثانى بين كون الفعل المشروط خارجيا أو كان من قبيل الإنشائيات و اما ان كان المراد حصول الملكية أو الزوجية بنفس الاشتراط كما إذا باع العين منه بكذا على ان تكون بنته زوجة للبائع بمهر كذا و قبله المشتري بناء على ولاية لأب فى نكاح بنته الباكرة فإن كانت الغاية مما تحصل بسبب خاص كالزوجية بناء على اعتبار الصيغة الخاصة فى النكاح كالطلاق فيحكم بطلان ذلك الشرط أى المشروط حيث ان حصوله بالشرط خلاف الكتاب أو السنة لأن المفروض دلالتها على اعتبار صيغة خاصة فى حصوله.

و بذلك يظهر الحال فى اشتراط كون حرّ عبدا أو اعتناق العبد حيث ان العبودية لا تحصل إلا بالغلبة و الاستيلاء و الاعتناق بالعتق و كذا اشتراط كون المرهون مبيعا عند انقضاء الأجل حيث ان الشرط المزبور بمعناه المصدرى يدخل فى البيع تعليقا و التعليق فى البيع مبطل حتى ما إذا كان بصورة الاشتراط فى عقد.

كما أنه إذا قام الدليل على حصول الغاية بالشرط أيضا كالأوكالة و الوصاية أو كون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٣

.....

مال تابع للمبيع ملكا للمشتري كمال العبد في بيعه أو حمل الدابة في بيعها أو الثمرة في بيع الشجرة فلا اشكال. و أما إذا لم يثبت شيء من الأمرين كما إذا اشترى في بيع شيء كون شيء آخر غير تابع للمبيع ملكا للمشتري أو كون المال الفلاني صدقة أو اشتراط كون العبد الفلاني حرا ففيه إشكال فإن وجه عدم صحة الشرط المزبور جريان الاستصحاب في ناحية عدم تحققه و عموم المؤمنون عند شروطهم لا- يعم الفرض لينتزع من شموله صحة الشرط فإن الشرط في الفرض ليس فعلا على المشروط عليه ليتعلق به وجوب الوفاء و وجه الصحة شمول العموم المزبور بدعوى انه يكفي في شموله ان يكون المترتب على تلك الغاية فعلا و لا يعتبر كون الغاية المشروطة بنفسها فعلا نظير وجوب الوفاء بالعهد و وجوب الوفاء بالعقد بل مقتضى عموم- أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أيضا وجوب الفعل المترتب على الغاية حيث ان الشرط المزبور جزء من العقد فيعنه الحكم المترتب على العقد و على ذلك فلا تصل النوبة إلى أصالة عدم تحقق الشرط بمعنى المشروط فيحكم بصحته.

أقول ما ذكر (قده) أولا من ان شرط الاعتناق غير صحيح لأنه قام الدليل على احتياجه الى سبب خاص و ما ذكره بعد ذلك من ان شرط كون العبد حرا مما لم يتم فيه الدليل على أحد الوجهين متهافتان حيث ليس الاعتناق إلا كون العبد حرا.

ثم ذكر (قده) و يشهد لعموم المؤمنون عند شروطهم القسم الثالث تمسك الامام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من قبيل شرط الأمر الوضعي كعدم الخيار للأمة في نكاحها فيما أعانها ولد زوجها في أداء المال و اشتراط عدم الخيار المزبور في اعانتها و دعوى ان شرط الملكية بنحو الغاية غير صحيح لأن الملكية تتوقف على أسباب خاصة مدفوع بأنه يكفي فيها مطلق التمليك و لو كان ذلك بالاشتراط كما يظهر ذلك من اتفاقهم على اشتراط ملكية حمل الدابة للمشتري في بيعها و كذا ملكية مال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٤

.....

العبد لمشتريه في بيعه.

و دعوى ان ذلك لكون الحمل و مال العبد من توابع الأم و العبد و لا يعم ما إذا اشترط ملكية شيء غير تابع لا يمكن المساعدة عليها فإنه لا فرق في عدم توقف الملكية على سبب خاص بين التابع و غيره كما يظهر ذلك ممن ذكر أنه لا فرق في اشتراط ملكية الحمل بين كونه في بيع الأم أو غيره.

أقول قد يقال أنه لا يمكن الأخذ بعموم المؤمنون عند شروطهم فيما إذا احتل دخاله سبب خاص في تحقق ذلك الأمر الوضعي بحيث لا يكون ذلك السبب بالشرط و بتعبير آخر لو كان في مورد الأمر الوضعي ما يكون مثبتا لحصوله بلا حاجة الى سبب خاص و لو كان ذلك المثبت العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره فضلا عن الدليل الخاص فيكون شرط ذلك الأمر بنحو النتيجة بلا اشكال حيث يعمه المؤمنون عند شروطهم و يثبت حصوله بالشرط أيضا و لا يحتاج إلى إنشائه استقلالاً كما في ملكية المال بعوض. فإنه لو كان المنشأ أمرا استقلالاً يدخل في قوله سبحانه أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إذا اشترط في ضمن عقد كما إذا زوجت المرأة نفسها و على مهر و اشترطت على زوجها كون داره لها بإزاء المهر و قبله الزوج فإن المشروط لو لم يدخل بالشرط في عنوان البيع لعدم إنشاء مستقل فلا ريب في انه يعمه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم.

و أما إذا لم يكن في البين مثبت لذلك لعدم العموم أو الإطلاق في دليل اعتباره بحيث وصلت النوبة الى الأصل العملي فالأصل عدم

تحقق ذلك الأمر بالشرط ونحوه و عموم المؤمنون عند شروطهم لا يعمه لأنه مخصّص بما إذا لم يكن الشرط مخالفا للشرع فيحرز بالأصل المستثنى نعم لو كان الفعل المشروط فعلا خارجيا و شك في حرمة و حليته و جرى فيه أصالة الحلية يكون بالشرط في العقد واجب الوفاء لأن أصالة الحلية يخرجها عن كونه مخالفا للشرع. و قد أجاب (قده) فيما تقدم من كون التمسك بعموم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٥

.....

المؤمنون عند شروطهم في المشكوك في حاجته الى سبب خاص أو انه يحصل بالشرط ايضا من التمسك بالعام في شبهته المصادقية بأن أصالة عدم مخالفة المشروط للكتاب أو السنة مدخلة المشكوك المزبور في المستثنى منه. و ناقش في الجواب جملة من الأعلام منهم المحقق النائيني (قده) بان استصحاب عدم مخالفة الشرط لهما من استصحاب عدم الأزلي و هذا الاستصحاب لا- يفيد في إثبات عدم المحمولي أي السالبة بانتفاء المحمول و ذكر النائيني (ره) في توجيهه انه إذا لم يكن الموضوع موجودا فعرضه لا- يتصف بالوجود و لا- بالعدم حيث يكون تقابل وجود العرض و عدمه من تقابل عدم و الملكة لا من تقابل الإيجاب و السلب نعم اتصاف المهية بالوجود و عدم بنفسها فلا يمكن اجتماعهما و لا ارتفاعهما و ما اشتهر في الألسنة بأن السالبة مخصّلة صادقة بانتفاء الموضوع تارة و بعدم المحمول اخرى بخلاف القضية المعدولة فإنها تصدق مع وجود الموضوع خاصة من الاغلاط بل كل منهما يحتاج الى وجود الموضوع و انما الفرق بينهما ان المحمول في المعدولة عنوان بسيط يتنزع عن سلب المحمول عن موضوعه و إذا قيل ليس زيد بقائم يتنزع عنه عنوان لا- قائم له و إذا كانت السالبة المحصلة لها حالة سابقة فلا يفيد استصحابها في إثبات ذلك العنوان البسيط.

و السر في جميع ذلك ان العرض له وجود واحد فيه اعتباران كونه موجودا و قيامه بمعرضه و كونه حالا فيه لا انه وجودان وجود في نفسه و وجود في غيره فانّ القيام بالموضوع لو كان وجودا آخر لكان له مهية و على ذلك فلا يكون مع عدم الموضوع اعتبار قيامه و عدم قيامه كما تقدم فقد تحصل انه لا مجال لاستصحاب عدم مخالفة الشرط الكتاب و السنة نعم مع ذلك فيما إذا شك في صحة الشرط و عدمها يمكن بقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم الذي ليس فيه الاستثناء المزبور فإنه ذكر أولا ان الشك في شرط ملكية عين غير تابعة لأحد العوضين ليس من أجل احتمال حاجة إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٦

.....

ملكيتها الى سبب خاص كما هو الظاهر من المصنف و الا لما حصلت بالمصالحة فإنها إنشاء التراضي لا الملكية فالملكية يتعلق بها التراضي بل من أجل ان ملكية العين بالشرط لا تكون مجانا كما في الهبة و لا بالعوض كما في البيع و كان احتمال كونها لا مجانا و لا مع العوض مخالفا للكتاب و السنة من هذه الجهة لأن الشرط لا ينضم الى أحد العوضين و مع ذلك لا يكون التملك مجانا. و ذكر ثانيا ان عنوان مخالفة الكتاب عنوان انتزاعي عن الالتزامات التي مخالفة للكتاب و منافية للحكم المجعول في الشريعة و لو شك في موردان الحكم المجعول فيها ايضا مخالفا للالتزام المفروض يكون الشك من الشبهة الحكمية و التخصيص الزائد و لا مساس بذلك بالشبهة المصادقية و على ذلك فلا يمكن التمسك في الالتزام المزبور بالعموم الوارد فيه الاستثناء لإجماله و يرجع الى العام الذي ليس فيه هذا الذيل.

أقول ما ذكر (قده) من عدم جريان الاستصحاب في عدم الأزلي بمنع كون القضية السالبة صادقة مع انتفاء الموضوع أو دعوى بعض آخر أنها و إن كانت صادقة مع انتفائه ألا استصحاب تلك القضية لا يثبت السالبة بانتفاء المحمول لا يمكن المساعدة عليهما لما تقدم

سابقاً من أن قيام العرض بمعرضه مقتضاه أن العرض في وجوده يحتاج إلى وجود الموضوع واما عدم العرض فيكفي فيه عدم وجود الموضوع. وبتعبير آخران العرض و ان لا يكون له وجودان كما أوضحه و ان العدم لا يكون طارئاً لوجوده بل لنفس مهية العرض ألا ان مهية العرض لا يحتاج في عدمه إلى وجود المعروض بل عند عدم المعروض كما يضاف العدم إلى مهية المعروض كذلك يضاف إلى مهية عرضه و إذا قيل ليس زيد بقائم يكون العدم مع انتفاء الموضوع مضافاً إلى زيد و إلى عرضه و إذا وجد زيد و احتمال بقاء عدم عرضه على حاله فيستصحب و تصبح القضية المزبورة سالبة بانتفاء المحمول حيث ليس القضية السالبة بانتفاء المحمول ألا وجود المعروض و عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٧

.....

تحقق عرضه نعم إذا كانت القضية المعدولة ذات اثر فلا يفيد استصحاب السالبة في إثباتها لأن اتصاف المعروض بعدم عرضه أمر انتزاعي يلزم لسلب المحلول كما أوضحنا ذلك فيما تقدم.

هذا كله في جريان الاستصحاب في العدم الأزلي لترتيب الأثر المترتب على السالبة بانتفاء المحمول.

و أما في المقام فلا مجال لاستصحاب عدم مخالفة الشرط للكتاب و السنة لأن المراد ان يكون المشروط امراً يخالف في تحققه ظاهر الكتاب و لو كان ذلك الظهور هو إطلاقه أو عمومه إذ إعطاء الضابطة لا يناسب غير ذلك بان يكون المراد منه المراد الواقعي من الكتاب أو السنة و هذه المخالفة لا يتصور لها مورد الشك لأن الأصل لا يعتبر في الشبهة الحكمية إلا بعد الفحص و بعد الفحص فيظهر المخالفة أو عدمها بل إذا شك في كون المشروط أمر غير ممضى في نفسه شرعاً مع إحراز أن إمضائه أو عدمه لا يدل عليه الكتاب و السنة فلا يمكن التمسك بالعموم المزبور لان استصحاب عدم إمضائه يدخله في الاستثناء في قوله (ص) المسلمون عند شروطهم إلا إذا كان محللاً للحرام أو محرماً للحلال بناء على ما تقدم من شمول المستثنى للحرام الوضعي المحرز بأصالة عدم الإمضاء كما لا يخفى.

ثم لا يخفى ما في قوله (قده) من أنه لا يبعد لزوم الإنشاء المستقل في جميع الإيقاعات و انها لا تصح بالاشتراط في عقد فتدبر. بقي الكلام في أمرين الأول. ان الثاني (قده) جعل المقام أي كون الشرط مخالفاً للكتاب و السنة. من الشبهة الحكمية التي تدخل في الشبهة المفهومية من المستثنى المتصل بخطاب العام و لذا يؤخذ فيه بالعام الذي لم يرد فيه الاستثناء المزبور و لا يخفى ما فيه فان الشبهة في المقام و إن كانت حكمية حيث ان الشك في كون المشروط ممضى أم لا إلا ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٨

.....

الشبهة الحكمية في المقام لا تدخل في الشبهة المفهومية فان منشأ الشك في المقام ليس سعة نفس معنى المستثنى الوارد في خطاب العام بل منشأ الشك في الخارج و ان الحكم المجعول للصدقة المشروطة بشرط النتيجة ما هو و دعوى ان عنوان المخالفة عنوان انتزاعي ينتزع عن الشروط التي يخالف الحكم المستفاد من الكتاب كما ترى فإنه لا يوجب ان يدخل المقام في الشبهة المفهومية بان لا يكون الشك في المنشأ الذي يحرز وجوده بالأصل كما تقدم.

و الحاصل كما لا تدخل المقام في الشبهة المفهومية لا تدخل في الشبهة المصادقية التي يكون الشك فيها ناشئاً عن الخارج عن حكم الشارع و خطابه و نتيجة ذلك ان يجري في المقام حكم الشبهة الحكمية فيلزم الفحص في الرجوع إلى الأصل العملي من غير ان يدخل في الشبهة المفهومية التي نتيجتها كما ذكره الرجوع في مورد الشك إلى العام الذي لم يذكر فيه المخصص المتصل.

لا- يقال الرجوع الى العام المزبور لا يتوقف على كون الشبهة في المقام من الشبهة المفهومية بل يرجع اليه مع كون الشبهة حكمية مطلقا ولا- تصل النوبة الى الأصل العملي فإنه يقال كلا- أما يرجع الى خطاب العام في الشبهة الحكمية فيما إذا كان الشك في تخصيص زائد بأن يرجع اليه مع الشك في خروج أمر آخر بعنوان نفسه أو بخروج عنوان آخر يدخل فيه و ما نحن فيه ليس كذلك و لذا عدّ المقام من الشبهة المصداقية بالإضافة إلى خطاب العام و ان لم يكن من الشبهة المصداقية التي يكون منشأ الشك فيها الخارج عن خطاب الشارع و حكمه و الله سبحانه هو العالم.

الأمر الثاني- ان مقتضى عموم المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم بمعنى أوفوا بالشروط فيما كان المشروط أمرا وضعيا أنه إذا كان نفس المشروط مما يحصل بغير الشرط من الإنشاء استقلالاً أو تبعا يحصل بالشرط ايضا و أنه يكون حصوله بالشرط إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٢٩

[شرط الفعل]

إشارة

و انما الخلاف و الاشكال في القسم الثاني (١).

بنحو اللزوم كما هو ظاهر الوجوب الوفاء سواء كان اللزوم مفاده الاولى أو مستفادا من التكليف بالفعل المترتب على ذلك المشروط و إذا لم يكن المشروط مما يحصل بغير الشرط أصلا أو شك في حصوله بغيره أو كان يحصل بسبب خاص فلا مجال فيه للتمسك بعموم أوفوا بالشروط كما تقدم.

و إذا كان مما يحصل بغير الشرط كملكية عين بعوض أو مجانا فإنه يحصل بالشرط ايضا و يحكم بلزومه معه و ان لم يكن مشروعيته بغير الشرط بنحو اللزوم كما في شرط الوكالة في أمر في عقد آخر فإنّ الوكالة كالوصاية تحصل مع إنشائه مستقلا فكل إنشاء يستفاد منه الوكالة أو الوصاية محكوم با- لصحة مع جواز رجوع الموكل و الموصى فيهما و لكن مع حصولهما بالشرط يحكم بلزومهما فلا يكون رجوع الموكل أو الموصى موجبا لانتفاء الوكالة أو الوصاية المشروطتين في عقد بنحو النتيجة و ذلك فإنّ ما دل على جواز الرجوع في الوكالة أو الوصاية لو لم يكن منصرفا الى ما إذا كان بإنشائهما مستقلا- فلا أقل من أنه لا يمكن الأخذ بإطلاق دليل الرجوع لأنّ ما دل على لزومهما بالشرط دلالاته على لزومهما بالعنوان الثاني نعم إذا كان المشروط في نفسه مما لا يتحقق عرفا و لو بشرط النتيجة مع حصول أمر فيحكم بانتفائه بحصول ذلك الأمر و من هنا ينتهي الوكالة المشروطة بشرط النتيجة مع موت الموكل لا مع عزله فإنّ الوكالة عرفا النيابة عن الحي بخلاف الوصاية فإنها إعطاء ولاية التصرف للموصى و لذا لا تبطل بموت الموصى فيحكم بلزومها و لو مع كونها بشرط النتيجة.

(١) القسم الثاني ما إذا كان المشروط عملا سواء كان خارجيا كالخياطة أو اعتباريا كالعقد و الإيقاع أى إنشائهما و يقع الكلام في هذا القسم في مسائل الاولى انّ المشهور على ان العمل المشروط يجب على المشروط عليه تكليفا كما يشهد لذلك ظاهر النبوى الوارد في عدّة روايات بعضها معتبرة سندا كما تقدّم و وجه الظهور انه إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٠

.....

المشروط عملا فالوفاء به عبارة أخرى عن الإتيان به كما في وجوب الوفاء بالنذر و الحلف.

لا يقال هذا فيما كان المشروط عملا خارجيا و اما إذا كانت معاملة فظاهر الأمر بها الإرشاد إلى صحتها فإنه يقال هذا فيما إذا كانت

المعاملة بعنوانها الخاص متعلق الأمر كالأمر بالنكاح وغيره واما إذا كان بعنوان آخر كالوفاء بالندب والشرط فظاهر الأمر بهما كظاهر الأمر بالفعل الخارجى هو التكليف و أتيد (قده) التكليف فى هذا القسم و ظهور النبوى فيه بما فى ذيله فى بعض الكتب الأا من عصى الله بناء على أنه استثناء من المشروط عليه لا- من الشارط. و وجه التأييد ان ظاهر العصيان مخالفة التكليف بترك الواجب أو فعل الحرام و حمله على العصيان الوضعى أى بطلان الإلزام والالتزام و عدم الأثر لهما خلاف الظاهر و لو كان الاستثناء راجعا الى المشروط عليه لكان مفاده ان المشروط عليه فيما إذا كان عاصيا بالعمل المشروط لا يجب عليه ذلك العمل فيحكم ببطلان شرطه كما إذا كان المشروط عملا محرما فى نفسه أو تركا للواجب و فى غيره يجب العمل فيكون الاستثناء المزبور قرينه على وجوب الفعل.

و اما إذا كان راجعا الى الشارط فيكون عصيانه وضعتا أى إرشادا إلى بطلان إزمائه حيث لا- يناسب الإلزام والالتزام الأا العصيان الوضعى كما إذا شرط على صاحبه امرا مخالفا للكتاب أو السنّة و لكن لا يخفى عدم ثبوت الاستثناء بالنقل المعتمد مع احتمال رجوعه الى الشارط و لكن ظهور النبوى فى نفسه كاف.

و يشهد ايضا لوجوب الفعل على المشروط عليه موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر بن أبيه عن على (عليه السلام) كان يقول من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فانّ المسلمين عند شروطهم الأا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما و فى سندها غياث ابن كلوب الراوى عن إسحاق و قد وثقة الشيخ فى العدة فى ذكره بعض العامة الذين عمل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣١

هذا كله مضافا الى وجوب الوفاء بالعقد (١).

الأصحاب برواياتهم فيما لم يعارضها رواية أصحابنا فراجع و دلالتها ايضا لا بأس بها فانّ ظاهر قوله عليه السلام فليف به هو التكليف فيما كان المشروط عملا و تعليل الأمر بالوفاء قرينه جليته على عدم اختصاص الحكم بالشرط للمرأة فى النكاح أو غيره.

و يدل على وجوب العمل بالمشروط فى الجملة بعض الروايات كصحيحة أبي العباس عن ابى عبد الله عليه السلام فى الرجل يتزوج المرأة و يشترط ان لا يخرجها من بلدها قال يفى لها بذلك أو قال يلزمه ذلك و نحوها غيرها.

(١) مراده (قده) خطاب وجوب الوفاء بالعقد كما يقتضى العمل بأصل العقد كذلك يقتضى لزوم العمل بالشرط بعد كون الشرط كالجزم من العوضين أقول قد تقدم سابقا ان خطاب أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فى مثل البيع من المعاملات إرشاد إلى لزومها فمع شرط الفعل و الحكم بصحة شرطه يخرج المعاملة عن اللزوم و الخطاب المزبور حيث يكون البيع خياريا مع عدم تحقق ذلك الفعل أضف الى ذلك ان الشرط لا ينضم الى أحد العوضين كما مر تفصيله فلا نعيد نعم يمكن ان يدعى ان الشرط فى نفسه عهد مشدود فيعنه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بما ان المشروط فى الفرض عمل فلا بأس بكون وجوب الوفاء به كما هو ظاهر الأمر بالعمل تكليفا.

بل يمكن تقريب التمسك بوجه آخر يأتى فى تقريب عدم ثبوت الخيار للمشروط مع التمكن على إجبار الممتنع فانتظر.

و عن الشهيد (قده) أنه لا يجب على المشروط عليه الفعل و أنّما فائدة شرطه تنزل العقد و عدم لزومه على المشروط له و يظهر دليله على ذلك من التفصيل الذى حكى الشهيد الثانى فى بعض تحقیقاته حيث قال إذا كان المشروط ما يحصل بنفس الاشتراط فى العقد كاشتراط الوكالة يكون الشرط لازما لان المفروض تحقق العقد المكفى فى تحقق المشروط و اما إذا لم يحصل المشروط بنفس العقد و تمامه بل يحتاج فى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٢

.....

تحقيقه إلى صيغة بعده كاشتراط العتق فلا- يلزم الشرط و أنّما يقلب العقد اللازم جائزا لأن الفعل المزبور ممكن فالعقد المعلق على

الممكن يكون ممكنا و قال في الروضة بعد حكاية ذلك ان الأقوى لزوم مطلقا و ان كان ما ذكره من التفصيل اولى مما ذكره في اللعة من إطلاق عدم لزوم الشرط انتهى.

و ذكر المصنف (ره) في الإيراد على كلام الروضة بأن شرط أمر بنحو شرط النتيجة خارج عن مورد الكلام و المحكى عن الشهيد نفى وجوب الفعل المشروط مطلقا فلا يصح جعله مقابلا لما ذكر في اللعة. نعم كلامه في اللعة أعم من جهة أخرى و هو ان الفعل المشروط يوجب تزلزل العقد بمعنى ثبوت الخيار للمشروط له سواء كان عدم تحقق ذلك الفعل لتركه أو تعذره حيث ان المراد من قوله و كذا كل شرط لم يسلم لمشرطه هو التعذر.

و الحاصل لا خلاف في لزوم ترتيب آثار المشروط فيما إذا كان أمرا اعتباريا قد أخذ في العقد بنحو شرط النتيجة و أنه يجبر الممتنع عن ترتيب الآثار على الترتيب كما هو مقتضى تحقق المشروط و لزومه و الكلام فعلا في القسم الثاني فإن المشروط فيه فعل يصح تعلق الوجوب به بخلاف شرط النتيجة فإنه غير قابل للتكليف و هذا ظاهر.

أقول ما ذكر في الروضة من الوجه لعدم الوجوب موهوم فان العقد لا- يكون معلقا على الممكن اى الفعل بل على الالتزام بذلك الفعل و الالتزام قد حصل من حين إنشاء العقد هذا أولا و ثانيا على تقدير الإغماض عن ذلك بتسليم التعليق المزبور و الالتزام بعدم إيجابه بطلان العقد ان ما ذكر يمنع عن وجوب الفعل بالتمسك ب أوفوا بالعقود و لكن لا يمنع وجوبه أخذا بقوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و قوله عليه السلام من شرط لامراته شرطا فليف به الى غير ذلك فتدبر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٣

.....

أضف الى ذلك انه على تقدير التعليق المزبور يكون نتيجة عدم حصول الفعل المشروط بطلان العقد لا كونه خياريا. و يبقى الكلام في ان ما يذكر من الأحكام لشرط الفعل و منه وجوب الإتيان يختص بما إذا كان شرطه في ضمن عقد لازم أو يعم ما إذا كان في ضمن عقد جائز سواء كان جوازه من الطرفين كالوكالة و الشركة و المضاربة أم من طرف واحد كالرهن فقد يقال ان الشرط في ضمن عقد جائز لا اثر له فان العقد في نفسه لا يجب الوفاء به فكيف يجب الوفاء بالشرط و عن صاحب الجواهر (قده) ان عموم المؤمنون عند شروطهم لا- يقتضى وجوب الفعل المشروط و أنما يدل على صحه الشرط و وجوبه مستفاد من عموم أوفوا بالعقود و إذا كان العقد جائزا فلا يكون في البين استفادة و يستدل أيضا بأنه إذا كان شرط الفعل في عقد جائز لازما للزم شرط الغاية و سائر الأمر الاعتبارى في ضمنه ايضا مع ان ظاهر الأصحاب التسالم بعدم لزوم شرط الغاية و الأمر الاعتبارى كما إذا شرط في ضمن عقد الوكالة أو الشركة أو المضاربة الأجل أو غيره من الأمور الاعتبارية.

أقول الأظهر عدم الفرق في شرط الفعل بين العقد اللازم و الجائز حتى ما إذا كان جائزا من الطرفين فان قوله عليه السلام من شرط لامراته شرطا فليف به فان المسلمين عند شروطهم يعم ما إذا كان الشرط لها في ضمن عقد النكاح أو غيره لازما أو جائزا نعم الشرط في العقد اللازم يفترق عن الشرط في العقد الجائز في جهة أخرى و هي ان الشرط في العقد الجائز يرتفع عنوانه بفسخ العقد و لا يكون بعده معنونا بعنوان الشرط حيث انه الالتزام المرتبط لا الالتزام الابتدائى ففى فرض فسخ العقد من أحدهما أو ممن يكون جواز العقد من طرفه فلا يجب الوفاء بالشرط لانتفاء الشرط لا لارتفاع حكمه مع بقاء موضوعه بل يجرى ذلك في العقد اللازم ايضا فيما إذا فسخ بإقاله أو خيار فسخ و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٤

.....

بكلمة أخرى وجوب الوفاء ما دام الفعل مصداق الشرط و يرتفع بارتفاع عنوانه.

و أما دعوى التسالم على عدم لزوم شرط الغاية و الأمر الاعتبارى فى ضمن العقد الجائز فلا يمكن المساعدة عليها فان اشتراط الأجل فى ضمن عقد الشركة أو المضاربة بمعنى لزومها الى تلك المدة محكوم بالفساد لمخالفة شرط اللزوم فى المدة المعينة أو الى الأبد فيهما للسنة الدالة على جوازهما حكما و لذا لو اشترط لزومها فى عقد لازم يحكم ايضا بالفساد نعم إذا كان نفس الشركة أو المضاربة شرطا فى ضمن عقد لازم لحكم بلزومها بلزوم ذلك العقد و لا ينافيه ما دل على جوازهما كما ذكرنا سابقا فى شرط الوكالة فى ضمن عقد لازم آخر.

و مما ذكر يظهر أنه لو كان المشروط فى ضمن عقد جائز عدم فسخه أو شرط عدم فسخه فى ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل يحكم بصحته لعدم كونه مخالفا للسنة و لو فسخه بعد هذا الاشتراط صح الفسخ و ان فعل حراما لأن وجوب الوفاء تكليفا لا يقتضى فساد الفسخ فإنه من قبيل المعاملة كما لا يخفى.

و قد ظهر مما ذكر ايضا انحلال شرط الغاية فى العقد الجائز بانحلال نفس العقد فلا يترتب على الغاية بعد ذلك حكم لا لارتفاع حكمه بل بارتفاع نفس الغاية التى كانت معنونة بعنوان الشرط بل العقد على ما تقدم لا يقال إذا كان الشرط نتيجة الإيقاع كما إذا أعطى المال مضاربة على ان يسقط الدين الذى كان له على العامل و قبلها العامل فان يقبوله يسقط الدين عن عهده و إذا فسخ ربّ المال أو العامل المضاربة بعد ذلك فكيف يعود الدين على عهده العامل مع ان الزائل لا يعود.

فإنه لا مانع عن عوده نظير ما إذا باع متاعه بدين للمشتري على عهده ثم فسخ البيع بإقاله أو خيار فإنه لا- ينبغى الريب فى عود الثمن اى الدين إلى عهده البائع و بتعبير آخر مقتضى فسخ العقد انحلال الشرط الذى كان من قبيل شرط النتيجة سواء
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٥

[الثانية فى أنه لو قلنا بوجوب الفعل به]

الثانية فى أنه لو قلنا بوجوب الفعل به (١).

كانت من نتيجة العقد أو الإيقاع و عدم العود فى الإيقاعات و غيرها للزوم الشرط بقاء و إذا زال الشرط عاد الساقط سابقا و من ذلك ما لو اشترى حيوانا ثم اشترى من باع الحيوان متاعا آخر على ان يسقط خياره الحيوان فى الشراء الأول ثم فسخ الشراء الثانى بإقاله أو خيار فان خيار الحيوان الساقط فى شرائه يعود فتدبر جيدا.

(١) ذكره (قده) انه بعد البناء على وجوب الفعل على المشروط عليه يجبر بذلك الفعل على تقدير امتناعه عنه أم ثبت الخيار للمشروط له بمجرد امتناعه فعن جماعة انه يجبر بالفعل و مع عدم إمكانه فيثبت الخيار للمشروط له و لكن ظاهر العلامة فى التحرير خلافه و انه لا يجبر على الفعل حيث قال فيه ان الشرط فيما تعلق بمشروط فيه صلاح المتعاقدين كاشتراط الأجل فى الثمن أو الخيار أو باع متاعه بكذا على شرط الشهادة بأن يحضر الشاهدين ليشهدا بأن المتاع المزبور لبائعه أو على شرط التضمنين بان يضمن ثالث للمشتري درك المبيع و انه لو ظهر ملك الغير لكان على ذلك الثالث ضمان الثمن للمشتري أو باع متاعه بثمان مؤجل على ان يعطى المشتري الرهن لذلك الثمن أو اشترط وصفا فى المبيع كالكتابة جاز و لزم الوفاء به ثم قال لو باع العبد على شرط عتقه فإن أعتقه المشتري فلا كلام و ان لم يعتقه فهل يجبر المشتري بعتقه الأقرب عدم الإيجاب.

و قال الشهيد فى الدروس ان فى إجبار المشروط عليه بالفعل اشكال و قال فى التذكرة أولا انه لا يجبر المشروط عليه بالفعل فيما كان الفعل المزبور حقا لآدمى كاشتراط الرهن للثمان المؤجل أو الكفيل له و ان كان من حقوق الله كالعق على وجه يجبر عليه ثم ذكرا خيرا أنه يجبر بالفعل حتى فى حقوق الناس نظير ما إذا باع متاعه بثمان حال فأهمل فى تسليم الثمن فإنه يجبر بالتسليم مع انه تسليمه من

حق الناس.

ثم قال (قده) انه يمكن ان ينسب القول بوجود الفعل على المشروط عليه مع عدم

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٦

.....

إجباره عليه الى كل من استدل على صحة الشرط بعموم المؤمنون عند شروطهم و مع ذلك التزم بعدم الإيجاب و وجه النسبة ان ظاهر المؤمنون عند شروطهم في نفسه في وجوب الفعل المشروط و كذا ظهوره فيه بقريته خارجيه كقوله عليه السلام في موثقة إسحاق ابن عمار فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم ممّا لا ينبغي الريب فيه بل لا معنى لصحة شرط الفعل عند من لا يرى بطلان العقد بالشرط الفساد كالشيخ و اتباعه إلّا وجوب الفعل المشروط لان استحباب الفعل لا ينافي بطلان الشرط لان الشرط الفاسد يدخل في الوعد و الوفاء بالوعد مستحب فلا يمكن للمستدل بالصحة الالتزام بان الفعل المشروط يستحب الإتيان به و لا يجب. أقول لا يمكن هذا النسبة حيث يمكن ان يكون معنى صحة شرط الفعل عند المستدل بعموم المؤمنون عند شروطهم ترتب الخيار للمشروط له على تقدير عدم الفعل فيكون فساد الشرط بمعنى عدم ترتب هذا الخيار كما لا يخفى.

أقول الأظهر في المقام جواز الإيجاب بالفعل لان التزام المشروط عليه بالفعل في ارتكاز المتعاملين يكون بنحو الحق للمشروط له و لذا لا يجب الفعل مع رفع يده عن شرطه فيكون إجباره بالفعل كإجبار الأجير على العمل و ان كان بينهما فرق من جهة أخرى و هي كون الفعل ملكا للمستأجر و لا يدخل في الملك في الاشتراط و ما عن السيد اليزدي (قده) من إمكان الالتزام بدخول الفعل المشروط في ملك الشارط فيما كان نفعه عائدا إليه كخياطة ثوبه لا يمكن المساعدة عليه فان الفعل لا يدخل في ملك الشارط ضرورة عدم الفرق في شرط الخياطة أو إعطاء الدرهم و العتق مع انه على الملك يلزم مطالبته المشروط عليه بقيمة الفعل مع فوته نظير الفوت في باب الإجارة و نظير الإيجاب على الفعل الإيجاب على تسليم الثمن أو المبيع و لكن جواز الإيجاب يجتمع مع خيار الفسخ لأن الخيار المترتب على ترك الفعل خيار جعلي من المتعاقدين و المجعول في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٧

و قد يتوهم أنّ ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختياراً (١).

ارتكازهما من الخيار يعم حال التمكّن على الإيجاب.

نعم مع الإغماض عن عموم الارتكاز و الالتزام بان الخيار في المقام مستفاد من قاعدة نفى الضرر فمقتضى عموم أو فوّا بالعقود في فرض التمكّن على إجبار المشروط عليه لزوم العقد و عدم كونه خيارياً.

و مراد المصنف في الاستدلال على جواز الإيجاب بعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط كون الوجوب المستفاد منها في المقام حقا نظير وجوب تسليم العوضين لا ان مجرد وجوب شيء على أحد يقتضى جواز إجباره عليه و قوله ان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه أي استحققه عليه شاهد لكون الوجوب في المقام حقا لا حكما و ليس المراد الملك في باب الإجارة كما يأتي الإشارة الى ذلك في ذيل كلامه في المسألة الثالثة.

(١) و قد يتوهم ان ظاهر الشرط هو الفعل اختياراً و عليه فلا يكون لإجباره مورد و أجاب المصنف (قده) بان المستفاد من الشرط انه إذا فعله المشروط عليه و لو بالإيجاب حصل المشروط و لا يكون للبائع خيار تخلف الشرط نعم إذا قيّد في - العقد كون المشروط الفعل باختياره و بطيب نفسه لما كان في البين جواز الإيجاب بل كان للبائع مع امتناعه خيار تخلف الشرط.

و ذكر الإيرواني نعم التوهم المزبور و قال في وجه تحسينه ان المراد بالإيجاب امّا لإكراه أو فعل ما يوجب صدور الفعل و لو بلا ارادة

من المشروط عليه أو تصدى الحاكم بالفعل المزبور فيما كان من الاعتبارات الصالحة للوكالة و صدورها بالولاية و على ذلك فليس المراد بالإجبار المعنى الثالث فإنه لا يعد إجباراً و كذا لا يمكن الالتزام بالثاني فإن الالتزام يتعلّق بالفعل الاختيارى و لا يعمّه بان يلتزم بالأعم من فعل نفسه و الفعل غير الاختيارى و اما المعنى الأول فلا يمكن الالتزام بجوازه لظهور الشرط فى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٨

.....

الالتزام المشروط عليه بالفعل بلا مؤنة خارجية فالإكراه إلزام و مؤنة خارجية فيكون الإكراه ظلماً و عدواناً على المشروط عليه و لكن لا يخفى أنه لا- موجب للانصراف فى اشتراط الفعل فالالتزام يتعلّق بما يتعلّق به التكليف فى باب الأمر و الطلب و كما يكره الشخص على الإتيان به من باب الأمر بالمعروف كذلك فى الالتزام بالفعل و شرطه مع ان ما ذكر من عدم إمكان الالتزام بالجامع بين المقدور و غيره فيه كلام فإنه لو كان الإطلاق بمعنى رفض القيد لا الجمع بين القيود فلا موجب لا متاعه كما لا يخفى.

ذكر قد فى هذه المسألة جواز الإجبار على الفعل مع ثبوت الخيار للبائع و ذكر فى وجهه ان امتناع المشروط عليه عن الوفاء رضاء منه بفسخ البيع و إذا رضى البائع بفسخه بترك إجباره المشروط عليه يكون فسخه داخلاً فى الإقالة.

ثم ذكر الفرق بين امتناع المشروط عليه عن الفعل و بين امتناع المتعاقدين عن تسليم العوض فإنه يجبر على التسليم فى الثانى و مع إمكانه لا يكون للآخر خيار بخلاف صورة الامتناع عن الفعل المشروط عليه فإنه يجوز المشروط له الفسخ و لو مع إمكان الإجبار و الفارق ان العوض قد دخل فى ملك العاقد الآخر فلا يخرج عن ملكه بامتناع الآخر عن تسليمه بخلاف الفعل المشروط فإنه كالاتفاق لا يكون ملكاً للآخر فإذا امتنع المشروط عليه فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له ايضاً نقضه و فيه انّ الفعل قد صار بالاشتراط حقاً للمشروط له على المشروط عليه و مجرد امتناع المشروط عليه لا يوجب سقوط هذا الحق كما لا يكون رضا بالفسخ ليكون فسخ الآخر معه بعنوان الإقالة و لعلته الى ذلك أشار بأمره بالتأميل و الحاصل انّ العمدة فى ثبوت الخيار مع ترك التسليم هو الشرط الارتكازى فيجتمع - الخيار مع جواز الإجبار فتدبر.

و اما ما ذكر (قده) فى وجه ثبوت الخيار مع عدم التمكن على الإجبار فقط من ان الاختصاص مقتضى قاعدة نفي الضرر و لا ضرر مع التمكن على الإجبار فيكون مقتضى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٣٩

[الثالثة هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار]

هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار (١).

وجوب الوفاء بالعقود لزومه مع التمكن على الإجبار ففيه ان اللزوم فى العقد لا يكون ضرورياً دائماً و لو مع عدم التمكن على الإجبار أيضاً كما إذا باع المال بثمن يساوى قيمة السوقية فإن تضرر الشارط بترك المشروط عليه العمل بالشرط حاصل سواء فسخ البيع أم لا و فيما إذا باع بأقل من قيمته السوقية يكون نفي اللزوم تداركاً للضرر و اما الضرر فهو ناش من صحة البيع المزبور فى فرض عدم عمل المشروط عليه بالشرط كما لا يخفى.

(١) كل ما ذكر فى المسألة الثالثة تعرضنا لها فى المسألة الثانية و يبقى أمر واحد لم يسبق التعرض له و هو أنه للحاكم إيقاع الفعل المشروط فيما إذا كان من الإنشائيات مع امتناع المشروط عليه عن التصدى و مطالبته الشارط به بلا فرق بين القول بان الخيار يثبت للمشروط له حتى مع تمكنه على الإجبار أو قيل بأن الخيار لا يثبت مع تمكنه و ما فى كلام المصنف (ره) من ان الكلام فى جواز

إيقاع الحاكم مبنى على المختار من عدم الخيار مع التمكن على الإجبار لا يمكن المساعدة عليه كما يشهد بذلك الاستدلال على جواز تصدى الحاكم بعموم ولاية السلطان على الممتنع من أداء مال الغير أو حقه.

و لكن ناقش في الاستدلال النائني (ره) بما توضيحه أنّ الولاية للحاكم تثبت مع عدم حياة المولى عليه كما إذا لم يكن للميت وصيًا أو مع عدم حضوره كالولاية على الغائب أو مع صغر المولى عليه أو جنونه على تفصيل مذكور في محله و المشروط عليه في المقام لا يدخل في شيء من العناوين و لا دليل على ولاية الحاكم في غيرها.

أقول إذا فرض الزوج ممتنعاً عن الإنفاق على زوجته أو الأب على أولاده فلا ينبغي الريب في جواز تصدى الحاكم للإنفاق بمال الزوج أو الأب مع انهما لا يدخلان في شيء من العناوين المزبورة و الحاصل الفرق بين تصدى الحاكم فيما إذا كان العمل من آثار شرط النتيجة و بين كون المشروط نفس العمل يحتاج إلى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٠

.....

التوضيح.

و اما أشار إليه المصنف (ره) فلا نعرفه. نعم نقل السلطان ولى لمن لا ولى له على ما اشتهر في بعض الألسنة و لكن لا يعم شرط الفعل و لا العمل المترتب على الأمر الوضعي فإن عمل السلطان في الفرضين مع امتناع الشخص ولاية عليه لا كما لا يخفى أضف إلى ذلك عدم ثبوته بنقل معتبر نعم الحكام و القضاء في زمان الأئمة عليهم السلام كان لهم الولاية باستيفاء الحقوق قضاء أو عملاً بحسب نصبهم و لكن الروايات الواردة في المراجعة إلى قضاء العدل و العاملين بالأحكام و عدم جواز الرجوع إلى الحكام و قضاء الجور يمكن دعوى عدم عمومها للمراجعة للاستيفاء عملاً للقرينة العامة على عدم بسط يدهم في ذلك الزمان و كون الرجوع إليهم كان لرفع المنازعة و قطع المخاصمة في الحكم أو موضوعه كما هو المفروض في تلك الروايات.

و مع ذلك قد يقال الدليل على وجوب التصدى للقضاء على نحو الواجب الكفائي يجرى في التصدى لاستيفاء الحقوق و أخذ حقوق بعضهم من بعض آخر عملاً حفظاً للنظام و يتعين المراجعة إلى المتصدى فيما كان في استيفاء ذى الحق حقه بالمباشرة محذور و من الظاهر أنّ المتيقن من المتصدى الحاكم العدل و المأذون من قبله و بما انه ليس في البين خطاب لفظي يؤخذ به في إثبات الولاية للمتصدى على الإطلاق فيؤخذ بالقدر اليقين فلا يحكم بنفوذ تصرف المتصدى مع إمكان إجبار من عليه الحق على أداء ما عليه من حق الغير لأنه يجوز إجبار المتصدى من عليه الحق تأديباً و منعا عن المنكر كما هو مقتضى لزوم حفظ النظام و اما مباشرة المتصدى بالاستيفاء مع إمكان الإجبار كما إذا أعتق العبد الذى باعه على ان يعتقه المشتري أو باع ماله للإنفاق إمكان إجباره على الإنفاق بنفسه فالأصل عدم نفوذ ذلك العتق و عدم صحة البيع المزبور.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤١

[الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشتري أياً الخيار]

الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشتري أياً الخيار (١).

نعم مع عدم إمكان الإجبار للفرار و نحوه يكون محكوماً بالصحة و من هنا يظهر الحال في إعطاء الحاكم الأجرة من مال المشتري على الخياطة المشروطة عليه مع امتناع المشتري عن الخياطة فإنه يجوز مع عدم إمكان الإجبار لا مع إمكانه.

هذا فيما إذا كان العمل المشروط عليه الطبيعي لا العمل المباشري كما إذا باع المال و اشترط على المشتري ان لا يترك ما عليه من

الفرائض اليومية فإنه مع عدم التمكن على إجباره بالعمل و الإتيان بفرائضه لا يكون مورد لتصدى الحاكم فتدبر.

(١) ذكره (قده) في تعذر الشرط فرضين الأول ما إذا كان الفعل المشروط ما لا مائتية له كاشتراط العتق و التدبير الثاني ما إذا كان الفعل له مائية كخياطة الثوب و صبغه.

و ذكر في القسم الأول انه يثبت للمشروط له خيار الفسخ و لا يجوز له المطالبة بالأرش و علل ذلك بأن الشرط لا يكون جزءا من أحد العوضين بل يكون تقييدا لأحدهما و التقييد أمر معنوي أى ليس جزءا لا يقابل بالمال فى المعاملة و إذا باع العبد بمأة على ان يعتقه فقد قيد المبيع بالعتق بعد العقد فيكون التقييد المزبور كسائر الأوصاف فى المبيع فى أنه لا يقابل بشيء من الثمن بل يكون كالوصف مما تزيد و تنقص به قيمة الشيء و الأرش فى مورد خيار العيب ثبت بالنص لا انه على القاعدة.

و عن ظاهر العلامة ثبوت الأرش فى المقام و تبعه الصيمرى فى مسألة بيع العبد و اشتراط تدبيره حيث قال لو امتنع المشتري عن تدبيره تخير البائع بين فسخ البيع أو الإمضاء و الرجوع الى تفاوت قيمة العبد مشروطا تدبيره و بيعه مطلقا بل يظهر من الصيمرى جواز المطالبة بالأرش بمجرد امتناع المشتري عن العمل بالشرط و عدم تعذره و حيث لا يمكن ان يكون المراد الرجوع بتمام التفاوت كما إذا باع الثوب مع اشتراط خياطته بمأة و كانت قيمته بدون الشرط المزبور مأتين فإنه لا يمكن الالتزام بجواز

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٢

.....

الرجوع الى تمام المأة لأن للشرط جزءا و قسطا من الثمن يكون المراد من الأرش نسبة التفاوت لا تمامه.

و ذكر (قده) فى القسم الثانى أيضا تخير المشروط بين الفسخ و الإمضاء مجانا و انه لا يجوز له المطالبة ببدل الفعل المشروط أى أجره المثل و ان كان يحتمل استحقاقها كما ذهب إليه العلامة فى التذكرة حيث قال أن الشرط اى المشروط ان كان مما يتقوم كما شرط صبغ الثوب و تسليمه مصبوغا و تلف الثوب بيد المشتري قبل صبغه يكون للمشتري المطالبة بقيمة الغائت و ان لم يكن المشروط مما يتقوم تخير بين الفسخ و الإمضاء مجانا و مراده مما يتقوم ما كان للمشروط مائية فى نفسه لا ما يزيد و ينقص به قيمة الشيء كالوصف فيعم بيع العبد و اشتراط ماله و لكن الاحتمال أى المطالبة بأجره المثل ضعيف لأن الثمن فى المعاملة يقع بإزاء نفس المبيع و لا يتضم المشروط الى أحد العوضين و لذا لا يجرى على المشروط حكمهما و لو كان المشروط كالثمن من أحد النقدين كما إذا باع العبد مع اشتراط ماله المذى من أحد النقدين بالثمن من النقود لا يعتبر التقابض فى المجلس و لو كان مال العبد منضمما الى المبيع لزم التقابض بالإضافة اليه و عوضه نعم يجرى على بعض الشروط و هو شرط الكم حكم الجزء فى تقسيط الثمن و يأتى الكلام فيه فى الأمر السابع. و ذكر السيد اليزدى (قده) فى المقام كالما طويلا و ملخصه أن للمعاملة مقامين مقام الإنشاء و مقام اللب و المشروط فى مقام الإنشاء لا يدخل فى أحد العوضين بل تجرى المعاملة إنشاء على نفس المالىين و لكنه فى مقام اللب يدخل فى أحد العوضين حتى فى شروط الأوصاف و حيث لا يدخل المشروط وصفا كان أو غيره فى أحدهما و لا يقابل فى الإنشاء بشيء لا يكون فقد الوصف أو تعذر الشرط حال العقد موجبا لانحلال البيع بل يجوز لمن تخلف عليه الشرط أخذ صاحبه بالمعاملة فى مقام اللب بان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٣

.....

يطالب مع عدم فسخها باسترداد ما وقع بإزاء المشروط فى مقام اللب بخلاف الجزء حيث انه فى مقام الإنشاء أيضا داخل فى أحد العوضين و لذا يكون فقده موجبا للانحلال المعاملة إنشاء أيضا بالإضافة إليه.

هذا كله من غير فرق بين شرط الفعل و الوصف و سواء كان الفعل مما يتقوم فى نفسه كخياطة الثوب و صبغه أو لم يكن مما يتقوم

كعتق العبد و اشتراط بيع المال و لكن مع التعذر من حال العقد في الفعل المتقوم في نفسه لا يكون شرطه محكوما بالصحة لعدم تمكن المشروط عليه فلا- يدخل الفعل في ملك المشتري و بناء على القول بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد يكون للمشروط له الفسخ و إمضاء العقد مجاناً أو مع المطالبة بالأرض كما ذكر العلامة و أما إذا كان المشروط مما له قيمة و كان التعذر طارئاً بعد العقد ففي مثل ذلك يكون الفعل مملوكاً على عهدة المشروط عليه فالشارط المطالبه يبدل ذلك الفعل لتلفه عليه في ضمان الغير إلا ان يقال ان تعذر الفعل كالتلف قبل القبض يوجب انحلال الملك بالإضافة إلى الفعل و لا يكون للمشروط إلا المطالبة بالأرض كما في صورة التعذر من الأول و على ذلك فلا- يكون الأرض في خيار العيب أمراً تعدياً نعم لا يجوز إجبار المشروط عليه بالأرض حيث يجوز له ان يقول بأنك إذا أردت الأرض أفسخ المعاملة لوقوع الثمن في المعاملة إنشاءً بإزاء نفس العين نعم في خيار العيب يجوز الإجبار على الأرض كما هو ظاهر الروايات و الأرض فيه من هذا الجهة يكون أمراً تعدياً.

أقول المعاملة لكونها من الإنشائيات فليس لها واقع غير الإنشاء و بتعبير آخر ليس للبيع غير ما يعتبره المتعاقدان بحسب إنشائهما و ابرازهما و ليس البيع إلا تمليك أحد المالكين بإزاء الآخر و تملكه بإزائه و قد ذكرنا ان شرط الوصف فيما كان موصوفه عيناً خارجيةً أو كالعين الخارجية كالكلي في المعين لا يمكن ان يكون قيداً اي تضييقاً

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٤

[الخامسة لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه]

لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه (١).

لا لأحد العوضين و لا لنفس البيع فان تضييق البيع بالشرط بمعناه المصدري و تعليق البيع على الالتزام أمر حاصل. و اما تعليقه على الشرط بمعنى المشروط فلا- لأن تعليقه به يوجب التعليق المبطل فحسب بل لأن العقد في بناء المتعاقدين و اعتبار العقلاء لا يكون معلقاً على حصوله حتى في الموارد التي يكون المشروط أمراً وضعياً كالخيار و اشتراط الوكالة فضلاً عما يكون من الأفعال الخارجية و لذا لو حكم بفساد الأمر الوضعي لبطلان شرطه فلا يحكم بفساد البيع.

و اما عدم كون المشروط قيداً لأحد العوضين فلان الثمن في اعتبارهم يقع بإزاء نفس المبيع و المبيع بإزاء نفس الثمن و انما يكون الشرط وصفاً كان أو غيره داعياً إلى زيادة الثمن أو نقصه و كذا لا ينضم نفس الشرط بمعنى الالتزام لأحد العوضين لأن الالتزام بنفسه لا يدخل في ملك الآخر و ليس له ماله و البيع تمليك بالعوض و على ذلك فلا شيء في المعاملات مع تعذر الشرط و وصفاً كان أو غيره إنما ثبوت الخيار حيث لا- معنى للالتزام بالوصف إلا اعتبار الخيار على تقدير فقدته كما لا معنى لاشتراط الفعل إلا ثبوت الالتزام الحقي بالإضافة إلى الفعل و ثبوت الخيار مع عدم تحققه للتعذر أو غيره و إذا كان الفعل متعذراً حال العقد أو طرء فيما بعد ذلك يثبت الخيار و ليس الفعل فيما يتقوم ملكاً للمشروط له لأن المشروط عليه لم يملكه بل التزام به نظير التزامه في مورد النذر و الحلف غاية الأمر ان الملتزم له في النذر هو الله سبحانه و في الشرط في المعاملة هو المشروط له كما تقدم.

نعم قد تقدم ان للمشروط له إلزام المشروط عليه بالفعل مع التمكن على الإجبار و لا ينافي ذلك ثبوت الخيار معه.

(١) مراده (قده) انه لو لم تبق العين المنتقلة إلى المشروط عليه في ملكه لتلفها أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٥

.....

ان المشروط عليه نقلها الى الغير أو بقي تلك العين في ملكه و لكن تعلق بها حق الغير كما إذا رهنها أو استولدها و فرض ان الفعل

المشروط عليه قد تعذر كتلف الثوب الذي اشترط عليه خياطة فلا تكون عدم بقاء العين المنتقلة إلى المشروط عليه أو نقلها أو تعلق حق الغير بها مانعا عن فسخ المشروط له البيع الأول لتعذر الشرط و إذا فسخ فهل يرجع ببدل المبيع مطلقا أو مع بقائها و فسخه نقل المشروط عليه أو رهنه من أصله أو من حين فسخ البيع وجوه يأتي الكلام فيها و ان الصحيح منها هو الرجوع الى البدل جمعا بين الخيار الثابت للمشروط بتعذر شرطه و بين ما دل على نفوذ نقل مالك العين أو رهنه حيث ان التصرفات من المشروط عليه حلت زمان مالكيته.

هذا كله فيما لم يكن تصرف المشروط عليه في العين المبيعة منافيا لعمله بالشرط كما فرضنا ان الشرط في البيع كانت خياطة ثوب مخصوص آخر و أميا إذا كان تصرفه منافيا للعمل بالشرط كما إذا باع العين منه على ان يجعلها المشتري وفقا على البائع و أولاده و بعد البيع باعها المشتري من ثالث فيكون البيع الثاني منافيا للعمل بالشرط.

و في الفرض هل يحكم بصحة البيع الثاني مطلقا اى بلا حاجة الى إذن المشروط له و إجارته أو مع اذنه و إجازته أو يبطل مطلقا اى لا- يفيد في صحة البيع الثاني إذن المشروط و إجازته حيث ان البيع الثاني لا يكون من قبيل البيع فضولا ليصح بإجازة مالك المبيع وجوه خيرا عند المصنف (ره) صحته باذن المشروط له أو إجازته.

و هذا بناء على ان للمشروط له إجبار المشروط عليه بالشرط فإن صحة التصرفات تنافي حق المشروط له في تلك العين و اما بناء على عدم جواز الإجبار فيصح التصرف المنافي و لكن إذا فسخ المشروط له البيع الأول فهل يبطل التصرفات المزبورة من أصلها و من حين فسخ البيع الأول أولا تبطل أصلا بل يرجع المشروط الى بدل العين مثلا أو قيمة لأن التصرفات المزبورة من تلف العين حقيقة أو حكما و عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٦

.....

العلامة في التذكرة تفصيل رابع و هو التفصيل في التصرف المنافي بين العتق و غيره فان كان التصرف المنافي عتقا فيصح مطلقا لبناء العتق على التغليب و ان كان غير العتق فيبطل بفسخ البيع الأول و على ذلك ففي فرض العتق لو فسخ المشروط له البيع الأول فيرجع الى المشروط عليه بقيمة العبد المبيع فقد اختار هذا التفصيل الشهيد الثاني أيضا في الروضة أقول قد تقدم سابقا ان الخيار حق لذي الخيار يتعلق بالعقد لا بالعين المنتقلة الى من اشترط عليه الخيار فشرط الفعل بالإضافة إلى ثبوت الخيار ليس حقا في العين المزبورة و أميا بالإضافة إلى الفعل فأیضا كذلك فان شرطه لا- يوجب ألما استحقاق المشروط له نفس الفعل بنحو الحق لا بنحو الملك و لا بالتكليف المحض.

و المراد باستحقاق الفعل بنحو الحق ان وجوبه على المشروط عليه مع عدم رفع المشروط له يده عنه بان يطالبه لا ان يسقطه عن عهده المشروط عليه و لكن العين التي يتعلق بها الفعل فهي باقية على حالها التي كانت بدون ذلك الشروط حيث انها لو كانت مملوكة للمشروط له كما إذا باع متاعه بثمن و اشترط على المشتري خياطة الثوب المعين تكون تلك العين على حالها من ملك المشروط له من غير ان يتعلق بها زائدا على ملكها حق و ان كانت مملوكة للمشروط عليه تكون ملكا له من غير ان يتعلق بنفس العين حق للمشروط له.

و على ذلك فان تصرف المشتري في العين المنتقلة إليه بالبيع تصرفا ينافي الفعل المشروط فإنه و ان ارتكب محرما مع عدم رفع المشروط له يده عن الفعل المشروط قبل التصرف المزبور الا ان العين لكونها ملكا للمشروط عليه يعمه ما دل على نفوذ تصرف المالك و معاملته فتعذر الشرط يثبت للمشروط له خيار الفسخ قيل بجواز الإجبار أو عدم جوازه فان جواز الإجبار مع امتناعه عن العمل المشروط و عدم تعذر ذلك العمل و إذا كان التصرف المزبور لازما يتعذر الفعل المشروط بشمول أدلته نفوذ التصرف و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٧

و هل له إمضاء البيع مع طلب (١).

ثم ان هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين (٢).

لزومه لذلك التصرف و لا يجوز هذا الإيجاب بناء على ان ليس للمشروط له مع هذا الامتناع آلا الخيار.

و بالجملة عدم جواز التصرف المنافي لكونه ملازما لترك الواجب أو حرمة نفس التصرف لا يوجب فساد ذلك التصرف ما لم يثبت ان للمشروط له حق في العين المنتقلة إلى المشروط عليه و لا- يمكن إثبات هذا الحق بجواز الإيجاب أو عدم جواز ذلك التصرف تكليفا فإن النهي عن معاملة لا يوجب فسادها فضلا عما إذا كان عدم ذلك التصرف لاستلزامه ترك الواجب الذي من قبيل الحق للغير أو الحق لله سبحانه فقط.

فتحصل انه مع تلف العين أو التصرف المنافي اللازم ليس للمشروط له آلا خيار الفسخ في بيعته و مع فسخه يرجع الى بدل العين مثلا أو قيمة.

ثم ان الالتزام بصحة التصرف و انه مع فسخ البيع الأول يبطل تلك التصرفات من أصلها أو من حين فسخ البيع الأول غير ممكن فإنه لا موجب لانفساخها من الأصل أو من حين فسخ البيع الأول بل يلزم من انفساخها عدم تعذر الشرط الموجب لعدم الخيار في فسخ البيع الأول عند المصنف و اتباعه ممن جعل الخيار في فرض تعذر الشرط خاصة و يجرى مثل هذا الكلام في تصرف الناظر في العين التي نذر تصرفا خاصا فيها مطلقا أو مشروطا فتدبر جيدا.

(١) يعني هل للمشروط له إمضاء البيع الأول و عدم فسخه و مع ذلك ان يطلب من المشروط عليه يعني المشتري ان يفسخ نقله العين من ثالث فيه احتمال.

أقول لو كان التصرف المنافي غير لازم فله ذلك فإنه من الإيجاب على الشرط و آلا فلا مورد للطلب كما لا يخفى.

(٢) يعني كما لا يسقط خيار المشروط له بتلف العين المنتقلة اليه كذلك لا يسقط

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٨

إذا كان مما يقبل الإسقاط (١).

خياره بتصرفه في تلك العين بنقل أو غيره فيما إذا لم يكن تصرفه ظاهرا في اغماضه عن خيار تعذر الشرط و آلا فيسقط كما في تصرف ذي الخيار في خيار المجلس أو الشرط أو نحوهما على ما تقدم في خيار الحيوان.

(١) ذكروا ان للمشروط له إسقاط شرطه فيما كان المشروط قابلا للإسقاط دون ما لا يقبل كاشتراط ملكية مال العبد أو حمل الدابة للمشتري و قد يقال في ضابط ما يقبل الأسقاط و ما لا يقبله ان المشروط إذا كان أمرا وضعيا يكفي في حصوله نفس الاشتراط في العقد لا يقبل الأسقاط بخلاف ما إذا كان فعلا سواء كان لذلك الفعل مائة أم لا فان هذا قابل للإسقاط حتى بناء على ان الفعل فيما كان له مائة مملوك للمشروط له فإن ملكية الفعل على العهدة نظر الدين - يقبل الإسقاط و لكن لا يخفى ان مجرد كون المشروط أمرا وضعيا يحصل بنفس الاشتراط لا يقتضى عدم جواز إسقاطه فإن الخيار المشروط أمر وضعي يحصل بنفس الاشتراط فيما لم يعين له زمان منفصل مع أنه يقبل الأسقاط منفصلا أو متصلا و لا يبعد ان يقال ان المشروط فيما كان من قبيل الشيء على عهدة المشروط عليه أو كان أمرا يكفي في زواله مجرد الإلغاء كالخيار و منه اشتراط الوصف في أحد العوضين يقبل الأسقاط بخلاف ما إذا كان زواله يحتاج الى سبب خاص فإنه لا يزول الا بذلك السبب كملكية العين فإنها لا يزول إلا بالمعاملة و الإرث لا بمجرد الإسقاط الإنشائي.

لا- يقال نفس الاشتراط في نفسه أمر اعتباري يقبل الأسقاط و الإلغاء و لا يفرق في ذلك بين كون المشروط قابلا للإسقاط أم لا فبالغاء نفس الاشتراط يسقط اعتبار المشروط وضعيا كان أو فعلا خارجيا أو غيرهما.

فإنه يقال نعم و لكن كما ان الاشتراط في تحققه يتبع العقد و يعتبر الالتزام المزبور شرطا كذلك في زواله يحتاج الى زوال ذلك العقد و لذا ينحل تمام الشروط من غير

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٤٩

[السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن]

السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن (١).

فرق بين مشروط و مشروط آخر بانحلال العقد.

و على ذلك فلو شك في كون المشروط مما يقبل الأسقاط و الإلغاء فمقتضى الاستصحاب بقاء ذلك المشروط و عدم زواله بناء على اعتباره في الشبهات الحكمية و اما بناء على عدم اعتباره فالأصل عدم اعتبار المشروط بقاء و لكن هذا مجرد فرض فان خطاب أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم مقتضاهما بقاء المشروط و عدم انحلاله كما لا يخفى.

ثم أنه يستثنى عن جواز إسقاط شرط الفعل اشتراط العتق فإنه لا يقبل الأسقاط لعدم انحصار الحق فيه لمشرطه بل فيه حق الله تعالى و حق العبد و ناقش المصنف (ره) في الاستثناء بأنه ان أريد من حق العبد انتفاع العبد بعقده فهذا لا يوجب استحقاقه المطالبة به و إجبار المشروط عليه به فيكون نظير ما إذا باع متاعه و اشترط على المشتري بيعه من آخر بأقل من القيمة السوقية فإنه لا يجوز لذلك الآخر المطالبة بالبيع و الإجبار عليه.

و مما ذكر يظهر الكلام في حق الله فإنه ان أريد بحق الله سبحانه إيجاب الوفاء بالشرط فيجوز في جميع شرط الأفعال و لو كان المراد بان العتق في نفسه مستحب يعتبر فيه القربة فهذا يجري في سائر الأفعال المستحبة كشرط التصديق للفقير بمال كذا و على الجملة لو لم يكن المشروط في نفسه عملا- واجبا كإتيان الفرائض اليومية فلا يكون فيه حق الله بحيث يجبره الحاكم على الإتيان به من باب المنع عن المنكر اى ترك الواجب أقول لو كان المشروط في نفسه عملا واجبا كما ذكرنا ايضا يصح إسقاطه فلا يترتب على تركه خيار الامتناع أو تعذر الشرط كما لا يخفى.

(١) و حاصل ما ذكر (قده) في المقام ان الشرط في المعاملات و ان لا يقسط عليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٠

.....

العوض بل الثمن في البيع يقع بإزاء نفس المبيع فلا- يكون الشرط جزءا من المبيع و لا- من الثمن ألما ان عدم التقسيط لجريان أبناء المعاملات في اعتبارهم و قرارهم على كون الشرط التزاما زائدا على الالتزام بأصل المعاملة و ان الشارع قرر المعاملات و الشروط فيها على ما هي عليه عندهم و من الظاهر ان عدم تقسيط الثمن منهم غير شرط المقدار للمبيع أو الثمن.

و اما إذا كان المشروط هو الكم في المبيع الشخصي أو الثمن الشخصي و ظهر عدم كونه بذلك المقدار فإن جماعه من القدمات و المتأخرين و ان ذهبوا الى شرط الكم كسائر الشروط في عدم التقسيط إلا ان الأظهر هو التقسيط كما عليه اعتبار أبناء المعاملات فإنه إذا باع صبرة على أنها مائة من و ظهرت تسعين فإنه لا ينبغي الريب في ان الفرض عندهم من ظهور عدم بعض المبيع فيستحق المشتري من الثمن ما يقع بإزاء عشرة أمان فإن الثمن ثمن لمائة من خارجي.

و بتعبير آخر يكون البيع المزبور بالإضافة إلى عشر الثمن غير متحقق و يجوز للمشتري فسخه في الباقي لتبعض الصفقة عليه كما ان له الإمضاء باسترداد الثمن الزائد وفاقا لجماعة كالشيخ في المبسوط و المحقق في الشرائع و العلامة في جملة من كتبه و الشهيدين و غيرهما (قدس سرهم).

و دعوى ان الثمن المزبور يقع في إنشاء المعاملة بإزاء الموجود خارجا و إنما يعتبر وصف في المبيع و هو كونه بمقدار كذا فيكون من تخلف الوصف المشروط و يثبت فيه ما يثبت في فقد سائر الأوصاف المشروطة و لذا يقال بتقديم الإشارة على الوصف لا يمكن المساعدة عليها فان شرط الكم من ذكر عنوان للمبيع و ذلك العنوان موجود بعضه حقيقة و بعضه وهما كما عليه اعتبارهم و هذا كله فيما كان المبيع متساوي الأجزاء بأن كان مثلثا و اما إذا كان اجزائه مختلفة فالأمر فيه و ان كان كذلك ايضا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥١

.....

كما يدل عليه خبر ابن حنظلة و لا يضر لدلالته اشتغال ذيله بحكم لم يعمل به الأصحاب و لا يمكن إرجاعه إلى القاعدة و هو إعطاء غير المبيع عوضا عن الجزء المعدوم إلا انه قد يقال ان شرط المقدار في مختلف الأجزاء لا يوجب إلا ثبوت الخيار فان شرط الكم فيه كبيع الحيوان بثمان و اشتراط حمله فيه أو بيع العبد بثمان و اشتراط ما له فيه في ان ظهور عدم الحمل أو المال لا يوجب إلا الخيار. و زاد بعض هؤلاء على هذا الاستدلال ما ذكر الشيخ (قده) في الفرق بين الصورتين من ان الثمن في صورة اختلاف الأجزاء لا يمكن تقسيطه على المقدار الموجود و المقدار المفقود فإنه إذا باع أرضا بثمان على أنها عشرة أجرية و ظهرت بعد المسح كونها خمسة فالخمس المفقود لا- يمكن فيها تعيين الوصف بأنها سهلة مثلا- أو غير سهلة ليتمكن تقسيط الثمن على ذلك المفقود و الموجود بخلاف فرض متساوية الأجزاء لأن المفقود فيه يفرض على وصف الموجود.

و أجاب المصنف (ره) عن الفرق المزبور بان عدم إحراز ما يقع من الثمن بإزاء المفقود لا يوجب عدم استحقاق المشتري القسط الذي لو فرض العلم بذلك القسط كان له الأخذ بذلك القسط و إذا لم يعلم ذلك القسط فيلزم المتبايعين بالمصالحة عليه إلا ان يقال ان الحكم بصحة البيع في البعض و الانحلال في البعض الآخر ينحصر بما إذا كان التقسيط عند الحاجة إليه ممكنا و ان لم يعلم ذلك القسط ابتداء و أمّا إذا لم يكن كما فيما نحن فيه فلا بد من الحكم بطلان أصل البيع بظهور المبيع على غير المقدار المشروط أو الحكم بالصحة بلا تقسيط الثمن بان يثبت للمشروط له خيار الفسخ خاصة.

و لكن يمكن الجواب عن هذه الدعوى بإمكان التقسيط عند الحاجة في الفرض أيضا فإنه لو كانت القطعة المزبورة مع اختلاف أجزائها متفقة في القيمة فالأمر واضح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٢

.....

لأنه يكون الفرض كالفرض في متساوية الأجزاء يفرض كون خمسة أجرية عشرة أو كون ثلثه من الخمسة الموجودة ثمانية فالثمانية مع الاثنين الباقيين من الخمسة عشرة أو يفرض أربعة من الخمسة الموجودة تسعة فتكون التسعة مع الواحد الباقي من الخمسة عشرة أو يفرض الواحد من الخمسة و الستة مع الأربعة الباقية تكون عشرة و اما إذا كانت الأجزاء مختلفة في القيمة و قد رأى المشتري الخمسة الموجودة أو وصفها له البائع و تخيل أنها عشرة بأن كانت الأرض جريان منها سهلة و ثلاثة أجرية غير سهلة و اشتراها بزعم أنها عشرة أجرية يفرض السهل أربعة أجرية و غير السهلة ستة فتكون الثمن موزعة على العشرة كذلك فيأخذ المشتري من الثمن المسمى نصفها لأن الموجود خارجا نصف المبيع و هذا الفرض كالفرض في متساوية القيمة و ان لم يكن تحققه خارجا ضرورة ان الخمسة لا

تكون عشرة و ثلثة لا- تكون ثمانية ألما ان فرضه طريق صحيح الى تقسيط الثمن المبذول بإزاء العشرة فقد تحصل ان التقسيط فى الصورة الثانية أيضا هو الأظهر و أنه كالصورة الأولى ممكن.

و ذكر السيد اليزدى فى المقام ما حاصله ان ذكر المقدار للمبيع الشخصى على نحوين فتارة يؤخذ شرط المقدار على حقيقة الشرط بان يكون المبيع هو الموجود الخارجى كيف ما اتفق و يكون الثمن بإزاء نفس الموجود الخارجى و يكون اشتراط المقدار كاشتراط الوصف فيه و منه اشتراط حمل الحيوان المبيع للمشتري فى كون تخلفه موجبا للخيار و لا يضر فى ذلك أنه على تقدير تحقق المقدار المزبور يكون الثمن بإزاء تمام المقدار لأن المقدار على تحققه من الموجود الخارجى الذى بيع بالثمن المزبور بخلاف صورة عدم تحققه.

و اخرى يكون ذكر المقدار لا- بعنوان الاشتراط حقيقة بل باعتبار أنه عنوان المبيع الذى يكون بذل الثمن للموجود خارجا بذلك العنوان و يجرى ذلك فى حمل الدابة أيضا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٣

.....

بأن يبذل الثمن بإزاء الدابة و حملها و فى هذا الفرض يقسط الثمن و يتم البيع بالإضافة إلى المقدار الموجود فقط و ما ورد فى رواية عمر بن حنظلة يحمل على البيع بالنحو الثانى بأن يراد بذكر عشرة أجرية أن العشرة يعطى لها الثمن نظير صورة اخبار البائع بوزن المبيع أو كيله أو تحمل الرواية على ثبوت الأرش فى الوصف المشروط المفقود على ما تقدم و على الجملة فالمتبع صورة العقد و إنشائه مع عدم القرينة على خلافه من كون شرط المقدار كاشتراط سائر الأوصاف.

أقول إنما يتبع ظاهر الإنشاء فيما إذا أمكن جعل شىء جزءا من المبيع و جعله شرطا فى بيع ذلك المبيع و اما إذا لم يكن ألّا جعله شرطا كشرط الوصف الغير المقوم فلا معنى لجعله جزءا و ان أتى بنحو لو أتى بذلك النحو ما يمكن مقابله بالمال لكان جزءا كما إذا قال بعث هذا العبد مع وصفه الكتابة بكذا حيث ان الثمن يقع بإزاء العبد و لا يترتب على تخلف الوصف ألّا خيار الفسخ فإنه لا معنى لاشتراط وصف الكتابة ألّا جعل الخيار كما أنه إذا لم يكن جعل شىء شرطا و التزاما بأمر آخر غير الالتزام البيعى فلا يحمل على الاشتراط و لو كان فى صورة العقد بصورة الاشتراط كما فى الوصف المقوم بان قال بعث هذا الموجود بكذا على انه ذهب فظهر كونه نحاسا.

و على ذلك فنقول لا- ينبغى الرب فى ان اشتراط المقدار فيما كان المبيع من المثلى عنوان مقوم لما تقدم من انحلال البيع فيه بالإضافة إلى أجزائه الخارجية كانحلاله بالإضافة إلى أجزائه المشاعة و لو قال بعث هذه الصبرة من الحنطة على أنها مأه كرف بألف دينار فالمتفاهم منها ان كل كرف منها قد بيع بعشرة دنانير و هذا ظاهر عند أبناء الأسواق و انه لو ظهر ان الصبرة المزبورة تسعون فلا يستحق البائع ألّا ما يقع الثمن بإزاء التسعين حتى ما لو كان الاشتراط بصورة اخبار البائع بالوزن.

و أما الكلام فيما إذا كان المقدار فيما لا ينحل البيع فيه الى أبعاضه الخارجية و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٤

فان دلّت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه هذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة (١).

و لعل هذا هو الأظهر (٢).

[القول فى حكم الشرط الفاسد]

و الكلام فيه يقع فى أمور (٣).

لم يكن البيع فيه و تعيين الثمن فيه بحسب المقدار و الكم مثلا لو قال بعث هذا الأرض التي عشرة أجره كل جريب منها بكذا فإنه لا إشكال في بطلان البيع بالإضافة إلى خمسة أجره لو ظهرت انها تكون خمسة أجره.

و الحاصل ينبغي الكلام فيما إذا قال بعث هذا الأرض التي عشرة أجره بألف فظهر كونها خمسة أجره مثلا أو يقول بعث هذا الأرض بكذا على أنها عشرة أجره فنقول ففي مثل هذه الموارد لو كانت تعيين المبيع عرفا بحسب المقدار بحيث يكون البيع مع عدم ذكر الكم من بيع الغرر فلا ينبغي الإشكال في ان ذكر الكم عنوان مقوم أتى بصورة الشرط أم لا و ان لم يكن تعينه بالكم خاصة بل يكفي في بيعه المشاهدة أيضا يكون ذكر الكم شرطا أتى بصورة الاشرط أو بنحو الأخبار.

(١) بان يكون في البين شرط آخر و هو ان الموجود على تقدير اشتماله للزيادة فتلك الزيادة للمشتري مجانا.

(٢) لم يعلم وجه أظهرته بل شرط المقدار إذا كان عنوانا يتعلّق البيع بالموجود بذلك العنوان يكون الزيادة للبائع لا محالة.

(٣) ذكر (قده) أنه إذا كان الشرط في المعاملة محكوما بالفساد فلا ينبغي الإشكال في أنه لا يجب الشرط فيما كان فعلا و انما يجب مع صحّة الشرط فان لزوم الإتيان بالفعل كان مستفادا من قوله (ص) المؤمنون عند شروطهم و المفروض عدم جريانه مع فساد الشرط كما لا ينبغي التأمّل في انه يستحبّ الإتيان بذلك المشروط فيما كان المشروط عملا مباحا و قلنا بان فساد الشرط لا يسرى الى أصل المعاملة فإنّ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٥

.....

الشرط مع فساده يدخل في عنوان الوعد فيستحب الوفاء به.

ثم ان فساد الشرط يسرى الى أصل المعاملة فيما كان فساده لجهالة المشروط لأنّ الشرط على ما تقدم قيد لأحد العوضين فيكون البيع مع جهالته غرريا و كذا يحكم بفساد أصل المعاملة فيما كان الشرط استيفاء المنفعة المحرمة من المبيع كما إذا باعه الخشب على ان يعمله صنما أو صليبا فإنّ المنفعة المحللة للخشب و ان كانت كثيرة و باعتبارها يحسب مالا يصحّ المعاوضة عليه إلا ان مع اشرط صنعه صنما أو صليبا يقتصر منفعته بالمحرم فيكون أخذ المال بإزائه أكلا له بالباطل لأن من شرط البيع مائة المبيع و لو لم يتم هذا يكفي في المقام دلالة بعض الروايات الواردة في النهي عن بيع الخشب ممّن يعمله صنما أو صليبا و كذا لا يصحّ البيع فيما كان وقوعه مع الشرط المزبور دوريا كما إذا باع متاعا و اشترط على المشتري بيعه منه ثانيا فإنه قد ذكر العلامة (قده) بطلان البيع في الفرض لكون وقوعه دوريا لان تحقق البيع موقوف على حصول الشرط توقف المشروط على شرطه و تحقق الشرط اي بيعه من بايعه ثانيا موقوف على تحقق البيع لأن من شرط البيع كون بايعه مالكا للمبيع و بما ان هذا التعليل عليل لأنّ الشرط في المعاملات لا يدخل في اجزاء العلة ليتوقف البيع على حصول الشرط و إلا لما صحّ اشرط بيعه من غير بايعه أيضا ذكر وجهها ثانيا لبطلان البيع و هو عدم قصد البائع للبيع مع الشرط المزبور و بما انّ هذا الوجه ايضا غير صحيح لأنّ القصد الى البيع خصوصا مع اختلاف الثمن ظاهر ذكر وجهها ثالثا و هي دلالة النص على بطلان البيع مع الشرط المزبور.

و الحاصل انّ الكلام في إفساد الشرط الفساد أصل المعاملة يختص بما لم يكن فساد الشرط موجبا للخلل في المعاملة بأن يوجب فقد شرطها انتهى محصل كلامه.

أقول يأتي انّ الملتزم بسراية فساد الشرط الى العقد يدعى ان التراضي المعتبر في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٦

.....

صحة المعاملة ينتقى مع فساد الشرط حيث ان التراضى بالمعاملة منوط بحصول الشرط أى نفوذه.

فالقول بأن مورد الكلام فيما لم يكن فساد الشرط للإخلال بما يعتبر فى المعاملة بلا وجه بل الصحيح فى المقام بعد التسالم على الكبرى و هى فساد أصل المعاملة بفساد شرطه فيما كان فساد الشرط موجبا للإخلال بما يعتبر فيها هو البحث فى الصغرى و هى ان فساد الشرط يوجب فقد ما يعتبر فى المعاملة مطلقا أولا يوجب مطلقا أو يوجه فى بعض الموارد دون البعض الآخر اللهم الا ان يكون مراد المصنف (ره) ان المعاملة التى يختل فيها مع الشرط ما يعتبر مع قطع النظر عن فساد الشرط خارج عن مورد الكلام.

ثم ان البحث فى الصغرى كما ذكرنا مع قطع النظر عن قيام النص فى مورد خاص ببطلان المعاملة بذلك الشرط فإنه يؤخذ بالنص فى ذلك المورد و من ذلك ما إذا باع متاعا بشرط ان يبيعه منه ثانيا أو اشترى متاعا بشرط ان يشتري بايعة ثانيا و لكن مدلول النص كما يأتى ما إذا كان فى البين اختلاف الثمنين فى البيع الأول و البيع المشروط فلا بأس باشتراط بيع المتاع منه ثانيا مع عدم الاختلاف المزبور.

و اما بيع الخشب على ان يعمل صنما أو صليبا فقد ذكرنا فى المكاسب المحرمة أنه لا يجوز بيعه ممن يعمل صنما أو صنما للنص و النص لا يعم ما إذا اشترط البائع على مشتري الخشب صنعه صنما أو صليبا مع عدم عمل المشتري بالشرط و كذا لا يمكن استفادة عدم الجواز فيما كان شرط المشتري على البائع ان يصنعه البائع صليبا أو صنما مع عدم وفاء البائع بالشرط.

و دعوى ان الخشب مع اشتراط المنفعة المحرمة يخرج عن المائية فيكون أكل الثمن بإزائه أكلا له بالباطل لا يمكن المساعدة عليها لأن الشرط المنفعة المحرمة مع فساد الشرط لا يوجب خروج الخشب عن المائية لا عقلا و لا شرعا فكيف يكون أخذ الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٧

و مقتضى التأمل فى كلامه ان الوجه فى ذلك (١).

إزائه من اكله بالباطل.

و اما جهالة الشرط فقد تقدم ان الشرط لا ينضم الى أحد العوضين لا قيذا و لا جزءا لا بمعناه المصدرى و لا بمعناه المشروط و ان جهالته لا يوجب فساده فضلا عن إيجابه فساد أصل المعاملة إلا إذا كان المشروط خصوصية فى أحد العوضين كاشتراط النسبة فى الثمن أو كون المبيع بيد بايعة إلى مدة مجهولة يكون البيع فاسدا للغرر فيه.

و اما ما ذكر (قده) من عدم التأمل فى استحباب العمل بالشرط مع كونه عملا مباحا فى نفسه بناء على عدم فساد المعاملة بالشرط الفاسد فقد يقال كما عن النائينى (قده) ان الشرط الفاسد لا يدخل فى عنوان الوعد فان الوعد اخبار و الاشتراط أمر إنشائى.

و قد يقال كما عن اليزدى (قده) بان الاستحباب لا يختص بصورة عدم فساد العقد به بل على القول بالإفساد أيضا يستحب الإتيان بذلك الفعل للوفاء بالوعد و لكن شىء من الأمرين غير تام اما الأول فلما ذكرنا فى بحث حرمة الكذب ان الوعد قسم منه اخبار و قسم منه إنشاء فإن الالتزام بالفعل للغير مستقبلا و إبراز ذلك الالتزام لا بمعنى الحكاية و وعد فدخل فيه الشرط فى المقام و اما الثانى فلان الالتزام بالفعل للغير إنشاء لا يكون مطلقا بل على تقدير حصول المعاملة حيث ان الالتزام الشرطى قسم من الوعد الإنشائى منوط بالمعاملة و على تقدير عدم المعاملة فلا التزام كما لا يخفى.

(١) بان يكون المشروط تسليم المبيع أى الزرع سنبلا فإنه لا ينبغى فى الفرض فى بطلان البيع لعدم إحراز التمكن من هذا التسليم فيكون نظير اشتراط كون المبيع بيد بايعة إلى مدة مجهولة فى إيجابه الغرر فى البيع فإنه يعتبر فى البيع التمكن عى التسليم و لو بالتسبيب بنحو الوثوق و العادة و اما إذا كان الشرط صيرورة الزرع سنبلا و لو بعد تسليم المبيع الى مشتريه فبطلان الشرط المزبور مسلم و لكن فى كونه موجبا لبطلان البيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٨

و ربما ينسب الى ابن المتوج البحراني (١).

أحدها ما ذكره الشيخ في المبسوط للمانعين (٢).

مورد الكلام في المقام.

ثم لا يخفى ان المصنف (قده) قد نسب الى الشيخ (ره) و من تبعه فيما سبق عدم كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد و نسب إليه في المقام كون فساده موجبا له و الظاهر ان النسبة في المقام سهو من قلمه الشريف.

(١) و ربما يقال ان الخلاف في كون الشرط الفاسد مفسدا للعقد أم لا فيما لم يكن فساد الشرط للغويته كما إذا باع المتاع و اشترط على المشتري لبس ثوب مخصوص أو أكل طعام خاص فإنه لا خلاف في الفرض في صحة العقد و لزومه. مع بطلان الشرط و قد تقدم عن التذكرة قوله انه يعتبر في الشرط كونه مقصودا للعقلاء و ما لا يتعلق به غرضهم لغو لا يؤثر في الخيار و منه اشتراط الكيل بمكيال معين في بيع السلم نعم قد وقع الكلام في بعض الموارد بأن الشرط فيه غرض عقلائي أم لا كاشتراط كفرا لعبد المبيع و يؤيد ان ما لا غرض فيه من الشرط خارج عن مورد الكلام في المقام استدلال القائل بفساد العقد بفساد شرطه بان للشرط قسطا من الثمن و مع فساده يكون القسط الواقع بإزاء المبيع مجهولا.

و وجه التأييد أن شرط اللغو لا يكون له قسط من الثمن.

نعم الاستدلال الآخر على الإفساد بأن التراضي منوط بحصول شرطه و مع عدم حصوله لا تراضى يجرى في الشرط اللغو أيضا ألا ان الشهيدين مع استدلالهما بهذا الوجه قد صرحا بأن اشتراط كفر العبد و جهله بالعبادات لغواى لا يترتب عليه أى أثر و من الأثر فساد العقد به كما لا يخفى.

(٢) استدلال الشيخ (قده) في مبسوطه على سريته الفساده إلى أصل المعاملة بأن للشرط قسطا مجهولا من الثمن بمعنى ان الشرط على

البائع ينضم الى المبيع و يقع الثمن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٥٩

.....

بإزاء المبيع و الشرط و إذا فرض فساد الشرط و جهالة القسط الواقع بإزائه يكون القسط الواقع بإزاء المبيع مجهولا فيبطل البيع بالإضافة إليه أيضا.

و أورد المصنف (ره) على الاستدلال المزبور بعد النقض عليه ببطلان الشرط في النكاح بأمر و وجه النقض ان فساد الشرط في النكاح و ان لا يوجب بطلان النكاح لدلالة الروايات على بقاء النكاح ببطلان الشرط فيه ألا انه يلزم على القائل ببطلان العقد ببطلان شرطه لأن للشرط قسطا من الثمن الحكم ببطلان المهر المسمى ببطلان الشرط على الزوج و ذلك فإن المهر المسمى في النكاح لو كان مالا متعددا كما إذا جعل شاتان مهرا و ظهر ان احدى الشاتين ملك لغير الزوج يبطل المهر المسمى و يتعين مهر المثل و الشرط على الزوج جزء المهر بناء على القول بان للشرط قسطا من الثمن فيلزم من بطلان الشرط المزبور ببطلان المهر المسمى.

و الأمور التي ذكرها في الإيراد كما تلى الأول ان مدلول عقد البيع مثلا وقوع الثمن بإزاء نفس المبيع فلا يكون الشرط اي المشروط جزءا من الثمن و لا من المثل غايه الأمر يكون الشرط قيذا لأحدهما بحيث يكون بالقيده المزبور زيادة مائيه أحد العوضين و نقصها و الشاهد بعدم كون المشروط جزءا أنه لا يثبت للمشروط له عند تخلف الشرط ألا الخيار لا المطالبة ببدل الشرط.

الثاني أنه على تقدير ان للشرط على البائع قسطا من الثمن فلا نسلم جهالة ذلك القسط و كما ان القسط الواقع بإزاء المبيع الموصوف

بوصف و فاقده مضبوط عرفا كذلك المبيع المشروط معه فعل على البائع و الخالي عن الشرط مضبوط عندهم و بتعبير آخر يكون المقام من بيع شيئين بثمن ثم ظهر فساده بالإضافة إلى أحدهما.
و الثالث أنه لا يعتبر في المعاملة إلا كون الثمن الواقع في الإنشاء معلوما و اما الجهالة الطارئة بعد إنشائها فلا يضرب لصحتها.
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٠
الثاني ان التراضى (١).

أقول الصحيح في الجواب هو ان الشرط لا يقسط الثمن عليه في المعاملة و لا يكون قيذا لأحد العوضين أيضا لا بمعناه المصدري و لا بمعناه المشروط و الوجه في صحته التزام القائل بعدم السراية بانتقال كل الثمن إلى البائع و انتقال تمام المبيع إلى المشتري مع فساد الشرط بلا فرق بين الشرط على البائع أو المشتري كما لا يخفى.
(١) و قد يستدل على بطلان العقد ببطلان شرطه بانتفاء التراضى المعتبر في المعاملة بفساد الشرط و بيانه ان التراضى قد تعلق بالعقد بنحو خاص و مع عدم حصول الخصوصية ينتفى التراضى كما هو مقتضى انتفاء المقيّد بانتفاء القيد و عدم بقاء الجنس بانتفاء الفصل و المعاوضة بين نفس المثل و الثمن بلا شرط معاوضة أخرى تحتاج إلى إنشاء آخر و تراض جديد و حيث انه لم تنشأ تلك المعاوضة و لم يحصل التراضى الجديد يكون أكل الثمن بإزاء نفس المبيع من اكله بالباطل و بغير تراض.
و أجاب (قده) بان ارتباط الشرط بالعقد ليس بنحو يحتاج مع عدم صحّة الشرط إلى إنشاء عقد آخر بتراض جديد و لا يكون مطلق الارتباط مقتضيا لذلك فإنه قد ثبت صحّة العقد مع عدم حصول جزء المبيع كما في مورد تبعض الصفقة و كذا مع انتفاء وصفه المشروط كما إذا باع العبد بوصف كونه كاتباً فظهر غير كاتب و كما في النكاح فإنه لا يبطل النكاح ببطلان الشرط فيه كما هو مورد النص و الفتوى و قد تقدم ان ظاهرهم التسالم في الشرط اللغو صحّة العقد مع إناطة التراضى بالعقد بالشرط يجرى فيه أيضا.
و أيضا ذكروا انه لا أثر للتواطى على الشرط مع عدم ذكره بالعقد مع جريان الإناطة فيه أيضا و الغرض من ذكر هذه الموارد إثبات إمكان التفكيك بين العقد و الشرط فيه في الحكم بالصحّة في العقد و الفساد في شرطه لا ان الحكم في هذه الموارد دليل على ان فساد الشرط لا يوجب بطلان العقد بل المراد إثبات أن ارتباط
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦١

.....

الشرط بالعقد ليس بنحو يوجب بطلانه انتفاء التراضى بالعقد حيث لا يمكن الالتزام في الموارد المزبورة بأن الأكل فيها باطل عرفا و لكن قد جوزه الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين و الحاصل ان التوجيه في هذه الموارد بعدم انتفاء التراضى بالعقد فيها يجرى في جميع موارد الشروط الفاسدة و لذا ذكر في جامع المقاصد بان التفصيل بين الجزء و الشرط بالالتزام بصحة المعاملة بالإضافة الى بعض المبيع بعد بطلانه بالإضافة إلى بعضه الآخر و عدم الالتزام بعدم صحّة المعاملة بعد بطلان شرطها مشكل.
و الحاصل يمكن دعوى ان فساد الشرط لا يوجب انتفاء التراضى بأصل العقد أخذا بالموارد المزبورة.
و توضيح الدعوى أن القيود المأخوذة في المطلوبات الشرعية و العرفية على نحوين الأول ما يكون ركنا في المطلوب بحيث لا يكون الفاقد مطلوبا كما إذا باع الموجود على أنه عبد فظهر كونه حمارا و تعلق طلب المولى بالإتيان بتتن الشطب فإنه لا يكفى الإتيان بالأصفر أى التتن الذى يستعمل فى النار جيل المعروف لغة الفرس ب (قليان) و تعلقه بالغسل للزيادة تنظيفا فإنه لا يكفى التيمم و لا يقوم مقامه حيث لا تنظيف فى التيمم بخلاف ما إذا باع الموجود بأنه عبد صحيح فظهر معيبا أو أمره بالإتيان بالتتن الجيد فاتى بالردى و بالغسل بماء الفرات فاغتسل بغيره فإنّ العرف فى هذه الموارد يحكم بان الموجود نفس المطلوب غاية الأمر فاقد لجهة أخرى

مطلوبة أيضا ويعتبر عن ذلك بموارد تعدد المطلوب و الظاهران الشرط في المعاملات من القبيل الثاني و يكون قيда لأحد العوضين بنحو لا- يكون ركنا في المعاوضة و عليه فلو كان المشروط له جاهلا بفساد الشرط يمكن ان يقال بثبوت الخيار له لكون لزوم العقد بدون الشرط ضرورياً عليه بخلاف ما إذا كان عالما بفساده و مع ذلك قد أقدم على المعاملة مع الشرط فإنه بإقدامه على الضرر يكون العقد لازماً عليه و هذا الخيار غير مصرح به في كلماتهم انتهى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٢

الثالث رواية عبد الملك بن عتيبة (١).

ما افاده (ره) في المقام.

أقول قد تقدم ان المعاملة تكون معلقة على الشرط بمعناه المصدرى أى الالتزام سواء كان المشروط فعلاً أو أمراً وضعياً و ان التراضى المعاملتى المعترف فى المعاملات نفس إنشاء المعاملة لا- بالإكراه عليها و لا يعتبر فيها طيب النفس الباطنى و عليه فالالتزام المعلق عليه حاصل فتكون المعاملة و إنشائها حاصلًا غاية الأمر لا يكون الشرط المزبور نافذاً بمعنى ان المشروط على تقدير كونه فعلاً لا يجب الإتيان به و على تقدير كونه أمراً وضعياً لا يكون ممضى شرعاً و من الظاهر لا تعليق للعقد على المشروط أصلاً بل عدم حصول المشروط فى مورد اشتراط الفعل بل و غيره يكون من شرط الخيار المشروط و يثبت هذا الخيار للمشروط سواء علم فساد الشرط أم لا فان شرط الخيار شرط آخر غير الشرط الباطل و ليس لقاعدة نفي الضرر لينحصر ثبوته بصورة جهل المشروط له بالفساد.

و مما ذكرنا ان قضية تعدد المطلوب لا ترتبط بالمقام حيث انه قد بينا فيما سبق ان الشرط لا يكون قيدا ليقال أنه غير ركن أضف الى ذلك ان ما ذكره (قده) من تعدد المطلوب ضعيف جدا فى موارد الطلب الإلزامى و لا يساعد عليه الظهور العرفى نعم ذكروا ذلك فى باب المستحبات و هو ايضا لا يخلو عن تأمل إلّا فى موارد قيام قرينه عامّة أو خاصّة على ما ذكر تفصيله فى باب المطلق و المقيد.

(١) استدل على فساد العقد بفساد شرطه بروايات منها رواية عبد الملك بن عتيبة رواها الشيخ بإسناده عن احمد بن محمد بن عيسى عن على بن حكم عنه قال سألت أبا الحسن عليه السلام و سند الشيخ إلى أحمد بن محمد بن عيسى و ان كان فيه كلام لا يسعه المجال إلّا انه معتبر و لكن عبد الملك بن عتيبة لم يوثق فإنه الهاشمى لا النخعى الثقة بقرينه رواية على بن الحكم و وجه الاستدلال بها رجوع الضمير لا ينبغى إلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٣

.....

العقد و ان المراد به الحرمة الوضعية يعنى العقد المشروط فيه ضمان الضرر على البائع فاسد و لا يمكن إرجاعه إلى الشرط و الأخذ بظهور لا ينبغى فى الكراهة حيث لا معنى لصحة البيع و كراهة الوفاء بالشرط إذا لو كان البيع صحيحاً لوجب الوفاء بالشرط على تقدير صحة الشرط أو استحباب على تقدير فساد.

و أجاب (قده) عن الاستدلال برجوع لا ينبغى إلى العقد و المراد به الكراهة بمعنى ان العقد المشروط فيه الضرر على البائع مكروه و ان كان يجب العمل بالشرط على تقديره.

أقول لو كان اشتراط الضرر على البائع بنحو شرط الفعل تم ما ذكره و اما لو كان بنحو شرط النتيجة فلا يمكن الالتزام بصحة الشرط فإن كون الضرر على البائع شرط ينافى مقتضى العقد فان النفع أو الضرر يتبع الأصل كما لا يخفى و كيف كان فلا يبعد ان يكون المراد بلا ينبغى الفساد و أن الفساد يرجع الى الشرط لا إلى أصل البيع.

و منها رواية الحسين بن المنذر قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام يجيئنى الرجل فيطلب العينة فاشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعته إياه

ثم أشرته منه مكانى قال إذا كان بالخيار إنشاء باع و ان شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتت فلا بأس فقلت ان أهل المسجد يزعمون ان هذا فاسد و يقولون ان جاء به بعد شهر صلح قال انما هذا تقديم و تأخير فلا بأس و الرواية ضعيفة سندا بالحسين بن المنذر.

و منها صحيحة على بن جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أ يحلّ قال إذا لم أ يشترط و رضيا فلا بأس و وجه الاستدلال ان مقتضى نفي البأس عن بيع الشئ ثم شرائه بعدم اشتراط الشراء فى إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٤

.....

البيع الأول مقتضاه عدم جواز البيع المزبور مع اشتراط الشراء فيه و البأس فى البيع ظاهر فساد. و أجاب (ره) عن ذلك بوجهين الأول انّ البأس فى الرويتين مع الاشتراط راجع الى الشراء ثانيا و ان الشراء ثانيا لا بأس به مع عدم اشتراطه فى البيع الأول و الّا يكون الشراء ثانيا باطلا و لا بأس بالالتزام بذلك فان اشتراطه فى البيع الأول يوجب ان يقع الشراء ثانيا بلا تراض و بنحو الإلزام على المشروط عليه و ذكر (قده) انه يؤيد ذلك ما فى رواية الحسين بن المنذر من نقل الراوى ما يذكر أهل المسجد من بطلان الشراء ثانيا مع عدم الاشتراط ايضا و انه لو وقع الشراء بعد شهر صحّ لا قبله. ثم قال لو فرض رجوع البأس مع الاشتراط الى البيع الأول فلا يدل على سراية فساد الشرط الى العقد فان الكلام فى المقام فى سراية فساد الشرط الى العقد لا فيما أوجب الاشتراط الخلل فى العقد و ما فى الرويتين من قبيل الثانى حيث ان فساد البيع بالاشتراط المزبور لكون صحته مع الشرط المزبور دورى كما ذكره العلامة أو لأنّ البائع لا يقصد البيع مع الشرط المزبور كما عن الشهيد (ره) أو لغير ذلك و كيف ما كان فاشتراط شراء المال ثانيا لا يكون فى نفسه باطلا لأنه غير مخالف للكتاب و السنّة و لا منافيا لمقتضى العقد ففساد العقد مع الاشتراط المزبور يكون للخلل فى العقد لا للفساد فى شرطه. أقول ظاهر الرويتين ان بيع العينة مع الاشتراط لا يصح و ان يبع المتاع بشرط شرائه ثانيا محكوم بالبطلان و لا بأس بالالتزام به و هذا كما ذكر (ره) أخيرا لا بأس بالالتزام به تعبدا لا للدور و عدم قصد البيع كما تقدم و اما إرجاع البأس بالشراء الثانى و ان بطلانه لعدم التراضى به ففيه ما لا يخفى فان لازم ذلك بطلان البيع بشرط بيع المتاع و لو من ثالث و لا أظن أن يلتزم به أحد و ان التراضى المعتبر فى المعاملة هو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٥

و يدل على الصحة جملة من الاخبار (١).

عدم الإكراه عليها بلا حق على ما تقدم فى بيع المكروه و ان طيب النفس بمعنى ابتهاجها غير معتبر فى المعاملات أصلا. □ (١) استدلال (قده) على صحة المعاملة مع فساد الشرط فيها بروايات منها ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح عن عبيد الله بن على الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه ذكر ان بريرة كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشتريتها عائشة فأعتقها فخيرها رسول الله (ص) ان شئت ان تقر عند زوجها و ان شئت فارقت و كان مواليتها الذين باعوها اشتروا و لاءها على عائشة فقال رسول الله (ص) الولاء لمن أعتق فإن الحكاية ظاهرة تمام الظهور فى ان شرط الولاء المحكوم بالفساد لا يوجب بطلان البيع و الّا كان عتقها فى ملك الغير و حملها على الاشتراط خارج العقد مع كونه خلاف الظاهر ينافيه تعليل الحكم فى هذه الرواية إشارة و فى غيرها صراحة بأن شرط الولاء لغير المعتق مخالف للكتاب و السنّة.

و منها مرسله جميل و صحيحة الحلبي و فى الأولى أى المرسله عن أحدهما عليهما السلام فى رجل اشترى جارية و شرط لأهلها ان لا

يبع ولا يهب قال يفي بذلك إذا شرط لهم رواها الشيخ بإسناده عن أحمد بن عيسى عن علي بن حديد عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا ورواها أيضا بإسناده عن علي بن إسماعيل الميثمي وزاد في الثاني الآ الميراث و سنده (ره) إلى علي بن إسماعيل غير المذكور وكيف ما كان فالأمر بالوفاء بالشرط في عدم البيع والهبة دون الميراث شاهد بعدم سراية فساد الشرط إلى العقد فإن شرط عدم الميراث بان لا يثبت في ملك المشتري عند موته باطل كما تقدم ولو كان العقد مع بطلان شرطه فاسدا لما أمر عليه السلام بالوفاء بشرط عدم البيع والهبة بل لو كان شرط عدم البيع والهبة فاسدا أيضا كما نسب إلى المشهور لكان الأمر بالوفاء بهما استحبابا وفاء للوعد دليلا على عدم بطلان البيع والوجه في استثناء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٦

وقد يستدل على الصحة بان صحة الشرط (١).

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٤، ص: ٤٦٦

في ثبوت الخيار للمشروط له مع فساد الشرط (٢).

الميراث عن استحباب الوفاء لكون الإرث لا يقبل الاستحباب أو الوجوب كما لا يخفى.

وفي الثانية أي صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الشرط في الإماء لا تباع ولا توهب ولا تورث فقال يجوز في غير الميراث فإنها تورث وكل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ وظاهر قوله عليه السلام فإنها تورث شاهد لثبوت البيع وسقوط شرط عدم الإرث بل في قوله عليه السلام كل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ أن الشرط لا يعمل به مع كونه مخالفا لكتاب الله وأن العقد يبقى في جميع موارد عدم العمل بالشرط لمخالفته كتاب الله ويؤيد أيضا صحة المعاملة مع بطلان الشرط ما ورد في الشرط الفاسد في النكاح.

(١) وقد يستدل على صحة العقد مع بطلان شرطه بان صحة الشرط متوقفة على صحة العقد ولو كان صحة العقد متوقفا على صحة الشرط لدار وفيه ما لا يخفى فان مدعى سراية الفساد إلى العقد يدعى الملازمة بين الحكمين أي الحكم بصحة العقد وإمضائه و الحكم بصحة الشرط وإمضائه نظير الملازمة بين وجوب القصر ولزوم الإفطار والملازمة بين الحكمين لا يرتبط على كون كل من الحكمين علّة لحدوث الحكم الآخر كما هو واضح.

(٢) ذكر (قده) انه بناء على صحة المعاملة مع فساد الشرط فيها يثبت للمشروط له خيار الفسخ مع جهله ببطلان الشرط لأن عدم حصول الشرط المزبور من تخلف الشرط لأن المانع الشرعي و تحريم الشارع للفعل المشروط في المعاملة كتعدّد ذلك الفعل عقلا في عدم حصول الشرط و تخلفه فيدلّ على ثبوت الخيار مع بطلان الشرط ما دلّ على ثبوته عند تخلف الشرط.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٧

.....

ثم لا- فرق في ثبوت الخيار للمشروط له مع الجهل بفساد الشرط بين جهله بالحكم كما إذا لا يعلم بان شرط كنس المسجد على الحائض باطل أو جهله بالموضوع بان لا- يعلم بان المشروط عليها الكنس حائض و الشاهد لثبوت الخيار و لو مع الجهل بالحكم تقصيرا ذكرهم ثبوت خيار الغبن للجاهل به أو بفوريته.

و لكن يمكن القول بان الجاهل بفساد الشرط كالعالم بفساده في عدم ثبوت الخيار له سواء كان بطلان الشرط مع جهله بالحكم أو الموضوع لأنّ الدليل على ثبوت الخيار مع تخلف الشرط الإجماع و قاعدة نفي الضرر و شيء منهما غير جار في المقام فإن الإجماع على الخيار مع بطلان الشرط غير محرز بل تقدم عدم الإشارة الى ذلك في كلماتهم فضلا عن التصريح و اما قاعدة نفي الضرر فقد ذكرنا في التكلم في القاعدة أنّه لا- يعمل بها في غير مورد إحراز عمل المشهور بها للعلم بأنه كان لها قيد لم يصل إلينا و عمل المشهور بها في مورد كاشف عن عدم شمول القيد لذلك المورد و الوجه في العلم الإجمالي المزبور استلزام إطلاقها تأسيس فقه جديد خصوصا لو جعل الجهل بالحكم عذرا بحيث تنفي بالقاعدة الحكم الضرري المتعلق بالمكلف و لو لجهله بالحكم الشرعي الآخر كنفى لزوم المعاملة في صورة الجهل بخيار الغبن أو جهله بفوريته.

و الوجه في استلزام العمل بعموم القاعدة تأسيس فقه جديد انه يثبت في المعاملات من جهة الجهل بأحكامها خصوصا الجهل بصحتها أو فسادها ضرر لا يتدارك فيلزم ان لا يثبت صحتها أو فسادها لثلا يقع الضرر كما إذا اشترى مالا نسيه مع عدم تعيين المدّة في ناحية الثمن للجهل باشتراط التعيين و تسلّم المبيع ثم علم بطلان البيع فإنّ بطلانه يوجب تضرّر البائع لو قيل بأن أجره حمل المتاع اليه ثانيا على البائع و تضرر المشتري لو قلنا بأن أجرته عليه فيلزم ان ينفي فساد المعاملة بقاعدة نفي الضرر لثلا يقع الضرر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٨

و هو المانع من صحّة البيع (١).

و في باب المراجعة بعد ذكر المحقّق (٢).

و الحاصل ان العمل بقاعدة نفي الضرر في لزوم البيع مع فساد الشرط فيه غير محرز فلا يمكن نفيه و لو مع جهل المشروط له بفساد الشرط حكما أو موضوعا.

أقول قد تقدم ان الخيار في المعاملات لا يثبت بقاعدة نفي الضرر و لو جرت القاعدة فيها لكان مقتضاها فسادها لا ثبوت الخيار و ان المدرك للخيار في المقام و نظيره هو الشرط الارتكازي الثابت في المعاملات و هذا الشرط مشمول لقوله صلى الله عليه و آله المسلمون عند شروطهم.

بل لا- يبعد ان يثبت الخيار فيما كان المشروط المحكوم بالفساد أمرا و ضعيفا فإنّ عدم حصوله ايضا موضوع للخيار المشروط في ارتكازهم و يشهد لذلك موت المشروط عليه بعد العقد مع شرط الوكالة بنحو شرط النتيجة عليه.

و اما ما ذكر (قده) من ان الأخذ بعموم القاعدة يوجب تأسيس فقه جديد فقد ذكرنا في محلّه ان الحكم الضرري منفي بها لا الناشئ من عدم الحكم أو الناشئ من غير الحكم و هذا لا يستلزم محذورا و التفصيل في محلّه.

(١) اي الشرط مانع عن صحّة البيع و مع إسقاط الشرط يصح البيع ثم ذكر و بالجملة فهل يترتب على مثل شرط تخمير العنب فساد بيعه من أصله بحيث لو رضى المشتري بإسقاط شرطه لم يصح البيع أيضا أو انّ البيع بدون إسقاط الشرط موقوف فإن أسقط صحّ و وجه الإيقاف ان التراضي بأصل العقد كالتراضي في عقد المكروه و الفضولي و لكن الجواب ما قيل في وجه بطلان العقد ببطلان شرطه مقتضاه عدم كفاية إسقاط الشرط حيث ان العقد المطلق غير منشأ كما لا يخفى.

(٢) ذكر المحقّق (قده) في مسألة اشتراط بيع المبيع من بايعه ثانيا انه لو لم يشترط البيع الثاني بذكره في البيع الأول شرطا بل كان ذلك من قصد هما من غير ان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٦٩

يشترط لفظا كان البيع مكروها.

ثم انه ذكر في المسالك في مسألة اشتراط البيع من البائع ثانيا ان المراد من اشتراط بيعه من بايعه ذكر هذا الشرط في عقد البيع و لو لم يذكر في العقد بل كان بيعه من بايعه ثانيا في قصد المتبايعين فقط لم يضر هذا القصد بصحة البيع ولا بصحة الشراء من مشتره ثانيا و اما لو ذكر هذا الشرط قبل العقد و تركا ذكره في العقد فان كان عالين بأن الشرط المذكور قبل العقد لا اثر له فيحكم أيضا بصحة البيع و الشراء ثانيا و اما لو جهلا ذلك و تخيلا ان المذكور قبل العقد كالمذكور في العقد يحكم بطلان البيع نظير الحكم ببطلانه مع ذكر الشرط في نفس العقد و الوجه في التفصيل انه مع علمهما بعدم الأثر للشرط المذكور قبل العقد يكون إقدامهما مطلقا بخلاف ما إذا جهلا و تخيلا لزوم الشرط فإن إقدامهما على ملكية المبيع يكون مقيدا.

و ذكر أيضا في المسالك في ذيل كلام المحقق في باب المرابحة أنه لو لم يشترط بيع المتاع من بايعه ثانيا في متن عقد البيع بل اشترط ذلك قبل البيع فلا يجب بطلان البيع إلا إذا توهمنا لزوم رعاية المذكور قبل العقد أيضا أو علما عدم لزومه و لكن كان عدم ذكره في متن العقد لنسيانهما.

ثم تعرض لما يورد على كلام المحقق من حكمه بصحة البيع من عدم ذكر الشرط في عقد البيع و كونه في قصدهما فقط و لما يجاب عن الإيراد أما الإيراد فهو ان العقود في صحتها تتبع القصد و إذا لم يكن العقد بحسب القصد مطلقا كما هو فرض قصدهما بيع المتاع من بايعه ثانيا فكيف يحكم بصحة البيع اما الجواب فلأن صحة الشرط و ان يحتاج الى قصده و ذكره في العقد و لكن فساد الشرط لا يتوقف على قصده بل يكفي فيه عدم ذكره في العقد كما ان بطلان العقد بالشرط يتوقف على قصد ذلك الشرط و ذكره في العقد و كذلك صحة الشرط فإنه يتوقف على القصد و ذكره في العقد و المفروض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٠

.....

عدم حصول الشرط كذلك ثم أورد على هذا الجواب بان توقف صحة العقد على اللفظ و القصد لازمه الحكم ببطلان العقد مع عدم القصد كما هو مقتضى الإيراد فإن اللفظ يحصل من الساهي و الغالط و المكره و لكن لا يصح عقدهم لعدم القصد. و على ذلك فإنما يحكم بصحة البيع مع عدم ذكرهما الشرط في متن العقد فيما لو قصد البيع المتاع من المشتري بحيث يكون ملكا له على وجه لا- يكون للبائع إلزامه ببيعه منه ثانيا بل يكون هذا البيع باختيار المشتري و إرادته و إقدام البائع على بيع المتاع لو ثوقه بالمشتري و انه لا يمتنع عن تملك المتاع منه ثانيا بمحض اختياره و وعده.

و أورد المصنف (قده) على المسالك بأنه لو فرض الحكم بفساد العقد فيما إذا شرطا بيع المتاع من بائعه ثانيا قبل العقد مع جهلها بفساد الشرط المذكور قبل العقد لزم الحكم بفساد العقد مع علمهما بفساده أيضا فإن العلم بالفساد شرعا لا ينافي قصدهما ملك المتاع للمشتري بنحو يحق للبائع إلزامه ببيعه منه ثانيا بان لا- يقصد ملك المتاع للمشتري بالملك المطلق كما ان العلم بفساد بيع لا ينافي قصد بيع المتاع من المشتري لا- مجاننا نظير ما إذا باع المكيل من المشتري بغير كيل و على الجملة كون تملك المتاع من المشتري مقيدا أو مطلقا أمر عرفي يحصل بالعقد من المتعاقدين و قصد المتعاقدين لا يتبع الفساد الشرعي.

أقول لو كان الوجه في فساد البيع مع ذكر شرط بيع المتاع من بايعه ثانيا في متن العقد عدم قصد المتعاقدين ملك المتاع بنحو الإطلاق فالظاهر عدم الفرق في بطلان البيع بين ذكره في متن العقد و بين ذكره سابقا و إيقاع العقد مبتئا عليه لعدم الفرق بين عدم قصد الملك المطلق في صورتين و كذا لو قلنا بان فساد البيع المشروط فيه بيع المتاع من بايعه ثانيا للتعبد فإنه أيضا يحكم ببطلان البيع في صورتين لان العقلاء لا يفرقون في معاملاتهم بين ذكر الشرط في متن العقد أو ذكره سابقا و إيقاع العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧١

[الكلام فى أحكام الخيار]

إشارة

الخيار موروث بأنواعه (١).

مبتدئاً عليه ففى صورتين مع الشرط المزبور ليس المشتري بحسب بنائهم ان يبيع أو يترك البيع من بايعه ثانياً كما أنه ليس للبائع ان يأخذ المبيع ثانياً أو ان يتركه و قد ذكر فى رواية الحسين بن منذر و صحیحته على بن جعفر هذا الاختيار شرطاً فى صحه البيع و ليس المراد خصوص الاختيار شرعاً و الاً فالاختيار شرعاً حاصل حتى مع ذكره فى العقد ايضاً لبطلانه كما لا يخفى.

(١) الخيار موروث بأنواعه بلا خلاف كما عن جماعة و فى التذكرة ان الخيار عندنا موروث بجميع أنواعه لأنه من الحقوق كالشفعة و القصاص و وافقنا فى الحكم الشافعى إلا فى خيار المجلس و عن الغتية الإجماع على إرث خيار المجلس و الشرط و يستدل على إرث الخيار مضافاً الى الإجماع بأن الخيار حق للميت فيعمه قوله سبحانه و للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الأقرابون و للنساء نصيب مما ترك الوالدان و الأقرابون و بالنبوى المعروف ما ترك الميت من حق لوارثه.

و ذكر المصنف (ره) ان الاستدلال على هذا الحكم بالكتاب العزيز و الأخبار الواردة فى إرث تركه الميت يتوقف على ثبوت أمرين الأول- كون الخيار حقاً لا- حكماً نظير حق المالك ان يجيز البيع الجارى على ماله فضولاً و جواز أن يرجع الواهب فى هبته و جواز الفسخ فى العقود الجائزة فإن الجواز فى هذه المورد حكم شرعى و الحكم الشرعى يتبع موضوعه و لا يدخل فى الإرث و كذا لا يحكم بالإرث فيما إذا تردد كون شىء حقاً أو حكماً فإن الأصل عدم ثبوته للوارث أو عدم انتقاله الى غيره و ليس فى البين ما يدل على كون الخيار حقاً اى قابلاً للإسقاط فى مقابل الحكم غير ما دل على انتهاء الخيار بالتصرف فى المبيع الحيوان معللاً بأن التصرف رضاً بقرار البيع و استفادة كون الخيار فى جميع موارد حقه قابلاً- للإسقاط لا- يخلو عن اشكال و التمسك على كونه مطلقاً قابلاً للإسقاط بالإجماع فيكون حقاً مستغنى منه بقيام الإجماع على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٢

.....

نفس إرث الخيار كما تقدم.

الثانى بعد كون الخيار حقاً قابلاً للإسقاط ثبوت كونه من الحقوق التى تقبل النقل ليثبت للوارث و يصدق انه مما تركه الميت بان لا يكون من له الحق مقوماً للحق كما فى حق الجلوس للمسجد أو السوق فإنه يثبت للجالس و لا ينتقل الى غيره و كذا حق التولية أو النظارة فإنه يثبت لمن يجعله الواقف أو الحاكم متولياً أو ناظراً و لا يثبت لوارثه الاً ان يجعل الواقف أو الحاكم وارثه ايضاً متولياً أو ناظراً أو إثبات هذا الأمر فى الخيار بغير الإجماع مشكل و التمسك باستصحاب بقاء الحق بعد موت من له الحق غير ممكن لعدم إحراز بقاء الموضوع و احتمال ان لا يكون عدم ثبوت الحق للوارث من عدم بقاء الحق بل من عدم ثبوته من الأول كما لا يخفى.

أقول قد تقدم فى البحث فى حقيقة الخيار أنه سلطنة على المعاملة المنشأة و يكون لمن له الخيار سلطنة قرار العقد و إلغاءه و هذه السلطنة تأسيسية كخيارى المجلس و الحيوان و إمضائية كخيارى الشرط و الغبن و غيرهما و بما ان الخيار المشترط فى اعتبار المتعاقدين حقى و وقع الإمضاء الشرعى بما هو عند المتبايعين بحسب اعتبارهم فلا ينبغى التأمل فى كون الخيارات الإمضائية من الحقوق و كذا الخيار التأسيسى فإن قوله عليه السلام الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام و فى غيره الى ان يفترقا ظاهر عدم اختلاف الخيار فى المجلس و الثابت إلى ثلاثة أيام و انه سنخ واحد و مع ملاحظة ما دل على كون الخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام بنحو الحق

كالحكم بسقوطه بالرّضا ببقاء العقد و الإغماض عن فسخه يكون خيار المجلس ايضا كذلك أضف الى ذلك ان المتبادر من الخيار فى قوله البيعان بالخيار أنه من سنخ ما يشترطه المتبايعان لأحدهما أو كلاهما و لذا عبر عن خيار الحيوان بالشرط فى الحيوان و كيف ما كان فالعمدة فى المقام ما ذكر من اعتباره فى بناء أرباب المعاملات بنحو الحق و إمضاء الشارع ظاهره كجعله أنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٣

.....

على ما هو عليه عند أبناء المعاملات و الّا فالإجماع فى المقام مدركى لا يصلح للاعتماد عليه و فى صحيحة الحلبي فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري و هو بالخيار فيها ان شرط أو لم يشترط و فيها دلالة واضحة على خيار الحيوان لا- يختلف عن الخيار المشروط إلى ثلاثة أيام فى سنخه.

و امّا بالإضافة إلى الأمر الثانى و ان الالتزام بالإرث فى الخيار يحتاج إلى إثبات كونه قابلا للنقل فإن أريد بالنقل الاختيارى فلا حاجة الى إثباته فإن بعض الحقوق لا يقبل النقل الاختيارى كحق القصاص بل الشفعة مع أنّهما يورث و ان أريد النقل القهرى فالنقل القهرى اى الإرث بنفسه مورد الكلام فى المقام.

فالصحيح ان الالتزام بالإرث يتوقف على اعتبار النبوى المعروف من قوله (ص) ما ترك الميتم من حق فلو إرثه أو إثبات كون الخيار مما ترك ليعمه بعض آيات الإرث و ان لم يثبت اعتبار النبوى كما لا يخفى.

و الحاصل ثبوت الحق لشخص يكون بعنوان مقوم للحق عرفا كثبوت حق الحضنة للأُم و حق القسم للزوجة و حق السبق الى المسجد و المشهد للجالس و مثل هذه الحقوق لا يدخل فى الإرث لانتهاء العنوان المقوم بانتهاج حياة الشخص و قد يكون العنوان غير مقوم له و يقال من هذه الحقوق ما يكون الغرض منه جلب المال كثبوت حق التحجير و حق الصيد بنصب الشبكة و الخيار من هذا القبيل.

و لكن إثبات هذه الضابطة لا يخلو من صعوبة فإنه لا فرق فى اعتبار أبناء المعاملات بين الخيار المشترط لأحد المتعاقدين أو لأجنبى مع ان الثانى لا يورث بلا كلام فلا يبعد ان يكون العمدة فى مسألة إرث الخيار هو الإجماع أو يدعى ان الخيار المجعول للأجنبى من قبيل ثبوت الحق لشخص بعنوان مقوم بخلاف الثابت لأحد المتعاقدين تأسيسا أو إمضاء بمعنى انه يثبت الخيار لأحد المتعاقدين بعنوان يكون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٤

[بقي الكلام فى ان إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال]

إشارة

ان إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال (١).

ذلك العنوان دخيلا فى حدوث الخيار و لكن لا يكون حياة الشخص بقاء دخيلا فى بقاء ذلك الحق فينتقل الى الوارث بأدلة الإرث و يكشف عن عدم كون الحياة لمن له الخيار مقوماً له مثل قوله عليه السلام عن ابى عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله (ص) البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام فإن المراد من صاحب الحيوان مالكة المشتري و من الظاهر ان الحياة لا تكون مقوماً للملكية فى المال و الرواية دالة على ان الخيار يثبت للمالك فيكون كأمواله تركه له فيرثه من يرثه ماله.

(١) إرث الخيار لا يتبع إرث المال و إذا كان دين الميت مستغرقا لجميع تركته فلا إرث بالإضافة إلى المال و لكن لو كان العقد على بعض تركته متعلقًا للخيار للميت فينتقل ذلك الخيار الى ورثته لأن إرث المال من بعد الدين فلو لم يكن المال من تركته زائدا على الدين فلا إرث بخلاف الحقوق للميت مما لا تقبل المعاوضة عليها لعدم كونها مالا فيدخل تلك الحقوق في الإرث. و بهذا يظهر ان الخيار للوارث من قبيل إرثه استقلالاً لا تبعاً لإرث المال حتى لا يكون الخيار موروثاً في فرض استغراق الدين للتركة نعم الموانع عن إرث المال مانع عن إرث الحق أيضا و لو لم يكن الحق مالا يبذل بإزائه المال كقتل الوارث مورثه أو كفره أو كونه رقاً فان ما ورد في انه لا يرث القاتل أو الكافر أو الرّق يعم ما إذا كان الموروث مالا أو حقاً. و في صحيحة هشام ابن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله لا ميراث للقاتل و- صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر (عليه السلام) سمعته يقول لا- يرث اليهودي و النصراني المسلمين و يرث المسلمون اليهود و النصراني و في صحيحة محمد ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام لا يتوارث الحر و المملوك الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٥

ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت

ثالثها التفصيل بين كون ما يحرم الوارث عنه منتقلا الى الميت (١).

و اما إذا كان الوارث محروما عن إرث بعض المال فالأظهر عدم حرمانه من إرث الخيار المتعلق بالعقد على ذلك المال و الوجه في ذلك ان حرمان غير الولد الأكبر عن الحبوّة أو حرمان الزوجة غير ذات الوالد أو مطلقا من العقار تخصيص في أدلة الإرث و قد تقدم ان التوارث في الحق المتعلق بالعقد على المال لا- يتبع ذلك المال بل الحق بنفسه داخل في خطابات الإرث بل لو قلنا بأن الخيار حق متعلق بنفس المال لا- بالعقد على ذلك المال يكون الأمر أيضا كذلك فإن الحق المتعلق بالمال غير ذلك المال و ما دل على اختصاص الولد الأكبر بالحبوة أو حرمان الزوجة عن العقار مقتضاه ان نفس الحبوّة لا يكون ميراثا لغير الولد الأكبر و كذا الزوجة محرومة عن نفس العقار لا عن الحق المتعلق بها كما لا يخفى.

(١) ثم ان المصنف (ره) قد ذكر في المسألة أقوالا أربعة الأول الإرث مطلقا:

الثاني عدم الإرث مطلقا و ثالثها التفصيل بان يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل الى الميت المال الذي يحرم الوارث عنه و لا يثبت ما إذا كان منتقلا عنه و بهذا صرح فخر الدين في الإيضاح و فسّر به عبارة والده. و الرابع عكس ذلك بان يثبت الخيار للمحروم فيما إذا انتقل المال المزبور عن الميت و الاشكال فيما إذا انتقل اليه.

و قال لم أجد من جزم بالقول بعدم الإرث مطلقا و لكن يمكن توجيهه بان ما يحرم عنه الوارث لو كان منتقلا عن الميت كالحبوّة فلا معنى لثبوت الخيار لسائر الورثة لعدم إمكان الفسخ منهم فإنّ الفسخ عبارة عن إخراج ذى الخيار ما يملكه فعلا الى ملك الآخر بإرجاع ملك الآخر الى نفسه و من الظاهر ان ما يملكه سائر الورثة من ثمن بعض الحبوّة لا يمكن لهم إخراجها عن ملكهم و إرجاع ما بإزائه من المثلثن اى بعض الحبوّة الى ملكهم و كذا لا يمكن ان يثبت الخيار لهم فيما إذا انتقلت الحبوّة إلى ملك الميت.

فإن سائر الورثة لا يملكون شيئا من الحبوّة ليخرجوها الى ملك الآخر و يملكون ما بإزائها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٦

رابعها عدم الجواز في تلك الصورة و الإشكال في غيرها

و حاصله أنّ الميّت انما كان له الخيار (١).

من الثمن. و الحاصل أنّ الخيار حق لاسترداد ما انتقل من ماله بعد تسلطه على ما وصل اليه و المفروض عدم تحقق ذلك بالإضافة إلى المحروم عن الحبوّة.

و لكن قد يورد على ذلك كما في الإيضاح ان ثبوت الخيار لا يقتضى ما ذكر و لذا يصح جعل الخيار للأجنبي مع أنّه لا يتمكن على إرجاع المال الى نفسه أو إخراجة عن ملكه و بتعبير آخر حقّ الخيار ليس تابعا لملكية المال فى الإرث و مقتضى ما دل على اختصاص الحبوّة بالولد الأكبر أو حرمان الزوجة عن العقار تخصيص الإرث بالإضافة إلى نفس المال لا بالإضافة إلى الخيار.

و أجاب (ره) عن النقض باشتراط الخيار للأجنبي بان الأجنبي منصوب من قبل أحد المتعاقدين و يكون فسخه كالفسخ من أحدهما و الخيار عبارة عن سلطنة ذى الخيار إلى إرجاع المال الى نفسه أو إلى من نصبه بعد تسلطه على إخراج ما هو ملكه أو ملك من نصبه فعلا و هذا لا يجرى فى حق المحروم عن بعض المال فى الميراث فلا ينتقل الخيار إلا الى وارث يكون له السلطنة على ما ذكر.

و دعوى انه لو انتقلت الى الميت ما يحرم عنه كان الثمن المدفوع الى الطرف الآخر مترلزلا فيكون فى معرض العود الى جميع الورثة و منهم المحروم فيكون لجميع الورثة حقا فى ذلك الثمن فيثبت لهم الخيار فى هذه الصورة يمكن دفعها بأن الخيار عبارة عن السلطنة على الثمن المزبور بعد السلطنة على ما وصل بإزائه فعلا إليه الى من نصبه و الالتزام بثبوت الخيار للمحروم يستلزم سلطنة جميع الورثة على الحبوّة و هذا من تسلط الشخص على مال الغير كما ذكر فى جامع المقاصد.

(١) يعنى حاصل ما ذكر فى وجه عدم إرثها من الخيار هو أنّه يكون الخيار للميت حيث كان له علقه فيما انتقل عنه لتسلطه على ردّ ما بيده من الأرض الى صاحبه ليمتلك بإزاء تلك الأرض الثمن الذى بيد صاحبه و لا ينتقل الخيار عن الميت إلا الى ورثته

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٧

.....

تكون كالميت فى هذا التسلط و من الظاهر أنّه لا تكون الزوجة كذلك لعدم تسلطه على رد الأرض و ان يكون لها حصّة من الثمن على تقدير فسخ سائر الورثة المعاملة الجارية على الأرض و قد تقدم نظير ذلك فى عكس هذه الصورة أى فيما انتقل الأرض عن الميت فإنّ الزوجة و ان تملك حصّتها من الثمن إلا انه لا يمكن لها تملك ما بإزائها من الأرض برد تلك الحصّة و قد تقدم فى خيار المجلس عدم ثبوته للوكيل لأن الوكيل لا يكون مسلطا على ردّ ما وصل الى موكله ليتمكن له تملك ما بإزائه مما انتقل عن موكله و هذا الكلام يجرى فى حق الزوجة أيضا فيما انتقل الأرض إلى الميت.

اللهم ألما ان يقال بالفرق بين الوكيل فى خيار المجلس و بين الزوجة فيما انتقلت الأرض إلى الميت و وجه الفرق ان تزلزل ملك صاحب الوكيل فى المعاملة كان متوقفا على تسلط الوكيل على ردّ ما وصل الى موكله و هذه السلطنة لم تكن ثابتة بخلاف ما نحن فيه فان ملك المشتري ثمن الأرض التى باعه من الميت مترلزلا على كل تقدير سواء كان للزوجة خيار أم لا لثبوت الخيار لسائر الورثة فيكون للزوجة علقه فى ذلك الثمن بإرجاعه إلى ملك الميت لثرت منه.

نعم فيما إذا انتقل الأرض عن الميت فلا- يكون لها علقه فى الأرض المنتقلة إلى الميت و لو لم تكن للزوجة خيار الفسخ فيما إذا انتقلت الأرض إلى الميت بدعوى انها لا تتمكن على ردّ الأرض إلى بائعها لتمتلك حصتها من الثمن لا يكون لسائر الورثة أيضا خيار الفسخ فإنهم لا- يملكون تمام الثمن بإزاء الأرض التى يردونها على بائع الأرض اللهم إلا ان يقال لهم خيار الفسخ بالإضافة إلى حصصهم من الثمن و لازم ذلك تبعض المعاملة الجارية على الأرض فى الفسخ و لكن يأتي ان تبعض فى الفسخ مشكل و على ذلك

فيقوى ثبوت الخيار في شراء الميت الأرض للزوجة أيضا على ما ذكر في الإيضاح وفسر به عبارة والده.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٨

.....

قال في القواعد الخيار موروث بالحصص كالمال من أي أنواع الخيار إلّا في الزوجة غير ذات الولد في الأرض على أشكال أقربه ذلك ان اشترى بخيار لترث من الثمن يعني الأقرب كون الخيار موروثا للزوجة و نتيجة هذا الخيار ان ترث من ثمنها و قال في الإيضاح في توضيح الاشكال ان الزوجة لا ترث من الأرض فلا ترث من خيار المتعلق بالأرض و وجه ثبوته لها ان الخيار لا يتوقف على ملك المال كثبوت الخيار للأجنبي و لكن عن المصنف الوالد انه لو كان المورث أي الميت قد اشترى حال حيوته الأرض بخيار فالأقرب إرثها من - الخيار لأن للزوجة حقا في الثمن و يحتمل ان لا يثبت لها الخيار لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد فسخ المعاملة فملكها للثمن يتوقف على الفسخ و لو علل الفسخ بملكها للثمن لدار و مع ذلك الأصح اختيار المصنف لأن شراء الأرض يستلزم منعها عن جزء الثمن الذي انتقل إلى بائع الأرض و الثمن المزبور منزل منزلة تركه الميت باعتبار الخيار.

و لكن ذكر في جامع المقاصد في قوله الأقرب ذلك أي الأقرب من ثبوت الاشكال عدم إرثها فيما إذا اشترى الميت الأرض و أراد الزوجة من خيارها ان ترث من الثمن و اما إذا باع الميت الأرض فالإشكال في ثبوت الخيار لها بحاله لأنها لو فسخت المعاملة لم ترث شيئا من الأرض التي ترجع إلى ملك الميت.

أقول قد تقدم ان الخيار حق يتعلّق بالعقد لا بالعوض في المعاملة و لذا يجوز لمن انتقل إليه العوض في المعاملة التصرف فيه إلا مع اشتراط إبقائه في تلك المعاملة أو غيرها و عود المالكين إلى ما كانا عليه من حين الفسخ لا يكون بالفسخ فإنّ شأن الفسخ انتفاء العقد الناقل لا العود بل عودهما يكون بالسبب الذي كان قبل العقد الملغى فلا يكون حرمان الورثة عن المال العائد إلى ملك الميت موجبا لعدم ثبوت الخيار لهم فضلا عن حرمان بعضهم و تشريع الخيار في المعاملات للتروي في صلاح عود المال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٧٩

يحتاج إلى زيادة تقدير (١).

[كيفية استحقاق كل منهم خيارا مستقلا]

[الأول ما اختاره بعضهم]

الأول ما اختاره بعضهم (٢).

على تقديره حكمة لا علة لتدور مدار عود المال فلا حظ ثبوته مع تلف المال كما لا يخفى.

(١) يعني إذا كان ذلك في كلام العلامة (أقربه ذلك) إشارة إلى عدم الإرث يحتاج قوله لترث من الثمن إلى تقدير أقول يمكن ان يكون لترث غاية للمنفى فلا يحتاج إلى التقدير سواء كان ذلك إشارة إلى الإرث أو عدمه.

(٢) قيل في كفيته إرث الورثة الخيار وجوه أربعة الأول - ان يثبت الخيار لكل من افراد الورثة مستقلا بالإضافة إلى العقد الجارى على تمام المال بحيث لو فسخ أحدهم و لو بعد اجازة الآخرين يفسخ العقد في تمام المال نظير ما في حق القذف الثابت للمتعدد كالأخوين فيما إذا عفى أحدهما القاذف لأمها يثبت للآخر منهما حق القذف و مثل ذلك ما عليه المشهور في حق الشفعة من انه إذا

كان للمورث حق الشفعة فلكل من ورثته الأخذ بذلك الحق في تمام الحصية المبيعة بدعوى أن مقتضى النبوى المتقدم من أن ما ترك الميت من حق فلوارثه ثبوت الخيار لكل من الورثة فإن الخيار يقبل التعدد بخلاف المال فإن المال الواحد لا يعقل كونه مملو كالكل واحد واحد من الورثة مستقلا فلا بد من الالتزام فيه بالإشاعة.

و أورد المصنف على هذا الوجه بأنه لا- دلالة للنبوى على إرث الخيار لكل واحد من الورثة استقلا لأن المراد بالوارث الجنس الصادق على الواحد والكثير و قيام الخيار بجنس الوارث بتصور بوجوه أربعة و ما ورد فيه لفظ الورثة بصيغة الجمع فالأمر فيه أيضا كذلك فإن المراد أما جنس الجمع أو جنس المفرد أو الاستغراق الأفرادى أو الاستغراق المجموعى و لكن الظاهر هو الثانى أى جنس الفرد فيكون مساويا لما تقدم من صيغة المفرد مع ان الاستغراق الأفرادى لا يمكن فى إرث الخيار للقرينة العقلية و اللفظية فالقرينة العقلية هو عدم إمكان الخيار الواحد الذى كان للميت لكل من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٠

.....

الورثة على سبيل الاستغراق مع ان المراد من العموم بالإضافة إلى المال المجموعى و لو كان بالإضافة إلى الحق الأفرادى لزم الاستعمال فى المعنيين و هذه هى القرينة اللفظية و لو ثبت الخيار فى المقام لكل من الورثة فتكون الورثة كالوكلاء المتعددين فى أن أيهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نقد تصرف السابق و لا يتقدم الفسخ و لو مع تأخره عن إجازة الآخرين كما ذكر القائل المزبور. أقول إرادة الاستغراق المجموعى أو الأفرادى من كيفية تعلق الحكم أو الحق فإن كان الحق المتعلق للمتعدد انحلاليا يكون الاستغراق افراديا و ان كان غير انحلال بل واحدا يكون بنحو الاستغراق المجموعى و إذا كان الحق الذى تركه الميت واحدا فتعلقه بالمتعدد يكون بنحو العام المجموعى لا محالة و على ذلك فلا بد من الالتزام فى المقام بثبوت خيار واحد لمجموع الورثة فلا ينفذ الفسخ من بعضهم بدون اتفاق الآخرين و رضاهم و الأمر فى إرث حق الشفعة أيضا ذلك و اما حق القذف فليس لدليل الإرث بل ثبوت حق القذف لمثل أحد الأخوين مع عفو الآخر أو عدم مطالبته مورد النص كنبوت حق القصاص لكل من أولياء المقتول.

و يظهر مما ذكرنا أنه لا- وجه لثبوت الخيار لكل واحد من الورثة بالإضافة إلى حصية من المال و وجه الظهور أن الخيار حق متعلق بالعقد على المال لا بنفس المال و أن الخيار المنتقل إلى الورثة ميراث من ميتهم و من الظاهر أن الخيار الثابت للميت لم يكن انحلاليا بالإضافة إلى الأجزاء المشاعة للمال و هذا بخلاف إرث المال كما لا يخفى كما ظهر أنه لا وجه لثبوت الخيار لطبيعى الوارث بمعنى ان أيهم سبق إلى إجازة العقد أو فسخه نفذ التصرف من السابق و وجه الظهور ان مع تعدد الوارث كما هو الفرض لا يفترق إرث المال عن إرث الحق و كما ان المال يكون ملكا لمجموعهم كذلك الحق فانصرف الحق إلى كونه ملكا لطبيعى الوارث لا لأفاده تفكيك مخالف ظاهر

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨١

[الثالث استحقاق كل منهم خيارا مستقلا فى نصيبه]

و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل (١).

ثم انه ربما يحمل ما فى القواعد (٢).

طبقات الإرث فإن ظاهر ما دل على الطبقات ان كل أفراد طبقة يشترك فى الميراث مالا كان أو حقا لا ان الحق يكون ملكا للطبيعى

الوارث نظير ملكية الزكاة و نحوها لعنوان الفقراء أو عنوان الحكومة فيصير كل من الأفراد المنطبق عليهم عنوان الحكومة وليا في التصرف من ذلك المال.

(١) قد تقدم عدم الفرق بين إرث الخيار وإرث حق الشفعة و كما أنه لا ينفذ الفسخ من أحد الورثة من غير اتفاق الآخرين كذلك الأمر في الأخذ بالشفعة و اما ما ذكر المصنف (ره) من ان ثبوت حق الشفعة للوارث الواحد مع عدم أخذ باقي الورثة بها لكون الشركة الحاصلة بين مشتري الحصته المبيعة و الورثة ضرورية لكل واحد من الورثة ففيه ما لا يخفى فان الضرر قد حصلت ببيع الحصّة و لو جرت قاعدة نفى الضرر كان مقتضاها بطلان ذلك البيع مع أنّ بطلانه أيضا ضروري على شريك الميت البائع و الحاصل ان ثبوت حق الشفعة لكل من الورثة مع امتناع الآخرين عن الأخذ بالشفعة الموروثة حق آخر غير موروث و يتدارك به الضرر و قد ذكرنا مرارا ان قاعدة نفى الضرر لا يثبت حكما أو حقا يتدارك به الضرر و الله سبحانه هو العالم.

(٢) ظاهر القواعد عدم نفوذ فسخ بعض الورثة مع عدم اتفاق الآخرين و لكن قد يقال ان المراد عدم نفوذ فسخ بعض الورثة في سهمه من المال لا عدم نفوذ فسخه في الجميع و على ذلك فلو فسخ بعضهم العقد في جميع المال و أجاز الآخرون قدّم الفسخ.

و ينسب ذلك الى كل من منع عن تفريق الورثة و في الحدائق ان تصريح الأصحاب بتقديم الفسخ في الكل على اجازة المجيز و لكن نسب في الرياض هذا التقديم الى قيل و ناقش فيه بقوله و في تقديم الفسخ على الإجازة إشكال.

ثم ان ظاهر المصنف و غيره ان اجازة بعض الورثة يوجب عدم نفوذ الفسخ من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٢

[فرع إذا اجتمع الورثة كلهم]

فرع إذا اجتمع الورثة كلهم (١).

الآخرين حتى فيما توافق الكل على ذلك الفسخ فيما بعد بمعنى ان اجازة أحدهم يوجب سقوط الخيار و انتفائه حيث ذكر في ذيل حكاية كلام القواعد في خيار العيب (من أنه فلا إشكال في وجوب توافقهما) و المراد بوجوب التوافق الوجوب الشرطي و معناه عدم نفوذ التخالف و لا ريب ان عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ اجازة أحدهما مع فسخ الآخر بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون اجازته الفسخ المزبور.

و لكن يمكن ان يقال مقتضى كون الخيار حقا للجميع ان يكون سقوطه أيضا بإسقاط الجميع لا بإسقاط واحد منهم و لو مع عدم رضا الآخرين كما هو الفرض.

(١) ذكر (قده) في هذا الفرع أمورا: الأول انه إذا اجتمع الورثة كلهم على فسخ العقد الجارى على العين المنتقلة عن ملك الميت فان كان الثمن بعينه باقيا فللمشتري استرداده و ان لم يكن باقيا بصير ذلك الثمن التالف دينا من ديون الميت فيخرج من تركته.

الثاني انه لا يمنع الورثة عن فسخ العقد و لو كان على الميت دين مستغرق لتركته لأن الورثة و ان يكونوا محجورين بالإضافة إلى إرث المال ألا ان لهم حق الخيار الذى تركه ميتهم و على ذلك فيجوز في الفرض للورثة فسخ العقد الجارى على العين المنتقلة عن ميتهم أو الى ميتهم و هل يجوز لهم الفسخ و ان لم يكن صلاحا للديان كما إذا كان الثمن بعينه باقيا على ملك الميت و كان قسمته للغرماء أصلح من قسمته العين المفروضة مثمنا لذلك الثمن.

و على تقدير جواز الفسخ مطلقا أو فيما كان صلاحا للغرماء فلا يجبر الورثة على الفسخ لان الفسخ حق لهم لا عليهم و لا يجبر ذو الحق على الانتفاع بحقه.

الثالث: لو لم يكن للميت تركه و فرض تلف الثمن الذى أخذ مورثهم من مشترى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٣

.....

العين فقد تقدم ان للورثة فسخ العقد فهل مع فسخه يكون الثمن على الورثة على حسب سهامهم من العين أو يصير الثمن دنيا على الميت فيلزم وفائه من العين المرجوعة الى ملك الميت فان كان فسخ الورثة من قبيل فسخ الوكيل أو الأجنبي المشروط له الخيار فيرجع العين الى ملك الميت فيوفى بها دينه بل لو كان للميت غرماء ضرب المشتري مع الغرماء فى الثمن المزبور. و الحاصل مقتضى خروج الثمن المعين عن ملك المورث و ثبوت الثمن أى كليه بدمته ان لا يكون ما يدفعه الوارث عوضا عن المبيع بل يكون وفاء لدين الميت لتلف عين الثمن.

نعم إذا كان الفسخ تملكاً جديداً من الورثة بالإضافة إلى العين و بإزاء ما يدفعون نظير أخذهم بحق الشفعة الموروثة حيث يملكون الحصه فى الأخذ بالشفعة بإزاء الثمن الذى يدفعون من مالهم يلزم عليهم فى الفسخ ايضا الثمن على حسب سهامهم الرابع انه لو قيل بان لكل واحد من افراد الورثة خيار الفسخ بالإضافة إلى تمام العقد ففى فرض فسخ بعضهم و امتناع الآخرين يرجع العين الى ملك جميعهم أو الى ملك الفاسخ فقط فيكون الثمن عليه فهذا ايضا مبنى على ان فسخه من قبيل فسخ الوكيل أو الأجنبي المشروط له الخيار أو أنه كالميت يتملك العين بإزاء ما يدفعه إلى المشتري.

ثم قال (ره) ان الفسخ فى الفرضين يعنى المفروض فى الأمر الثالث و المفروض فى الأمر الرابع كوقوع الفسخ من المورث فى كونه تملكاً للعين بإزاء ما يدفعه الفاسخ من مال نفسه على الأظهر و استشهد لذلك بالخيار التابت للورثة فيما إذا باع مورثهم العين ببيع الخيار فإنه لا ينبغى التأمل فى جريان السيرة على دفع الورثة مثل الثمن من مال لهم و يستردون العين لأنفسهم من غير ان يلزموا بأداء دين الميت من تلك العين فيما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٤

.....

إذا اخرجوا ديون الغرماء بحسب تركه الميت قبل الفسخ.

أقول: يرد عليه قده ان ما اختاره فى الفرضين ينافى ما ذكره فى الأمر الأول من انه على تقدير عدم التركة للميت و وقوع الفسخ بعد تلف عين الثمن يكون ديناً على الميت فيخرج من تركته فان مع كون الفسخ من الورثة تملكاً لأنفسهم لا وجه لكون الثمن ديناً على الميت هذا أولاً و ثانياً قد تقدم، ان الفسخ يتعلق بالعقد و معنى فسخ العقد إلغائه و اما عود ملكيته المبيع و الثمن يكون بالسبب الذى كان قبل العقد و لا يكون الفسخ إنشاء تملك جديد أصلاً و عليه فلا بد من عود المبيع الى ملك المورث على جميع التقادير و عود الثمن الذى أخذه مورثهم الى ملك المشتري ثانياً سواء كان ذلك الثمن باقياً أو تالفاً غاية الأمر لازم، ملكية التالف المضمون ردّ المثل أو القيمة.

و الحاصل يكون الثمن التالف دنياً على الميت فيوفى من العين المرجوعة الى ملك الميت و يجوز للورثة أدائه من مال أنفسهم فتدخل العين فى موضوع الإرث كما هو الحال فيما إذا كان للميت تركه بمقدار ديونه فان مع أداء الوارث الدين من مالهم تدخل التركة فى موضوع الإرث و اما قياس الخيار بأخذ الوارث بحق الشفعة فى دفع الورثة الثمن من أموالهم فى الأخذ بحق الشفعة غير صحيح فإن الأخذ بحق الشفعة لا يوجب انحلال العقد الجارى على الحصه كى تعود الحصه إلى ملك الميت بل الأخذ بحق الشفعة تملك للحصه بإزاء دفع مثل الثمن الى مشتريها كما لا يخفى. و مما ذكرنا يظهر الحال فى الفسخ ببيع الخيار فان دفع الوارث مثل

التمن إلى مشتري العين فسخ للبيع و مبادله أخرى بين المدفوع و بين الثمن التالف أو الباقي على ما ذكر في محله. و الحاصل يلزم لما ذكر قده ان لا- يكون تملك الوارث للعين المنتقلة عن الميت من قبيل الميراث فلا- وجه- لتقسيط تلك العين بالحصص و لو مع اتفاقهم على الفسخ فتدبر جيدا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٥

[مسألة لو كان الخيار لأجنبي فمات]

لو كان الخيار لأجنبي فمات (١).

[مسألة من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف]

من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف (٢).

(١) ذكر قده أنه لو شرط الخيار لأجنبي فمات الأجنبي ففي انتقال الخيار لوارثه فإنه مقتضى ما دلّ على ان ما ترك الميت من حقّ لوارثه أو أنه ينتقل للمشروط له فان ثبوت الخيار للأجنبي حقّ له أو أنه ينتهي بموت الأجنبي فلا يثبت للمشروط له و لا لورثته وجوه أقواها انتهائه بموته لان الظاهر من جعل الخيار للأجنبي كون حياته مقوّمًا لحق الخيار.

أقول كون حياة الأجنبي مقوّمًا لحق الخيار باشتراط المتعاقدين و لو ارتكازا مقتضاه انتهاء الخيار عند موته و هذا الشرط الارتكازي لا يكون مخالفا للكتاب و السنة الدالتين على الإرث و ذلك فان الموضوع للإرث ما ترك الميت و مع شرط سقوط الخيار و نحوه لا يكون حق الخيار المزبور مما ترك لينتقل الى وارثه بل يمكن دعوى ان خيار المجلس و نحوه إذا ثبت للوكيل كما إذا لم يكن وكيلا في مجردا اجراء العقد لا ينتقل الى ورثته لان الخيار كان من أثر الوكالة المنتهية بموته.

(٢) ذكر قده حصول الفسخ بالفعل كحصوله بالقول و لعل هذا متسالم عليه بينهم في بابي الإجازة و الفسخ و حيث ذكروا في وجه حصول الإجازة بالفعل ظهوره فيها فيكون الأمر في الفسخ بالفعل كذلك و قد استظهر اعتبار الدلالة على الرضا و الإغماض عن الخيار من صحیحته على بن رثاب عن ابي عبد الله عليه السلام قال الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له ما الحدث قال ان لامس أو قبّل أو نظر منها الى ما يحرم عليه قبل الشراء فان ظاهر تعليقه عليه السلام سقوط الخيار بالحدث دلّته على الرضا.

و كذلك النبوي الوارد في خيار الحيوان ايضا و فيه قال رسول الله (ص) في رجل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٦

.....

□

اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد في الشرط قال يستخلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان فان ظاهره ايضا اعتبار الرضا في سقوط الخيار و استحلاف المشتري يحمل على سماع دعوى البائع عليه بأنه لعل أغمض عن خياره فيكون الدعوى بنحو التهمة أو يحمل على دعوى ان المشتري كان قد أغمض عن خياره قبل التلف.

و لو فرض ظهور صحیحته على بن رثاب في سقوط الخيار بكل فعل لا- يجوز ذلك الفعل لغير المالك و ان لم يكن له ظهور في إغماض الفاعل عن حقّ خياره و ان هذا السقوط تعبد بيقى اعتبار الظهور في ناحية كون الفعل فسحا بحاله ألا ان يدعى الإجماع على

عدم الفصل بين الإجازة و الفسخ و هذا الإجماع أى عدم الفصل و ان لم يكن بعيدا إلا انه يستفاد من أكثرهم اعتبار الدلالة على الرضا فى سقوط الخيار بالفعل بل كلماتهم فى المقام يعنى حصول الفسخ بالفعل ايضا كذلك.

قال العلامة فى التذكرة ان عرض ذو الخيار ما باعه للبيع ثانيا أو اذنه أو توكيله الآخر فى بيعه أو جعل المبيع المزبور رهنا لم يتم لعدم القبض و كذلك هبته مع عدم القبض فسخ كما أنها من المشتري الذى له الخيار اجازة لدلالاتها فيما إذا صدرت عن البائع الذى له الخيار على طلب المبيع و الإغماض عن الثمن و فيما إذا صدرت عن المشتري الذى له الخيار على استيفاء المبيع و الإغماض عن خياره.

أقول قد تقدم حصول الإنشاء بالفعل كحصوله بالقول و يعتبر فى الإنشاء الدلالة كان بالقول أو بالفعل و ظاهر صحيحة على بن رثاب بل و غيرها اعتبار إسقاط الخيار فى سقوطه و لا ينافى ذلك كون النظر إلى الأمة المشترية أو لمسها أو ثقيلها مسقطا تعديا كما لا يبعد كون مطلق أحداث الحدث فى الحيوان كذلك بان يسقط الخيار به و ان كان مع الغفلة عن الخيار أو مع اعتقاد انه يجوز لغير المالك ايضا.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٧

.....

و كيف ما كان فلا يستفاد من الروايات الواردة فى خيار الحيوان سقوطه بكل فعل لا يجوز لغير مالك الأمة مع عدم عدّه حدثا بل السقوط مع عدم عدّه حدثا ينحصر بما إذا كان بقصد الإغماض عن حق خياره كما ان عدّه فسحا فيما إذا كان بقصده.

ثم قال ره ان بعض التصرف من ذى الخيار فيما انتقل اليه مما يحرم على غير المالك و ان يستشكل فى دلالة على ارادة العقد و الإغماض عن الخيار إلا ان الأمر فى تصرف ذى الخيار بتلك التصرفات فيما انتقل عنه خالية عن الإشكال فى دلالتها على الفسخ لان المتصرف فيما انتقل عنه يكون غير مالك قبل التصرف فيكشف تصرفه عن إرادته الفسخ كما هو مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح أى الحلال وضعا أو تكليفا كركوبه الدابة التى باعها من غيره بخيار و كذلك إذا كانت تصرفاته فيما انتقل عنه غير جائزة وضعا مع عدم قصده الفسخ كهبته المال الذى باعه من آخر قبل ذلك بخيار أو بيعه من آخر بعد البيع المزبور أو إجارته المبيع أو تزويجه الأمة التى باعها قبل تزويجها بخيار ففى جميع ذلك يكون مقتضى حمل تصرفه الثانى على النافذ إرادته فسخ المعاملة التى كان له فيها الخيار.

لا يقال حمل فعل المسلم على الحلال فى الفرض الأول لا يثبت إرادته فسخ المعاملة الجارية على الدابة قبل ذلك كما ان الحمل على الصحة فى التصرفات المعاملية فيما انتقل عنه و أصالة عدم الفضولية فيها لا تثبت إرادته الفسخ على ما هو المقرر فى محلّه من عدم الاعتبار بمشبات الأصول و لو صلى و بعد صلاته شك فى صحتها لطهارته حال الصلاة يحكم بصحة صلاته و لكن عليه الوضوء للصلوات الآتية لأن أصالة الصحة فى الصلاة لا تثبت الوضوء و لو طلق زوجته بحضور شخصين و شك الآخر فى صحته طلاقه لعدتهما يحكم بصحته و لكن أصالة الصحة لا تثبت عدالتهما بان يجوز للشاك الاقتداء بهما فى الصلاة أو طلاق زوجته عندهما الى غير ذلك.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٨

.....

فإنه يقال كل من أصالة الصحة بمعنى حمل فعل المسلم على الصحة يعنى الحلال و حمل تصرفه على النافذ من قبيل الامارة فتثبت بها ارادة المتصرف فسخ المعاملة التى كان له حق الخيار فيها فإن الأول من ظهور فعل المسلم فى الحلال و الثانى من ظهور تصرف

المتصرف في كونه استقلالياً و عن نفسه لا عن الغير وكالهُ أو فضولاً.

بل لو كان أصالةً عدم قصد الفضوليةً أصلاً عملياً تكون حاكمةً على أصالةً عدم فسخ العقد لان احتمال عدم قصد الفسخ ناش عن احتمال قصد الفضوليةً و لكن الإنصاف عدم ترتب فسخ العقد على عدم قصد الفضوليةً في التصرف بل فسخه مترتب على قصده فقصد مع قصد التصرف فضولاً من المتضادين و نفى أحد الضدين لا يثبت الضد الآخر فيكون أصالةً عدم قصد الفضوليةً معارضةً بأصالةً عدم ارادة الفسخ و عدم الفسخ.

أقول لا ينبغي التأمل في أمرين: الأول حيث ان الفسخ و الإجازة من قبيل الإنشاءات فيحتاج كل منهما زائداً على قصدهما الى ابرازهما بمرز و إذا كان الفعل كالقول في ظهوره و لو بقريته المقام في- إرادة الفسخ أو الإجازة كفي في تحققهما.

الثاني: انه إذا صدر الفعل الظاهر و لو بحسب المقام في إرادة الفسخ أو الإمضاء عن ذي الخيار يعتبر هذا الظهور و يستكشف به ارادة الفاعل كما يؤخذ بظهور القول و حيث ان التصرف المعاملي من شخص ظاهر في كونه بالأصالة لا عن الغير وكالهُ أو فضولاً يكون تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بإجارته العين التي باعها من آخر بخيار أو هبتها و بيعها من آخر ثانياً ظاهراً في كونه بالأصالة و- يكشف عن إرادته الفسخ و هذا الظهور لا يدخل في الأصل العملي ليستشكل في اعتباره بالإضافة إلى إرادة الفسخ كما لا يخفى.

و اما إذا لم يكن للفعل ظهور في إرادة الفسخ أو الإمضاء و انما يحرم ذلك- الفعل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٨٩

.....

لغير المالك تكليفاً كركوب الدابة التي باعها فان دل نص أو تمّ إجماع على ان الفعل المزبور إجازةً أو فسخ حتى فيما إذا لم يكن الفاعل مريداً لهما فيؤخذ به كما قام الدليل على ذلك في الحدث من المشتري أو تقبيل الجارية المشتراة أو لمسها أو النظر الى مواضع التحريم لغير مالكها و كما في المطلقة الرجعية حيث دل النص على ان مثل تقبيل المطلقة رجوع في الطلاق.

و ان لم يقم على ذلك نصّ و لم يتم إجماع فيقع الكلام في الفعل المزبور في جهتين:

الاولى: هل يكون ذلك الفعل مع ارادة الفاعل الفسخ أو الإمضاء فسحاً أو اجازةً مع عدم ظهور الفعل في إرادتهما كما هو الفرض. الثانية، على تقدير تحقق الفسخ أو الإجازة به هل يكون صدوره عن ذي الخيار يعتبر في الفسخ و الإجازة و في كشف إرادته الفسخ و الإجازة.

اما الاولى فلا- يبعد الالتزام بتحقيق الإنشاء بالفعل المزبور في الإيقاعات التي لا يعتبر فيها إلا الإتيان بالمرز و لو بالإضافة إلى نفس الموقع كالإبراء و الاسقاط بخلاف ما يعتبر فيه الإبراز للغير كما في العقود حيث يعتبر فيها الإبراز بالإضافة إلى القابل ايضاً.

و اما الثانية فلا- يعتبر لعدم الظهور في الفعل كما هو الفرض الا مع قيام دليل في مورد كما ذكرنا فإن أصالة- الصحة بمعنى عدم صدور القبيح عن الفاعل لا تثبت شيئاً و أصالة الصحة بمعنى وقوع الفعل التام فجرانها في مورد يتوقف- على إحراز أن الفاعل قد قصد تحقيق الفعل و شك في الإتيان به تاماً أو ناقصاً بعد إحراز أصل الإتيان به كما لو شك في ان المصلي على الميت اتى بالصلاة تاماً أو فاسداً و اما إذا شك في أصل تحقق الصلاة من الغير فالأصل عدمها و على ذلك فلو شك في ان بايع الدابة بخيار هل فسخه بركوبها فالأصل عدم إرادته الفسخ كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٠

[مسألة و هل الفسخ يحصل بنفس التصرف]

و هل الفسخ يحصل بنفس التصرف (١).

(١) يقع الكلام في ان عند تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بتصرف موقوف على الملك هل يحصل الفسخ و عود الملك الى المتصرف بنفس ذلك التصرف سواء كان اعتبارياً كهبة ما باعه بخيار أو تصرفاً خارجياً كوطى الأمة التي باعها بخيار أو- يحصل الانفساخ سابقاً على التصرف بحيث يكون زمان عود الملك الى المتصرف متصلاً بزمان تصرفه.

و بتعبير آخر هل يكون التصرف موجبا للفسخ أو يكون كاشفاً عن سبق الانفساخ. و ذكر قده في وجه كون التصرف موجبا أمرين الأول: ان الفسخ الفعلي قسيم للفسخ القولى و كما ان الانفساخ يحصل بالفسخ القولى فلا بد من ان يكون التصرف- الفعلى فسحا يحصل به الانفساخ.

الثانى: اتفاق كلماتهم على ان الفسخ كالإجازة من قسم الإنشاء و لا يحصل الإنشاء بالنية فقط بل يعتبر فيه القول أو الفعل. و ذكر أيضاً في كون التصرف كاشفاً عن الانفساخ و سبق عود الملك الى المتصرف أمرين الأول: ما تقدم عن التذكرة و غيره في وجه كون التصرف فسحا هو حمل فعل المسلم على الصحة و انما يفيد الحمل على الصحة في كون الفعل حالاً ان يكشف عن سبق الملك على التصرف و الا كان الفعل في أول وقوعه حراماً.

الثانى: انه يستفاد من روايات خيار الحيوان ان رضا المشتري بشراء الحيوان بقاء يوجب سقوط خياره فمقتضى المقابلة بين الفسخ و الإجازة ان يحصل الفسخ أيضاً بكرهه ذى الخيار فيما إذا كشف الفعل الرضا أو الكراهة.

و يؤيد كون الرضا موجبا لسقوط الخيار ما ذكروا من انه لا تحصل الإجازة فيما إذا اطلع بايع الأمة بخيار على و طى المشتري و سكت معللين ذلك بان السكوت لا يكشف عن الرضا فان مقتضى التعليل ان يكون مسقط الخيار هو الرضا و صرح

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩١

و قد ذكر العلامة في بعض مواضع التذكرة (١).

الشيخ ره بأنه لو علم رضا البائع بوطنى المشتري سقط خياره.

و الحاصل انه يستفاد من كلماتهم ان الموجب لسقوط الخيار و انفساخ العقد رضا ذى الخيار بالعقد أو كراهته و لكن مع تقارنهما بما يدل عليهما و ما تقدم من الاتفاق على عدم حصول الإجازة و الفسخ بالرضا و الكراهة فمقتضاه عدم حصولهما بمجرد الرضا أو الكراهة و اما عدم حصولهما فيما إذا تقارنا بالفعل الكاشف فلا قائل بخلافه بل لا يكون فى الفعل إنشاء فإنه ليس شأن الفعل غير الكشف و الظهور و لكن أورد على هذا الوجه بان لازمه ان لا يحصل الفسخ بالقول ايضاً بنحو الإنشاء فإن القول ايضاً كالفعل مسبوق بالرضا بالعقد أو كراهته فيحصل الإجازة أو الفسخ بهما لا بالقول.

(١) و حاصله ان الالتزام بأن و طى الأمة المبيعه بخيار يتضمن الفسخ اما بالالتزام بحصول (الفسخ مع الوطى) أو قبله فيكون الوطى على الثانى حالاً.

ثم ان ظاهر التحرير حصول الفسخ بنفس الفعل و عليه فلا- يكون فسخ قبل الوطى فيكون الفعل فى أوله حراماً و هذا ظاهر كل من حكم بطلان عقد الواهب فيما إذ رجع عن هبته بذلك العقد فان العقد المزبور فى أوله لا يقع فى ملك و لا فرق فى هذا الحكم بين الرجوع فى الهبة و الفسخ بالخيار فلا يكون تصرف ذى الخيار صحيحاً مع فسخه السابق بذلك التصرف و لكن الشهيد فى الدروس مع توقفه عن الحكم فى الرجوع و الخيار حكم بصحة رهن ذى الخيار.

و على كل حال يترتب على القولين الحكم بصحة التصرفات لحصول الانفساخ بالقصد المقارن للتصرف و الحكم بطلانها لحصول

الانفساخ بالتصرف و لو بأول جزء منه.

و قد يذكر للمنع عن صحة ذلك التصرف كما عن بعض العامة بأن الشيء الواحد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٢

ان قلنا بان المستفاد من أدلة توقف البيع (١).

لا يحصل به شيان نظير التكبيرة ثانية بقصد الإحرام حيث يخرج بها عن الصلاة فلا يمكن الدخول بها في الصلاة. و أيضا ان صحة التصرف مع حصول الفسخ به دورى حيث ان بيع المتاع من آخر ثانيا يتوقف على كون بايعه مالكا فيكون البيع الثانى موقوفا على ملك المتاع الموقوف على الفسخ و المفروض ان الفسخ ايضا موقوف على البيع المزبور. و أجاب فى التذكرة عن الأول بأنه لا يتمتع حصول شيئين بشيء واحد و أجاب الشهيد ره عن الثانى بأن الدور معى و لعله لحصول الفسخ و البيع بإنشاء العاقد فيكون اتصاف التصرف بكونه فسحا و بكونه بيعا فى زمان واحد و بإنشاء العاقد. و أجاب فى الإيضاح عن الدور بان الفسخ يحصل بأول جزء من التصرف و قال فى باب الهبة بعد هذا فيبقى المحل قابلا لمجموع العقد اى يقع العقد مع تمامه فى الملك و أجيب عن الدور أيضا بأن بيع مال الغير مع تملك البائع ذلك المال عند تمام البيع كاف فى صحته.

(١) و حاصله انه على تقدير حصول الفسخ بالفعل سواء كان خارجيا أو اعتباريا فان كان الشرط فى صحته التصرف العقدى أو الإيقاعى وقوعهما بتمامها فى ملك المتصرف فاللازم الحكم بحصول الفسخ بذلك التصرف مع الحكم ببطلان نفس التصرف لان المعترف فى وقوعه صحيحا وقوعه بتمام اجزائه فى ملك الفاعل و المفروض عدم حصول هذا الشرط لان بعض العقد مما يتحقق به الفسخ يكون سابقا على عود الملك لا- محالة فكل جزء من العقد يفرض أنه الجزء الأخير من الفسخ فلا يكون عود الملك الى المتصرف قبل ذلك و الأ لزم تقدم المسبب على سببه.

لا- يقال نفرض عود الملك مع جزء لا- يقبل ذلك الجزء التجزى بحيث لا يكون قبله جزء ليقال أنه يحصل فى غير الملك فإنه يقال الجزء الذى لا يتجزى غير موجود فكل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٣

.....

جزء يفرض من العقد يكون قبله جزء ايضا وقع فى غير الملك بل لو فرض انتهاء العقد. بجزء لا يتجزء فغاية الأمر عود الملك مع الجزء زمانا و ان يتقدم الجزء على عوده رتبة و لكن هذا المقدار لا يكفى فى صحة العقد أو الإيقاع فإن المعترف فى صحتها سبق ملك المتصرف على تصرفه عقدا كان أو إيقاعا.

و اما إدخال التصرف فى المقام فى مسألة من باع شيئا ثم ملكه فغير صحيح لان تلك المسألة ما إذا باع المال من الغير ثم ملكه فيحتاج الحكم بالصحة إلى إجازة المتصرف ثانيا بل على تقدير عدم الحاجة إليها فيما إذا باع عن نفسه كالمغاصب فلازم ذلك الحكم ببطلان التصرف فيما كان إيقاعا كالعقود لعدم جريان الفضولية فى الإيقاعات.

نعم بناء على ان المعترف فى صحة التصرف وقوعه قبل تمامه فى الملك بحيث لا ينافى وقوع بعض العقد أو الإيقاع فى ملك الغير فيحكم بحصول الفسخ و صحة التصرف فان الممنوع وقوع التصرف الى تمامه فى ملك الغير فإنه الظاهر فى مثل قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك بل لا- يبعدان يقال ان المراد بالبيع كما هو ظاهره معناه الاسم المصدرى و ان البيع بهذا المعنى لا يقع فى ملك الغير فالنهي المزبور لا يعم ما يصير فيه المال قبل تمام البيع ملكا لبايعه و كذلك الأمر فى العتق و غيره مما تعلق النهى عنه به قبل الملك.

و يبقى الكلام في التصرف الذي من قبيل الفعل الخارجى كوطى الأمة المبيعة بخيار فان الفعل فى أوّله يقع محرما لا يقال إذا قام الدليل على جواز كل فسخ كما هو ظاهر مثل قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا و المسلمون عند شروطهم فيعم جواز الفسخ الفعل الذى لا يجوز لغير المالك و النتيجة عدم البأس بوطى البائع الأمة التى باعها بشرط الخيار فيما كان الوطى بقصد الفسخ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٤

.....

فإنه يقال مقتضى جواز كل فسخ كون جوازه وضعيا يعنى يحصل به الفسخ فلا تنافى حرمة الفعل الفسخى تكليفا بمقتضى مثل قوله سبحانه إِيَّا عَلِيٍّ أَرْوَاهُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ* و لو فرض قيام دليل على جواز الفسخ تكليفا نظير الرجوع فى المطلقة الرجعية بوطيها فلا بد من الالتزام بعود الملك كالزوجة الى الوطى ليقع الفعل فى ملكه نظير الجمع بين ما دل على حليته البيع و ما دل على ان الشخص لا يملك أحد عموديه بالالتزام بحصول الملك بالبيع انا ما بحيث ترتب عليه انعقاد الولد أو الوالد و كيف كان فالأظهر فى المقام ما ذكره المحقق و الشهيد الثانى من حصول الفسخ بالقصد المقارن للفعل و عليه فلا إشكال فى الفسخ بالفعل و جوازه تكليفا و وضعيا من غير فرق بين الاعتبارى و الخارجى.

و يظهر ذلك من الشيخ قده فى مبسوطه حيث ذكر فى بيع الصرف ان المتصرفين يجوز لهما التبايع ثانيا فى مجلس العقد و قال ان شروعهما فى البيع الثانى قطع لخيار المجلس و وجه الظهور ان حصول الملك عنده مشروط بانتهاء الخيار فلا بد من التزامه بسقوط الخيار فى البيع الأول و صيرورة المبيع ملكا للمشتري عند الشروع فى البيع الثانى ليجوز للمشتري له من يبعه ثانيا من بايعه.

نعم فى باب الهبة لم يصحح البيع الذى يحصل به الرجوع فى الهبة معللا عدم وقوعه فى ملك البائع انتهى.

أقول: يرد عليه ان اقتران ارادة الفسخ بالفعل لا يكون الا بالفعل فتحقق الاقتران و عود الملك الى المتصرف عنده يوجب ان لا يكون الفعل عند شروعه مصادفا لملك الفاعل و دعوى ان زمان الاقتران بعينه زمان عود الملك و انما- يتقدم الإرادة المقترنة بالفعل على عود الملك فى الرتبة لا- فى الزمان لا يمكن المساعدة عليها فإنه يجرى مثلها على القول- بحصول الفسخ بأول جزء من الفعل فان حصول الجزء من الفعل أى جزء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٥

.....

فرض منه يتقدم على عود الملك بالرتبة لا فى الزمان.

و ما ذكر قده من اعتبار سبق الملك على التصرف بالزمان قضاء لحق الظرفية ففيه ما لا يخفى فإنه لا يستفاد من أدلة اعتبار الملك فى البيع أو العتق أو الوطى إلا تحقق الملك عند كل من هذه الأفعال لا تقدمه عليها زمانا.

و لكن يلزم على القول بتحقيق الفسخ بالجزء الأول من الفعل أو بالقصد- المقارن ان يلتزم بحصول الفسخ بمجرد تحقق الجزء الأول و لو ندم المتصرف عن فسخه و ترك سائر أجزاء الفعل فإنه من قبيل الندم عن الشيء بعد حصوله فيبقى فى البين الالتزام بان ملك المتصرف معتبر فى البيع مثلا بمعناه المصدري أو انه يكفى حصوله و لو عند تمام العقد.

اما الأول فقد تقدم فى بحث البيع انه لا- اختلاف بين المعنى المصدري و المعنى الاسم المصدري إلا- بالاعتبار لا ان البيع بمعناه المصدري فعل و الاسم المصدري أثر يترتب عليه نظير ترتب الانعقاد على العتق مع ان قوله عليه السلام لا عتق فى- ملك غير كونه لا انعقاد إلا فى ملك.

و اما الثانى ففيه انه خلاف ظاهر الظرفية فى مثل قوله لا عتق إلا فى ملك حيث ان ظاهرها وقوع التصرف من أوله فى الملك كما فى

قوله لا علم إلا في الجوع ولا عيش إلا في الحضر ولا صلاة إلا في السائر وغير ذلك.

فيبقى الكلام في ان مع الفسخ بالفعل يقترن التصرف من اوله بالملك أم لا؟

و دعوى ان المراد بالملك هي السلطنة و التمكّن لا- ملك الرقبة و المعتبر في جواز الوطى سلطنة الواطى و لذا يجوز مع التحليل و التزويج يدفعها ان ما ذكر خلاف الظاهر في أدلة اعتبار الملك في العتق و نحوه بل الوطى بملك اليمين ظاهره حصول السلطنة بملك الرقبة زمان التصرف و الوطى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٦

.....

و على ذلك فنقول اما الفسخ بالتصرفات الاعتبارية فلا إشكال في كونها فسحا و محكومة بالصحة مع تمام سائر شرائطها و الوجه في ذلك ان الفسخ كالإجازة و ان يكون من الأمور الإنشائية في اعتبار العقلاء و لذا يحصل سقوط الخيار بالإسقاط و لو لم يكن- إسقاطه بطيب النفس بل استحياء أو خجلا.

و بتعبير آخر إسقاط الخيار من قبيل إبراز الرضا المعاملى ببقاء العقد و عدم حلّه- الا ان الإنشاء و المنشأ ليس من قبيل الأسباب و المسببات بان يكون المنشأ أثرا و الإنشاء مؤثرا ليقال ان الأثر و ان يقارن المؤثر زمانا و انما يتقدم المؤثر على الأثر بالرتبة و لكن هذا بالبرهان العقلى و أهل العرف يرون للأثر تأخرا زمانيا في الجملة و العبرة- في الأحكام الشرعية بنظر العرف لا بالتدقيق العقلى الناشى من البرهان بل المنشأ أمر يعتبره صاحب الإنشاء قبل إنشائه و الإنشاء عبارة عن إبرازه بقصد ان يتم العنوان الإنشائى فالمعتبر إبرازه بقصد تحقق ذلك العنوان عين وجود ذلك العنوان الذى يرد عليه الإمضاء و الحكم من العقلاء و الشرع.

و على ذلك فكما ان الإجازة في بيع الفضولى اعتباره بنحو الكشف الحكمى حيث ان العاقد الفضولى يعتبر ملكية المبيع المشتري من حين العقد فالمالك المجيز هذه الملكية و لو بعد مدة و الشارع يمضى الإجازة المزبورة فيحكم حين الإجازة بأن المبيع ملك للمشتري من حين ذلك العقد كذلك فيما نحن فيه فأن المتصرف يعتبر انحلال العقد قبل اعتباره ملكية المبيع لثالث و إذا أبرز المعتبرين بمبرز واحد يتحقق الفسخ من حين تحقق المبرز بالكسر و لكن معنى تحققه انحلال- العقد قبل اعتبار ملكية المال لثالث لانه المعتبر في نفس المتصرف فيثبت بإمضاء الفسخ موضوع إمضاء التصرف حيث يحكم بوقوعه في الملك و العمدة شمول دليل الإمضاء لذلك الفسخ حيث يستفاد ذلك قبل الإجماع من إطلاق دليل الخيارات الشرعية و المشروطة أى المؤمنون عند

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٧

.....

شروطهم.

و الحاصل ان هذا يدخل في الكشف الحكمى و يفيد في صحة التصرفات الاعتبارية لا في حلية الفعل الخارجى حيث لا- يستفاد من دليل إمضاء كل فسخ حلية ذلك الفسخ تكليفا كما هو ظاهر بل حلية الفعل الخارجى مبنية على انصراف أدلة التحريم عن ذلك الفعل أو قيام دليل على جهة أخرى تحل بها الفعل كالوطى في عدة المطلقة الرجعية حيث ان ظاهر الأدلة عدم زوال الزوجية إلا بانقضاء العدة في مورد الطلاق الرجعى و الحاصل ان الكشف الحكمى بالإضافة إلى الأحكام التكليفية غير معقول كما أوضحناه في بيع الفضولى.

و دعوى ان الفعل الخارجى كالتصرف الاعتبارى بنفسه مصداق للفسخ فيجوز بجواز الفسخ تكليفا و وضعاً لا يمكن المساعدة عليها فإنه ان أريد ان الفعل الخارجى بلا قصد إلغاء العقد مصداق للفسخ فيدفعه ان الفسخ- كالأمضاء من الأمور الإنشائية و القصد فيها

مقوم و لا يقاس بالوطى فى عدة المطلقة الرجعية فإن جواز الوطى و غيره من الاستمتاعات تكليفا لكون المطلقة الرجعية زوجة تنقضى تلك الزوجية بانقضاء العدة و تمام الطلاق و اما كونه كسائر الاستمتاعات رجوعا و ان لم يقصد بها الرجوع فلما أشرنا الى ذلك سابقا من استفادة ذلك من النص.

و ان أريد أن الفعل الخارجى مع قصد إلغاء العقد فى نفسه فسخ لا ان الفسخ مسبب منه فهو صحيح كما ذكرنا الا ان كونه فسحا مقتضاه جوازه وضعلا لا تكليفا فإنه لا يستفاد من أدلة الخيار و أدلة جواز الشروط الا نفوذ الفسخ لا جواز كل فسخ تكليفا لو بنى على دلالتها على جواز كل فسخ تكليفا يكون مقتضى الجمع بينهما و بين ما دل على وجوب حفظ الفرج الا عن الزوجة أو ملك اليمين عدم جواز الفسخ تكليفا فيما إذا كان بمثل الوطى فى غير ملك اليمين فى ابتدائه خصوصا إذا كان الفسخ بخيار
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٨

[فرع لو اشترى عبدا بجارية]

فرع لو اشترى عبدا بجارية (١).

الشرط حيث ان الشرط لا يكون مشرعا لما لا يجوز تكليفا أو وضعلا اللهم الا ان يقال بانصراف دليل التحريم عن مثل هذا الفرض. فتلخص عما ذكرنا ان التصرف الخارجى أو الاعتبارى يكون فسحا و يباع ثانيا أو هبة أو رهنا و نحو ذلك و يحكم بحصول الفسخ و التصرف و لو كان من شرط التصرف ملك المال من حين وقوع التصرف.
و دعوى أن الشئيين لا يحصلان بشىء واحد نظير التكبيرة الثانية حيث لا تكون خروجا عن الصلاة و دخولا فى الأخرى قد عرفت جوابها من كلام العلامة (ره) من انه لا مانع عن حصول شىء بشىء منضمما الى قصده أو بدونه و ان يكون ذلك الشىء منضمما الى قصد آخر شيئا آخر و عدم كون التكبيرة الثانية دخولا فى الصلاة و ان قصدها المصلى لعدم جوازها تكليفا لكونها قطعاً للصلاة التى- شرع فيها و المحرم لا- يصلح لكونها عبادة لأن القطع عين الإتيان بالقاطع و المبطل خارجا كما ان الإفطار عين الإتيان بالمفطر لا ان الإتيان بالقاطع أمر و القطع أمر آخر و المحرم هو الثانى دون الأول.

(١) و ليعلم ان الحكم لا- يختص بشراء العبد بالجارية و عتقهما بل يجرى فيما إذا وقعت المعاوضة بين المالكين بخيار و تصرف- المشتري فى كلا المالكين بتصرفين متنافيين فى زمان واحد بالمباشرة أو بالتوكيل كما إذا اشترى كتابا بفراش و وهبهما من ثالث. و كيف كان ففى الفرع صور: الاولى، ما إذا كان الخيار للمشتري خاصة و يقال فيها بانعتاق الجارية دون العبد لان عتق الجارية فسخ للشراء و عتق العبد اجازة له و كلما دار الأمر فى المعاملة بين فسحها و إمضائها يقدم فسحها. و فيه ان تقديم الفسخ على الإجازة يختص بما إذا كان الخيار المستقل لمتعدد حيث ان اجازة المجيز معناها إسقاط خياره فكفى فى انفساخ المعاملة فسخ الآخر و اما إذا كان الفسخ و الإمضاء بالخيار للواحد سواء كان المباشر بهما نفس ذى الخيار أو وكيله فان وقعا فى زمان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٤٩٩

.....

واحد فلا موجب لتقديم الفسخ على الإجازة بل الموجب لتقديم أحدهما سبقه على الآخر زمانا. و قد يقال بتقديم عتق العبد فان العبد ملك للمعتق بالكسر فى زمان عتقه فينتعق بخلاف الجارية فإن صيرورتها ملكا للمعتق بالكسر موقوف على انفساخ المعاملة بعقدها و المفروض عدم حصوله لعدم كون عتقها إنشاء الفسخ مع اقترانه بعقدها و لا أقل من الشك

فيكون مقتضى الأصل بقاء العقد و استمراره.

أقول: لا ينبغي الريب في الفرض في بطلان كلا العتقين لعدم المعين في البين نظير تزويج الام و البنت دفعة واحدة بلا فرق بين صدور نكاحهما عن شخص واحد أو صدورهما عنه و عن و كيله في زمان واحد.

و على الجملة بما ان عتق كل من العبد و الجارية أمر جائز للمشتري و لكن لا يمكن الجمع بينهما يكون كتزويج الام و البنت دفعة واحدة نعم الظاهر الحكم بالصحة بالإضافة الى العبد فيما إذا لم يقصد في عتقهما انحلال الشراء السابق كما إذا انسى شراء العبد بالجارية و تخيلهما ملكه فعلا فأعتقهما و لكن هذا الفرض خارج عن مفروض كلامهم و في مفروض كلامهم يحكم ببطلان العتقين و بقاء الخيار لعدم ثبوت المسقط.

لا يقال: مع قصده انحلال الشراء بعق الجارية بحكم بانحلال الشراء مع فساد العتقين لان عدم إمضاء عتق الجارية و العبد لعدم إمكان كونها معا ملكه في زمان واحد و صحة العتقين تتوقف على كونهما معا في ملكه في زمان واحد و ترجيح أحدهما بلا معين. فإنه يقال: إنشاء عتق العبد يمنع عن كون إنشاء عتق الجارية إبرازا للانحلال فان عتق العبد احداث حدث في المشتري بانفساخ زمان- خيار الحيوان أو خيار الشرط فيكون اجازة للشراء و إذا لم يحرز الفسخ يحكم ببقاء الشراء بل ببقاء الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٠

[مسألة من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار]

إشارة

من أحكام الخيار عدم جواز تصرف غير ذي الخيار (١).

الصورة الثانية: ما إذا كان عتق العبد و الجارية مع الخيار للبائع فقط ففي الفرض يحكم بانعتاق العبد بناء على جواز تصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه كما يحكم ببطلان عتق الجارية لوقوعه في غير ملكه و لا يفيد إجازة البائع لعدم جريان الفضولية في العتق. الصورة الثالثة: ما إذا كان الخيار لهما و على ذلك فعق المشتري بالإضافة الى العبد غير صحيح بناء على تعلق حق البائع به فيكون عتقه تصرفا في حق الغير فيبطل و اما عتق الجارية فيصح فيكون عتقهما فسخا و لو أجاز البائع عتق العبد بعد ذلك فيكون أجازته إسقاطا لخياره فيكون من تقديم الفسخ على الإجازة نعم لو قلنا بجواز تصرف- المشتري في العبد بالعتق فيكون الفرض كالفرض الأول في بطلان العتقين و بقاء العقد و الخيار.

(١) يقع الكلام في المقام في جواز التصرف من عليه الخيار فيما انتقل اليه بتصرف يمنع عن رد العين على من له الخيار على تقدير فسخه و لو قيل بعدم حصول النقل و الانتقال الا بانقضاء الخيار كما عن الشيخ و ابن سعيد في جامع الشرائع يكون عدم جواز تصرف كل من المتعاقدين فيما وصل اليه من صاحبه على القاعدة سواء كان التصرف متلقا أو ناقلا أو لم يمنع عن رد العين كركوب الدابة. و انما الكلام في عدم الجواز على القول بحصول النقل و الانتقال من حين تمام العقد كما عليه المشهور و قد ينسب عدم الجواز إلى العلامة في القواعد و المحقق و الشهيد الثانيين بل في مفتاح الكرامة في مسألة عدم انتقال حق الرجوع عن الواهب الى ورثته ان خيار البائع يمنع المشتري عن تصرفه في المبيع مع كون التصرف متلقا أو ناقلا عند الأكثر.

و عن جماعة عدم وجوب الزكاة على مشتري النصاب فيما- كان لبائعه خيار الفسخ

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠١

و يمكن ان يقال ان قول الشيخ و من تبعه (١).

و ان انقضى من حين الشراء حولا كاملا لان من شرطا الزكاة كون مالك النصاب متمكنا على التصرف فى تمام الحول و المشتري فى الفرض لا يجوز له التصرف فى النصاب المزبور ما دام للبائع خيار الفسخ.
و لكن عن الشرائع انه يجوز لمشتري العين رهنها عند آخر زمان الخيار سواء كان الخيار للبائع أوله أو لكليهما و كذا ذكر فى مسألة شراء النصاب مع الخيار لبائعه و جوب الزكاة على المشتري بانقضاء حول الشراء و ان استشكل عليه فى المسالك فى كل من- المسألتين بحيث يظهر منه ان المحقق ايضا ملتزم بمنشاء الاشكال و ان التصرف ينافى حق استرداد العين للبائع و كذا يظهر جواز التصرف عن رهن القواعد بل عن صريح العلامة فى التذكرة فى باب الصرف و ايضا يظهر الجواز عن الشهيد ره فى الدروس حيث ذكر- فى باب الصرف انه يجوز لأحد المتصارفين فى مجلس العقد بيع ما قبضه من شخص ثالث و لا يمنع خيار المجلس الثابت لصاحبه عن جواز البيع الثانى لأن حق الخيار لصاحبه يبقى و يكون له على تقدير الفسخ استرداد مثل المقبوض و ايضا ذكر الشهيد ره فى اللمعة انه يجوز لمشتري العين رهنها و لو مع الخيار للبائع و ظاهره جواز الرهن و جعلها وثيقة للدين عليه لثالث و لكن حمله فى الشهيد الثانى فى الشرح على ما كان الثمن دينا على المشتري و جعل العين المبيعة رهنا على ذلك الثمن و هذا الحمل تكلف فإنه لم يفرض الشهيد قده كون الثمن دينا عليه.

(١) و حاصله ان منع الشيخ و ابن سعيد (قدس سرهما) عن تصرف من عليه الخيار فيما وصل اليه ليس لأجل عدم حصول الملك الى انقضاء الخيار بحيث لو قال- بحصول الملك من حين العقد لالترما بجواز التصرف الناقل أو المتلف و الوجه فى ذلك انه قد علل الشيخ (قده) عدم جواز بيع أحد المتصارفين ما قبضه من ثالث فى مجلس العقد بان البيع المزبور مانع عن خيار صاحبه و لو كان عدم الجواز متفرعا على عدم الملك لكان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٢

.....

المتعين ان يعلل عدم الجواز بعدم صيرورة ما قبضه ملكا لبائعه.

و يظهر عدم كون منعها متفرعا على عدم حصول الملك بالعقد عن الشهيد (قده) فى مسألة حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار و ان انقضاء الخيار يعتبر بنحو الكشف أو بنحو النقل و ذلك فإنه ذكر فى وجه حصول الملك بالعقد انه الناقل و ثبوت الخيار للاستدراك و الاستدراك لا ينافى حصول الملك بالعقد.

و ذكر فى وجه حصول الملك بانقضاء الخيار ان الغرض من الملك هو التصرف و التصرف ممتنع زمان الخيار و ظاهر هذا الكلام ان عدم جواز التصرف زمان الخيار متسالم عليه عند القائلين بحصول الملك بالعقد و القائلين بحصوله بانقضاء الخيار.

اللهم الا- ان يقال ان المراد من التصرف الذى تسالم عليه القائل بحصول الملك بالعقد و القائل بحصوله بانقضاء الخيار على عدم جوازه، هو التصرف الذى يكون نافذا بحيث لا يكون فى معرض الانحلال و لا فى معرض الضمان بان لا يبطل ذلك التصرف بفسخ ذى الخيار و لا- يكون لذى الخيار الرجوع الى بدل المال الذى أتلفه من عليه الخيار أو نقله الى ثالث فلا ينافى التسالم على ذلك الالتزام بجواز تصرف من عليه الخيار بحيث يبطل مع فسخ من له الخيار أو يرجع من له الخيار الى بدله.

و كون المراد من التصرف الممنوع عند القائلين بالقولين ما ذكر خلاف ظاهر كلام الدروس فى بيان مدرك القول بحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار حيث ان ظاهره ان التصرف ممتنع اى غير جائز لانه غير نافذ على حدّ الملك اللازم الا انه يقرب احتمال كون المراد التصرف النافذ قوله بعد أسطر من بيان مدرك حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار ان فى جواز تصرف كل منهما مع

اشتراك الخيار وجهين و وجه التقريب ان حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار يجرى في الخيار المشترك و المختص كما يأتي و الاستدلال على الحصول بانقضاء الخيار بامتناع
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٣
ثم ان الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره (١).

التصرف. لا بد من كونه المتسالم عليه في الخيار المختص و المشترك فذكر الوجهين في جواز التصرف في الخيار المشترك يلزمه ان يكون المراد بالجواز غير امتناع التصرف المذكور في مبنى حصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار بان يكون الامتناع بمعنى عدم النفوذ المتسالم عليه و بمعنى عدم الصحة المختلف فيه.

(١) قد يقال بان من عليه الخيار يجوز له عتق العبد بمعنى ان عتق العبد الذي اشتراه بخيار بايعه صحيح دون سائر التصرفات لبناء العتق على التغليب. و فيه ان معنى التغليب تقديم العتق على غيره مع جواز كل منهما.

و قد يقال بأن إتلاف من عليه الخيار العين المنتقلة إليه غير جائز و اما التصرفات الاعتبارية الناقلة فلا بأس بها و لكن التزم هذا القائل بأنه مع فسخ ذى الخيار تنحل تلك التصرفات الصادرة عن من عليه الخيار من حين الفسخ أو من أصلها و لعل مبنى ذلك ان التصرفات الاعتبارية لانحلالها بفسخ البيع لا تمنع عن استرداد ذى الخيار عين المال بخلاف الإتلاف فلا يكون تفصيلا في - التصرفات المانعة عن رد العين كما لا يخفى.

و كيف ما كان فيستدل على عدم جواز التصرف المتلف أو الناقل بان الخيار و ان يتعلق بالعقد حيث انه السلطنة على فسخ العقد الا ان- تعلق العقد بالعوضين مقتضاه تعلق الحق بالأخره بالعين المنتقلة عن ذى الخيار بان يكون له حق استرجاعها الى ملكه ثانيا فلا يجوز للآخر التصرف في تلك العين بما يمنع عن الاسترجاع سواء كان بإتلافها أو نقلها الى ثالث.

لا يقال لو كان الحق متعلقا بالعين لانتهى بتلف العين بنفسها مع ان لذي الخيار الفسخ بعد التلف و الرجوع ببدلها.

فإنه يقال: لا تلازم بين عدم جواز الإتلاف أو النقل لتعلق الحق بالعين ابتداء و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٤

فان الثابت من خيار الفسخ (١).

بين التعلق ببدلها على تقدير تلفها نظير ما ارتهن العين فإنه لو تلف العين لتعلق حق الرهن ببدلها مع انه لا يجوز في الفرض للراهن إتلاف العين المرهونة و الى ذلك يرجع ما في الإيضاح من عدم جواز عتق العبد المشتري بخيار البائع لأنه يجب صيانته حق ذى الخيار في العين المعينة.

و يؤيد تعلق حق ذى الخيار بالعين ما تسالموا عليه من انه لو تصرف من عليه الخيار في العين المنتقلة اليه و اجازته من له الخيار سقط خياره و الوجه في التأيد انه لو لم يتعلق حقه بالعين لما كانت اجازة التصرف إسقاطا للخيار حيث لا منافاة بين صحة التصرف المزبور و فسخ العقد كما لا يخفى.

(١) الثابت من أدلة الخيار جواز فسخ العقد بنحو الحق سواء كانت العين المنتقلة عن ذى الخيار تالفة أو باقية فان قوله (ع) و مشتري الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام مع ملاحظة ان الحدث في الحيوان مسقط لخيار المشتري مقتضاه جواز فسخ - المشتري في ثلاثة أيام سواء كان الثمن بيد بايعه باقيا أو تالفا و كذلك قوله عليه السلام من اشترى ما به عين و عوار إلخ مقتضاه جواز فسخ شراء المعيب مع بقاءه سواء كان ثمنه باقيا بيد بايعه أو تالفا بل يثبت هذا الإطلاق في روايات خيار المجلس أيضا فإن مقتضاها انه يجوز لبائع الشيء قبل الافتراق فسخ ذلك البيع و لو باع مشتريه ذلك المتاع في مجلس العقد من آخر و على ذلك فلا دلالة في أدلة الخيارات الشرعية

التأسيسية على ان من عليه الخيار يجب عليه إبقاء ما انتقل اليه ما دام لصاحبه خيار بل مقتضى ما دل على سلطنة المالك على ماله جواز التصرف له كان التصرف خارجيا أو اعتباريا.

و الحاصل ان ثبوت الحق لمن له فسخ العقد لا- يمنع من عليه الخيار عن التصرف في العين المنتقلة إليه كما ان ثبوت حق الشفعة للشفيع لا يلزم منع مشتري الحصه عن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٥

.....

التصرف في الحصه المزبوره.

لا يقال: الأخذ بالشفعة لا يوجب انحلال بيع تلك الحصه حيث ان الأخذ بالشفعة مبادله أخرى بين مشتري الحصه و بين الشفيع و ان الشفيع بالأخذ بالشفعة يملك تلك الحصه بإزاء مثل الثمن في الشراء بخلاف خيار الفسخ فان بالفسخ ينحل الشراء.

فإنه يقال: الكلام في تصرف من عليه الخيار و تصرف من عليه الشفعة و نقول كما ان حق الشفعة لا يمنع عن جواز تصرف من - عليه الشفعة و لا يكون حق الشفعة حقا في تلك الحصه المبيعه بل الحق متعلق بملكها بمساو الثمن كذلك حق الخيار لا يوجب الحق في العين المنتقلة الى من عليه الخيار بل جواز تصرف من عليه الشفعة أشكال لأذن تصرفه في معرض الانحلال بلا خلاف فإنه لو باع مشتري الحصه تلك الحصه من آخر يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة من شراء ذلك الآخر و الأخذ بالشفعة من الشراء الأول فإن أخذ بها من الشراء الأول ينحل البيع الثاني بلا خلاف بخلاف خيار الفسخ فإن المشتري لو باع العين من آخر و فسخ البائع البيع بخياره فقد يأتي عدم انحلال البيع الثاني و ان البائع بعد فسخه يرجع الى بدل العين مثلا أو قيمة.

لا يقال: تعلق حق الرهانه بالعين المرهونه يمنع الراهن عن التصرف في تلك العين فلم لا يكون الخيار مثله.

فإنه يقال: قد تقدم ان الخيار حق يتعلق بالفسخ بخلاف حق الرهانه فإنه يتعلق بالعين المرهونه. مع ان حق الرهانه في نفسه يمنع الراهن عن التصرف في العين المرهونه حيث ان الرهن في الحقيقة وثيقة للدين و مع جواز الإتلاف لا يتحقق الوثاقه و لذا- ذكروا انه لا يجوز للراهن و المرتهن التصرف في العين المرهونه كان التصرف متلفا أو ناقلا أو غيرهما.

و لكن ذكرنا في شرائط العوضين انه و ان لا يجوز للراهن إتلاف العين المرهونه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٦

و اما الخيارات المجعولة بالشرط (١).

حيث ان الإتلاف ينافي كون العين وثيقة للدين الا انه لا بأس- بالتصرفات الناقلة فضلا عن غيرها فان العين تنتقل الى الثالث كما هي من تعلق حق الرهانه بها.

و ما ذكروا من سقوط الخيار بإذن ذي الخيار في التصرف المتلف أو الناقل فلا يدل على تعلق الخيار بالعين بل لأن الإذن المزبور كاشف بكشف نوعي عن إغماض ذي الخيار عن فسخ البيع و الرضا ببقائه فيدخل في الإسقاط من هذه الجهة لا لأن الإذن فيه ينافي بقاء الخيار عقلا كما لا يخفى.

(١) ذكر (قده) ان الحكمه في ثبوت الخيار شرعا إبقاء السلطنة على استرداد العين و لذا لا ينافي الخيار الشرعي تصرف من عليه الخيار في العين المنتقلة إليه بخلاف الخيار المجعول باشتراط المتعاقدين فإن السلطنة المزبوره علة لجعل الخيار باشتراطهما و بقاء الخيار المجعول حتى مع تصرف من عليه الخيار إتلافا أو نقلا و ان كان ممكنا لأن السلطنة على الاسترداد علة لجعله لا للخيار المجعول- الا انه يقتضى ان لا يجوز لمن عليه الخيار الإتلاف أو النقل.

أقول: كون الغاية من جعل الخيار التمكّن على استرداد العين لا يجرى في جميع الخيارات المشروطة فضلا عن التأسيسية الشرعية بل الغرض من جعلها تمكّن من له الخيار على تدارك ما فات عنه سواء كانت الفئات مالا أو عرضا و كيف يمكن ان يكون الغرض من جعل الخيار استرداد العين في موارد اشتراطه للمشتري مع انه لا- غرض للمشتري غالبا في عين الثمن بل الأمر في البائع أيضا كذلك فيما كان غرضه من البيع الاسترباح.

نعم ما ذكر غاية في بيع الخيار لذا يكون- اشتراطه إبقاء العين فيه ارتكازيا فلا يجوز لمن عليه الخيار إتلافه أو نقله عملا لما اشترط عليه من التحفظ على العين في مدة الخيار.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٧

.....

لا يقال: ثبوت الخيار لأحد المتعاقدين يمنع من عليه الخيار عن التصرف فيما انتقل اليه سواء كان التصرف المزبور متلفا للعين أو ناقلا وذلك فان مع فسخ ذى الخيار و انحلال البيع تعود- تلك العين الى ملك الفاسخ كى يصح ضمانها مثلا أو قيمة و مع التصرف المتلف كالعق أو الناقل كبيع العين من ثالث لا- يمكن العود فان عودها يستلزم كون العبد معتقا و مملوكا للبائع الفاسخ في زمان واحد أو كونه مملوكا له و للثالث مع التصرف الناقل و لا يمكن الالتزام بانحلال العتق أو الشراء الثانى بانحلال البيع الأول من الأصل أو من زمان وقوع فسخ البيع الأول فإن لازم ذلك وقوع العتق أو الشراء الثانى مراعى أو مترلزلا و لا يصح شىء منهما.

فإنه يقال: لا منافاة بين الخيار و نفوذ التصرف المتلف أو الناقل و لا موجب للالتزام بانحلال التصرف المتلف أو الناقل لا من أصلهما أو من حين فسخ البيع الأول و الوجه في ذلك يظهر بملاحظة التلف الحقيقى للعين بيد من عليه الخيار فان معنى عود التالف الى ملك الفاسخ اعتبار تلك العين عند تلفها ملكا للفاسخ بمعنى ان تلفها وقع في ملكه مع كون العين بيد الغير لا أن العين بعد تلفها عادت الى ملك الفاسخ فان العود كذلك لا يوجب ضمان ذى الخيار.

و على ذلك فالعتق عنم عليه الخيار لوقوعه في ملكه يكون نافذا فيحسب بعد فسخ ذى الخيار إتلافا واقعا في ملك الفاسخ و كذلك- الشراء الثانى فإنه بعد فسخ ذى الخيار يحسب عند بيعها من ثالث إتلافا واقعا في ملك الفاسخ فيكون ضمانها على من أتلّفها و لا وجه لانحلال العتق لا من الأصل و لا من حين الفسخ و كذا الشراء الثانى لكون كل من العتق و البيع الثانى في زمان وقوعه واجدا لتتمام ما يعتبر في صحته و لزومه و قد شملهما خطاب النفوذ و دليل حلّ البيع و وجوب الوفاء بالعقود.

و مما ذكر يظهر الحال فيما إذا وقع المعاوضة بين العينين و تصرف من انتقل اليه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٨

ثم ان المتيقن من زمان الخيار (١).

احدى العينين فيها بتصرف متلف أو ناقل ثم تلفت العين الأخرى قبل قبضها فإنه يصح التصرف الناقل أو المتلف لوقوع كل منهما في ملك المتصرف فيعمه دليل النفوذ و خطاب الصحة بناء على ما هو الصحيح من ان التلف قبل القبض يوجب انحلال البيع من حين التلف لا من أصله لأن اشتراط القبض يختص ببيع السلم و التقابض ببيع الصرف و ما دل على ضمان البائع التلف قبل القبض لا يستفاد منه إلا- الانحلال من حين التلف.

و مما ذكرنا من ان التصرف الناقل عنم عليه الخيار يعتبر حين الفسخ إتلافا لمال الغير فينتقل الى- الضمان بالمثل أو القيمة يظهر عدم الفرق بين الناقل اللازم أو الجائر و انه ليس لذى الخيار فسخ ذلك الناقل الجائر لأنه أجنبي عن ذلك التصرف و لا إيجاب على من عليه الخيار بفسخه بل ليس لذى الخيار إلزام من عليه الخيار بدفع العين لو رجعت اليه بناقل آخر بل بفسخ ذلك الناقل الجائر أيضا

اللهم الا- ان يقال ان النقل للجائز انما يحسب إتلافا فيما إذا لم ترجع العين الى ملك من عليه الخيار بفسخ الناقل الجائز و الا فلا إتلاف في اعتبار العقلاء و الله سبحانه هو العالم.

(١) لا- يخفى انه لو كان المانع عن جواز تصرف من عليه الخيار تعلق الحق بالعين المنتقلة إليه لجاز له التصرف في تلك العين قبل زمان ثبوت الخيار كما لو قيل بان خيار الغبن بعد ظهور الغبن و ان خيار العيب بعد ظهور العيب لان الموجب لتعلق الحق بالعين و هو الخيار لم يحصل.

و اما لو قيل بان المانع عن صحة التصرف و نفوذه ان التصرف المزبور ينافي ثبوت الخيار فلا فرق بين التصرف قبل زمان فعلية الخيار و التصرف قبله فان مع كل من التصرفين لا يحصل الفسخ و يلزم كون العبد معتقا و مملوكا أو مملوكا- للفاسخ و للثالث فتدبر.
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٠٩

[فروعان]

[الأول لو منعا من التصرف]

لو منعا من التصرف (١).

[الثاني هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار]

هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار (٢).

(١) لو بنى على من عليه الخيار لا يجوز له التصرف المتلف أو الناقل فهل يمنع عن تصرف كانت العين معه في معرض عدم- إمكان الرد على ذى الخيار بفسخه كوطى الأمة مع الإنزال في رحمها حيث يمكن كون الأمة مستولدة به.

أقول: مع عدم العلم و الاطمئنان بالاستيلاء فالأصل جوازه أخذًا بأصالة الحلية و اما مع العلم أو الاطمئنان فلا يبعد عدم الجواز لكونه منعا عن رد الأمة التي تعلق بها حق ذى الخيار و عدم إمكان صيرورتها ملكا للفاسخ مع كونها ملكا للواطى على ما تقدم من ان المانع عن التصرف تعلق حق ذى الخيار بالعين أو تنافى التصرف مع الخيار.

(٢) و حاصل ما ذكره في المقام ان من عليه الخيار لو آجر العين التي اشتراها بخيار بائعها فهل تصح تلك الإجارة بحيث لو فسخ ذو الخيار البيع لعادت العين إليه مسلوبة المنفعة أم لا- يصح تلك الإجارة لاستلزامها ان لا يجوز للبائع بعد فسخه أخذ العين من يد مستأجرها مدة الإجارة فتكون الإجارة منافية لحق الخيار على ما تقدم. نعم لو استأجر العين بائعها من مشتريها أو آجرها مشتريها لآخر باذن- بائعها فلا تبطل الإجارة بفسخ البائع بل تعود العين إليه مسلوبة المنفعة.

و الوجه في عدم بطلان الإجارة ان من عليه الخيار يملك منفعة العين تبعا لملك العين بملكيته مطلقه فله استيفاء تلك المنفعة باستئجار العين و إذا فسخ بائعها يرجع العين الى ملكه مسلوبة المنفعة كما إذا آجر العين مالكةا ثم باعها من آخر فان مشتريها يملك العين مسلوبة المنفعة على ما هو المقرر في محله.

و لا يقاس بما إذا آجر البطن الأول العين الموقوفة إلى مدة ثم انقضوا قبل انقضاء تلك المدة فإنه تبطل الإجارة بالإضافة إلى المدة الباقية بمعنى انها فضولية تحتاج إلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٠

إجازة البطن الثاني و الوجه في عدم القياس ان البطن الأول لا يملك العين و لا منفعتها بملكية مطلقه بل ما دام حياتهم و البطن الثاني لا- يتلقى الملك منهم بالوراثة و نحوها ليقال بان العين تنتقل إليهم مسلوبة المنفعة بل الملكية مجعولة لكل بطن من الواقف مدة حياتهم على ما تقدم في بحث عدم جواز بيع الوقف. بخلاف المقام فإن مشتري العين يملك العين بملكية مطلقه و تتبعها ملكية منافعتها و إذا استوفى المنافع بالإجارة و نحوها لعادت العين الى الفاسخ مسلوبة المنفعة.

لا- يقال: انما لا- تبطل الإجارة بتملك العين فيما إذا كان تملكها بتمليك أو مملك جديد كما فيها آجر العين مالكةا ثم باعها من ثالث و اما إذا كان تملكها بزوال السبب الذي كانت العين بذلك السبب ملكا لآخر كما في تملك بائعها بفسخ بيعها الذي كان له خيار فيه فيوجب تملكها بطلان الإجارة التي أوقعها مشتريها فان زوال السبب بالفسخ كزواله بنفسه كما في انقضاء البطن الأول فإن مقدار المنفعة في الفرض تتبع مقدار تملك العين.

فإنه يقال: في بيع البائع العين بخيار يملك المشتري العين بالملك المطلق و كذا منفعتها و إذا استوفى منفعتها بإجارتها لعادت العين إلى بائعها بالفسخ مسلوبة المنفعة نظير ما إذا وقع التفاسخ بالإقالة بعد إجارة المشتري العين التي اشتراها و المراد بالملك ما يقبل البقاء و الدوام لولا الرفع و لا يقاس ذلك بملك البطلون في الوقف.

و يظهر من صاحب القوانين ره في بعض أجوبة مسائله ان مشتري العين في بيع الخيار لو آجرها تبطل الإجارة بفسخ بائعها برده مثل الثمن و علل البطلان بأن الفسخ يكشف ان- المشتري لم يكن مالكا لمنفعة العين بالإضافة الى ما بعد الفسخ و ان الإجارة بالإضافة إليه كانت فضولية و مراعاة.

و فيه ان أريد أن ملكية المنفعة تتبع ملك نفس العين فتبقى ما دام العين باقية في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١١

.....

الملك أو ما دام العين باقية في ملك من يستند ملكه العين الى الملك الأول كما في إجارة العين ثم بيعها من آخر فإن الإجارة تبقى لان ملك العين للموجر و ان لم يكن باقيا الا ان ملك مشتري العين المستند الى ملك بائعها حاصل فقد عرفت جوابه نقضا بتفاسخ البيع بعد اجارة العين و- و حلًا بان ملكية منفعة العين مطلقه تتبع ملك العين القابل للدوام و البقاء لو لا الرفع.

أقول: ملك المشتري العين بملكية مطلقه بمعنى انها تكون ملكا للمشتري كما كانت للبائع و يحصل بالشراء كان لبائعها خيار الفسخ أم لا لما تقدم من ان الخيار حق يتعلق بالعقد لا بالعين غاية الأمر إذا فسخ الشراء بخيار أو إقالته تعود تلك الملكية إلى البائع بالسبب الذي كان في البين قبل العقد الناقل و كما ان مشتري العين يملك نفس العين بملكية مطلقه كذلك يملك منفعتها بتبع ملكية العين و لذا يجوز له التصرف في العين بنقلها من ثالث أو نقل منفعتها حيث يعم التصرف المزبور ما دل على حل البيع و الإجارة و لزوم الوفاء بالعقود.

و عليه فان فسخ ذو الخيار بعد هذا التصرف يعد هذا التصرف النافذ بعد الفسخ إتلافا لمال الفاسخ عينا أو منفعة فيكون على المتصرف بدل ما ألتف المشتري من بدل العين أو بدل المنفعة أي الأجرة المثل- بالإضافة إلى المدة الباقية و هذا مقتضى ما دل على ثبوت الخيار للبائع و ما دل على إمضاء البيع و الإجارة أو غيرهما من التصرفات.

و يشبه المقام ما إذا شهد الشاهدان بان العين بيد زيد ملك لعمرو و حكم الحاكم بشهادتهما انها لعمرو ثم رجع الشاهدان عن- شهادتهما فإنه يؤخذ بدل العين من الشاهدين و يدفع الى من كانت العين بيده فان مع رجوعهما بعد الحكم عن شهادتهما تحسب الشهادة السابقة النافذة إتلافا للعين على ذى اليد على ما في الرواية و كذلك ما إذا أقر ذو اليد بان العين لزيد ثم أقر انها ل بكر فإن

بالإقرار الثاني يحسب

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٢

ثم لا إشكال في نفوذ التصرف بإذن ذى الخيار (١).

□

الإقرار الأول النافذ إتلافاً للعين على بكر فيضمن له بدلها والله سبحانه هو العالم.

(١) لو تصرف من عليه الخيار فيما انتقل إليه بإذن ذى الخيار فيصح ذلك التصرف متلفاً كان كالتق أو ناقلاً كالبيع والهبة ولا ينبغي الإشكال في سقوط خيار من له الخيار بالتصرف المزبور فإنه لو كان الخيار حقا متعلقاً بالعقد فالإذن في التصرف وان لا ينافي الخيار فيمكن لذى الخيار فسخ البيع والرجوع الى بدل ما أتلّف عليه الا ان الاذن المزبور كاشف عن رضا ذى الخيار ببقاء البيع والإغماض عن خياره.

وكذا بناء على ان الخيار حق يتعلق بما انتقل الى من عليه الخيار فان ضمان من عليه الخيار تلف العين وبطلان تصرفه لأجل الحق في العين ومع اذنه في التصرف فيها ينتفى الحق فلا يكون للمشتري ضمان لان الضمان فيما إذا تلف العين وبها حق ذى الخيار. واما لو اذن ذو الخيار في التصرف ولكن لم يتصرف من عليه الخيار فهل يسقط خياره أم لا فعن العلامة في القواعد والتذكرة انه يسقط ولعله لدلالة الاذن على رضاه ببقاء البيع وإغماضه عن خياره من غير دخالة تصرف من عليه الخيار في هذه الدلالة ولكن عن جامع المقاصد والمسالك عدم سقوطه.

والأولى ان يقال انه لو اذن ذو الخيار لشخص ثالث في التصرف فيما انتقل الى من عليه الخيار يكون هذا الاذن فسخاً لانه لا معنى للاذن للغير في التصرف فيما انتقل إلى المشتري نيابة عن ذى الخيار من غير ان يقصد انحلال البيع واما لو اذن ذو الخيار للمشتري في التصرف فيما انتقل إليه ففي كونه إسقاطاً لخياره إشكال لأن المستفاد من الروايات كون تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه - مسقط لخياره و الاذن المزبور ليس تصرفاً فيما انتقل إليه والحكم بسقوط خياره بتصرف من عليه الخيار باذنه ليس لكون - اذنه إسقاطاً للخيار يعنى إنشاء لسقوطه بل لان مع التصرف المزبور لا يبقى
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٣

[مسألة المشهور ان المبيع يملك بالعقد]

المشهور ان المبيع يملك بالعقد (١).

في العين حق لذى الخيار ولا يكون على من عليه الخيار ضمان لان الضمان فيما إذا تلفت العين وبها حق ذى الخيار كما تقدم ومع الاذن لا يتحقق هذا التلف بخلاف ما إذا - لم يتصرف فإنه يبقى مورد الحق فيكون إذن ذى الخيار كإذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونة في عدم سقوط حق الرهانة عن العين بمجرد الاذن ولذا يجوز له الرجوع عن اذنه قبل بيعها.
ولكن مع ذلك كله يمكن القول بسقوط الخيار بالاذن وان لم يتصرف من عليه الخيار فإن الاذن كاشف عن رضاه ببقاء العقد والإغماض عن خياره فان هذا الاذن لا يقصر في الكشف عن الرضا عن تقبيل الجارية التي اشتراها وقد تقدم عن المبسوط انه لو علم رضا البائع بوطنى المشتري الأمه المبيعة منه سقط خياره.

ويؤيد هذا السقوط ما في ذيل معتبرة لسكونى من أن عرض المشتري ما اشتراه بشرط الخيار للبيع إسقاطاً لخياره فإنه روى عن ابى عبد الله (ع) انه قضى في رجل اشترى ثوبا الى نصف النهار فعرض له الربح فأراد بيعه الى ان قال: فان اقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه.

(١) و حاصله ان المشهور على حصول ملك المبيع للمشتري بالعقد و لا يتوقف على انقضاء الخيار من غير فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما و ان الخيار يوجب تزلزل الملك لتسلط ذى الخيار على رفع السبب الناقل فيتعلق حق ذى الخيار بما انتقل عنه الى صاحبه. و حكي المحقق و جماعة عن الشيخ انه (قده) التزم بعدم حصول الملك الا بانقضاء الخيار و الحكاية يعم ما إذا كان الخيار للمشتري فقط كما صرح بهذا الشمول العلامة في التحرير.

و لكن تعرض في الدروس لحصول الملك بالعقد أو بانقضاء الخيار و ذكر لكل

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٤

.....

منهما وجها و قال في وجه حصول الملك بالعقد ان العقد هو الناقل و الخيار لاستدراك ما فات بالعقد فلا يكون منافيا لحصول الملك بالعقد.

و قال في وجه عدم حصول الملك الا بانقضاء الخيار بان الغرض من الملك جواز التصرف و لا يجوز التصرف ما دام- الخيار ثم قال و ربما قطع الشيخ قده بحصول الملك بالعقد فيما كان الخيار مختصا بالمشتري و عن ابي الجنيد عدم حصوله الا بانقضاء الخيار- انتهى.

و هذا الكلام من الدروس يدل على حصول ملك المبيع للمشتري عند الشيخ ايضا فيما- كان الخيار للمشتري خاصة و دلالة من وجهين: أحدهما ما ذكر في مأخذ الخلاف و وجهه فإنه إذا كان الوجه في عدم حصول الملك عدم جواز التصرف في المبيع فلا يجرى في مثل خيار الحيوان فإن المشتري يجوز له التصرف في الحيوان و يكون تصرفه مستقلا لخياره.

و بتعبير آخر عدم جواز التصرف يختص بمن عليه الخيار و لا يعم من له الخيار كما تقدم في المسألة السابقة.

و ثانيهما ما ذكره من انه ربما قطع الشيخ بملك المشتري بالعقد فيما إذا اختص بالخيار بل ما ذكره ره في بيان مأخذ الخلاف صريح في انه لا- خلاف في حصول الملك بالعقد فيما إذا كان الخيار للمشتري من غير الشيخ في الخلاف و المبسوط فان كلامه في الخلاف و المبسوط يعطى عدم حصول الملك ايضا ما دام لم ينقض خيار المشتري قال في الخلاف ان الملك لا يحصل الا بانقضاء الخيار فيما كان الخيار لهما أو للبائع و اما إذا كان للمشتري فيخرج عن ملك البائع و يدخل في ملك المشتري بعد انقضاء الخيار بالعقد انتهى.

و ظاهر هذا الكلام الكشف و انه لو انقضى الخيار و لم يفسخ المشتري العقد

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٥

.....

ينكشف حصول الملك للمشتري بالعقد نظير كشف حصول الملك من حين العقد فضولا بعد اجازة المالك فيكون عدم حصول الملك للمشتري في زمان خياره حكما ظاهريا و المراد بخروج المبيع عن ملك بايعه عدم جواز تصرفه في ذلك المبيع نظير عدم جواز تصرف الأصيل في العقد فضولا قبل- اجازة المالك أو رده لان ذلك مقتضى لزوم الوفاء بالعقد من جهته.

و يحتمل في عبارة الشيخ ان يكون مراد، بعدم حصول الملك الا- بعد انقضاء الخيار حصول الملك اللازم فيكون موافقا لما عليه المشهور و يدل على كون مراده ذلك ما ذكره في عدة- مواضع من المبسوط كقوله بأنه لا يجوز لأحد المتصارفين بيع ما اشتراه في المجلس من غير صاحبه و انه لا- يجوز لمشتري العين رهن ما اشتراه في مجلس العقد لان البيع أو الرهن ينافى خيار صاحبه و وجه الدلالة انه لو كان الحكم عنده عدم حصول الملك الا بعد- انقضاء الخيار لكان المتعين تعليل عدم الجواز بعدم صيرورة المبيع ملكا

للمشتري لأن مع عدم مقتضى للبيع أو الرهن لا معنى لتعليق عدم جوازهما بالمانع.

و كيف ما كان فالأظهر ما عليه المشهور من حصول الملك بالعقد لان البيع عند العقلاء هو ناقل الملك حتى في مورد شرط الخيار لأحدهما أو كلاهما و ظاهر قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** إمضاء البيع على ما هو المقرر عند العقلاء و لان قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يفترقا ظاهره كون الخيار حكما بعد تلبس كل من المتعاقدين بكون أحدهما- بائعا و الآخر مشتريا و ايضا ظاهر قوله (ع) في خيار الحيوان من الحكم بلزوم البيع بنظر المشتري الى ما يحرم النظر اليه أو تقبيله أو لمسها الجارية المشتراة جواز هذه التصرفات للمشتري نظير احداث الحدث في الحيوان الا ان يلتزم بحصول الملك للمشتري مقارنة لهذه الأفعال نظير عود الزوجية بالوطى في عدة الطلاق الرجعى.

و بتعبير آخر لا يكون مثل هذه الأفعال مسقطا فعليا للخيار بل حدوثها غاية للخيار

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٦

ربما يتمسك بالأخبار الواردة في العينة (١).

فيقع في- الملك و يدل ايضا على حصول الملك بالعقد ما ورد في غلة المبيع ببيع الخيار و ان الغلة للمشتري و تلفه منه و لو لم يكن العين ملكا للمشتري زمان الخيار البائع لما كانت الغلة ملكا للمشتري و تلفه منه الا ان يلتزم بان رد مثل الثمن في ذلك البيع شرط لانفساخ العقد و لا يرتبط بالخيار أو يقال ان الخيار المشروط يحصل بردّ مثل الثمن فيكون البيع قبله لازما فلا يصح الاستدلال به الا على من التزم بأنّ الملك لا يحصل الا بعد انقضاء الخيار المنفصل أيضا أو يقال ما ورد في غلة المبيع يعم ما إذا كان ردّ الثمن شرطا للخيار أو قيدا للفسخ فلا حظ.

(١) و قد يستدل على حصول الملك بالعقد بالأخبار الواردة في بيع العينة كرواية الحسين بن المنذر قال قلت لأبي عبد الله (ع) **يَجِئْنِي الرَّجُلُ وَيَطْلُبُ الْعَيْنَةَ فَاشْتَرَى الْمَتَاعَ لَهُ مَرَابِحَةً ثُمَّ أَيْبَعُهُ إِيَّاهُ ثُمَّ اشْتَرِيَهُ مَكَانِي قَالَ إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ أَنْ شَاءَ بَاعَ وَأَنْ شَاءَ لَمْ يَبِعْ وَ كُنْتُ أَنْتَ بِالْخِيَارِ أَنْ شِئْتَ اشْتَرَيْتَ وَأَنْ شِئْتَ لَمْ تَشْتَرِ فَلَا بَأْسَ فَإِنْ ظَاهَرَهَا كظَاهِرِهَا غَيْرَهَا جَوَّازَ شِرَائِهَا مَا بَاعَهُ مِنْ طَالِبِ الْعَيْنَةِ فِي مَجْلِسِ بَيْعِهِ وَ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَلِكُ الْمَتَاعِ حَاصِلًا لَطَالِبُهَا بِمَجْرَدِ الْبَيْعِ لَمَا جَازَ الشِّرَاءُ ثَانِيًا فِي ذَلِكَ الْمَجْلِسِ.**

و أجاب المصنف قده عن الاستدلال بان الشراء ثانيا و ان كان في مجلس البيع الا- ان بيع المشتري المتاع من بايعه ثانيا إسقاط لخيارهما و لو على القول- بحصول الملك بانقضاء الخيار و لذا جوز الشيخ قده بيع أحد المتصارفين ما اشتراه من بايعه ثانيا في مجلس الصرف.

نعم في بعض اخبار الباب فقرات يمكن استفادة حصول الملك بالمبيع منها و في صحيحة بشار بن يسار قال سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يبيع المتاع بئسائه ثم يشتري من صاحبه الذي يبيعه منه قال نعم لا بأس به فقلت اشتري متاعى فقال ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك فان الحكم بجواز الشراء و لو في مجلس البيع-

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٧

و مثل هذه الرواية في عدم الدلالة و الاستيناس صحيحة محمد بن مسلم (١).

الأول و ان لا يدل على الحكم كما تقدم الا ان قوله عليه السلام ليس هو متاعك ظاهر في كون المتاع أو البقر ملكا للمشتري قبل بيعه من بايعه.

و لكن ناقش ره في ذلك أيضا بأن تواطئهما على البيع بنسيئة أولا و الشراء منه ثانيا بنقد يوجب عدم ثبوت خيار المجلس في البيع الأول و قول السائل اشتري متاعى ناش من ارتكاز ما عليه الشيخ قده من عدم حصول الملك الا بانقضاء مجلس البيع و جواب الامام

(ع) ليس هو متاعك إشارة إلى صيرورة المتاع ملكا للمشتري لسقوط خيار كما بتوافقكما على هذا البيع و الشراء. أقول: التوافق على سقوط الخيار على تقديره يكون كالتواطي على البيع أولا و الشراء ثانيا في عدم كونه شرطا في البيع الأول كما يفصح عن ذلك قوله عليه السلام ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري. و دعوى ارتكاز مذهب الشيخ في ذهن السائل مع اشتراطه سقوط خيار المجلس عجيب و أعجب منه قوله قده و هذا في غاية الوضوح لمن تأمل في فقه المسألة و الظاهر ان سؤال السائل راجع الى ما يخطر الى بعض الأذهان من عدم الجد في البيع أو الشراء كذلك و أجاب عليه السلام بان الملاك في صحة المعاملات وقوعها بشرائطها بالقصد و لو كانت وسيلة إلى دفع المال نقدا و الأخذ بالأكثر- نسيه.

(١) و قد يستدل على الحكم الذي عليه المشهور بصحيحه محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال سألته عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لي متاعا لعلني أشتريه منك بنقد أو نسيه فابتاعه الرجل من اجله فقال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه فان مقتضاها جواز البيع ثانيا بعد الشراء سواء كان خيار المجلس في ذلك الشراء باقيا أم لا. و ناقش ره في هذا- الاستدلال بأمور: الأول ان هذه الرواية ناظرة الى ان البيع من إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٨ و أشد ضعفا من الكل (١).

الطالب يقع ثانيا لا بمجرد تقاضاه أولا ليكون من بيع ما ليس عنده و لذا ذكر في بعض الروايات الواردة في هذه المسألة و لا توجب البيع أي مع الطالب قبل ان تستوجهه اي مع البائع- الأول. و ثانيا ان الغالب في هذا البيع جلوس الطالب في محل المطلوب منه و يذهب المطلوب منه فيشتري المتاع من السوق و نحوه ثم يجيء به الى محله فبمجرد افتراق المطلوب منه من البائع الأول ينتهي خيار المجلس فيكون بيعه من الطالب بعد لزوم البيع الأول و لو فرض اجتماع الطالب و المطلوب منه و من باع المتاع أولا في مكان لكان تعريض المشتري الأول بيعه من- المشتري الثاني إسقاطا لخياره و خيار بايعه.

و الحاصل انه ليس في قوله (ع) انما يشتريه منه بعد ما يملكه دلالة على حصول الملك بمجرد العقد و على تقدير التسليم فيدفع احتمال النقل بان يكون انقضاء الخيار دخيلا في النقل و الانتقال و لا- يدفع احتمال الكشف حيث انه على الكشف يكون البيع الثاني محكوما بالصحة لأنه ينكشف بانقضاء الخيار وقوعه في ملك بايعه.

أقول: العمدة في الجواب هو الوجه الأول و هو نفى كون- المقاوله الأولى بيعا ليكون محكوما بالبطلان لوقوعه في غير الملك و اما البيع بعد الشراء فما هو شرائطه فليست الرواية ناظرة إليه ليمسك بإطلاقها كما لا يخفى.

و مما ذكر يظهر الحال فيما ورد في مال العبد و انه يكون للمشتري مطلقا أو مع الاشتراط أو مع علم البائع بماله فإن غاية مدلوله صيرورة المال للمشتري نحو صيرورة نفس العبد له فان كان الملك بالعقد فالمال ايضا كذلك و لو كان بانقضاء الخيار فالمال ايضا تابع له كما لا يخفى.

(١) ذكر في الجواهر في وجه حصول الملك بالبيع ان مقصود المتعاقدين و ما وقع عليه تراضيهما هو انتقال العوضين عند تمام العقد أي الإيجاب و القبول بشرائطهما فهذه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥١٩

.....

المعاملة على تقدير صحتها كذلك يثبت ما عليه المشهور وهو - المطلوب و الا تكون المعاملة باطلة من أصلها أو تكون صحيحة لا على وجه تراضيهما و مقصودهما.

و أجاب المصنف ره عن هذا الوجه بأنه أضعف الوجوه لان الزمان غير داخل في مدلول العقد و لا يكون مدلوله النقل من حين العقد بل مدلوله نفس نقل المعوض بعوض و انتقال الأول بإزاء الثاني نعم بما أن المتعاقدان يرون العقد علة تامه للنقل و الانتقال يكون قصدهما النقل و الانتقال من حين تمام العقد داعيا لهما الى إنشائه و لكن العقد لا يدلّ الا على النقل و الانتقال و لذا لو جعل الشرع شرطاً آخر في حصول النقل و الانتقال كما في اشتراط التقابض الصرف لما كان حصول النقل و الانتقال بعد القبض الا من قبيل تخلف الداعي للمتعاقدين لا وقوع مدلول العقد على غير وجهه و هكذا الحال على تقدير اشتراط انقضاء الخيار و قد تقدم في إجازة العقد الفضولي انه لو كان النقل و الانتقال حاصلًا من حين الإجازة لما كان ذلك من خلاف مدلول العقد الذي أجراه الفضولي مع الأصيل.

و فيه ان أريد عدم كون النقل و الانتقال من حين تمام الإيجاب و القبول مدلولًا للعقد و لو بإطلاقه فهذا غير صحيح قطعاً لأن الإهمال في العاقد الملتفت الى اعتبار الملك غير معقول و عدم تعليقها البيع على حصول أمر استقبالي أو الأمر - الماضي مقتضاه كون المبدء للملك المعبر تمام العقد نعم للشارع إمضاء ذلك الملك على تقدير حصول أمر كحصول التقابض في مجلس العقد في بيع الصرف و لا - ينافي ذلك اعتبار المتعاقدين و لا يكون من تخلف العقود عن القصد لأن الإمضاء - الشرعي غير مقصود من ألفاظ الإيجاب و القبول بل المقصود منها الملك الذي يعتبره المتعاقدان و تخلفه عن القصد لم يحصل بل تعلق به الإمضاء على تقدير حصول أمر بنحو الشرط المقارن و هذا التقدير يحتاج الى قيام قرينه عليه و الا - فمقتضى الإطلاق في مثل قوله سبحانه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٠

و قد يستدل أيضا بالنبوى المشهور (١).

أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَقُوعَ الْإِمْضَاءِ بِلَا تَعْلِيْقٍ وَيَأْتِي أَنَّهُ لَيْسَ فِي أَدْلَةِ الْخِيَارَاتِ وَغَيْرِهِ دَلَالَةٌ عَلَى التَّقْيِيدِ فِي الْإِمْضَاءِ بَلْ فِيهَا مَا يَنْفِي هَذَا التَّقْيِيدَ كَمَا ذَكَرْنَاهُ فِيْمَا وَرَدَ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ وَبَيْعِ الْعَيْنَةِ وَالأَظْهَرُ فِي الْجَوَابِ عَنِ صَاحِبِ الْجَوَاهِرِ أَنَّ مَا ذَكَرَهُ لَا يَزِيدُ عَلَى التَّمَسُّكِ بِإِطْلَاقِ دَلِيلِ حَلِّ الْبَيْعِ.

(١) و قد يستدل على مسلك المشهور بالنبوى المذكور في كتب الفتوى من الفريقين من قوله (ص) الخراج بالضمان أي منافع الشيء تتبع ضمانه و إذا كان ضمان الشيء على شخص يكون منفعه له و إذا كان منافع الشيء ملكا له فيكون ذلك الشيء ملكا له أيضا و من الظاهر انه إذا كان الخيار مشتركا بينهما أو مختصا بالبائع يكون ضمان المبيع على المشتري فيكون منفعه له و ملكية المنافع له علامة كون نفس المبيع له و أجاب ره بأنه لم يظهر ان القائل بحصول الملك بانقضاء الخيار يتسلم بان ضمان المبيع على المشتري ليقال بان منفعه أيضا له و بما انه يتبع ملكها ملكية العين فيكون علامة للثاني.

أقول مع انه لا يمكن الاعتماد على النبوى المزبور و ذكره في بعض كتب أصحابنا لا يدل على الاعتماد عليه لإمكان ذكره تأييدا. و العجب من المصنف ره من انه يتمسك بإطلاق حل البيع و يذكر انه العمدة في إثبات النقل و الانتقال زمان الخيار مع انه التزم في الرد على صاحب الجواهر قده بعدم كون مدلول البيع الملك من حينه فإنه إذا لم يكن ذلك داخلا في مدلوله وضعا و إطلاقا فكيف يكون إمضائه دالا على كون الملك من حين البيع اللهم الا ان يقال الملكية مستفادة من حل التصرف بالبيع و مقتضى إطلاق حلية التصرف حصولها من حين البيع فيكشف الحلية من ذلك الحين عن حصول الملك الشرعي أيضا عندها كما لا يخفى.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢١

و استدلل للقول الآخر بما دل على كون تلف المبيع من مال البائع زمان الخيار (١).

(١) يستدل على القول الآخر بما ورد في اخبار خيار الحيوان و شرط الخيار للمشتري من ان تلف المبيع في زمان خياره من بايعه و بضميمة أن الخراج بالضمان يكون مقتضاه ان منافع المبيع أيضا للبائع و إذا كانت منافعه له يكون المبيع أيضا ملكا له. و أجاب المصنف قده ان الشيخ قده يلتزم في الخيار المختص بالمشتري بحصول النقل و الانتقال من حين البيع على ما ذكره في المبسوط في باب الشفعة مع ان هذا الدليل لا يجرى إلّا في الخيار المختص به. و على كل حال فقد تقدم أدلة المشهور و ان العمدة فيها إطلاق حل البيع و هذا الدليل المختص بصورة خيار المشتري اما ان يكون مقيدا لإطلاق حل البيع و المراد بالمشار إليه الأخبار الواردة في ضمان البائع زمان خيار المشتري بضميمة الخراج بالضمان أو تكون الأخبار المزبورة مخصصة لقاعدة الخراج بالضمان و لو وصلت النوبة الى الأصل العملي لعدم الترجيح لأحد التخصيصين يكون مقتضى الاستصحاب بقاء المبيع في ملك البائع الا انه يتعين تخصيص ما دلّ على تبعية ضمان الشيء ملكه لوجوه عمدتها الشهرة المحققة المؤيدة بالإجماع المحكى عن السرائر. أقول: لا حاجة إلى انضمام تلازم الضمان مع ملك العين بل - يمكن ان يدعى ان الاخبار الواردة في الحدث زمان خيار الحيوان و الشرط ظاهرة في عدم صيرورة المبيع ملكا للمشتري الا بعد انقضاء الخيار و في صحيحه عبد الله بن سنان سألت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع - للمشتري.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٢

.....

و لكن لا يخفى انه يتعين حمل مثلها على صيرورة المبيع ملكا لازما لا أصل الملك و ذلك بقريته صحيحه على بن رثاب عن ابي عبد الله (ع) قال الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط قيل له و ما الحدث ان لا مس أو قبل أو نظر منها الى ما كان يحرم عليه قبل الشراء فان ظاهرها جواز تصرف المشتري في الأمانة بعد الشراء بما كان يحرم قبله على غير المالك و مقتضى ذلك كونها بعد الشراء ملكا له و لو كان الملك حاصلا بنفس النظر و اللمس و التقبيل لكان الأنسب أن يقول ان ينظر الى ما كان يحرم عليه قبل ذلك لا قبل الشراء مع ان تحريم الشيء و جوازه بمجرد الشروع في ارتكابه غير معقول.

و الحاصل ظاهر هذه الصحيحة حصول الملك بالشراء و عدم اعتبار انقضاء الخيار في حصوله لا بنحو النقل و لا بنحو الكشف و على ذلك فلا موجب لرفع اليد عن إطلاق حل البيع بالالتزام بتوقف إمضائه على انقضاء الخيار بل الخيار كما ذكرنا حكم لتمام البيع و يكشف عن ذلك قوله (ع) و صاحب الحيوان بالخيار إلى ثلاثة أيام و على ذلك فلو تم النبوي المزبور سنداً و دلالة على تلازم ضمان العين مع ملكها فيرفع اليد عن إطلاقه في المقام كما رفعنا اليد عنه في ضمان اليد و في صورة التلف قبل القبض كما لا يخفى. و قد يقال انه يستفاد من بعض الروايات عدم صيرورة المبيع ملكا للمشتري مع شرط الخيار له كمعتبرة السكوني عن ابي عبد الله (ع) ان أمير المؤمنين (ع) قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط الى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه قال ليشهد انه قد رضيه فاستوجه ثم لبيعه ان شاء فان اقامه في السوق و لم يبع فقد وجب عليه فإنه لو كان المبيع ملكا للمشتري بمجرد الشراء لما كان في بيع المشتري إسقاط خياره معتبرا فقوله

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٣

ثم ان مقتضى إطلاق ما تقدم في عبارتي المبسوط و الخلاف (١).

عليه السلام ليشهد انه قد رضيه فاستوجه ظاهر في اعتبار ذلك في حصول الملك.

و لكن لا يخفى ما فيه فإنه لا دلالة في الرواية على عدم حصول الملك قبل انقضاء الخيار بل غاية عدم جواز ان يبيع ما اشتراه بخيار قبل إسقاط خياره و يمكن ان يكون الوجه في ذلك سقوط خيار الشرط بتصرف ذي الخيار فيما اشتراه فيما كان تصرفا ناقلا كما يفصح عن ذلك صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سأل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله و يأخذه بشرط فيعطى الربح في أهله قال ان رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه و لا يجعل في نفسه ان يرد الثوب على صاحبه ان ردّ عليه. و لا يبعد الالتزام بذلك في الخيار المشروط بل جميع الخيارات بناء على عدم احتمال الخصوصية في شرط الخيار و خيار الحيوان كما لا يخفى و يحتمل ان يكون ذلك حكما استجابيا كما عنون صاحب الوسائل قده الباب به فلا حظ.

(١) تعرض قده لشرط الخيار المنفصل و ذكر ما حاصله ان ظاهر كلام الشيخ في المبسوط و الخلاف انه لا يحصل النقل و الانتقال في مورد خيار المجلس و خيار الشرط سواء كان الخيار المشروط متصلا أو منفصلا و اما إذا كان الخيار غيرهما كخيار العيب و الغبن و الرؤية فيحصل النقل و الانتقال بنفس البيع حيث خصص الشيخ قده في المبسوط و الخلاف بما إذا كان البيع مشروطا و المراد بكون البيع مقيدا و مشروطا شرط الخيار فيه كما ان المراد بإطلاق البيع عدم اشتراط الخيار فيه و اما خيار المجلس فقد ذكر قده في كلماته في المبسوط و الخلاف لحوقه بخيار الشرط و الحيوان.

و المذكور في كلمات الأصحاب أيضا في عنوان الخلاف حصول الملك بالبيع أو بانقضاء الخيار و ظاهر الانقضاء كون الخيار زمانيا فلا يعم مثل خيار العيب و الغبن و الرؤية نعم خيار المجلس لا حق بخيار الشرط و الحيوان كما صرح الشيخ قده بأن إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٤

[مسألة من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار]

من أحكام الخيار كون المبيع في ضمان من ليس له الخيار (١).

الافتراق كانقضاء- الخيار في لزوم العقد.

و قد صرح في الدروس في منشأ الخلاف ان التصرف في زمان الخيار ممتنع و هذا لا يجري في خيار العيب و نحوه حيث ان التصرف في الخيارات المزبورة قبل ظهور العيب و الغبن و روية المبيع على خلاف ما وصف جائر فلا بد ان يلتزم الشيخ قده بحصول الملك في مورد الخيارات المزبورة بالعقد. و يفصح عن ذلك ما ذكره في المبسوط من انه لو ظهر للمعيب نماء ثم ظهر عيبه فيرد المعيب دون نمائه و الحاصل احتمال ان الشيخ قده لا يلتزم بجواز التصرف قبل ظهور العيب و الغبن و الرؤية لا يليق به كما ان التزامه قده بجواز التصرف قبل حصول الخيارات المزبورة لحصول الملك قبلها و بعد حصول الخيار يزول الملك و يرجع المبيع الى ملك بايعه ايضا لا يليق بشأنه قده.

أقول: لو بنى على ان الخيار حق يتعلق بالعين و ان تعلقه به يمنع عن تصرف من عليه الخيار فيه فلا يجوز التصرف لمن عليه الخيار في جميع الخيارات و لو كان اعتبار الملك مع هذا المنع عن التصرف لغوا لما يحصل الملك الا بعد انتهاء الخيار و سقوطه من غير فرق بين خيار و خيار آخر فان الخيار المزبور يكون كشرط الخيار المنفصل نعم لو استند في منع حصول الملك بالاخبار فلا يحصل النقل و الانتقال في خيارى المجلس و الحيوان و خيار الشرط فيما كان المبيع من قبيل الحيوان لا سائر المتاع كما تقدم في الخيار المشروط في بيع الخيار كما لا يخفى.

(١) يقع الكلام في المقام في المسألة المعروفة في ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له و يستفاد من كلماتهم فيها ان في عموم هذه القاعدة و عدم عمومها أقوال:

الأول: ان هذا الحكم يختص بخيار الحيوان و خيار الشرط فيما كان الخيار المشروط فى شراء الحيوان أو غيره متصلا بالعقد أم منفصلا.

الثانى: كون الحكم كذلك فيما كان الخيار المشروط فى شراء الحيوان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٥

.....

الثالث: ان الحكم يجرى فى خيارى الحيوان و الشرط سواء كان الخيار المشروط للبائع أو للمشتري و فى خيار المجلس فيما كان الخيار مختصا بأحد المتعاقدين كما إذا شرط عدم خيار المجلس للبائع أو للمشتري و يظهر من المصنف ره اختيار ذلك.

الرابع، ان الحكم يجرى فى كل الخيارات فيما إذا اختص الخيار بأحد المتبايعين سواء كان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا.

و العمدة فى وجه الاختلاف ملاحظة ما يستفاد منه الحكم فإنه قيل يستفاد مما ورد فى خيارى الحيوان و الشرط ان البيع فيما لم يكن لازما لأحد المتعاقدين بحيث يمكن له إرجاع المال الى من انتقل عنه يكون ضمان تلفه على من انتقل عنه و فى صحیحه عبد الله بن سنان عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط الى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك فقال على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري فإن ظاهرها ان انتقال الضمان إلى المشتري فيما كان الشراء المزبور لازما عليه و فى ذيل هذه الصحیحه على رواية الشيخ قده و ان كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك فى يد المشتري قبل ان ينقضى الشرط فهو من مال البائع و هذا الذيل يعم ما إذا كان شرط الأيام منفصلا عن العقد بل يعم شراء غير الحيوان ايضا لرجوع ضمير بينهما إلى البائع و المشتري لا الى خصوص مشتري الحيوان و بايعه.

و الحاصل قد يقال ان المستفاد من الصحیحه ان الملاك فى ضمان المبيع على بايعه عدم صيرورته ملكا لازما للمشتري و يجرى ذلك فى جميع الخيارات فإنه ان كان المراد بالشرط مطلق الخيار فالأمر واضح و هذا ظاهر الدروس و قبله السرائر و غيرها و قد تصدى المصنف قده لنقل كلمات الأصحاب. فى المقام لاستظهار القول بعموم القاعدة و عدم عمومها و لكن ناقش فى استظهار عموم القاعدة من الصحیحه بأنها

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٦

.....

لا تعم غير خيار الحيوان و الشرط نعم يدخل فيها خيار المجلس فيما إذا اختص بأحدهما لأنه قد أطلق الشرط بخيار المجلس ايضا كما فى صحیحه الفضيل عن ابى عبد الله «ع» قلت: له ما الشرط فى غير الحيوان قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما.

أقول: عمدة ما استظهر من كلامه عموم القاعدة الشهيد ره فى الدروس و اللمعة حيث قال ره فى أحكام القبض و بالقبض ينتقل الضمان الى القابض إذا لم يكن له خيار فان مقتضى التقييد بما إذا لم يكن للقابض خيار ان مع الخيار له لا ينتقل الضمان و لكن لا يخفى انه لو أخذ بهذا الظهور يكون مقتضاه عدم ضمان القابض مع الخيار له سواء كان لصاحبه ايضا خيار أم لا فيعم موارد خيار المجلس و ما إذا باع المعيب مع جهل المشتري بالعيب- بأقل من القيمة السوقية بحيث يكون للبائع خيار الغبن و للمشتري خيار العيب. و كذا استظهر العموم من كلام المحقق الثانى فى توجيه القيد من كلام العلامة حيث ذكر العلامة انه لو ماتت- الشاة المصراة أو الأمة المدلّسة فلا شىء للمشتري يعنى لا يستحق المشتري مطالبة البائع بشىء لا بأخذ الثمن و لا الأرش فيكون الحاصل انه لا ضمان على البائع فى موت الشاة المصراة و لا فى موت الأمة المدلّسة.

أما عدم استحقاق الأرش فظاهر لأن الأرش يختص بموارد خيار العيب و لا يجرى في موارد خيار التدليس حيث ان التدليس إيهام وصف كمال في المبيع مع عدم وجوده فيه.

و اما عدم استحقاق الثمن فلا بد من ان يفرض الموت في غير زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري حيث ان كلام العلامة ناظر الى عدم ضمان البائع بالتدليس لا نفى ضمانه بخيار آخر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٧

.....

و قال العلامة عقيب ذلك و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس اي لا يكون شيء للمشتري فيما إذا تعيبت الأمة المدلّسة عنده قبل علمه بالتدليس و أورد المحقق الثاني بأنه لا وجه لتقييد عدم ضمان البائع بما إذا كان تعيب الأمة قبل علم المشتري بكونها مدلّسة بل لو تعيبت بعد علمه بالتدليس فلا- يضمن البائع أيضا الا ان يقال مع علمه بالتدليس يثبت له خيار التدليس فيكون- التعيب زمان خياره فلا يكون مضمونا عليه بل يكون مضمونا على بايعه و لكن لم أظفر في كلام المصنف و غيره ان يكون على البائع ضمان تلف المبيع في زمان خيار التدليس للمشتري.

و لكن لا يخفى انه ينبغي استظهار عموم قاعدة ان التلف أو التعيب في زمان الخيار ممن لا خيار له من التقييد في كلام العلامة لا من توجيه المحقق الثاني فإن توجيهه لا يزيد الا كون العموم قولاً للعلامة مع انه لا وجه للعلامة ره تقييد عدم ضمان البائع تعيب الأمة المدلّسة بما إذا كان قبل علم المشتري بالتدليس و إطلاق عدم ضمان البائع موت الشاة المصراه و الأمة المدلّسة.

و كيف ما كان فما ذكره في مفتاح الكرامة من ان قولهم التلف في زمان الخيار ممن لا- خيار له قاعدة لا- خلاف فيها لا يمكن المساعدة عليه فان الناظر في كلماتهم يرى عدم التسالم عليها بل ادعى الإجماع على ان حدوث العيب الجديد في يد المشتري يمنع عن الفسخ بالعيب القديم و يبقى المطالبة بالأرش من غير فوق بين حدوث العيب الجديد بعد العلم بالقديم أو قبله بل على تقدير التسالم أيضا فلا يمكن الاعتماد عليه. لانه لم يظهر من كلماتهم في مدرك القاعدة غير الاخبار المشار إليها و استفادة القاعدة الكلية منها مشكل جدا فان قوله (ع) حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري غاية لضمان البائع موت العبد أو الدابة أو حدوث العيب و- النقص في أحدهما و هذا لا يعم غير خيار الحيوان للمشتري و التعدي إلى سائر الخيارات حتى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٨

و اما عموم الحكم للثمن و المثلث (١).

خيار المجلس بلا وجه فان خيار المجلس و ان أطلق عليه الشرط الا انه ليس ثلاثة أيام كما لا يخفى.

و اما ما في ذيل صحيحة عبد الله بن سنان من قوله (ع) و ان كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك في يد المشتري قبل ان- يمضى الشرط فهو من مال البائع فغاياته انه يعم شرط الخيار متصلا أو منفصلا للمشتري و الضمير في بينهما يرجع الى مطلق البائع و المشتري لا بايع العبد أو الدابة و مشتريهما.

لا- يقال، هذا الذيل يعم ما إذا كان الخيار المشروط لكل من البائع و المشتري لو لم نقل بمشموله لما إذا اختص الخيار للبائع فلا يمكن حمله على ما اختص المشتري بالخيار.

فإنه يقال: ظاهر الذيل وحدة الخيار- المشروط و الا لكان الأنسب التعبير بان كان لهما شرط فيكون الخيار المشروط للمشتري بقريته ان الموجب لانتفاء- ضمان البائع انقضاء الشرط للمشتري كما هو ظاهر الموثقة عبد الرحمن عن رجل إلخ.

(١) ذكره ما حاصله كما ان ضمان تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره على البائع كذلك ضمان تلف الثمن بيد البائع زمان خياره

على المشتري و الوجه في ذلك ما يستفاد مما ورد في خيار الحيوان ان ضمان التلف قبل القبض لا يرتفع بالقبض عن الضامن فيما كان المقبوض ملكا غير لازم لقاوضه بحيث يمكن له سلبه عن نفسه و هذا الملاك يجرى في ناحية الثمن كما كان في ناحية المثلثن و لو أغمض عن ذلك و فرضتا الشك في بقاء ضمان الثمن على المشتري الى ما بعد القبض فيجرى الاستصحاب في ناحية بقاء ضمانه الذي كان ثابتا قبل القبض.

لا يقال: الثمن في الفرض ملك للبائع و قد تلف في يده و ضمان شخص آخر ذلك الثمن خلاف قاعدة الخراج بالضمان فان خراج الثمن المزبور للبائع فيكون ضمانه ايضا عليه فلا تصل النوبة إلى التمسك بالاستصحاب.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٢٩

.....

فإنه يقال: هذا الضمان لا يخالف تلك القاعدة فإن معنى هذا الضمان رجوع الثمن عند تلفه الى ملك المشتري فيتلف ملكا له و كما ان الثمن زمان تلفه في ضمان المشتري و كذلك خراجه بل و عينه ايضا ملكه كما هو الحال في تلف المبيع زمان خيار المشتري نعم استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري الى ما بعد قبض البائع مخالف لاستصحاب بقاء العقد و عدم انحلاله بتلف الثمن بيد بائعه الذي يكون له خيار الشرط أو خيار المجلس بل خيار الحيوان الا ان استصحاب بقاء الضمان الثابت قبل القبض الى ما بعده حاكم على استصحاب عدم انفساخ العقد كحكومة استصحاب ضمان اليد على أصالة عدم اشتغال من تلف المال بيده بالمثل أو القيمة.

أقول: استصحاب بقاء الضمان قبل القبض من - الاستصحاب في الشبهة الحكمية فلا اعتبار به و على تقدير اعتباره فيها و القول بان الضمان في نفسه أمر اعتباري لا يدخل استصحابه في الاستصحاب التعليقي فلا ريب في انه لا تصل النوبة إلى استصحاب الضمان لا لان استصحاب عدم الانفساخ ينافيه لما تقدم من ان معنى الضمان هو ان تلف الثمن بيد المشتري كان مع الانفساخ و كذلك بعد قبض البائع فيكون التشبث باستصحاب عدم الانفساخ من الأخذ بالاستصحاب المسيبي مع الأصل السبيي - بل لعدم وصول النوبة إلى استصحاب بقاء ضمان الثمن على المشتري لعدم المورد للاستصحاب في المقام أصلا لأن المرجع عند الشك في تلف الثمن في يد البائع الذي له الخيار إطلاق حل البيع و إمضائه نظير قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** فان مفاد الإطلاق إمضاء البيع إلى الأبد و ما دل على الخيار و ضمان التلف قبل القبض و ضمان البائع تلف المبيع إلخ هو ان الإمضاء الى ان يقع الفسخ من ذي الخيار أو الى ان يقع التلف قبل القبض أو الى ان يتلف المبيع بيد المشتري الذي كان له - الخيار و يبقى باقي الصور تحت الإطلاق.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٠

ثم ان ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعة منهم (١).

لا- يقال، هذا التمسك مبني على جواز - التمسك بالعام فيما ورد عليه مخصص في زمان و شك بعد ذلك الزمان في حكم الفرد الخارج.

فإنه يقال: ليس ما نحن فيه من صغريات تلك الكبرى و ان كان الصحيح في ذلك البحث ايضا جواز التمسك بالعام حتى ما لو كان حكم افراد العام استمراريا و الوجه في عدم دخول المقام في تلك الكبرى ان البيع المفروض في المقام لم يكن - خارجا عن خطاب الإمضاء سابقا لعدم وقوع تلف الثمن قبل القبض كما لا يخفى.

و يبقى في البين دعوى انه يستفاد من صحيحة عبد الله بن سنان المناط في الضمان المعاملي و لكن قد تقدم انه لا يستفاد منها الا ضمان البائع تلف المبيع بيد المشتري فيما كان له خيار الحيوان أو الشرط.

ثم بناء على ان تلف الثمن في زمان خيار البائع على المشتري انه لو تلف الثمن بيد البائع في بيع الخيار فعلى المشتري ان يرد المبيع

إلى بائعه و هذا فيما كان الثمن شخصيا و اما إذا كان كليا و تلف الفرد المقبوض بيد البائع فلا يكون هذا التلف موجبا لانحلال البيع لان تلف المقبوض من ملك المشتري لا- يلزم الانفساخ في البيع بل يكفي فيه انحلال القبض فيستحق البائع المطالبة بفرد آخر و يجرى ذلك فيما إذا كان المبيع كليا و قبض المشتري فردا منه و تلف ذلك الفرد في زمان خياره و الحاصل ان الالتزام بالانحلال في العقد- لتصحيح وقوع التلف على مال غير ذى الخيار و هذا يحصل بالانحلال في القبض و لو شك في انحلال البيع في هذه الصورة فالمرجع إطلاق دليل الإمضاء و لا أقل في استصحاب بقاء البيع.

(١) المراد من كون ضمان تلف المبيع في زمان خيار المشتري من بايعه على ما تقدم انحلال البيع عند تلفه ليقع التلف في ملك البائع فيرجع الثمن الى ملك المشتري و لو كان للمبيع نماء الى زمان تلفه فالنماء للمشتري كما ان نماء الثمن الى ذلك إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣١

.....

الزمان للبائع و ليس المراد من ضمان البائع ضمان التلف في اليد بان يصح البيع حتى بعد تلف المبيع بحيث يكون للمشتري فسخه- بالخيار فيرجع الى البائع بالثمن أو يبقى البيع بحاله فيرجع الى البائع ببديل المبيع مثلا، أو قيمة. و الوجه في كون ضمان البائع على النحو الأول مضافا الى كونه ظاهر كلمات الأصحاب من ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، انه لم يعهد ان يتلف مال مالك في يده و يكون خسارته على غيره.

و بتعبير آخر الملازمة- بين كون شيء ملكا لشخص و ذهابه عن كسبه عند تلفه في يده و مقتضى قاعدة الخراج بالضمان و أن كون شخص مالكا لعين يلزم ضمانها- ان يكون المبيع عند تلفه في يد المشتري غير مملوكة له بل تكون مملوكة لبائعها و لا يكون هذا الا بانحلال البيع عند تلفها.

أقول: لا ينبغي التأمل في ان معنى الضمان قبل القبض هو الضمان المعامل على أي انحلال البيع بتلف قبل قبضه فان ظاهر معتبره عقبه بن خالد عن ابي عبد الله (ع)، و وقوع تلفه في ملك بايعه قال في رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير انه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال آتيك غدا إنشاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون قال- من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و كذا الضمان في زمان الخيار كما هو ظاهر مرسله حسن بن علي بن رباط عن روه عن ابي عبد الله (ع) قال: ان أحدث في الحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع بل ظاهر صحيحه عبد الله بن سنان و غيرها أيضا فإن المتفاهم منها ان الضمان المنفى عن المشتري هو الذي يثبت عليه بعد انقضاء الخيار- و من الظاهر ان الضمان الثابت على المشتري بعد انقضاء خيار الحيوان هو الضمان المعاوضي ففي موثقه عبد الرحمن بن ابي عبد الله ليس على الذي اشترى حتى ينقضى الشرط و في روايه عبد الله بن الحسن بن زيد عن أبيه قال: يستخلف بالله ما رضيه ثم هو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٢

و العبارة محتاجة إلى التأمل (١).

و ربما يحتمل ان معنى قولهم ان التلف ممن لا خيار له (٢).

بريء من الضمان و هذا هو العمدة و الا فمقتضى إطلاق الإمضاء حتى بعد تلف المبيع زمان خيار المشتري تعين ضمان التلف مع عدم فسخ ذى الخيار و لو فرض تعارض هذا الإطلاق مع قاعدة التلازم بين الضمان و الملك فيرجع الى استصحاب بقاء البيع و الخيار و تكون النتيجة ضمان التلف كما لا يخفى.

(١) وجه التأمل فإن الشهيد ره ذكر في أول كلامه ان البائع إذا فسخ البيع في صورة تلف المبيع بيد المشتري يرجع اليه ببديل المبيع

فيما إذا لم يكن ضمان و مفهوم القيد ان البائع الفاسخ إذا كان عليه ضمان فليس له مطالبةً البديل من المشتري. و لكن لا يخفى انه لا يتصور كون البائع ذا خيار و ان يكون عليه ضمان تلف المبيع بيد المشتري هذا أولاً و ثانياً ذكر في آخر كلامه انه إذا كان- للمشتري خيار و تلف المبيع بيد بايعه قبل قبضه يبطل البيع و لا يفيد إيجاب المشتري أى إمضائه في تضمين البائع بالمثل أو القيمة ثم ذكر انه إذا تلف المبيع بيد المشتري زمان خياره ففي انسحاب الحكم الثابت قبل القبض بان لا يفيد إيجاب المشتري في تضمين البائع بالمثل أو القيمة إشكال مع انه ذكر في أول كلامه انه إذا تلف المبيع بعد قبض المشتري لا- يبطل البيع و لا- خيار- المشتري.

(٢) المحتملات في ضمان التلف في زمان الخيار خمسة الأول: ما اخترناه من انحلال البيع و إتلاف المبيع في ملك بايعه. الثاني: ما عن ظاهر الدروس من كون المشتري مخيراً بين فسخ البيع الرجوع الى ثمنه و إبقاء البيع و مطالبةً البائع بالبديل. الثالث: كون المشتري مخيراً بين الفسخ و استرداد ثمنه و بين إبقاء البيع و إيجابه فيتخير في صورة الإبقاء بين المطالبةً بالبديل و بين المطالبةً بالثمن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٣
ثم ان الظاهر ان حكم تلف البعض حكم تلف الكل (١).

الرابع: فسخ البيع و استرداد الثمن و إبقاء البيع و المطالبةً بالثمن.
الخامس: انه إذا فسخ البيع يسترد الثمن و الا فلا شيء له و غير الأول من المحتملات ينافيها إطلاق ما دل على ان الحدث بعد انقضاء زمان خيار المشتري عليه و قبله على البائع على ما تقدم تقريره.

(١) لو اشترى حيوانين بصفقة واحدة و تلف أحدهما زمان خيار المشتري يتبعص البيع فيرجع المشتري الى البائع بما يقع من الثمن بإزاء الحيوان التالف و يحصل له خيار التبعض ايضاً بالإضافة إلى الحيوان الآخر و بتعبير آخر يكون تلف أحدهما في زمان الخيار كتلفه بيد- بايعه قبل القبض و كذا لو اشترى حيواناً و قبضه و حصل فيه عيب في زمان خياره يكون ذلك كحدوث العيب فيه بعد البيع بيد بايعه قبل القبض في كونه موجبا لفسخ المشتري بالعيب و المطالبةً بالأرش.

و لو لم يعلم المشتري بحدوث العيب بيده الا بعد انقضاء خيار الحيوان أو الشرط كان له الفسخ بالعيب الحادث. و دعوى تعين الأرش في هذه الصورة لأن الشرط في جواز الفسخ بالعيب بقاء المبيع على ما كان عليه عند الشراء لا يمكن المساعدة عليها لان المعبر في جواز الفسخ بقاء المبيع بحاله مع قطع النظر عن العيب الموجب لجواز الفسخ.

ثم ان التلف في زمان الخيار الموجب لانفساخ المعاملة ما إذا كان بأفء سماوية و يدخل في هذه الافء حكم الشارع بتلف المبيع كحكمه- على العبد المشتري بالانعتاق بصيرورته مقعداً أو أعمى و اما إذا كان التلف بفعل المشتري يكون ذلك موجبا للزوم البيع و سقوط خيار الحيوان بل خيار الشرط ايضاً على وجهه و اما إذا كان التلف بفعل البائع فلا يوجب إتلافه زمان خيار المشتري بطلان البيع كما هو الحال كذلك في إتلافه قبل قبض المشتري فيكون للمشتري فسخ المعاملة و الرجوع بثمنه و بين إبقاء

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٤

و ان كان بإتلاف أجنبي تختير ايضاً (١) و هل يرجع بالقيمة إلى المتلف (٢).

البيع بحاله و مطالبةً- البائع ببدل المبيع مثلاً أو قيمةً.

(١) ذكر قده انه لو كان تلف المبيع زمان خيار المشتري بفعل الأجنبي يكون الأمر كذلك فيتخير بين فسخ البيع و استرداد ثمنه و بين إبقاء البيع و مطالبةً الأجنبي المتلف بالمثل أو القيمة و لكن لا يخفى ما فيه فان إتلاف الأجنبي من تلف المبيع سواء كان ذلك قبل

قبض المبيع أو زمان خيار الحيوان أو الشرط للمشتري و قد ذكر سلام الله عليه في معتبره عقبه بن خالد سرقة المبيع في يد بايعه من تلفه قبل القبض و ما في صحيحه عبد الله بن سنان و غيره من الحدث في الحيوان في ثلاثة أيام يعم التلف بفعل الأجنبي نعم يكون المشتري مخيرا بين الفسخ و استرداد ثمنه و بين إبقاء البيع و مطالبه المتلف بالكسر بالبدل في سائر الخيارات التي لا يكون فيها ضمان المبيع على بايعه كما في خيار الغبن أو المجلس و نحوهما و يجرى في المقام ايضا بناء على عدم ضمان البائع إتلاف الأجنبي كما هو الفرض.

(٢) إذا فسخ المشتري البيع و استرد ثمنه يقع الكلام في رجوع البائع فهل يرجع إلى المتلف بالكسر ببدل المبيع أو يرجع إلى صاحب الخيار الفاسخ أو يتخير في الرجوع إلى كل منهما وجوه و قوله قده و هل يرجع ح بالقيمة إشارة إلى هذا الخلاف.

و قد ذكر في وجه رجوع البائع إلى المتلف بالبدل أمران: أحدهما: ان بدل العين التالفه بذمة المتلف فيملك البائع المفسوخ عليه ذلك البدل بالفسخ.

ثانيهما: ان تلف العين و ان حصل حال كونها ملكا للفاسخ أي المشتري الا انه بعد الفسخ يعتبر عود تلك العين إلى البائع قبل تلفها بناء على ان المعتمد في الضمان اعتبار زمان التلف أو تعتبر العين التالفه ملكا للمفسوخ عليه عند الفسخ بناء على ان الاعتبار في الضمان بيوم الفسخ و على كلا التقديرين يكون البدل بذمة المتلف بالكسر للبائع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٥

.....

كما لو كانت العين بيد الأجنبي باقية عند فسخ ذي الخيار فإنه كما تكون تلك العين مع بقائها ملكا للبائع كذلك بدلها مع تلفها بفعل الأجنبي.

أقول: في ملك الفاسخ في قوله لرجوع العين قبل تلفها في ملك الفاسخ متعلق بالتلف لا بالرجوع و للفاسخ في قوله ملكا تالفا للفاسخ سهو و الصحيح للمفسوخ عليه.

و ذكر في وجه الرجوع إلى صاحب الخيار أي الفاسخ انه إذا رجع الثمن إلى ملك ذي الخيار المفروض تلف العين في ملكه يلزم خروج بدل المثمن عن ملك صاحب الخيار و مقتضى خروجه عن ملكه ثبوت البدل على ذمته لان ضمان المال التالف و خروجه إلى ملك الغير بمعنى ثبوت بدله على الذمة و هذا هو المراد من قوله لان ضمان المتلف بالفتح محله الذمة لا ضمان الأمور الخارجيه أي الأعيان الخارجيه الغير التالفه فإن ضمانها ليس بمعنى الثبوت على العهد.

لا يقال: بدل العين التالفه كان ثابتا على ذمة المتلف بالكسر قبل الفسخ فيدخل بالفسخ ذلك البدل في ملك البائع و بتعبير آخر ذلك البدل المملوك لصاحب الخيار يرجع إلى البائع في مقابل رجوع الثمن إلى ملك صاحب الخيار الفاسخ.

فإنه يقال: البدل على ذمة المتلف بالكسر قد تشخص قبل الفسخ ملكا لصاحب الخيار المفروض كونه مالكا للعين عند تلفها- فيكون ذلك البدل نظير ما باع المشتري المتاع في زمان خيار البائع من ثالث و أخذ الثمن من ذلك الثالث أو كان الثمن على عهده الثالث فلا يحق للبائع بعد فسخه المطالبة بذلك الثمن بل يكون على المشتري الأول بدل ذلك المتاع مثلا أو قيمه.

و بتعبير آخر البدل على عهده المتلف بالكسر يترتب عليه البدليه في التلف خاصة لا البدليه عن العين التالفه في جميع جهاتها و لو كانت- العين باقية بيد الأجنبي كانت راجعه إلى ملك بائعها بفسخ ذي الخيار فلا يكون مع تلفها البدل الثابت على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٦

[مسألة من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال لا يجب على البائع]

من أحكام الخيار ما ذكره في التذكرة فقال لا يجب على البائع (١).

عهدة المتلف - بالكسر مثل العين من هذه الجهة أيضا.

و الحاصل لا يكون ما على عهدة المتلف بدلا خارجيا عن العين ليرتب عليه ما كان مترتبا على العين مع بقائها و على ذلك فإذا فسخ صاحب الخيار البيع يعتبر رجوع العين قبل ان تتلف حال كونها مضمونة لدى الخيار على متلفها الى ملك المفسوخ عليه فيكون العين التالفة بالنحو المزبور على عهدة ذى الخيار فيثبت بدلها على ذمته و لا يكون على عهدة المتلف بالكسر بالإضافة إلى بائعها بدل. أقول: مما ذكر في توضيح العبارة يظهر ان الصحيح ابدال ملك الفاسخ في عبارته مضمونة لملكها على متلفها بالقيمة في ملك الفاسخ بملك المفسوخ عليه.

و ذكر في وجه الثالث: ان يد الفاسخ يد ضمان بالبدل بعد الفسخ كما ان إتلاف الأجنبي أيضا موجب للضمان فيجوز للبائع الرجوع الى كل منهما بنحو التخيير.

أقول: قد ظهر ايضا ان الصحيح ابدال يد المفسوخ عليه بيد الفاسخ. ثم قال و أضعف الوجوه أخيرها و لكن لا يخفى أنه أتمها و ذلك فان يد المشتري في زمان خياره في مفروض الكلام يد ضمان غاية الأمر ان الضمان على تقدير بقاء البيع معاوضى و على - تقدير فسخه ضمان يد و إتلاف الأجنبي موجب لكونه مديونا بالبدل لمن يعتبر العين التالفة عند إتلافها ملكا له و كان - يعتبر قبل الفسخ انها عند إتلافها ملكا للمشتري و بعد الفسخ يعتبر انها عند إتلافها ملكا للبائع مع كون اليد المشتري عليها يد ضمان فيجوز - للبائع الرجوع الى كل منهما كما هو الحال في تعاقب الأيدي غاية الأمر استقرار الضمان على المتلف و يشهد لذلك انه لا يستحق المشتري مطالبته المتلف بالبدل فيما إذا فسخ البيع و استرد الثمن و ابرء البائع ذمة المتلف أو ذمة المشتري عن البدل فلاحظ و تدبر.

(١) ذكر العلامة في التذكرة انه لا يجب على المتبايعين تسليم ما لصاحبه و لو تبرع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٧

.....

أحدهما بالتسليم لا- يجب على الآخر التسليم و يجوز- للمتبرع استرداد ما سلمه الى الآخر سواء كان الخيار له أو للآخر و نقل عن بعض الشافعية انه لا يجوز للمتبرع الاسترداد بل على الآخر التسليم و ان امتنع يجوز للمتبرع اخذ ما انتقل اليه و لو مع عدم رضاه كما لم يكن البيع خياريا.

و ذكر المصنف (ره) انه يظهر من كلام العلامة ان الخلاف بين المسلمين انما هو في وجوب التسليم بعد اختيار أحدهما التسليم و اما التسليم ابتداء فلا يجوز على ذى الخيار بالاتفاق.

أقول: ما لا يخفى ما في الاستظهار من التهافت فان حصر الخلاف في وجوب التسليم بما إذا اختار أحدهما التسليم معناه الاتفاق على عدم وجوب التسليم ابتداء لا على ذى الخيار و لا على صاحبه فيكون منافيا لتخصيص الإجماع على عدم وجوب التسليم ابتداء بذى الخيار.

و كيف ما كان فان قيل بعدم حصول النقل و الانتقال زمان الخيار يكون الأمر كما ذكره في التذكرة و اما على القول بحصولهما بالعقد فقد يقال ان الخيار على تقدير كونه حقا متعلقا بما انتقل عنه- لا يجب على ذى الخيار التسليم كما لا يجب على صاحبه أيضا لأن امتناع كل منهما على تقدير امتناع الآخر شرط ارتكازى نعم لو تبرع ذو الخيار بالتسليم يجب على صاحبه ايضا التسليم. و فيه أولا ان الخيار حق متعلق بالعقد فيكون لدى الخيار فسخه و لا يتعلق الحق بما انتقل عنه.

و ثانيا على تقدير كون الحق متعلقا بالعين فأیضا لا يجوز الإمساك بما انتقل عنه فان متعلق الحق استرداد تلك العين لا بالإمساك بها.

و بتعبير آخر لا وجه لرفع اليد عن مقتضى عدم حل مال الغير بغير طبيئة نفسه في إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٨

[مسألة قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين]

قال في القواعد لا يبطل الخيار بتلف العين (١).

موارد الخيارات فإن الإمساك بمال الغير بغير رضا صاحبه داخل في العموم المزبور. نعم إذا كان الإمساك لامتناع صاحبه عن التسليم جاز لما أشرنا إليه من ان حق كل منهما بالإمساك بمال الآخر ما دام صاحبه ممسكا بماله شرط ارتكازي في جميع البيوع الحالية. و ذكر النائيني قده انه لا- يجب على ذي الخيار التسليم و ان اختار صاحبه التسليم بخلاف ما إذا تبرع ذو الخيار بالتسليم فإنه يجب التسليم على الآخر و علل ذلك بعدم وجوب الوفاء بالعقد على ذي الخيار و مقتضى جواز نقضه عدم التزامه بتسليم ما بيده ما دام الخيار فيكون سلطنة صاحبه بذلك المال مضيقة.

و فيه ان جواز نقض العقد- بالفسخ لا يرتبط بالتسليم و عدم الالتزام بالتسليم لو فسخ البيع قبله لا ينافي لزوم التسليم ما دام لم يفسخ. (١) ينبغي ان يراد ان الموارد التي لا- ينحل البيع فيها بتلف العين لا- يبطل الخيار ايضا بتلفها و اما مع انحلال البيع كما في تلف المبيع قبل القبض أو تلفه زمان خيار الحيوان و الشرط للمشتري فبانحلال البيع بتلف المبيع لا يبقى مورد للخيار و ما ذكر صحيح لان الخيار حق يتعلق بالعقد و إذا فسخه ذو الخيار يرجع صاحبه اليه بالبدل مثلا أو قيمة كما يرجع هو الى صاحبه بالبدل لو كان ما انتقل عنه هو التالف هذا في غير مورد قيام النص بأنه لا- ينفذ الفسخ مع عدم بقاء العين كما في خيار العيب حيث دل النص على ان عدم بقاء المعيب بيد مشتريه بحاله يعين أخذ الأرش و قد ذكر المصنف قده انه يشكل الفسخ بعد تلف العين في موارد:

الأول: ما إذا كان الخيار لضرر الصبر على العين كما في خيارى العيب و التديس.

الثاني: ما إذا كان مقتضى الدليل جواز رد العين كما ذكر ذلك في مسئلة ظهور

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٣٩

[مسألة لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة]

لو فسخ ذو الخيار فالعين في يده مضمونة (١).

كذب البائع بعد تلف المبيع في بيعه مرابحة.

الثالث: ما إذا كان الغرض من شرط الخيار تمكن ذي الخيار على استرداد نفس العين كما في بيع الشرط فإنه يمكن القول بأنه لا يجوز لبائع العين الفسخ بعد تلفها بيد المشتري و كذا في كل مورد كان تصريح المتبايعين أو ظاهرهما عدم الغرض من شرط الخيار الأ رد العين و استردادها.

أقول: إذا كان المشروط في البيع هو الخيار و لكن مع بقاء العين لا مطلقا فالمتبع شرطهما و لا ينبغي الريب في عدم الخيار مع تلفها و اما إذا كان المشروط هو الخيار فقط أو كان الخيار بلا قيد- مدلول النص كما في خيار المجلس و نحوه فلا وجه لسقوط الخيار بتلف العين و مجرد كون الحكمة في جعل الخيار التمكن على استرداد العين أو تدارك الضرر أو كون الداعي إلى اشتراطه استردادها لا

يوجب اختصاص الخيار بصورة بقائها.

ومما ذكر يظهر الحال في بيع الخيار وانه لا يتفاوت في جواز الفسخ بين بقاء العين و عدمه.

(١) لو فسخ البيع بالخيار أو بالإقالة فالعين التي يرجع إلى ملك صاحب ذى الخيار مضمونة بيد ذى الخيار بضمان اليد فان اليد على مال الغير مع عدم كون ذى اليد أميناً بجعل مالك المال أو بجعل الشارع يوجب الضمان كما ذكرنا ذلك في مدرك ضمان اليد من استقرار سيرة العقلاء من المتشرعاً و غيرهم و يقتضيه عموم حديث على اليد و من الظاهر ان مجرد الفسخ لا يجعل المال امانة بيده سواء كان يده على ذلك المال مضموناً بضمان معاملى قبل الفسخ أو لم يكن كما إذا فسخ مشتري الحيوان الشراء ثم تلف الحيوان بيده.

و بتعبير آخر الضمان فى المقام نظير ضمان المقبوض بالسوم ضمان يد و الموجب له

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٠

[القول فى النقد و النسبة]

إشارة

ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم (١)

[مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد]

إطلاق العقد يقتضى النقد (٢).

عدم كون اليد على مال الغير يد أمانة مالكية كانت أو شرعية و كذا الحال فى تلف المال بيد غير ذى الخيار فان تلفه عليه سواء كان التلف قبل الفسخ أو بعده.

و يمكن ان يستدل على ذلك بقوله (ع) فى ذيل رواية ضمان البائع قبل القبض إذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه فإن ضمان الحق قبل الفسخ هو الثمن المسمى و بعده نفس العين مع بقائها و بدلها مع تلفها و بتعبير آخر هذا الذيل يعم زمان الخيار و بعده و قبل الفسخ و بعده.

(١) ذكروا للبيع أربعة أقسام بيع الحاضر بالحاضر و ليس المراد بالحاضر خصوص العين الخارجية الموجودة بل يعم الكلى على العهدة حالاً و بيع المؤجل بالمؤجل و يعبر عن ذلك ببيع الكالى بالكالى أى النسيئة بالنسيئة و الكالى من الكلاء و بمعنى التأخير و قد ورد النهى عنه فى روايات مخالفتنا و ما ورد فى رواياتنا من النهى عن بيع الدين بالدين يأتى بيان المراد منه و بيع الحاضر بالمؤجل و يعبر عن ذلك بالبيع نسيئة و بيع المؤجل بالحاضر و يعبر عن ذلك ببيع السلم.

(٢) إطلاق العقد يقتضى كون الثمن كالمثمن حالاً المعبر عن ذلك ببيع النقد فيكون للبائع مطالبته المشتري بالثمن مع استحقاقه- و يحصل استحقاقه بدفع المثمن إليه أو تمكينه من أخذه على الخلاف فى معنى الإقباض.

و الوجه فى ذلك أن البائع يملك الثمن على عهدة المشتري عينا كان أو ديناً و إذا أقبض المبيع يستحق المطالبة بما ملكه بالبيع فان الناس مسلطون على أموالهم و حبس الحق و المال على مالكه ظلم و عدوان و الإمساك بملك الغير لا يحل بغير طيبة نفس مالكة. و يدل على الحكم موثقة عمار بن موسى عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من رجل جارية بثمان مسمى ثم افترقا فقال و جب البيع و الثمن إذا لم يكونا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤١

.....

اشترطاً فهو نقد.

ثمّ أنّه إذا اشترط تعجيل الثمن في العقد يكون شرطه عند المصنّف ره تأكيداً لما يفيدّه إطلاق العقد حيث أنّ ظاهر الاشتراط عدم المماطلة والتأخير مع المطالبة وليس ظاهر دفع الثمن ولو بلا مطالبة فإنّه على ذلك وان لا يكون الاشتراط تأكيداً إلّا ان فهمه يحتاج إلى قرينة.

ثمّ ذكر أنّه لا معنى لاشتراط التعجيل إلّا التأكيد فإنه إذا لم يطالب المشتري بالثمن يكون مرجع عدم مطالبته إلى إلغاء اشتراط التعجيل فلا يجب عليه ومع المطالبة يثبت له وجوب التعجيل كما هو الحال في صورة إطلاق العقد فتكون النتيجة أنّه لا يفيد اشتراط التعجيل إلّا التأكيد والمراد بالتأكيد بالإضافة إلى وجوب قبض المال مع المطالبة المستحق واما بالإضافة إلى ثبوت الخيار في الفسخ فقد ذكر في الدروس أنّه لو عيّن للتعجيل زمان خاصّ ولم يؤدّ الثمن فيه يثبت للمشروط له خيار الفسخ.

أقول ما ذكر (قده) من كون اشتراط التعجيل تأكيداً ضعيفاً والوجه في ذلك ان المبيع بالبيع يصير ملكاً للمشتري والثمن فيما كان كلياً يكون على عهدة المشتري ملكاً للبائع فيستحق البائع المطالبة به بقبض المبيع كما هو الحال في سائر الديون الحالية فلا يجب على المشتري أداء ما عليه قبل المطالبة المستحق وعلى ذلك فاشتراط التعجيل بحسب المتفاهم العرفي في نفسه مطالبة لما على المشتري سواء عيّن للتعجيل زماناً أم لا.

وبهذا يظهر ان ترك المطالبة بعد اشتراط التعجيل لا يكون إسقاطاً لحق التعجيل ثمّ انه قد ذكر الشهيد الثاني ان ثبوت الخيار للمشروط له لا ينحصر بما إذا عين للتعجيل زماناً معيناً بل لو أطلق اشتراط التعجيل يثبت له الخيار مع ترك التعجيل في أوّل أزمته إمكانه عرفاً.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٢

.....

وناقش في هذا الإلحاق صاحب الجواهر قده بأن صورة إطلاق الاشتراط لا يلحق بصورة تعيين زمان خاصّ فان مع إطلاق التعجيل يكون زمانه مجهولاً فيبطل الشرط ولو فرض عدم بطلان الشرط فلا يثبت الخيار للمشروط له إلّا مع عدم التمكن على إجبار المشروط عليه بالتعجيل فلا يصح ان يقال أنه مع إطلاق الاشتراط يترتب عليه ثبوت الخيار بترك التعجيل مطلقاً بل لا بد من تقييده بصورة عدم التمكن على الإجبار.

وقد ردّ المصنّف ره على الجواهر بأن إلحاق الشهيد الثاني حسن حيث ان إطلاق الاشتراط مع انصرافه إلى أوّل أزمته إمكان التعجيل عرفاً لا يكون مجهولاً ولا حاجة أيضاً الى ان ثبوت الخيار أنّما هو في فرض عدم التمكن على الإجبار لأن كلام الشهيد الثاني ان اشتراط الفعل على المشتري يترتب عليه ثبوت الخيار ولكن هذا الخيار يترتب على مجرد ترك الفعل أو عليه مع عدم التمكن على إجبار المشروط عليه فذلك مسألة أخرى سيالها في جميع شروط الفعل مع أنه لو بنى على ترتب الخيار على عدم تمكن المشروط له على الإجبار في سائر شرائط الأفعال فلا يجري ذلك في المقام لان مع عدم حصول أوّل أزمته الإمكان عرفاً فلا وجه للإجبار ومع حصوله لا ينفع الإجبار لأن الفعل أي قبض الثمن يقع في ثانی أزمته إمكانه وهو غير الزمان المشروط فيه.

أقول قد ذكرنا سابقاً ان ترتب الخيار على ترك العمل المشروط لا يتوقف على عدم التمكن على الإجبار من غير فرق بين عمل و عمل آخر نعم للمشروط له إجبار على العمل بحيث يقع العمل في زمانه المعين و عليه فيجوز للمشروط له إجبار المشروط عليه قبل

حصول الزمان المعين أو قبل أول أزمته الإمكان بحيث يقع قبضه في ذلك الزمان المعين أو أول أزمته الإمكان أو إجباره في أول ذلك الزمان ليقع القبض و لو في آخره فيما كان الزمان المعين أوسع من الفعل كما هو الحال في أول أزمته الإمكان.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٣

[مسألة يجوز اشتراط التأجيل الثمن مدّة معيّنة]

يجوز اشتراط التأجيل الثمن مدّة معيّنة (١).

ثم ان ظاهرهم في المقام انه مع عدم اشتراط التعجيل لا يجوز للبائع فسخ البيع بمطالبة المشتري في أداء الثمن بعد مطالبته البائع و ان الخيار يترتب على اشتراط التعجيل و لكن لا- يخفى ان عدم مطالبة كل من المتبايعين في القبض و الإقباض شرط ارتكازي في المعاملات و عليه فلا يبعد ثبوت الخيار لكل من المتبايعين في صورة مطالبة صاحبه بلا فرق بين اشتراط التعجيل و عدمه و بلا فرق بين كون مطالبة صاحبه عن عذر كالعسر في أداء ما عليه من الثمن أم لا و بلا فرق بين كون المبيع من المستثنيات في أداء الدين و عدمه فيجوز للبائع أخذ الدار المبيعة من المشتري و لو جعلها المشتري مسكنا و كانت مطالته لعسره فان قوله سبحانه «وَإِنْ كَانَ دُوْ عُسْرُهُ فَنَظَرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ» لا يمنع عن فسخ البيع و إنما يمنع عن المطالبة بالثمن مع إبقائه و الممنوع عنه بيع المسكن في استيفاء الدين لا أخذ البائع المسكن بعد فسخ بيعه كما هو الحال في صورة اشتراط التعجيل و ما تقدم في خيار تأخير الثمن فهو خيار شرعي تأسيسي استفيد من الروايات و مع عدم تحقق شرائطه ينتفى و لكن لا يوجب انتفاء الخيار الذي ذكرناه في المقام و الله سبحانه هو العالم.

(١) يجوز بيع المتاع نسيئة و يعتبر فيه تعيين الأجل الذي يستحق البائع المطالبة فيه بالثمن بما لا يكون في الأجل المزبور جهالة من حيث المفهوم كالسنة حيث أنها مرددة بين القمرية و الشمسية نعم لو كان في البين انصراف إلى أحدهما خرج عن الإجمال و لا من حيث المصادق كيوم الجمعة من شهر رمضان هذه السنة حيث يتردد بين الأولى و غيرها و يدل على اعتبار التعيين كذلك النهي عن بيع الغرر الظاهر في فساد و في موثقة غياث بن إبراهيم بن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلا معلوما إلى أجل معلوم و لا تسلمه إلى دياس و لا إلى حصاد.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٤

.....

و في موثقة سماعة المروية كما قبلها في باب السلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم و هو السلف في الحرير و المتاع الذي يصنع في البلد الذي أنت به قال: نعم إذا كان لأجل معلوم و نحوهما غيرهما ثم انه لا فرق في المدّة المعينة بين القصيرة و الطويلة و ربما ينسب إلى الإسكافي انه منع عن التأجيل إلى ثلاث سنوات أو أزيد و لعله للنهي الوارد عنه في بعض الاخبار و في رواية البيهقي قال قلت لأبي الحسن عليه السلام اني أريد الخروج إلى بعض الجبال فقال ما للناس بد من ان يضطربوا سنتهم هذه فقلت له جعلت فداك انا إذا بعناهم بنسيئة كان أكثر للربح قال فبعهم بتأخير سنة قلت بتأخير سنتين قال: نعم قلت بتأخير ثلاث قال لا. و في صحيحة الأخرى انه قال لأبي الحسن الرضا عليه السلام ان هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق فقال ان أردت الخروج فاخرج فإنها سنة مضطرب و ليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت انهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنة قال بعهم قلت سنتين قال بعهم قلت ثلاث سنين قال لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين.

و لكن لا- يخفى ظاهر الصحيحة صحة البيع و انه لا- يصل إلى المخاطب البائع من البيع المزبور ألما الانتظار فلا يناسب الرواية إلّا المشورة مع الامام عليه السلام و المراد بالإرشاد في عبارة المصنف (قده) الإرشاد إلى غير الحكم الشرعي كالتنبيه إلى ضياع المال و

المراد بالملاء في الصحيحة الذين لا- يهلك عندهم المال لغناهم و الرواية الاولى مع ضعف سندها بسهل بن زياد تحتل اتحاد الواقعة.

ثم لا- يخفى أنه بأس بتأجيل الثمن و الإفراط بالتأخير و ما يقال من ان التأجيل يجوز الى ان يعد بيع البائع مع التأجيل المزبور سفهيا و أكل المشتري المبيع المزبور مع التأجيل المزبور أكلا للمبيع بالباطل لا يمكن المساعدة عليه فان عدّ بيع البائع سفهيا إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٥ أقواها الثاني (١).

لا يوجب بطلان البيع فان المحكوم بالفساد و هو بيع السفه لا البيع السفهى. و دعوى انصراف ما دلّ البيع الى غير السفهى كما ترى و اما الأكل بالباطل فتحققه و ان يوجب بطلان البيع ألا انه غير محقق كما نذكر.

نعم قيل انه لا يجوز تأجيل الثمن إلى مدة يعلم بأن المشتري و البائع لا يعيشان الى تلك المدة و وجه البطلان خروج الثمن عن انتفاع البائع به و يرده انه قابل لانتفاع البائع ببيع ذلك الدين بالحاضر بالتنقيص أو المصالحة عليه و بهذا يظهر أن أكل المشتري و تملكه المبيع بإزاء الثمن المزبور لا يكون أكلا بالباطل.

لا- يقال ان الإفراط بالتأخير إلى أجل لا- يعيش المشتري الى ذلك المقدار لغو محض فيكون غاية التأجيل حلول الموت و لجهالته يبطل البيع بل التأجيل المزبور مخالف للسنة فيوجب بطلان البيع نظير اشتراط مدّة مجهولة.

فإنه يقال الشرط صحيح بالإضافة إلى ما قبل موت المشتري فيبطل بالإضافة الى ما بعده و لا يوجب ذلك بطلان البيع لمعلومية الأجل في صورة العقد و جهالته بالانحلال و الفساد بالإضافة الى ما بعد موت المشتري لا- يضرّ على ما تقدم في جهالة الثمن في موارد تبعض أصفقه و انحلال البيع بالإضافة الى بعض المبيع و هذا بناء على انّ التأجيل أمر زائد على الثمن نعم بناء على انّ التأجيل قيد للثمن و تضيق لدائرته فلا- يبعد الحكم ببطلان البيع لان الثمن المزبور ليس عوضا شرعا ليتملكه البائع على المشتري هذا مع إمكان كون الغاية انتفاع الوارث.

(١) لا- يبعد كون الأول هو الأظهر كما إذا كان الأجل معيناً بحسب الواقع و يعرفه أهل بلد المعاملة كالبيع الى مهرجان على وزن أصبهان اسم لعيد للفرس و يكون الفرض نظير البيع و الشراء بأوزان البلاد مع عدم معرفة أحد المتعاقدين به أحيانا فإنه لم تكن سيرة المتشرعة عند الدخول في بلد معرفة أوزان ذلك البلد قبل شراء حاجياتهم إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٦

[مسألة لو باع بثمن حالا و بالأزيد منه مؤجلا]

لو باع بثمن حالا و بالأزيد منه مؤجلا (١).

منها و كان الزوار يدخلون بلدا يشتررون الفواكه و الطعام و غيرهما بأوزان البلد المزبور قبل قياس تلك الأوزان بأوزان بلادهم لمعرفتها و لم يحرز شمول النهى عن بيع الغرر لذلك حيث أنه ليس في البين ما يقتضى ان الغرر مطلق عدم المعرفة و لا يستفاد من الاخبار الواردة في اعتبار كيل المبيع أو وزنه أزيد مما ذكر و اعتبار اليقين في ناحية الثمن و أجله أيضا كذلك و إذا كان وصول الشمس الى برج الحمل أجلا- يعرفه أهل السوق و انه أول يوم من فصل الربيع فلا بأس بجعله البائع أجلا و ان لم يعرفه المشتري و لا يستفاد من الاخبار الواردة في السلم أزيد من التعيين عند الناس.

و ليس هذا من التأجيل إلى موت المشتري أو البائع ليكون البيع غرريا و الى أجل غير معلوم لان موته ممّا لا يعرفه الناس و لا المتعاقدان بخلاف ما إذا كان له واقع معين يعرفه الناس و أحد المتعاقدين و إذا كان الأجل بحسب الواقع معيناً و لا يعرفه أهل بلد المعاملة بل يعرفه المتعاقدان كما إذا باع بمكّة ايراني زميله متاعاً نسيئاً و جعل الأجل حلول نيروز صحّح و أن عدم معرفة غيرهما في ذلك البلد لا يقدح في المعاملة و إلى ذلك يشير العلامة (قده) في عبارة المنقولة في الكتاب بقوله و سواء اعتبر معرفتهما أم لا و لو عرفاً كفى.

(١) المنسوب الى أكثر الأصحاب من المتأخرين انه لو قال في مقام إنشاء البيع بعته بكذا نقداً و بكذا نسيئاً لا يصحّ سواء قال المشتري قبلته نقداً أو قال نسيئاً أو أطلق القبول.

و في مرسله الكليني ره من سادم بثمانين أحدهما عاجلاً و الآخر نسيئاً فليسمّ أحدهما قبل الصفقة. و في رواية سليمان بن صالح عن ابي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن سلف و بيع و عن بيعين في بيع و لكن في صحيحه محمّد بن قيس

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٧

.....

عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع سلعة فقال: ان ثمنها كذا و كذا يدا بيد و ثمنها كذا و كذا نظرة فخذها بأى ثمن شئت و جعل صفقتها واحدة فليس له الا أقلهما و ان كانت نظرة. و نحوها معتبرة السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام ان علياً قضى في رجل باع بيعاً و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين يقول: ليس له الا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئته.

و ربّما التزم بعض الأصحاب بظاهرهما و حكم بثبوت البيع بالأقل مع أبعد الأجلين. و فيه انه يعارضهما مع ما سبق موثقة عمّار عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه و آله بعث رجلاً الى أهل مكّة و أمره و أن ينهاهم عن شرطين في بيع و ظاهر الشرطين على ما تقدّم بيع المتاع نقداً بكذا و نسيئاً بكذا. و الجمع بين الطائفتين بحمل الناهية على الكراهة لا يمكن المساعدة عليه إذ الاهتمام كذلك بعث الرسول أو الوالى الى أهل مكّة و أمره صلى الله عليه و آله أن ينهاهم عن بيع ما لم يقبض و عن شرطين في بيع و ربح ما لم يضمن بان يبيع المتاع مرابحة قبل ان يدخل في ضمانه أى قبل ان يشتريه لا يناسب الكراهة.

و بذلك يظهر ان ما ذكر السيد (قده) في الناصريات من كراهة البيع بثمانين بالأقل نقداً و بالأكثر نسيئاً لا يمكن المساعدة عليه و يبقى في البين الالتزام اما بفساد البيع المزبور و حمل الروايتين على خلاف ظاهرهما بان يقال المذكور فيهما حكم صورة تلف القيمي حيث ان قيمة يوم الضمان التي يجب دفعها الى البائع هي الأقل و لو كان دفعها في الأجل المزبور أو يقال ان النهي في الموثقة إرشاد إلى فساد الشرط لا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٨

إلا ان يقال ان الزيادة ليست في مقابل الأجل (١).

إلى فساد أصل البيع بان كان بيع المتاع بالأقل و قول البائع و ان كان بعد شهر مثلاً بكذا تأجيل للثمن المزبور بزيادة و يأتي ان تأجيل الدين كذلك ربا موضوعاً أو حكماً فيكون شرطه باطلاً.

لا يقال الجمع بين الطائفتين كما ذكر لا يعدّ من الجمع العرفي بل هما بظاهرها متعارضتان فتصل النوبة إلى إطلاق حل البيع فيما إذا كان قبول المشتري لأحدهما على التعيين نعم إذا كان قبول المشتري أيضا على نحو التردد يحكم بالطلان إذ لا يقع كلا البيعين ولا معين لأحدهما وأحدهما بلا تعيين غير داخل في إطلاق حل البيع حيث ان أفراده المعينات كما هو الحال في كل الخطابات المتكفلة لبيان الحكم على الطبيعي بنحو الشمول والاستيعاب فإنه يقال بالطلان لفقد الإيجاب لتعلقه بالجامع.

(١) و حاصله أنه لو كانت الزيادة في الثمن بإزاء التأجيل بطلان هذه المعاملة لكونها ربا حكما أو موضوعا لا يمنع البائع من المطالبة بالثمن الأقل حالا نعم لو كان الزيادة بإزاء إسقاط البائع حقه بالمطالبة بالثمن الأقل يسقط حق المطالبة ولا يتعين إلا الثمن الأقل نظير ما احتمل انه إذا أسقط ولى الدم حق القصاص بإزاء عبد يعلمان انه ملك لغير القاتل أو انه حرّ سقط حق القصاص ولا يكون على القاتل شيء أو يكون عليه الديّة كما نقل عن العلامة في التحرير وعلى ذلك فالتأجيل لازم على البائع بمعنى انه لا- يستحق مطالبة المشتري بالثمن الأقل قبل انقضاء المدّة ولكن لو دفع المشتري الثمن في تلك المدّة فليس للبائع الامتناع عن أخذه بخلاف موارد صحة التاجل فإنه يحق للبائع الامتناع عن أخذ الثمن الى ان ينقض المدّة.

أقول لا يلزم التأخير المزبور على البائع بلا فرق بين وقوع المعاوضة بين المقدار الزائد من الثمن والتأجيل أو تقع المعاوضة بين إسقاط البائع حقه في المطالبة بالثمن الأقل و

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٤٩

.....

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - ايران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب؛ ج ٤، ص: ٥٤٩

بين المقدار الزائد لأنه إذا لم يصح أحد العوضين فلا يصح العوض الآخر ويكون هذا نظير إسقاط الحق بنحو التعليق فإنه ببطلان التعليق في الإيقاع لا يحصل الاسقاط وما ذكر في مسألة حق القصاص من سقوطه فيما إذا أسقطه الولي بإزاء عبد الغير أو الحر مع علم الولي والقاتل بالحال لا يمكن المساعدة عليه.

نعم لو علم الولي بان العبد حر و مع ذلك أسقط حق قصاصه بإزائه سقط حق القصاص فإنه من الاسقاط مجانا بخلاف جهله بالحال أو إسقاطه بإزاء عبد الغير مع الجهل بالحال أو مع العلم فإنه لا يسقط حق القصاص ولذا لا يكون بيع ماله بإزاء عبد الغير مع العلم بالحال أو الجهل من تملكه مجانا على ما تقدم في بيع الفضولي والمتحصل في المقام انه لو قال بعته نقدا بكذا ونسيه بكذا وقبل المشتري أحدهما بعينه فيمكن الحكم بصحة بخلاف ما إذا قبل المشتري قبلته بلا تعيين أحدهما فلا يمكن الحكم بصحته كل منهما ولا- صحة أحدهما بعينه فإنه ترجيح بلا معين وأحدهما لا بعينه ليس فردا لمثل قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بَلْ ذَكَرْنَا بَطْلَانَهُ حَتَّىٰ مَعَ تَعْيِينِ الْمَشْتَرِي فِي قَبُولِهِ.

نعم لو قال بعته بكذا وان اجلته فعليك كذا يكون البيع محكوما بالصحة وثبت الثمن الأقل حتى ما لو تأخر في أداء الثمن لبطلان الشرط وعدم سراية فساده الى نفس البيع على ما تقدم في ذلك البحث فلا يلزم الأجل على المشروط له فان له مطالبة المشتري بالثمن حالا.

و دعوى ان المتعين في المقام العمل بموثقة السكوني و صحیحته محمّد بن قيس بان يحكم بالثمن الأقل مؤجلا و تقييد النهي في موثقة عمار عن الشرطين في بيع الى غير هذه الصورة كما إذا قال بعته مؤجلا بشهر بكذا أو بشهرين بكذا و نحو ذلك لا يمكن

المساعدة عليه فان المتبادر عن النهى عن شرطين فى بيعه نقدا بكذا و نسيئة بكذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٠

[مسألة لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل]

لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل (١).

بشهادة موثقة السكونى مع انه لا يحتمل الفرق بين قوله بعته نقدا بكذا و الى شهرين بكذا كما لا يخفى.

(١) لا- يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل و لا يحق للبائع المطالبة قبل حلوله بلا خلاف لأن التأجيل فى الثمن مقتضاه ان للمشتري حق التأخير و لا- يختص هذا الحكم بالثمن المؤجل بل يجرى فى كل دين سواء كان تأجيله يجعل المتعاقدين كالسلم و القرض المشروط فيه الأجل أو بجعل الشارع كما فى الاقساط و النجوم المعبرة فى الدينة.

و المشهور فى كلام المتأخرين انه لا يجب على البائع تسلمه فيما إذا تبرع المديون قبل الأجل.

و علل فى التذكرة بأن تعجيل المشتري و دفعه الثمن قبل الأجل كتبرع المديون بالزيادة حيث لا يجب على الدائن قبول المنه بأخذ تلك الزيادة و يشهد بكون تعجيل المؤجل كالزيادة ما يذكر فى باب الربا من عدم جواز بيع حنطة حالا بحنطة اخرى مؤجلا.

و فيه انه لو لم يكن فى أصل الدعوى تأمل فلا- ينبغى الربى فى ان إطلاقها ممنوعة حيث ربما يكون التعجيل مصلحة للمشتري أو يكون دفعه بعد حلول الأجل أو قبله على حد سواء كما إذا أراد المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل بساعة أو ساعتين.

و ذكر المصنف ره فى وجه عدم وجوب التسليم ان اشتراط الأجل كما يكون من جعل حق التأخير للمشتري كذلك يكون من جعل الحق للبائع فى تأخيره أخذ الثمن إلى حلول الأجل و يكون على المشتري حفظ مال البائع على العهدة كالودعى الذى عليه حفظ مال المودع و الحاصل أن فى التأجيل حق للدائن بلا خلاف ظاهر.

و لكن ربما يقال بعدم الفرق بين الدين المؤجل و الحال فى انه كما يجب على الدائن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥١

ثم انه لو أسقط المشتري أجل الدين (١).

تسلم الدين فى الثانى كذلك فى الأول.

و بتعبير آخر التأجيل حق للمديون فى التأخير فى الأداء و للدائن فى التأخير فى التسلم حق فغير داخل فيه و يشهد لذلك كون التأجيل موجبا لزيادة الثمن و أن للبائع تنقيص الثمن المؤجل حتى يؤديه المديون حالا.

و الحاصل الدين المؤجل بالإضافة إلى المديون كالواجب الموسع فيجوز له الأداء و ان لم يرض به البائع و يتضيق بحلول الأجل و فيه كون التأجيل موجبا لزيادة الثمن لا يمنع عن كون التأخيري التسلم حقا للبائع أيضا.

و الأظهر أن يقال ان الأجل فى الثمن لو كان قيد إله فلا يجب على البائع تسلمه قبل الأجل إلا بالتراضى لأن المدفوع قبل الأجل ليس فردا له و ان كان التأجيل شرطا كما هو الظاهر المتفاهم فليس الاشتراط الا حق التأخير للمديون.

نعم لو قامت قرينة خاصة فى مورد أن فى البيع نسيئة غرض آخر للبائع غير زيادة الثمن أو الإرفاق على المشتري كالفرار من كلفه حفظ المال فى تلك المدة كما قد يتفق فى المعاملات فى الأسفار لكان على البائع الامتناع عن التسلم و الله سبحانه هو العالم.

(١) ذكر العلامة فى التذكرة و القواعد انه لو أسقط المديون التأجيل فى الدين لم يصح فلا يجوز للدائن المطالبة بالدين قبل الأجل بمعنى انه لا يجب على المديون أداء ما عليه بمطالبة البائع قبل الأجل و علل ذلك فى جامع المقاصد بوجهين.

الأول ان التأجيل ثبت بالعقد اللازم و ما دام العقد باقيا لا يوجب إسقاط الأجل شيئا.
و الثانى ان التأجيل حق للدائن أيضا و لذا لا يجب عليه التسلم فيما إذا تبرع المديون بالأداء قبل حلول الأجل.
نعم لو تقابلا فى الأجل بأن أسقط كل منهما شرط الأجل لجاز للدائن مطالبه
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٢
و وجه فى التذكرة عدم سقوط شرط الأجل بوجه آخر (١).

المديون و الإقالة فى الأجل نافذة فى غير صورة نذرهما أو نذر أحدهما بيع المال أو شرائه مؤجلا حيث ان مع النذر لا يجوز الإقالة و لا يسقط الأجل و يكون نفوذ الإقالة فى العقد لا فى النذر.

و فيه أن شيئا من الوجهين غير تام فان المشروط فى العقد اللازم فيما إذا كان من قبيل الحق لأحد المتعاقدين أو كلاهما فهو قابل للإسقاط كما إذا باع العين منه بثمن و اشترط عليه خياطة ثوبه يكون اشترط الخياطة من حق البائع على المشتري فيجوز للبائع إسقاط هذا الحق بحيث لا يجوز له بعد إسقاطه إجبار المشتري على خياطته و لا فسخ العقد بتركة الخياطة و ثبوت الحق للدائن على المشتري فى حفظ ماله على عهده لا يمنع عن إجباره المشتري على الأداء قبل الأجل فإن هذا الإجبار اثر لسقوط حق المديون فى التأخير و لا يوجب ان يمتنع البائع عن التسلم الى ان ينتضى الأجل.

و ما ذكر أخيرا من عدم صحة الإقالة مع نذر شرط الأجل ضعيف و ان لم يتعرض المصنف ره لضعفه فإنه لو كان نذره بيع المال أو شرائه مؤجلا شاملا لما بعد إنشاء البيع أيضا يكون إسقاطه محرّما تكليفا و النهى بما انه من النهى عن المعاملة لا يقتضى فساد الإقالة.
(١) و حاصله ان شرط التأجيل من قبيل الصفة التابعة لأحد العوضين أى من الوصف المشروط لأحدهما و فيما كان موصوفه من الكلى كقول البائع فى بيع السلف بعث منا من الحنطة الموصوفة بوصف كذا يكون الوصف تقييدا لذلك الكلى و تضيق دائرته فلا يكون الفاقد لذلك الوصف فردا للمبيع بخلاف وصف المذكور للعين الخارجية فإن الوصف فيه مرجعه الى جعل الخيار مع تخلف ذلك الوصف و لذا يمكن إسقاط الوصف المشروط فى العين الخارجية دون الوصف المشروط للكلى.

و الحاصل كما أن وصف الصحة و الجودة فى الكلى يوجب تقييد ذلك الكلى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٣

.....

و لا يكون الفاسد المدفوع أو غير الجيد فردا منه و لا يجوز للمشتري فسخ العقد بل له ردّ المدفوع و مطالبه البائع بالصحيح أو الجيد كذلك الأجل المذكور للثمن من قبيل الوصف المزبور.

أقول الوصف المذكور للكلى و ان يرجع الى تقييده و لكن اشتراط الأجل كما ذكرنا ليس من قبيل الوصف بل من قبيل اشتراط فعل آخر كاشتراط خياطة الثوب على المشتري كما إذا باع منا من الحنطة سلما و اشترط تسليمها فى البلد الفلانى فإن هذا الشرط بما أنه شرط فعل لا يوجب تقييد المبيع و تسليم الثمن فى زمان أو مكان من هذا القبيل.

و الصحيح فى وجه عدم جواز إسقاط شرط الأجل ما أشار إليه المصنف ره من ان مرجع شرط الأجل إلى إسقاط البائع حقه فى المطالبة بالثمن إلى الأجل المفروض فان مع البيع مطلقا يكون للبائع حق المطالبة بالثمن فالتأجيل شرط لسقوط هذا الحق و كلما كان مقتضى الشرط فى العقد سقوط حق من أحد المتعاقدين فلا يعود ذلك الحق الساقط نظير اشتراط البائع التبرى من عيوب المبيع فان مقتضاه سقوط الخيار عن المشتري مع ظهور العيب فى المبيع و بعد هذا الاسقاط لا يمكن ثبوت الخيار بإسقاط البائع تبريه.

و الحاصل كلما كان مقتضى الشرط ثبوت حق لأحد المتعاقدين فهذا الحق يسقط بالإسقاط بعد العقد بخلاف ما إذا كان مقتضى

الاشتراط سقوط الحق فان الحق بعد سقوطه كما هو فرض نفوذ الشرط لا يعود و قد ذكرنا التأجيل يتضمن حقا واحدا و ليس فيه ثبوت حق للبائع على المشتري في حفظ ماله الى ان يحل الأجل و مع ثبوته ايضا يكون حقا آخر يثبت للبائع و لو مع سقوط حق مطالبته من الأول.

□
و على الجملة فالوجه في عدم سقوط شرط الأجل ما أشرنا إليه من الوجه و الله
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٤

[إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه]

وجب على مالكة قبوله عند دفعه إليه (١).

سبحانه هو العالم.

(١) المشهور بل من غير خلاف ظاهر أنه يجب على الدائن أخذ دينه الحال عند دفعه إليه سواء كان حالا بالأصالة أو بانقضاء الأجل بمعنى أنه لا يجوز له الامتناع عن الأخذ و إبقاء المال بذمة المديون و يذكر لذلك وجهين:

الأول- ان للمديون سلطنة تفرغ عهده عن الدين حيث ان للناس سلطنة على أنفسهم كما هو المفهوم من سلطتهم على أموالهم.
و الثاني- ان امتناع الدائن عن الأخذ و إبقاء المال على عهدة المديون بلا رضاه إضرار و عدوان على المديون فلا يكون له سلطنة على هذا التعدي كما ان امتناع سمره بن جندب عن الاستئذان في الدخول الى عذقه كان إضرارا و تعديا على الأنصارى و قد دلّ الحديث على عدم سلطانه على الدخول المزبور.
و على الجملة كل ما يكون إضرارا و تعديا على مؤمن لا يكون للمالك سلطنة عليه.

لا يقال الضرر في المقام بإبقاء المال على عهدة المديون بلا رضاه و مجرد الامتناع عن أخذ ما عليه لا يوجب هذا الضرر حيث ان للمديون مراجعة الحاكم و دفع ما عليه اليه و قبض الحاكم ينتهي عهده فلا موجب للأخذ على الدائن مع إمكان مراجعة الحاكم.
فإنه يقال مراجعة الحاكم علاج و دفع لإضرار الدائن و ظلمه كما أن مراجعة الأنصارى إلى النبي و أمره صلى الله عليه و آله بقلع شجرته كان علاجاً لامتناع سمره عن الدخول مع الاستئذان و عن بيع نخلته فيكون قبض الحاكم في المقام كييعه مال الزوج الممتنع عن إنفاق زوجته و كما ان العلاج المزبور لا ينافى وجوب الإنفاق على الزوج كذلك علاج الإضرار في المقام بقبض الحاكم لا ينافى وجوب القبض على الدائن.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٥

.....

و بتعبير آخر مراجعته و قبضه لا يكون بدلا اختياريا بل يترتب على امتناع الدائن و تركه العمل بوظيفته.
أقول الوجهان ضعيفان فان فحوى حديث سلطنة الناس على أموالهم على تقديره هو ان للشخص سلطنة تفرغ ذمته الذي يدخل في السلطنة على النفس و أميا بيان طريق فراغ ذمته و انه أى نحو يكون أو أنه يجب على الآخرين كلما يتوقف عليه فراغ ذمته فلا دلالة على ذلك أصلا فلا حظ مثلا أن الحديث دالّ على سلطنة المالك على بيع ماله و لكن لا دلالة له على صحة المعاطاة أو وجوب الشراء على الآخرين و كذلك سلطنة المالك على هبة ماله لا يدلّ على وجوب قبول الهبة على الموهوب له.
و الحاصل لا يمكن الاستدلال بالفحوى على وجوب الأخذ على الدائن أو على تعيين الدين في المال المعزول في صورة امتناعه عن الأخذ.

و ما ذكر في الوجه الثاني غير صحيح أيضا فإن بقاء المال على عهدة المديون و ذمته لا يكون من إدخال النقص في مال المديون أو نفسه أو عرضه ليكون إضرارا عليه و لا يقاس بدخول سمرة بن جندب على حائط الأنصاري بلا استيذان فان الدخول كذلك من الضرر في عرضه حيث انه ربما كان دخوله كما ذكر من الاطلاع على خلوات الناس و عوراتهم و لو كان بقاء المال على عهدة المديون بلا رضاه ضررا عليه لكان مقتضاه سقوط المال عن ذمته بلا حاجة الى قبض الحاكم كما هو المدعى.

و الحاصل قبض الحاكم و لو يكون بدلا اضطراريا ألا ان البدل بالإضافة إلى أداء المديون حيث ان مع إمكان دفع المال إلى مالكة يتعين الدفع إليه و مع امتناعه يدفع إلى الحاكم و هذا النحو من البدل لا يقتضى وجوب الأخذ على الدائن.

و لا يبعد ان يقال على الدائن الأخذ لأن عهدة حفظ المال على مالكة و ان الدين يتعين بغير قبض الدائن أيضا كما إذا القى المديون ما يكون فردا لما عليه الى بين يدي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٦

مقتضى القاعدة إجبار الحاكم على القبض (١).

الدائن مع التفات الدائن بذلك، و لو تلف المال بعد ذلك لا يكون على المديون شيء خصوصا فيما إذا وقع هذا النحو من الإلقاء مع امتناع الدائن عن أخذه فلا حاجة الى المراجعة إلى الحاكم الشرعى أو عدول المؤمنين و لا مورد للإكراه على الأخذ و لا يرجع الملقى إليه على عهدة الدافع الا بموجب جديد على ما تسمع في التعليقات الآتية.

(١) لم يظهر وجه لتوقف تعيين الكلى بالمدفوع فيما إذا كان فردا على رضا المستحق و طيب نفسه بأخذه ليرتفع اعتبار رضاه في صورة امتناعه بقاعدة نفى الضرر أو بحديث سلطنة الناس على أنفسهم بل يعتبر رضاه فيما كان المدفوع بغير ما عليه حيث مرجع الدفع في هذا الفرض إلى مبادلة ما عليه بالمدفوع و هذه مبادلة بينهما فيعتبر في وقوعها رضا الطرفين و لو كان على زيد لعمر و منا من الشعير و اعتقد عمرو ان له عليه منا من الحنطة و أكرهه زيد على أخذ الشعير برئت ذمته و لا فرق في ذلك بين إكراه الحاكم و المديون بل لا يبعد ان لا يعتبر في صورة قبض الدائن علمه بان المدفوع إليه و فاء لما على المديون كما يفصح عن ذلك صحيحة عبد الرحمن عن ابي الحسن عليه السلام في الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لأيتام فيأخذ منه دراهم يحتاج إليها و لا يعلم الذى كان عنده المال لأيتام انه أخذ من أموالهم شيئا ثم ييسر بعد ذلك أى ذلك خير له أ يعطيه الذى كان في يده أم يدفع الى اليتيم و قد بلغ و هل يجزيه ان يدفعه الى صاحبه - على وجه الصلة و لا يعلمه انه أخذ له مالا فقال يجزيه أى ذلك فعل إذا أوصله الى صاحبه فان هذا من السرائر إذا كان من يتيته ان شاء رده الى اليتيم ان كان قد بلغ على أى وجه شاء الحديث.

نعم إذا لم يكن أداء المديون بنحو أخذ الدائن بل إلقاء المال إليه فيعتبر علم الدائن و التفاته الى ان الملقى إليه أداء لما على المديون فلا يكون بعد ذلك ضمان على المديون لفراغ ذمته كما هو مقتضى السيرة العقلانية.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٧

فإن تعذر مباشرته و لو كرها تولى الحاكم (١) و ليس للحاكم مطالبة المديون (٢) أقواه العدم (٣).

(١) يعنى إذا لم يأخذ الدائن ما دفع اليه و لم يمكن إكراهه عليه يكون أخذ الحاكم بمنزلة أخذه في كونه موجبا لتعيين الدين فيه و براءة ذمة المديون بدفعه إليه حيث ان ذلك مقتضى ولايته على الممتنع بل لو صدق الممتنع على الدائن المزبور بمجرد امتناعه لكان أخذ الحاكم موجبا لتعيينه و براءة ذمة المديون و لو مع إمكان إكراهه على الأخذ كما اختار ذلك في جامع المقاصد بل على المحكى عن جماعة عدم اعتبار أخذ الحاكم أيضا بل يتعين الدين بما أراد المديون دفعه و امتنع الدائن عن أخذه فإنه لو تلف المال المزبور بعد ذلك فلا حق للدائن في مطالبة المديون.

(٢) يعنى ليس للحاكم مطالبه المديون بالأداء لأنه لا حرج على المديون فى بقاء المال على ذمته مع رضا الدائن و عدم مطالبته و لا يجب على الحاكم أخذ المال فيما إذا لم يرد المديون تفرغ ذمته مع امتناع الدائن عن أخذه.

و لكن ظاهر السرائر وجوب القبض و انه لا- يجب على الحاكم إكراه الدائن و الاستبعاد فى محله لان مالك المال أى الدائن عاقل مختار حاضر غير قاصر ليكون الحاكم وليا له ليراعى مصالحه فى أمواله.

(٣) وجه القوة عدم الدليل على ولايتهم و ما ورد فى ان السلطان ولى الممتنع غايته انه يعم الحاكم و على عدول المؤمنين بل غيرهم أمر الدائن و إجباره على الأخذ من باب الأمر بالمعروف من غير أن يوجب ذلك الولاية لهما كما لا يخفى.

ثم انه يستفاد من كلام المصنف ره إمكان القول ببراءة ذمة المديون عند امتناع الدائن و عدم إمكان مراجعة الحاكم بأمر: الأول عزل الدين و تعيينه بالمعزول نظير تعيين الزكاة بالمعزول. و.

الثانى عزل الدين فى المال لا نظير عزل الزكاة بل يدخل المعزول فى ملك الدائن

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٨

و لم يأت به (١).

قبل تلفه آنا ما فيتلف عليه.

و الثالث سقوط الدين عن عهدة المديون و بقاء المعزول فى ملك المديون أيضا غاية الأمر يكون للدائن حق فى المال الخارجى بتملكه حتى مع عدم رضا المديون نظير ما إذا جنى العبد فإنه بالجناية لا يخرج عن ملك مولاه بل يكون للمجنى عليه أو وليه حق تملك العبد و استرقاقه و حيث لا- يخرج عن مولاه فيجوز لمولاه التصرف فيه حتى التصرف الموقوف على الملك مع كون العبد عرضة للاسترقاق و هذا عيب يثبت لمشتريه مع جهله بالحال خيار الفسخ و كذا الحال فى المال المعزول فى المقام أنه ملك للمديون و لكن للدائن حق تملكه و ناقش ره فى العزل بالنحو الأول و التزم بأحد الأخيرين.

و الأظهر عدم تمام الأخيرين أيضا لأنه ليس فى البين ما يصلح الاعتماد عليه فى الالتزام بشىء منهما و قد تقدم ان قاعدة نفي الضرر على تقدير جريانها مقتضاه سقوط المال عن العهدة لا تعلق حقه بالمال الخارجى.

(١) يعنى فيما إذا لم يأت بالمعزول بل ذكر انه يريد أداء دينه فقال الدائن لا أخذه فى هذه الصورة يجب على المديون حفظ ذلك المال المعزول بخلاف ما إذا أتاه فأبى الدائن عن أخذه فى هذه الصورة لا يجب عليه حفظه بل له وضعه عنده و اعلامه.

و الوجه فى براءة الذمة فى الفرض الثانى انه يتعين الدين فى المعزول و يكفى الوضع المزبور فى رد الأمانات على أهلها و مع وضعها فى تناول يد مالكها مع الاعلام بالحال يتحقق الرد المأمور به حتى و ان لم يأخذه الدائن بخلاف ما إذا لم يأت بالمعزول فإنه مأمور برده على الدائن الموقوف على حفظه الى ذلك الحين.

أقول قد تقدم عدم تعيين الدين بمجرد العزل و انه يتحقق الرد بإلقاء فرد ما عليه إلى الدائن فلا حظ.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٥٩

ثم ان المحقق الثانى ذكر فى جامع المقاصد (١).

(١) و حاصله انه بعد ما ذكر فى تعيين الدين بالمعزول و ان فائدة تعيينه حساب تلفه على الدائن فهل يجرى ذلك التعين فيما إذا أكره الظالم أحد الشريكين على دفع حصة شريكه الغائب فدفع مقدار حصته اليه أو باشر الظالم بأخذ مقدار معين من المشاع بعنوان انه لشريكه الغائب أو ان كلا التلفين يكون على الشريكين معا.

لم أجد للأصحاب تصريحاً بالحساب عليه أو عليهما معا و مقتضى قاعدة نفي الضرر هو الحساب على الشريك الغائب فقط.

و فيه انه لا وجه للحساب على ذلك الشريك خاصة في الفرع الثاني أى فيما باشر الظالم بأخذ مقدار معين بعنوان أنه حصته فان قصد الجائر بكون المأخوذ حصته لا يوجب تعيينها فيه ليكون تلفه عليه بل المقدار المتلف نسبتبه إلى الشريكين على حد سواء فيحسب عليهما معا و اما في الفرع الأول أى فيما أكرهه الجائر على دفع حصه شريكه اليه فيمكن ان يقال فيه أن بقاء الشركة إلى زمان دفع الشريك المكره بالفتح فيكون مقتضى قاعده نفي الضرر عدم اعتبار رضاه في حصول القسمة و لكن القول ضعيف فإنه لا مجرى لقاعده نفي الضرر في أمثال المقام و لا يجوز القسمة مع الغاصب لتعارض الضررين فان بقاء الشركة ضرر على المكره بالفتح و زوالها ضرر على الشريك الآخر أضف الى ذلك ان الأخذ بقاعده نفي الضرر من غير ملاحظه عمل الأصحاب بها يوجب تأسيس فقه جديد.

أقول العمده عدم حكومه قاعده لا ضرر و انه لا تثبت ولاية المكره على القسمة للتعارض.

لا يقال الضرر في إرادة المكره بالكسر متوجه الى الشريك الغائب فلا يجب على هذا المكره بالفتح دفعه عنه بتحمل ذلك الضرر. فإنه يقال قد مر سابقا المناقشه في ذلك و على تقديره فلا يرتبط بالمقام فإنه فيما إذا
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٠

[مسألة لا خلاف في عدم جواز تأجيل الثمن الحال]

عدم جواز تأجيل الثمن الحال (١).

كان مال الآخر معيناً في الخارج فلا يجب على المكره بالفتح حفظه و دفع ضرره بإيراد الضرر على نفسه و في المقام لا يكون مال الشريك الآخر معيناً في الخارج بل كل ما يدفع المكره بالفتح إلى الجائر نسبتبه اليه و الى الشريك الآخر على السواء و لازم ذلك حساب تلفه عليهما و لذا ذكرنا ان ما ورد في إقرار أحد الورثة بوارث آخر من نفوذ اعترافه بمقدار حصته و ان ما في يد سائر الورثة يحسب تالفاً على المقر له خاصة على خلاف القاعده حيث ان مقتضى القاعده كون ما بيد المتصرف و حساب تلف ما بيد سائر الورثة عليهما كما لا يخفى.

(١) يظهر من الحدائق عدم الخلاف في عدم جواز تأجيل الدين الحال بالزائد منه بل عدم الجواز مصرح به في غير الحدائق. و لو كان له على زيد ألفاً و قال أمهلك شهرين و لكن عليك الف و مأتان لا يصح بمعنى ان الدائن لا يستحق الزائد حتى ما إذا أخرج المديون الى تمام الشهرين.

و ذكر المصنف ره ان الوجه في عدم جواز ذلك كون الزيادة ربا حيث ان حقيقه الربا في الفرض هو أخذ الزيادة في مقابل الإمهال للمديون و لا فرق في الإطلاق العرفي بين جعل الزيادة لامهاله في عقد القرض و المدائنه أو جعلها بإزاء إمهاله بعد المدائنه كما إذا قال بعتك بعشرة دنانير و أمهلك شهرين و عليك اثنا عشر أو يقول بعد تمام عقد المدائنه لا أطلبك بالدين و عليك كذا و يظهر من بعض التفاسير ان صدق الربا عرفاً على تأجيل الدين الحال بزيادة أمر مسلم و ان مورد نزول قوله سبحانه أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا هو التأجيل بالزيادة ففي مجمع البيان عن ابن عباس انه كان الرجل في الجاهلية إذا حل دينه يقول لدائنه زدني في الأجل أزيدك في المال فيتراضيان على ذلك و إذا قيل له هذا ربا يقول البيع مثل هذا يعني لا فرق بين بيع المال بذلك المقدار من الأول على تلك المدة أو يزيد في الثمن بعد البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦١

أقول لا حاجة في إثبات عدم جواز الزيادة المزبورة إلى إثبات كونها ربا لدلالة النص على عدم جوازها و أنها داخل في الربا موضوعا أو حكما و في صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول انقذني من الذي لي كذا وكذا و أضع لك بقيه أو يقول انقذني بعضا و أمد لك في الأجل فيما بقي فقال لا أرى به بأسا ما لم يزد على رأس ماله شيئا يقول الله عز و جل فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ «١» حيث ان استشهاده عليه السلام في ذيل الرواية بقوله سبحانه شاهد لكون الزيادة ربا و لكن يمكن كونه ربا حكما لعدم جريان أصالة الحقيقة في موارد العلم بالمراد كما لا يخفى.

و الحاصل أنه يستفاد من الصحيحه المباركة حكمان أحدهما انه لا بأس بتعجيل الدين المؤجل بتنقيصه بإسقاط بعضه. و ثانيهما عدم جواز تأجيل الدين بالزيادة فيه و ليس في البين ما يرفع اليد من مدلوليها بل يؤيده أو يدل عليه أيضا رواية محمد بن إسحاق بن عمار قال قلت للرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فيدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بألف درهم و يؤخر عنه المال الى وقت قال لا بأس به قد أمرني أبي ففعلت ذلك «٢» و موثقه إسحاق بن عمار قال قلت لأبي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل درهم فيقول أخرني بها و أنا أربحك فأبيعه جبه تقوم على بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألفا و أخره المال قال: لا بأس «٣» و نحوها غيرها فإنه لو كانت الزيادة في الدين للتأجيل فيه جائزا لما احتاجوا إلى أعمال الحيل و تعليمها حتى وقعوا في

(١). الوسائل ج ١٣، الباب ٣٢ من أبواب الدين.

(٢). الوسائل ج ١٣، الباب ١ من أبواب الدين.

(٣). الوسائل ج ١٢، الباب ١ من أبواب الدين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٢

يظهر عدم الفرق بين المصالحة عنه بها و المقاوله عليها (١).

إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده

جاز بيعه من بايعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده (٢).

اعمال بعضها مورد اعتراض العامة كما ورد ذلك في ضم غير الجنس في بيع المتجانسين الى العوض الأقل.

(١) يعني لا- فرق في عدم الجواز بين المصالحة عن التأجيل بالزيادة و بين المقاوله على تلك الزيادة و المراد من المقاوله الملمزة بحسب قرارهم بحيث يكون على المديون تلك الزيادة على تقدير إمهال الدائن و اما إذا لم تكن ملزمة بحيث لم ير الدائن لنفسه تلك الزيادة حتى مع الإمهال كما إذا علم المديون انه لو لم يعط للدائن مالا لطالبه بالدين و يعطى له هدية لثلا يطالبه بالدين فلا بأس بذلك و في موثقه إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له على رجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير ان يكون شرطا عليه قال:

لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا «١».

ثم لا يخفى أن تعجيل الثمن المؤجل أو الدين المؤجل لو كان بعنوان الوفاء ببعض الدين مع الإبراء عن بعض الآخر لم يكن فرق بين كون الدين من المكيل أو الموزن أو غيرهما و ان كان بعنوان معاوضة ما على المديون بالأقل نقدا فيعتبران لا يكون من المكيل أو الموزن لان مع كونه منهما يدخل البيع المزبور في البيع الربوي.

و مما ذكر انه لا فرق في جواز نقد البعض على تمديد الأجل في الباقي بين كون الدين من المكيل أو الموزن أو غيرهما لأن تأجيل

البعض الآخر لا يكون بزيادة بل يكون شرطا في ضمن الوفاء ببعض الدين.
(٢) يقع الكلام في مقامين: الأول في المستثنى منه في عنوان المسألة يعني جواز

(١). الوسائل ج ١٣، الباب ١٩ من أبواب الدين.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٣

.....

شراء البائع من المشتري قبل حلول الأجل أو بعده العين الشخصية التي قد باعها منه مؤجلا.

الثاني في المستثنى يعني حكم شراء البائع من المشتري فيما إذا كان الشراء شرطا في البيع الأول.

أما المقام الأول فالمعروف جواز الشراء المزبور و لم ينسب الخلاف الا الى الشيخ (ره) في بعض صور المسألة و ذلك البعض بيع العين بعد حلول الأجل من بايعه ثانيا بجنس الثمن بتفاوت كما إذا كان الثمن في البيع الأول مأه درهم فباعها بعد حلول الأجل من بائعها بتسعين.

و ذكر الشهيد ره انه لا ينفرد الشيخ ره بهذا القول بل تبعه على ذلك جماعة.

و ذكر صاحب الحدائق عدم انحصار خلافهم بصورة البيع بعد حلول الأجل بل لا يجوز البيع الثاني قبل حلول الأجل أيضا و قال ان خلافهم لا يعم الأشياء بل يختص بما إذا كان المبيع طعاما حيث ان الطعام عندهم إذا بيع إلى أجل لا يجوز لمشتريه بيعه من بايعه ثانيا قبل حلول الأجل أو بعده بجنس الثمن بتفاوت.

و كيف ما كان فالأظهر عند المصنف ره ما عليه المشهور من الجواز مطلقا و يقتضيه عموم وجوب الوفاء بالعقد و إطلاق حلّ البيع مع روايات خاصة دالة على الجواز في المقام كصحيحة بشار بن يسار قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه قال نعم لا بأس به فقلت له اشترى متاعى فقال ليس متاعك و لا بقرك و لا غنمك فان ترك الاستفصال فيها عن كون الشراء ثانيا بجنس الثمن بتفاوت أم لا مقتضاه عدم الفرق بذلك في نفى البأس.

و كذا رواية الحسين بن المنذر قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجئني الرجل فيطلب العينة فاشترى المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه ثم اشتره منه مكانى قال إذا كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٤

.....

بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتري فلا بأس و هذا أيضا دالة على جواز الاشتراء بتفاوت كما لا يخفى.

و صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة نقدا قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس و هذه الروايات تعم بعض الصور التي نسب الخلاف فيها إلى الشيخ (قده).

و قد يستدل على الجواز أيضا بموثقة يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارمة معا قال سألتنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك فتقاضاه فقال ليس لى دراهم خدمنى طعاما فقال لا بأس به فإنما له دراهم يأخذ بها ما شاء و لكن في دلالتها على حكم المقام تأمل فإن المفروض في المقام شراء البائع من المشتري نفس ما باعه منه و ليس في الرواية دلالة على كون الطعام الذى أراد المشتري بيعه من البائع بدلا عن الدراهم ما اشتراه منه أولا اللهم الا ان يتمسك بعدم الاستفصال في الجواب.

وقد يدعى انه بتعارض الروايات المتقدمة صحيحة خالد بن الحجاج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما حل الأجل أخذته بدراهمي فقال ليس عندي دراهم ولكن عندي طعام فاشتره مني قال لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه و.

لكن لا دلالة في هذه على ان المشتري أراد بيع نفس الطعام الذي اشتراه منه أولاً مع ان كلمة خير اسم تفضيل فنيه لا يدل على عدم الجواز.

و اما رواية عبد الصمد بن بشير المحكية عن الفقيه قال سأله محمد بن القاسم الحنات فقال أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجىء و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندي دراهم قال خذ منه بسعر يومه قال أفهم أصلحك الله انه طعامي إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٥
قال الشيخ في المبسوط إذا باع طعاما (١).

الذي اشتراه مني قال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك قال أرغم الله أنفى رخص لي فرددت عليه فشدد على فضعف سندها غير قابلة للاعتماد عليها بل على تقدير كونها معتبرة لكون القاسم بن محمد الجوهرى من المشاهير و لم يرد فيه قدح لكانت محمولة على الكراهة جمعا بينها و بين ما تقدم من أنه ليس متاعك و لا بقرك و لا غنمك.

(١) ظاهر هذه العبارة انه لا يجوز للبائع أخذ الطعام الأكثر من المشتري بدلا عما عليه من الثمن بلا فرق بين كون ذلك الطعام هو الذى باعه منه أولاً أو غيره و الوجه فى عدم الجواز على ما يظهر مما ذكر (ره) فى الخلاف هو رجوع البيعين الى بيع الطعام بالطعام و لو كان البيع بتفاوت لكان ربا و قد تقدم ايضا انه قال فى النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن عنده ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ ما باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذ بنقصان لم يكن صحيحا.

و الحاصل ان ما ذكره فى المبسوط و الخلاف و النهاية متفرع على القاعدة التى أشار إليه المصنف ره و هى أنه يجرى على عوض الجنس الربوى حكم ذلك الجنس الربوى بمعنى انه لا يجوز مبادلة ذلك العوض بذلك الجنس بالأكثر أو بالأقل مثلا إذا باع مقدارا من الحنطة الأخرى ثانية بالزيادة أو النقيصة من الحنطة المباعه أولاً فإنها ترجع إلى مبادلة الحنطة بالحنطة بتفاوت كما أنه لو اشترى نفس ما باعه أولاً لكان من بيع الدراهم بالدراهم مع الاختلاف.

و القاعدة المشار إليها تستفاد من التعليل الوارد فى صحيحه على بن جعفر المرويه فى باب السلم قال سألت عن رجل له على تمر أو شعير أو حنطة أ يأخذ بقيمته قال إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذى اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم. و يؤيد ذلك بعض الروايات الواردة فى منع المشتري فى السلم عن بيع ما على البائع منه الا برأس ماله.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٦

و اما الحكم فى المستثنى (١).

و بتعبير آخر إذا كان الدين على المشتري فلا يجوز للبائع شراء جنس ما باعه بدلا عن الدين و لا عين ما باعه مع الاختلاف و التفاضل كما أنه إذا كان الدين على البائع كما فى بيع السلم فلا يجوز للمشتري بيع ذلك الدين من بايعه بجنس الثمن مع التفاضل حيث انه يجرى على عوض الثانى للدين حكم العوض الأول للدين فى أنه لا يجوز معاوضه ذلك الدين بجنس العوض الأول مع التفاضل بلا فرق بين كون المعاوضه الثانى بعد حلول الأجل أو قبله و كون العوض الثانى أقل من العوض الأول أو أكثر.

أقول هذه القاعدة لا أساس لها فإن الأخبار الواردة فى بيع العينة دلالتها واضحة فى ان للبائع شراء ما باعه مؤجلا أولاً بنقصان نقدا ثانيا و صحيحه على بن جعفر لا- يرتبط بالمقام فان الالتزام بعدم جواز شراء البائع فى بيع السلف ما باعه إلا برأس المال ظاهر بعض

الروايات المعتمدة كصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أعطى رجلا ورقا في وصيف إلى أجل مسمى فقال له صاحبه لا نجد وصيفا خذ مني قيمة وصيفك اليوم ورقا قال فقال لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مرة لا يزداد عليه شيئا ولا يعارضها مثل رواية حسن بن علي بن فضال قال كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام الرجل يسلفني في الطعام فيجىء الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم قال نعم فإنه مع الإغماض عن السند يحمل إطلاقه على إذا كان الدراهم مساوية مع الثمن المسمى من غير زيادة جمعا بينهما كما لا يخفى بل لا يبعد أن يقال لا يختص الحكم ببيع السلف بل إذا كان المبيع كليا في العهدة لا يجوز بيعه من بائعه إلا برأس المال أخذا بإطلاق صحيحة علي بن جعفر المتقدمة كما لا يخفى.

(١) أما الكلام في المستثنى أي بيع المتاع على أن يبيعه من بائعه ثانيا فقد استدل على بطلان البيع المزبور بوجوه:

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٧

.....

منها ما ذكره في التذكرة من كون البيع دوريا لأن تحقق البيع موقوف على حصول شرطه كما هو مقتضى توقف كل مشروط على تحقق شرطه و تحقق الشرط موقوف على حصول البيع لأن المشتري ما لم يملك المبيع فلا يمكن له بيعه من بائعه نعم لا بأس إذا شرط في بيع المتاع بيعه من شخص آخر لأن هذا الشرط لا يخالف الكتاب والسنة.

لا يقال ما ذكر من لزوم الدور يجرى في هذه الصورة أيضا.

فإنه يقال يبيع المشتري المتاع من شخص آخر لا يتوقف على تملكه ذلك المتاع لإمكان وقوعه على نحو بيع الفضولي أو البيع بالوكالة بخلاف بيعه من بائعه فإنه لا يتصور فيه الفضولية أو الوكالة.

أقول الشرط في المعاملات بمعنى التزم آخر ولا يكون المشروط هو المعلق عليه للبيع ليلزم في الفرض الدور و ما ذكر من صحة اشتراط بيعه من شخص آخر و انه لا يلزم الدور ضعيف جدا لانه لو كان المراد من بيعه من آخر فضولا أو وكالة لكان المشروط منافيا لمقتضى البيع لأن مقتضى البيع ان لا يكون البيع من الآخر بالوكالة أو فضولا و مقتضى الشرط ان يكون بالوكالة و الفضولية على الفرض ثم انه ره التزم في التذكرة بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن و عليه يبقى بيان الفرق بين اشتراط ذلك و اشتراط المبيع من بائعه ثانيا.

و ربما يفرق بينهما بان الرهن على الثمن من توابع البيع و من مصالح تمامه و لا بأس باشتراط ما يكون من توابع البيع و أحكامه نظير اشتراط عدم تأخير الثمن بخلاف بيع المبيع من بائعه ثانيا فإنه ربما يكون منافيا لقصد البيع الأول كما يأتي.

نعم يرد عليه النقض ببيع المتاع و الاشتراط على المشتري ان يوقفه على البائع و ولده فان هذا الاشتراط صحيح عند العلامة مع أن الوقف المزبور ليس من توابع البيع و مصالحه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٨

و استدل عليه أيضا بعدم قصد البائع (١).

و استدل في الحدائق بقوله عليه السلام في رواية الحسين بن المنذر (٢).

أقول لم يظهر الوجه لدعوى ان الرهن على الثمن من توابع البيع دون بيعه من بائعه ثانيا فان التابع بمعنى كونه حكما للبيع الأول غير حاصل في شيء منهما و بمعنى التوقف على حصول البيع موجود في كل منهما كما لا يخفى.

نعم لا يكون البيع الثاني من مصلحة البيع الأول بخلاف الرهن و لكن هذا لا يوجب الفرق في الدور و عدمه.

(١) و هذا هو الوجه الثاني لبطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بائعه ثانيا و حاصله عدم قصد البائع حقيقة إخراج المال عن ملكه

و تمليكه من مشتره بالعوض و استحسنت الشهيد ره هذا الوجه في غاية المراد.
و لكن لا يخفى ما فيه فإنه يرد عليه ما ذكره الشهيد و المحقق الثانيان من أن لازم ذلك هو الحكم ببطلان البيع الأول حتى فيما لم يجعله البيع من بايعه شرطا بل كان مجرد بناء خارجي مع الإجماع على الصحة معه كما هو مقتضى مشروعية بيع العينة أضف إلى ذلك أن عدم تحقق القصد على تقديره ينحصر بما إذا لم يختلف البيعان في الثمن و لم يختلفا بالنقد و النسبة كيف و البيع الثاني المقصود يتوقف على البيع الأول فلا بد من كونه مقصودا أيضا كما لا يخفى.

(٢) استدلال في الحدائق على بطلان البيع المشروط فيه بيع الشيء من بايعه ثانيا بقوله عليه السلام في رواية الحسين بن المنذر المتقدمة ان كان بالخيار ان شاء باع و ان شاء لم يبيع و كنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتت فلا بأس.
و وجه الاستدلال ان المراد بالخيار فيه هو الاختيار و حاصل الجواب انه على تقدير كون المشتري مختارا في بيع المبيع ثانيا و أنت على اختيار من شرائه فلا بأس و نفى البأس إما راجع إلى البيع الأول فيكون مفهوم الجواب انه ان لم يكن الطرفان على إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٦٩

.....

اختيار مما ذكر ففي البيع الأول بأس و اما راجع إلى البيع الثاني فيكون مفهومه ان لم يكونا على اختيار ففي البيع الثاني بأس و البأس في الثاني يكشف عن بطلان البيع الأول حيث انه لو صح الأول فلا موجب لبطلان الثاني بل يكون الثاني لازما لا يجرى فيه حتى الخيار الثابت في سائر البيوع كما هو مقتضى الشرط.

لا يقال ثبوت البأس بالمفهوم لا يدل على المنع الوضعي لاحتمال كونه كراهة و كراهة الثاني أو الأول لا تنافي صحتهما.
فإنه يقال ثبوت البأس في المعاملة ظاهره فسادها كما أن ظاهر في الأفعال الخارجية حرمتها.

لا يقال كما أن الرواية بمفهومها دالة على البطلان فيما إذا اشترط البائع على المشتري بيع المبيع منه ثانيا كذلك تدل على البطلان فيما إذا اشترط المشتري على البائع شرائه منه ثانيا مع انه لا خلاف في الجواز في صورة اشتراط المشتري على البائع فإنه يقال كلا الفرضين متحد في الحكم و دعوى الاتفاق على الجواز في الثاني غير صحيحة.

و لكن الإنصاف عدم دلالة الرواية على بطلان البيع الأول بل ظاهرها بطلان البيع الثاني و بطلانه لبطلان الشرط في البيع الأول و عدم وقوع الثاني مع الغمض عنه بالاختيار و بطلان الشرط في البيع الأول لا يسرى إلى نفس البيع على ما تقدم فيكون حاصل الرواية أنه لا بأس بالبيع الثاني فيما إذا لم يكن الطرفان غير ملزمين به و فيه بأس مع كونهما ملزمين عليه بمقتضى الشرط في البيع الأول خلافا لأهل المسجد حيث كانوا على اعتقاد البطلان في البيع الثاني حتى فيما إذا لم يكونا ملزمين عليه و لم يشترطاه في البيع الأول و أنه انما يصح البيع الثاني فيما إذا وقع مع فصل شهر أو أزيد حتى فيما إذا اشترط البيع المنفصل في البيع الأول و يظهر ذلك من صحيحة على بن إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٠

[القول في القبض]

[مسألة اختلفوا في ماهية القبض في المنقول]

إشارة

بل التحقيق ان القبض مطلقا استيلاء المشتري (١).

جعفر المتقدمه أيضا حيث ذكر سلام الله عليه فيها إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس فإن الضمير المقدر في قوله لم يشترط و في قوله رضيا و في قوله لا بأس مرجعه واحد و لا ينبغي الريب في ان المرجع في الأولين هو البيع الثاني فيكون نفى البأس أيضا راجعا اليه. ثم ان العمدة في سند الحكم بالبطلان و كون الشرط في البيع الأول فاسدا هي هذه الصحيحة لا رواية الحسين بن المنذر حتى يناقش في سندها و بما ان المفروض اختلاف الثمنين في البيعين فيحكم بالصحة في صورة تساويهما و لو مع شرط البيع الثاني في البيع الأول. و قد ذكرنا ان المتيقن لو لا ظاهرها بطلان البيع الثاني في صورة اشتراطه و اما البيع الأول فيؤخذ فيه بإطلاق حل البيع كما لا يخفى. (١) و حاصل ما ذكره (قده) في المقام ان قبض المبيع فعل المشتري و المراد به استيلائه على المبيع سواء كان قابلا للنقل الخارجى أم لا كالأراضى و البساتين و الاستيلاء على المبيع يختلف بحسب اختلاف الأشياء و لا يلزم المباشرة في كلها باليد فضلا عن المباشرة بجميع اليد لا- بمثل رؤوس الأصابع و اما التخليه فهي فعل البائع و يتوقف عليه وصول المبيع إلى المشتري كرفع البائع جميع الموانع بين المال و المشتري و اذنه له في التصرف الخارجى فيه و ربما يعبر عن هذه التخليه بالتسليم و الإقباض. ثم ان الأحكام المترتبة على وضع اليد على مال الغير عدوانا أو بغيره لا يترتب الا على الاستيلاء المزبور و ربما يترتب بعض الأحكام على القبض بمعنى التخليه كوجوب تسليم المبيع على البائع و وجوب قبض العين المرهونه على الراهن فيما إذا كان الرهن لازما كاشتراطه في عقد لازم الى غير ذلك و على ذلك فاللازم في الموارد ملاحظه ان الحكم فيها مترتب بحسب ظاهر الخطاب على القبض بمعنى الاستيلاء الذى هو فعل القابض أو على التخليه التى فعل المقبض

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧١

.....

بالكسر.

و لذلك فصل الشهيد (ره) في الدروس بين قبض البائع الموجب لارتفاع ضمان المبيع عنه و بين مثل بيع مشتري المكيل أو الموزون من آخر حيث انه اكتفى في ارتفاع الضمان بالتخليه و التزم بعدم كفايتها في بيع المشتري المكيل أو الموزون و هذا على تقدير الاستناد في ارتفاع الضمان على النبوى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه غير ظاهر فان ظاهره اعتبار القبض الذى من فعل المشتري.

نعم لو استند في ارتفاعه إلى رواية عقبه بن خالد فظاهرها اعتبار التخليه في ارتفاع ضمان البائع و على ذلك فيمكن حمل النبوى على ظاهر الرواية بأن يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بالتخليه و ذكر قبض المشتري في النبوى من جهة كونه مقارنا غالبا بالتخليه و يمكن ان يكون الاعتبار في ارتفاع الضمان بقبض المشتري و استيلائه كما هو ظاهر النبوى و ذكر ما يقرب إلى التخليه في الرواية لكونها ملازما غالبا لوصول المال الى يد المشتري.

و يشهد لكون ظاهر النبوى هو الأخذ و الاستيلاء أن جامع المقاصد نقل قول الثامن أى التخليه عن الشهيد ره في الدروس ثم قال و ظاهر الخبر خلاف ذلك و هذا الكلام من جامع المقاصد حسن لو كان مراده بالخبر النبوى و اما إذا كان مراده رواية عقبه خالد فقد ذكرنا ان ظاهرها التخليه و ينبغي عدّ القول الثامن موافقا لها لا مخالفا لها.

لا- يقال ظاهر معتبره عقبه خالد على خلاف الإجماع و ذلك فإنه اعتبر فيها في ارتفاع الضمان أمر آخر غير تخليه البائع و غير أخذ المشتري و الأمر الآخر هو إخراج البائع المتاع من بيته مثلا إذا باع متاعا من زيد و سلمه اليه و تلف المتاع في يد زيد قبل خروجه من بيت البائع فظاهر الرواية ضمانه على البائع مع انه خلاف المتسالم عليه.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٢

قوله و اما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته في قبض المكيل و الموزون (١).

و الحاصل ان الرواية بظاهرها معرض عنها و الجواب ان إخراج البائع المتاع من بينه كناية عن عدم إمساكه و تسليمه الى المشتري فيكون مساوقا لاعتبار التخليء، و التعبير عن رفع البائع يده عما باعه بما في الرواية متعارف و اعتبار إخراج المال من بيت البائع أمر يقتضيه الجمود على اللفظ في الرواية بحمله على الاستعمال الحقيقي دون الكناية.

أقول لا يبعد اعتبار رواية عقبه خالد بدعوى ان عقبه بن خالد من المشاهير المشار إليهم و لا يستفاد منها غير التخليء على ما تقدم و لو كان النبوي ظاهرا في اعتبار فعل القابض في ارتفاع ضمان البائع فلضعف سنده لا يمكن حمل الرواية عليه خصوصا بملاحظة السيرة الجارية من العقلاء على انحلال البيع بتلف المبيع الشخصي بل الثمن الشخصي أيضا قبل التخليء و قد تقدم سابقا من ان إتلاف المشتري المبيع بيد بايعه و إتلاف البائع الثمن بيد المشتري خارج عن مدلول الرواية و السيرة العقلانية المشار إليها و على الجملة فلا بد في سائر الموارد من ملاحظة الأدلة الواردة فيها و أن مقتضى تلك الأدلة اعتبار فعل القابض أو فعل المقبض أي التخليء أو أن المعبر فعل المقبض بما هو اقباض لا التخليء كما لا يخفى.

(١) و حاصله أنه يحتمل ان يعتبر الكيل و الوزن في قبض المكيل و الموزون و ان يكون الكيل أو الوزن بمجردهما كافيا في تحقق القبض في المكيل و الموزون و على كل منهما فالاعتبار كما اعترف غير واحد تعيّد مستفاد من مثل صحيحة معاوية بن وهب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع الباع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو ترنه الا ان توليه الذي قام عليه «١» و صحيحة

(١). الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٣

.....

منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه «١» و في صحيحة على بن جعفر عن أخيه انه سال أخاه موسى بن جعفر عليهما السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه قال إذا ربح لم يصلح حتى يقبض و ان كان يوليه فلا بأس «٢» و رواية أبي بصير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل ان يكيله قال لا- يعجبني ان يبيع كيلا- أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه الا ان يوليه كما اشترى إذا لم يربح فيه أو يضع «٣» الى غير ذلك فان اعتبار الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني ليس لإحراز مقدار المبيع لئتم الشرط بالإضافة إلى البيع المزبور حيث انه لو كان ذكرهما لذلك لم يكن وجه للفرق بين التولية و غيرها لأن إحراز كيل المبيع أو وزنه شرط في كل بيع تولية كانت أو غيرها فيتعين ان يكون ذكر الكيل أو الوزن لجهة أخرى و تلك الجهة قبض المكيل أو الموزون و ان الكيل و الوزن معتبران في قبضهما.

و بذلك يظهر ضعف ما ذكر في المسالك و حاصله انه ليس ذكر الكيل أو الوزن لعدم تحقق القبض بدونهما بل هما لتصحيح البيع و اما القبض الراجع للضمان فيحصل بدونهما و هذا مقتضى الجمع بين هذه الروايات و الخبر الآخر يعنى رواية عقبه بن خالد الدالة على ارتفاع الضمان بإخراج البائع يده عن المال و تسليمه الى المشتري لا- يقال قد عبر في الروايات عن الكيل أو الوزن بالقبض فيكون ذكرهما لاعتبارهما في القبض فإنه يقال التعبير عن الكيل و الوزن بالقبض باعتبار الغالب من ان البائع يرفع يده عن الطعام بكيله أو وزنه فيكون الكيل أو الوزن قبضا و زيادة و لذا عبر عنهما بالقبض.

- (١). الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.
 (٢). الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.
 (٣). الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود.
 إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٤

.....

و وجه ظهور الضعف أنه لو كان الكيل أو الوزن لإحراز الشرط للبيع الثاني لم يكن وجه للفرق بين كون ذلك البيع تولية أو غيرها. أقول يمكن دعوى ان مقتضى رواية عقبه بن خالد حصول القبض في المكيل و الموزون ايضا بالتخليه فيخرج بها البائع عن ضمان ما اقبضه كما إذا اشترى طعاما خارجيا باخبار بايعه بكيله أو وزنه فإنه يخرج بايعه عن ضمانه بالتخليه و لكن لا يجوز للمشتري ان يبيعه بغير التولية قبل ان يكيله.

و بتعبير آخر إذا كان المكيل و الموزون مما اشترى بغير كيل أو وزن بان اشترى باخبار البائع بوزنه أو كيله يجوز بيعه تولية قبل قبضه و قبل كيله و يدل على عدم اعتبار القبض في الفرض صحيحة على بن جعفر حيث سأل أخاه عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل ان يقبضه فقال عليه السلام إذا ربح لم يصلح حتى يقبض و ان كان يوليه فلا بأس و يدل على عدم اعتبار الكيل و الوزن في الفرض صحيحة معاوية بن وهب المتقدمة عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو ترنه الا ان يوليه الذي قام عليه و التعرض لاعتبار الكيل و الوزن مع وقوع السؤال عن جواز البيع قبل القبض لأجل أن كيل المشتري أو وزنه غالبا يحصل به تخليه المالك أو تحصل التخليه قبل ذلك.

و الحاصل يعتبر في جواز بيع ما اشترى بغير الكيل أو الوزن كالاتماد على اخبار البائع بهما أو كان المبيع كليا في الذمة أو في المعين القبض و الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني فيما كان بغير التولية لا أن الكيل أو الوزن يعتبر في تحقق القبض المخرج البائع عن ضمان ما اقبضه كما هو ظاهر المصنف و غيره في المقام و في رواية محمد بن حمران قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فرعم صاحبه انه كاله فصدفناه و أخذناه بكيله فقال لا بأس فقلت أ يجوز بيعه كما اشتريته بغير كيل قال لا اما أنت فلا تبعه
 إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٥

[فرعان]

[الأول قال في التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة]

قال في التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة (١).

[الثاني قال في المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا]

قال في المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا (٢).

حتى تكيله.

و على الجملة هذه الروايات في مقام اعتبار الكيل أو الوزن في جواز بيع ما اشترى بغير التولية و لا دلالة لها على اعتبارهما في القبض المخرج البائع عن ضمان ما باعه و اقبضه كما لا يخفى.

(١) هذا من التعرض للصغرى بعد بيان كبرى القبض و حاصله انه لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمتعة باقية في ملك بائعها و لكن أذن للمشتري تحويل تلك الأمتعة و نقلها الى مكان آخر يكون هذا من قبض الدار أو السفينة فيترتب عليه حكمه من خروج البائع عن الضمان و غيره و إذا باع متاعا منقولاً و كان المتاع في موضع غير مملوك للبائع يكون نقل المشتري المتاع الى موضع آخر قبضاً و ان كان المتاع في موضع مملوك للبائع و اذن للمشتري في نقله فبنقله الى موضع آخر مملوك للبائع أيضاً يحصل القبض و كأن المشتري استعار من البائع الموضع المنقول اليه و ان كان بغير اذن البائع لم يجز النقل و لكن مع ذلك يدخل المتاع في ضمان المشتري و ان لم يعد ذلك قبضاً.

أقول لا يبعد تحقق القبض أيضاً و لو مع عدم اذن البائع للمشتري في نقل الأمتعة إلى مكان آخر و ان للمشتري تفرغ الدار أو السفينة من تلك الأمتعة رضى البائع أم لا و ايضاً ان تحقق القبض في المنقول لا يتوقف على النقل على ما تقدم.

(٢) و حاصله ان جواز البيع الأول أى إحراز كيل المبيع أو وزنه قد يكون بالكيل أو الوزن عند البيع و قد يجوز البيع الأول من غير وزن أو كيل عند ذلك البيع بأن أخبر البائع بمقدار المبيع كيلاً أو وزناً أو لوقوع البيع على نحو الكلى في المعين كما إذا اشترى عشر كيلوات حنطة من صبرة مشتملة عليها و في الغرض الذي لم يحصل الكيل و الوزن مع صحة البيع فاللازم الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني فيما لم يكن بنحو التولية

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٦

.....

للروايات المتقدمة.

و اما في فرض الكيل أو الوزن عند البيع الأول فيحتمل الاكتفاء به و عدم لزوم إعادة الكيل أو الوزن قبل البيع الثاني لأنه لا يصدق على البيع الثاني من غير تجديد الكيل أو الوزن العنوان المنهى عنه في الروايات و ان المشتري قد باع الطعام قبل ان تكيله أو يزنه بل يصدق أنه قد باعه بعد كيله أو وزنه و يحتمل لزوم تجديد الكيل أو الوزن و ذلك فان الكيل أو الوزن ليس شرطاً في معرفة مقدار البيع ليقال بتحقيقه بالكيل أو الوزن قبل ذلك بل الكيل أو الوزن قبض للمبيع و لا يجوز البيع الثاني بغير التولية قبله و الكيل و الوزن الأول شرط لإحراز مقدار المبيع بلا فرق بين بيع التولية و غيرها و هذا الاحتمال الثاني هو الأقوى كما عليه العلامة و الشهيد و جماعة انتهى.

و أورد على كلامه المصنف بان لا يزم اعتبار تجديد الكيل أو الوزن في حصول القبض كون المبيع في ضمان البائع قبل الكيل أو الوزن الثاني حتى ما أخذه المشتري بعد الكيل أو الوزن الأول و تصرف فيه بالطحن أو غيره و لو بعد حمله إلى منزله و يبقى هذا الضمان حتى بكيله أو يزنه ثانياً و ان لم يرد بيعه ثانياً.

و كذا يلزم ان يبقى في ضمان البائع فيما إذا كال أو وزن قبل البيع الأول و قبض الموزون أو المكيل و عقد عليه مع البائع الأول و لذا خصص المحقق الأوردبيلي ان اعتبار الكيل أو الوزن في البيع الثاني بما إذا كان البيع الأول بإخبار البائع بمقدار مبيعه أو كان البيع الأول بعنوان الكلى في المعين حيث ان القبض في المبيع كذلك يكون بالكيل أو الوزن على ما في الروايات و اما إذا كان البيع الأول بعد تعيين المبيع فيه بالكيل أو الوزن يكون القبض فيه بالأخذ لخروج ذلك عن مورد النهي في الروايات المتقدمة.

أقول يرد على المصنف ايضاً فيما إذا أخبر البائع الأول بمقدار المبيع و قد أخذه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٧

ثم الظاهر ان مراد المسالك ممّا نسبه الى العلامة و الشهيد (١).

المشترى و طحنه فان القول بأنه لم يحصل قبضه فالمبيع بعد في ضمان البائع كما ترى و الصحيح ان الكيل أو الوزن لا يعتبر في حصول القبض مطلقا بل يحصل القبض بالتخليه أو استيلاء المشتري بلا فرق بين الموزون و المكييل و غيره حتى ما إذا باع كليا على العهدة أو في المعين ثم سلم فردا من ذلك الكلي باخباره بأنه بمقدار المبيع فالنهي عن بيعه قبل الكيل أو الوزن كناية عن حصول القبض على ما تقدم أو يحمل على الكراهة أو يقال اعتبار الكيل أو الوزن لرعاية اخبار المشتري حيث ان ظاهر أخباره الشهادة بكيل المبيع أو وزنه نظير ما ورد في شراء العصير مع اخبار بايعه بذهاب ثلثيه بأنه لا يجوز للمشتري بيعه ثانيا اعتمادا على اخبار البائع الأول فتدبر.

(١) هذا تعرض للوجه الموجب لنسبة المسالك اعتبار الكيل أو الوزن الثاني إلى العلامة و الشهيد و جماعة و الوجه في النسبة إلى العلامة أنه ذكر في القواعد تفرعا على القول باعتبار القبض بالكيل أو الوزن قبل البيع الثاني لو اشترى مكييلة و باع مكييلة فلا بد لكل بيع كيل جديد ليم القبض مع انه قد شرح في جامع المقاصد هذا الكلام بما ظاهره ان حضور المشتري للكيل الأول أو اخبار بايعه به كفى نقل المبيع في تحقق القبض و قيام الحضور عند كيله أو اخبار البائع بمقداره منزلة الكيل أو الوزن في تحقق القبض. و اما وجه النسبة إلى الشهيد (قده) انه ذكر في دروسه بعد اختياره كفاية التخليه في القبض الموجب لارتفاع ضمان البائع و قوله انه لو لم يأخذ المشتري المبيع حتى يكتاله أو يزنه لم يرتفع الضمان انه لا- يكفى اعتبار الأول في القبض يعني لا- يكفى الكيل الأول عن الكيل المحقق للقبض.

و ذكر (قده) انه يبعد ان ينسب الى الشيخ (قده) و من تبعه و الى العلامة اعتبار الكيل أو الوزن في قبض المبيع فيما إذا كيل أو وزن عند شرائه بحضور المشتري لأنه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٨

[القول في وجوب القبض]

[مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع]

و لعل وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد (١).

لا يحتاج تسمية مقدار الكيل في شرائه في الفرض و انما يحتاج إلى تسمية مقدار الكيل أو الوزن فيما إذا كان الشراء اعتمادا على اخبار البائع بالوزن أو الكيل و في هذا الفرض يمكن اعتبار الكيل أو الوزن في القبض حتى في غير البيع ايضا مثلا إذا رهن إناء معينا من صفر لا يحتاج قبضه الى الوزن مع ان الصفر من الموزون بخلاف ما إذا رهنه على ان وزنه كذا فإنه يمكن ان ان يدعى ان تحقق القبض فيه بالوزن و ان القبض بلا وزن كلا قبض.

و على ذلك فقول العلامة لو اشترى مكييلة و باع مكييلة راجع الى وقوع الشراء و البيع ثانيا باشتراط مقدار الكيل الحاصل باخبار بايعه فإنه يعتبر في هذه الصورة في قبضه الكيل و كذا لو باعه من مشتري آخر من غير حضور ذلك الآخر كيله بان باعه باشتراط كيله يعتبر في تحقق قبضه من ذلك الآخر الكيل الجديد و يؤيد هذا الاحتمال تكرار المكييلة و وجه التأييد انه لو لم يكن المراد بالمكييلة تسمية مقدار كيل الشيء اشتراطا في بيعه لكان الأنسب أن يقول لو اشترى المكييل و باعه فلا بد لكل من الشراء و البيع من كيل جديد.

و يشهد بان المراد بالمكييلة ما ذكر من اشتراط مقدار الكيل قول العلامة في التذكرة أنه لو قبض ما اشتراه مكييلة جزافا حيث لا معنى

بالأخذ الجزاف في الشراء بحضور الكيل كما يشهد بذلك قوله في موضع آخر من التذكرة انه لو أخذ ما اشتراه كيلا بالوزن فان تيقن بحصول الحق فيه إلخ فإن الشك لا يتصور مع حضور المشتري الكيل و لو وزنه عند قبضه ثانيا.

(١) لم يظهر وجه للانصراف المزبور فإن المطالبة بالثمن عند ارادة تسليم المبيع أمر متعارف و ليس أمرا قبيحا و لا مقبحا و لا يقاس ذلك بالمطالبة بالأجرة قبل العمل لأن المطالبة بالأجرة يكون مع تسليم العمل و تسليمه يكون بتمامه لا قبله نعم المتعارف في إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٧٩

.....

بعض الموارد كاستنابة الحج تسليم الأجرة قبل العمل و هذا التعارف كاشتراط ضمنى يرفع اليد به عن مقتضى إطلاق العقد في سائر الموارد.

و مما ذكرنا انه لا قبح في مطالبة الأجرة عند تسليم العين المستأجرة حيث تكون تسليم المنفعة بتسليمها نعم يكون في بعض الأعيان و في بعض البلاد تعارف يعتبر شرطا ضمينا كما لا يخفى.

و توضيح المقام انه قد يقال بما أن البيع تملك عين بعوض فبتمامه يكون المبيع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبائع فيترتب على كل من المالكين حكمه من عدم جواز الإمساك بماله صاحبه فيلزم دفعه اليه خروجاً عن الإمساك بماله الآخر بغير رضا صاحبه.

نعم لو كان أحد العوضين من قبيل الدين يترتب عليه حكمه من وجوب الوفاء به مع مطالبة الدائن و على ذلك يجبر الممتنع عن التسليم و الوفاء عليهما من باب الأمر بالمعروف و لو امتنعا يجبرا على التسليم و الوفاء من ذلك الباب فلا يجوز لأحدهما الامتناع حتى مع امتناع صاحبه و عدم إمكان إجباره و هذا ظاهر كلام الأردبيلي قده حيث قال في المحكى عنه ان وجوب التسليم على كل منهما ليس مشروطا بتحقيقه من الآخر فلا يسقط التكليف بأداء مال الغير عن أحدهما بمعصية الآخر و ان ظلم أحدهما لا يسوغ ظلم الآخر و يترتب على ذلك انه لو وقع ماله بيده بدون الإقباض تم القبض.

و قد يقال انه بتمام البيع و ان يصير المبيع ملكا للمشتري و الثمن ملكا للبائع الا أن في البين شرط ضمنى و هو أن على كل منهما الإقباض فيما لو حصل منه لكان مقارنا لإقباض الآخر و لو أحرز أنه على تقدير إقباضه لا يحصل الإقباض من الآخر معه لا يجب عليه الإقباض و لا يكون هذا ظلما بل الظالم هو الآخر حيث يمسك بماله الآخر مع إحرازه انه على تقدير إقباضه يتسلم ماله من الآخر.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٠

.....

و يترتب على ذلك أنه لو كان منهما ممتنعا عن الإقباض فلا- موجب لاجبارهما على التقابض لو كان كل منهما باذلا و تشاحا في الإقباض أولا فقد يقال بإقباض البائع و إجباره به أولا و قد ذكرنا ضعفه بل الوجه التقابض معا و إجبارهما عليه لما تقدم من أن على كل منهما الإقباض مع كون الآخر باذلا عنده فما هو القيد في وجوب عمل كل منهما على ما التزم به حاصل كما لا يخفى هذا كله فيما كان عدم اقباض الآخر عن غير عذر.

و اما مع العذر كما إذا كان الثمن كليا و كان معسرا فقد تقدم ان للآخر الفسخ و الرجوع الى عين ماله و يدل على ذلك مضافا الى كونه مقتضى الشرط الارتكازى ما ورد في المفلس من ان صاحب المتاع إذا وجد عين ماله فلا يحاصوه الغرماء.

و قد ذكرنا ان ذلك الفسخ لا يختص بما إذا كان البيع حالا بل يجرى في النسيئة أيضا فيما إذا حلّ الأجل و امتنع المشتري عن الوفاء بالدين بالعذر و غيره كما يقتضيه أيضا إطلاق ما ورد في المفلس فراجع.

نعم لا- يجوز في مورد كون الثمن نسيئة الإمساك بالمبيع حتى يتسلم الثمن فإن التأجيل في الثمن إسقاط لحق المطالبة الى ذلك

الأجل و التزام بقبض المبيع من غير تسلم الثمن مع و لو لم يتفق تسليم المبيع حتى حل الأجل لم يكن له الحبس بل يكون للمشتري حبس الثمن و ترك الأداء حتى يتسلم المبيع لان الساقط في بيع النسيئة الاشتراط على المشتري لا الاشتراط على البائع كما لا يخفى. ثم انه قد ذكر المصنف (ره) ان عدم جواز حبس البائع المبيع على المشتري بعد حلول الأجل لالتزامه على نفسه بتسليمه من دون تعليق يؤيد ان حق الحبس لمجرد ثبوت حق للحابس على صاحبه بان يمتنع عن اقباض ما عنده حتى يتسلم ما عند صاحبه و لو كان صاحبه باذلا كما نقل العلامة عن قوم توهم ذلك بل ثبوت حق إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨١ لم يحصل القبض (١).

الحبس للحابس بإزاء حبس صاحبه و امتناعه و حيث لم يكن من ناحية من عليه الثمن المؤجل حبس فلا يثبت للبائع حق الحبس في الفرض.

أقول لا تأييد لذلك فيما ذكر، و ذلك فإنه لو ثبت حق الحبس للحابس مطلقا و كان له الامتناع عن التسليم حتى يتسلم العوض لما كان للبائع في الفرض حق الحبس أيضا لإسقاطه ذلك الحق ببيع المال نسيئة كما لا يخفى. و لا-يعد دعوى أن حبس المال المنتقل الى الغير على مالكة بإزاء حبس ذلك المالك لا يختص بالبيع و لا سائر المعاوزات المالية بل هو مما يترتب على وضع اليد و استيلاء الغير على ملك الشخص من غير حق أو الامتناع عن أداء ما عليه مع التمكن عليه و هذا مما جرت السيرة العقلانية عليه و لم يردع عنه الشرع.

و على ذلك فلو امتنع من عليه الثمن المؤجل بعد حلول الأجل عن أداء الدين فللبائع أخذ العين أو غيرها من يده أو عدم تسليمها اليه حتى يبذل ذلك الثمن المؤجل و هذا من التقاص في الإمساك و لا يجرى في موارد البذل و التشاح في البدء بل يختص بموارد الامتناع و حبس المال على مالكة و لو فرض امتناع كل منهما عن التسليم بحيث لو فرض بذل صاحبه لحبس ماله عليه أيضا أجبرا على التبادل و الخروج عن الامتناع لانه ليس امتناع أحدهما تقاصا كما يخفى.

(١) يعني لا يسقط حق صاحبه بالإمساك بذلك المال حتى يتسلم العوض نعم قد حصل بذلك القبض الموجب لخروج المال عن عهده صاحبه.

و اما سائر الأحكام فقد ذكر في التذكرة انه لا يجوز بيع ذلك المال إذا كان من المكيل و الموزون و لعل وجهه انصراف ما دل على كون البيع بعد قبضهما الى القبض الصحيح أى بعد القبض الذي لا يكون لبائعه حق الإمساك بالمقبوض.

أقول لا يخفى ان فساد القبض بمعنى عدم كون الاستيلاء بإذن البائع و رضاه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٢

و لا يحجر عليه فيما عنده (١)

[مسألة يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا]

يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله مطلقا (٢).

باعتبار أن للبائع حق الإمساك بالعين فيكون أخذه و الإمساك بها بلا رضاه و اذنه منافيا لذلك الحق فيكون تعديا و ظلما على البائع. و بتعبير آخر يكون الأخذ كذلك محرما و لا يسقط حق البائع به.

و اما سائر التصرفات في العين المقبوضة فلا موجب لحرمتها كالانتفاع بتلك العين بل التصرفات الناقله أيضا كذلك غاية الأمر لا ينتفى بتلك التصرفات حق الإمساك لبائعها على ما ذكرنا في بيع العين المرهونه.

ثم انه لا- يبعد ان يكون ظاهر النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل قبضه هو صورة بقاء المبيع على عهده بائعه الأول و المفروض خروجه عن العهده بالقبض المزبور و الله سبحانه هو العالم.

(١) يعنى لا يحجر على الآخر في العوض الذي سلمه صاحبه اليه و لا في مال آخر مثلا لو كان ما عليه من مال صاحبه كليا على الذمه فلا يحجر عليه في ماله الخارجي المساوي لما على عهده.

(٢) يجب على البائع تفرغ المبيع من أمواله بلا- استثناء و من أموال غيره أيضا في الجملة أى في الموارد التي يكون مأذونا في التصرف فيها بتحريكها و نقلها و الا فيجب التفرغ على مالك تلك الأموال و هذا الوجوب لكون إبقائها في المبيع تصرف فيما صار ملكا للمشتري فيحتاج الى اذنه أو رضاه.

و الحاصل ان وجوب التفرغ ليس لعدم حصول اقباض المبيع بدونه بل وجوب التفرغ حكم آخر غير وجوب الإقباض و قد مرّ عن التذكرة اقباض الدار و السفينة المشتري مع كونهما مشغولتين بأموال البائع و الوجه المزبور لوجوب التفرغ هو الوجه الموجب لوجوب اقباض المبيع و تسليمه يعنى الشرط الارتكازي حيث ان التسليم بدون

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٣

.....

التفرغ كالعدم بالإضافة إلى غرض المتعاقدين من التسليم و التسلم و ان يترتب على التسليم بلا تفرغ بعض الحكم كخروج البائع عن ضمان المبيع.

أقول قد تقدم ان التسليم وجوبه لكون إمساك البائع بالمبيع بلا رضا المشتري تصرف في ملك الغير بلا رضا صاحبه و يجرى هذا الوجه بالإضافة إلى إبقاء البائع أمتعته في المبيع و عدم تفرغها منه سواء كان تسليم المبيع غير مفرغ مخالفا لغرض المشتري من قبض المبيع أم لا و هنا فروع أشار إليها المصنف ره منها أنه لو كان في الدار المبيعة متاع للبائع وجب عليه تفرغ الدار و نقله منها فوراً مع تمكنه فان تعذر ففي أول زمان التمكن و لو تأخر أول أزمته الإمكان و كان المشتري حين الشراء جاهلا بالحال كان له الخيار في فسخ البيع في فرض تضرره بتأخير التفرغ لفوت بعض منافع الدار عليه.

و هل يثبت للمشتري أجره بقاء متاع البائع في المبيع الى زمان التفرغ وجه هذا ما ذكره في هذا الفرع و الظاهر أنه أخذ بقاعدة نفى الضرر في نفى لزوم المعاملة بالإضافة إلى المشتري مع جهله بالحال و لكن فيما كان عالما بالحال فلا يكون له خيار لإقدامه بالمعاملة مع العلم بكون لزومها ضروريا.

أقول قد ذكرنا مرارا ان قاعدة نفى الضرر لا- تنفى لزوم المعاملة و إثبات الخيار بل لوجت كان مقتضاها بطلان المعاملة حيث ان صحتها ضرورية.

و الأصح ان ثبوت الخيار في الفرض باعتبار تخلف الشرط الارتكازي و هو تسليم المبيع مفرغا و هذا الشرط الارتكازي لا يثبت مع علم المشتري بالحال من الأول نظير ما ذكرنا من عدم ثبوت خيار الغبن للمشتري مع علمه حال البيع باختلاف الثمن المسمى مع القيمة السوقية بالفاحش هذا كله ما إذا لم يمكن التفرغ.

و اما إذا أمكن عادة فقصر في إفراغه فلا ينبغي الشك في استحقاق المشتري

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٤

.....

مطالبة البائع بالأجرة على إبقاء متاعه في الدار أو غيرها لو كان للإبقاء أجرة عادة كما جزموا باستحقاقه الأجرة مع امتناع البائع عن أصل تسليم الدار فإن للمشتري المطالبة بالأجرة لمنفعتها الفاتئة عليه ولا يبعد استحقاق الأجرة في فرض العجز عن التفريغ أيضا فيما كان العجز الحاصل عند البيع من جهة قد ارتفعت وحصل قبل ارتفاعها العجز من جهة أخرى لم تكن حال البيع فإنه لا يفرق في استحقاق الأجرة لاستيفاء منفعة العين المملوكة للغير بين كونه لعذر أم لا.

نعم لا يستحق الأجرة بالإضافة إلى ما كان حال البيع فإن إبقاء المتاع زمان ذلك العجز استيفاء لمنفعة العين قبل بيعها و كونه بلا أجرة شرط ارتكازي غاية الأمر بما ان التسليم مفرغا أيضا شرط ارتكازي يثبت مع جهل المشتري بعدم إمكانه الخيار لتخلف هذا الشرط كما تقدم.

منها لو كان في الأرض المبيعة زرع لبائعه فإن كان قد أحصد وجب على البائع إزالته و تسليم الأرض إلى المشتري مفرغا لان إبقائه تصرف في ملك الغير بلا رضاه و تسليمها مفرغا شرط ارتكازي كما مر نعم لو كان في البين قرينه على عدم التزام البائع بتسليم المبيع مفرغا إلى مدة معروفة كما إذا باع الأرض المزروعة قبل أو ان حصاده فلا يجوز للمشتري في الفرض قلع الأرض بدعوى ان الأرض مملوكة له بالشراء و له تخليص ملكه من مال الغير و لو بقلع الزرع بالأرش بل لا يجوز له مطالبة الأجرة على بقاء الزرع الى حصاده فإن الإبقاء في الفرض بمنزلة بيع الأرض المستأجرة قبل بيعها.

و الحاصل ان إبقاء الزرع إلى أو ان حصاده مجانا بنظر العرف استيفاء لمنفعة الأرض قبل بيعها كما هو الحال في وضع متاع في الدار لا يتمكن على تفريغها منه قبل مدة معروفة بل غير معروفة فيكون نظير بيع العين المستأجرة بعد إجارتها فلا يثبت للمشتري غير خيار الفسخ مع جهله بالحال عند البيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٥

.....

لا يقال التنظير غير صحيح فان منافع المبيع مع استيجاره قبل البيع غير مملوكة للبائع فينتقل المبيع إلى ملك المشتري أو الدار مسلوبة المنفعة و لذا يثبت للمشتري مع جهله بالحال خيار الفسخ خاصة بخلاف المقام فان المفروض فيه أن منافع الأرض مملوكة لبائعه و بالبيع تدخل في ملك المشتري و مقتضى دخولها في ملكه جواز مطالبته بالأجرة أو بالقلع.

فإنه يقال كما أن الإجارة قبل البيع استيفاء لمنافعها قبل البيع كذلك زرعها و هذا لا يوجب الاثبات خيار الفسخ نعم لو كان الأرض تصلح لزرع جديد فعلا يجب على بائعها إزالة ذلك الزرع أو إرضاء مشتريها بالإبقاء بالأجرة أو مجانا.

و مما ذكرنا أنه لا وجه لما ذكره المصنف ره من ثبوت الأجرة على البائع في الفرض و انه يتخير بين الإبقاء بالأجرة أو قلعها تقديمًا لضرر القلع على ضرر اشتغال ذمته بأجرة منفعة الأرض.

و منها أنه لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه البائع بإذن المشتري و على البائع طم ما يطم و يكون الطم أيضا كالحفر بإذن المشتري كما أن على البائع إصلاح ما هدمه أو يعطى أرش المهدوم على اختلاف الموارد فيكون المتعين في بعض الموارد الإصلاح كما في قلع باب أو ساجه منه فإن إصلاحه إعادته إلى موضع قلعه و يكون في بعضها الأخرى الأرش كما هو في هدم الحائط فإن المهدوم من الحائط قيمى فعليه الأرش أى قيمة المهدوم لا التفاوت بين ما يكون الحائط بعضها مهدوما و بين ما لم يكن مهدوما.

و على الجملة قد يكون المهدوم بنظر العرف مثليا و قد يكون قيميا و لو قيل بان المهدوم مطلقا قيمى كان له وجه.

و يظهر منهم في مسألة هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير اذن صاحبه أقوال

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٦

[مسألة لو امتنع البائع عن التسليم فان كان لحق]

مسألة لو امتنع البائع عن التسليم فان كان لحق (١).

ثلاثة الإعادة مطلقا كما في الشرائع و المحكى عن المبسوط فيكون مثلها و الأرش مطلقا كما عن العلامة و التفصيل بين ما كان من نوع واحد و كيفية واحدة كما في حائط البساتين و المزارع و ما كان مختلفا كما في حائط الدور و المخازن فيكون قيما كما حكي ذلك عن الدروس و الظاهر جريان الاختلاف بحسب الموارد في كسر الباب و الشباييك و فتق الثوب ايضا من قبيل ما ذكر.

أقول لو توقف تفرغ أمتعه البائع على هدم حائط الدار المبيعة أو كسر بابه أو قلعه فظاهر المصنف ان الهدم و الكسر كطم الحفر و الإصلاح لا يجوز إلما ياذن المالك و رضاه و مقتضاه انه إذا لم يرض المشتري بذلك يتعين الرجوع الى الحاكم لأنه ولي الممتنع و لكن الأظهر عدم توقف ذلك الى اذن المشتري و رضاه فان التفرغ المزبور شرط ارتكازي في بيع الدار و نحوه نظير اشتراط عدم غبن البائع في بيع ماله غاية الأمر لو لم يكن المشتري عالما بكون الدار مشغولة بمتاع يتوقف إخراجها على كسر بابه و نحوه يكون ذلك في بعض الموارد نقصا في المبيع يوجب الخيار للمشتري.

و ايضا قد تقدم سابقا انه لا دليل على ولاية الحاكم في مثل هذه الموارد.

(١) لو امتنع البائع عن تسليم المبيع و كان امتناعه لحق كما لو امتنع المشتري عن تسليم الثمن فلا يكون البائع بامتناعه المفروض عاصيا لما تقدم من ثبوت الحق له في ذلك و هل عليه أجره مدة الامتناع فلا ينبغي الإشكال في ضمانه لو استوفى منفعة العين في تلك المدة و كون استيفائها بلا رضا المشتري محرم تكليفا لان الثابت له الإمساك بالعين لا استيفاء منافعتها ايضا و يكون ضمان استيفائها من مقتضى قاعدة احترام مال المسلم.

و انما الكلام في ضمان الأجره على المنفعة الفاتئة على المشتري في مدة إمساكه و لكن الأظهر عدم الضمان فإن الإمساك بالعين مجانا حتى يبذل المشتري الثمن من

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٧

.....

الشرط الارتكازي أو من جهة جواز التقاص عن إمساك المشتري بالثمن أو عدم وفائه به كما لا يخفى.

و قد يقال ان على المشتري نفقه المبيع في تلك المدة لأن نفقه العين تابعة لمليكتها فمن كان مالكا لها فعليه نفقتها الا ان يشترط نفقتها على غيره بموجب شرعي من شرط و نحوه و يمكن استفاده كون النفقه على المشتري ما ورد من التعليل في صحيحة أبي ولاد الواردة في إجارة البغل و في جامع المقاصد شبه المقام بنفقة الزوجه التي تمنع زوجها من نفسها قبل قبض مهرها فان المشهور ان لها الحق من الامتناع حتى تقبض مهرها و ذكروا ان ذلك مقتضى معاوضة البضع و المهر و لما يستفاد من بعض الروايات ان لها هذا الحق كموثقة سماعه قال سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل أ يجوز ان يدخل بها قبل ان يعطيها شيئا قال نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه.

فان ظاهرها عدم جواز الدخول بها قبل ان يقبضها مهرها و بما ان المطالبة بالقبض من حقوق المرأة قطعا فيختص عدم الجواز بصورة مطالبته و لكن مع ذلك لا يخلو دلالتها على الحكم من تأمل.

ثم هل تستحق المرأة النفقه زمان امتناعها لعدم قبض مهرها ذكروا فيه وجهين أو جههما ان عليه نفقتها فيما كان الزوج متمكنا على

أداء مهرها فإنه في هذا الفرض يصدق كونها في اختيار زوجها و كونها عنده هو الموضوع لوجوب الإنفاق في صحیحة محمد بن قيس الواردة في النفقات الواجبة و اما كون المشتري متمكنا على أداء الثمن أو عدمه فلا أثر له في المقام لما ذكرنا من ان نفقة المال تتبع ملكه فاحتمال جامع المقاصد التفصيل بين المشتري الموسر و المعسر بالإضافة إلى أداء الثمن بلا وجه فقد ظهر إمكان التفرقة في النفقة بين المقامين و لو طلب الانتفاع بالمبيع و هو في يده ففي وجوب إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٨

[الكلام في أحكام القبض]

[مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان]

من أحكام القبض انتقال الضمان (١).

اجابته وجهان و لكن الشرط الارتكازي المشار اليه يدفع هذا الوجوب كما لا يخفى.

(١) من الأحكام المترتبة على القبض بمعنى الإقباض انتقال ضمان المال إلى المنتقل اليه و لو تلف المال قبل إقباضه يكون ضمانه على ناقله و المراد بالضمان الضمان المعاوضي أى انحلال البيع عند تلفه بحيث يقع التلف في ملك ناقله و مقتضى الانحلال رجوع العوض إلى من دفعه بإزاء التالف و يستدل على ذلك مع الغمض عن الإجماع عليه بالنبوي المشهور في كلمات الأصحاب كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و ظاهره كما هو ظاهر كل خطاب الموضوع و الحكم في فعلية الحكم بعد فعلية الموضوع بقيوده أنه بعد تلف المبيع يصير مالا لبائعه و لكن الحكم أى إطلاق المال قرينه على كون المراد أن المبيع عند تلفه أى قبله ملك لبائعه حيث ان التالف بعد تلفه لا يكون مالا و ان فرض كونه ملكا و بذلك الاعتبار يقع مورد المصالحة فيما إذا أتلفه الغير لا أن بدله أى قيمته فيما كان قيميا يقع مورد المصالحة كما صرح بذلك في باب صلح الشرائع و التحرير و الحال ان مقتضى الظهور بقرينه ما ذكر انحلال المعاملة و رجوع المبيع إلى بائعه انا ما ليكون التالف مالا لبائعه.

و من هنا ذكر في التذكرة و تبعه من تأخر عنه من انه يتجدد انتقال المبيع إلى بائعه قبل التلف بجزء من الزمان و لو كان ذلك الزمان لا يتجزى و يسمى ذلك ضمان المعاوضة.

و اما ما في المسالك من أن ظاهر النبوي ان التلف يقع على البائع بمعنى انه يكون خسارته عليه كما في موارد ضمان اليد كتلف المغضوب و المال المأخوذ للشراء المعبر عنه بالمستام لا يمكن المساعدة عليه حيث ان ظاهر النبوي ان التالف مال لبائعه لا أنه مال لمشتريه و لكن يكون دركه و ضمانه على بايعه.

و الحاصل ان الضمان بمعنى انحلال البيع بتلف المبيع قبل قبضه حكم شرعي

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٨٩

.....

تأسيسي أو إمضائي و ليس بمعنى ثبوت البدل على العهدة ليسقط بإسقاطه بالاشتراط في العقد أو بعده و أوضح من النبوي في كون المراد انحلال المعاملة ما في ذيل معتبرة عقبه بن خالد من انه إذا أقبض المتاع يكون المبتاع ضامنا لحق البائع ليرده عليه فلا وجه لاحتمال كون المراد من الضمان في المقام ضمان اليد و لا يقاس بذلك الضمان في ثبوته و سقوطه بالاشتراط في العقد أو إسقاطه

بعده كما لا يخفى.

ثم ان ظاهر المصنف ان استفادة الضمان المعاوضى مبنى على كون من فى النبوى بمعنى التبعض مع أنه غير مبنى عليه بل لو فرض كونها زائدة فالمعنى كما ذكر بل كان أوضح فتدبر.

ثم ان مقتضى قوله سبحانه أحلّ الله البيع إمضائه قبل تلف المبيع بيد بايعه وبعده و يدفع اليد عن إطلاقه بالإضافة الى ما بعد التلف بالنبوى و معتبرة عقبه بن خالد و يبقى إمضائه بالإضافة الى قبل تلفه بحاله فيكون الحاصل أن المبيع بعد البيع الى زمان تلفه ملك المشتري فيكون نمائه له و لا- حاجة فى إثبات ذلك الى استصحاب بقاء البيع الى ذلك الزمان ليقال انه لا اعتبار بالاستصحاب فى الشبهات الحكيمية و يلحق بنماء المبيع فى ذلك الزمان الركاز أى الكنز الذى يجده العبد بعد بيعه و هو بيد بايعه فإنه إذا تلف العبد قبل تسليمه الى المشتري لا يخرج الكنز عن ملك المشتري و من ذلك المال الذى يوهب للعبد المزبور و قد قبله و أخذ المال قبل موته فيكون المال الموهوب لمشتريه و كذا فى المال الموصى به للعبد و قوله الوصية قبل موته و قد صرح العلامة بأن مؤنة تجهيز العبد لبائعه و هو مبنى على رجوعه الى بائعه قبل تلفه بأن ملكا حقيقيا لا مجرد الملك التقديرى المصحح لانحلال المعاملة فقط من غير ان يترتب عليه سائر آثار ملك البائع.

ثم ان المراد بالتلف ليس هو التلف الحقيقى فقط بل يعم تعذر الوصول الى المبيع

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٠

و فى التذكرة أيضا لو هرب المشتري (١).

و اما الإتلاف فاما ان يكون من المشتري (٢).

عادة مثل سرقة بحيث لا يرجى عوده.

و ما ورد فى رواية عقبه من فرض سرقة المال محمول على مثل هذه السرقة و وقوع الدرّة فى البحر قبل إقباضها من قبيل التلف و كذا الطير و الصيد المتوحش فان خروجهما عن اليد يحسب تلفا و اما لو غرق الأرض المبيعة بارتفاع ماء البحر أو وقع عليها صخور من جبل أو كسى الأرض رمل فهى من قبيل التلف أو التعصيب الموجب للخيار للشافعية و جهان و الأقوى عند العلامة فى التذكرة أنه من حدوث العيب.

(١) قال فى التذكرة بما حاصله أنه لو امتنع المشتري من دفع الثمن إلى البائع كما هو هرب المشتري قبل دفع الثمن حيث يحصل دفعه بوزنه و كان المشتري معسرا و المبيع بيد بايعه احتمل ان يثبت البائع خيار الفسخ فى الحال لتعذر أخذ الثمن المشروط على المشتري و يحتمل ان يثبت فى حقه خيار التأخير المشروط بمضى ثلاثة أيام و لكن الأظهر هو الأول فإن الروايات الواردة فى خيار التأخير ظاهرها كون المشتري باذلا و إذا كان المشتري الممتنع موسرا رفع البائع أمره الى الحاكم فإن أثبت امتناعه عند الحاكم يدفع الحاكم من مال المشتري الثمن و ان لم يظفر بغير المبيع من مال المشتري باعه و يرد فاضل الثمن على المشتري.

و لكن لا- يخفى انه لو تم الموضوع لخيار التأخير فعليه الصبر إلى ثلاثة أيام و فى غيره يثبت له خيار الفسخ فى الحال بلا فرق بين الموسر و غيره و لا حاجة فى الفسخ إلى المراجعة إلى الحاكم الشرعى فإن التقابض شرط ارتكازى فى البيوع على ما تقدم التفصيل.

(٢) لا- ينحل البيع بإتلاف المشتري المبيع و لا يرجع الثمن الى ملكه فإن السيرة العقلانية المشار إليها لا يجرى فى الفرض و لا يبعد انصراف معتبرة عقبه بن خالد عن هذا

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩١

[مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين.]

تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين (١)

الفرض نعم إذا كان المشتري جاهلاً- بالحال كما إذا قدمه البائع عليه بان له إتلافه مجاناً فأكله المشتري فهذا يرجع إلى إتلاف البائع تسبباً و يعم ذلك حتى فيما إذا كان البائع أيضاً مشتبهاً و يلحق بإتلاف المشتري مثل ما إذا صال العبد المشتري على مشترية فقتله المشتري دفاعاً عن نفسه فلا يكون في هذا انحلال البيع حتى مع جهل المشتري بالحال و لا يجرى فيه التسبب و قاعدة الغرور و ما عن التذكرة من عدم استقرار الثمن فيه على الأصح ضعيف جداً و على الجملة فإتلاف المبيع المستند إلى المشتري استيفاء لذلك المبيع. و اما إذا كان الإتلاف من الأجنبي فقد ذكرنا سابقاً أنه يلحق بالتلف كما هو مقتضى رواية عقبه بن خالد و لكن هذا فيما إذا لم يكن عادة الرجوع إلى ذلك المتلف بالكسر فان هذا الفرض خارج عن الرواية و يكون كإتلاف البائع في أنه يتخير المشتري بالرجوع إليه بالبدل أو فسخ البيع فان تسليم المبيع إليه شرط ارتكازي له على البائع فمع تخلفه يكون له الفسخ على ما تقدم. و هل يكون للبائع حبس البدل حتى يتسلم الثمن من المشتري فقد يقال ان حبس المبيع كان للشرط الارتكازي و لا يجرى بالإضافة إلى بدله و لكن قد أشرنا إلى ان حبس المبيع لكونه حبسه نوع تقاص عن إمساك المشتري و امتناعه عن أداء الثمن و لا يختص هذا النوع من التقاص بخصوص المبيع كما لا يخفى.

(١) قد أشرنا إلى ان تلف الثمن المعين قبل قبضه يشترك مع تلف المبيع قبل قبضه في أنه يوجب انحلال البيع حيث لا فرق في السيرة العقلائية بين تلفهما في ذلك و يترتب على ذلك انه لو باع المشتري ما اشتراه قبل اقباض الثمن ثم تلف الثمن يرجع البائع إلى المشتري ببديل المبيع مثلاً أو قيمة لأن بيع المشتري لوقوعه في زمان ملكه محكوم بالصحة و اللزوم و يعتبر بيعه النافذ بعد تلف الثمن من إتلاف مال البائع على

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٢

.....

ما تقدم في فسخ ذى الخيار بعد نقل أحد العوضين كما يظهر ذلك من المبسوط و غيره في مسألة من باع شيئاً معيناً بثمن معين ثم بيع أحدهما قبل تلف الآخر قبل إقباضه و انما الكلام في استفادة ذلك من الروايات فقول ان المبيع في النبوي يعم الثمن بمعنى ان قوله كل مبيع تلف قبل قبضه بمعنى كل ما تعلق به البيع مضمناً كان أو ثمناً و فيه ان ظاهر المبيع ما تعلق به التملك بعوض و لا يعم ما تعلق به التملك بعوض.

و ذكر المصنف ره أنه يمكن استفادة ذلك من معتبرة عقبه بن خالد حيث ذكر سلام الله عليه فيها فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه فإنه بناء على رجوع الضمير في لحقه إلى البائع يكون المراد من حقه هو الثمن فالمعنى إذا أقبض البائع المبيع يكون المشتري ضامناً لحق البائع أى الثمن حتى يخرج الثمن إلى البائع كما ان المراد من ضمان المشتري ضمانه المعاضى بمعنى أنه لو تلف الثمن يرجع البائع بالمبيع كما كان الحال في ضمان البائع بالإضافة إلى المبيع.

لا- يقال ضمان المشتري حق البائع أى الثمن بضمان معاوضى قبل القبض لا يختص بصورة إخراج البائع المبيع من بيته بل لو كان المبيع عند بايعه أيضاً يكون المشتري ضامناً بالثمن بضمان معاوضى هذا أولاً.

و ثانياً لا- دليل على كون ضمان المشتري الثمن حتى يرد على البائع ضمان معاوضى بل يحتمل كونه ضمان اليد نظير ما ورد في حديث على اليد من ان عليه ما أخذه حتى يرد فيكون المراد من الرواية أنه معه اقباض المبيع يكون المشتري ضامناً بالثمن بحيث لو تلف لكان عليه مثله أو قيمته.

و ثالثا يحتمل كون المراد بالضمير فى لحقه هو المشتري و حقه عبارة عن المبيع فالمراد ان المبيع بعد إخراج البائع إياه عن بيته يدخل فى ضمان المشتري الى ان يصل بيده فيكون يرد فى قوله حتى يرد ماله عليه بالتخفيف من الورد بمعنى الوصول.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٣

ثم انه هل يلحق العوضان فى غير البيع (١).

فإنه يقال لا- ينبغى الريب فى ظهور الرواية فى رجوع الضمائر الثلاثة إلى مرجع ضمير الفاعل فى قوله إذا أخرجه من بيته فيكون حاصل الشرطية فى الجواب ان البائع إذا أخرج المتاع من بيته و وقع السرقة بعده فعلى المشتري ان يرد الثمن على البائع و نفى الضمان عنه قبل ذلك لانحلال البيع بالسرقة قبل قبض المتاع فلا نظر فى الرواية إلى صورة بقاء المبيع و تلف الثمن بيد المشتري و لا يمكن الاستفادة انحلال البيع بتلف الثمن قبل قبضه من الرواية فتدبر جيدا.

(١) هل يجرى التلف قبل القبض فى غير البيع من سائر المعوضات بان ينحل الإجارة مثلا بتلف الأجرة المعينة قبل قبض المستأجر أو المؤجر أو تلف المصالح عنه أو به قبل القبض الى غير ذلك فقد ذكر المصنف ره ان عموم هذا الحكم مسكوت عنه فى كلماتهم نعم ذكروا الضمان قبل القبض لو تلف المهر قبل قبض المرأة و عوض طلاق الخلع قبل أخذ الزوج و كذا فى الإجارة و ظاهرهم بطلان المهر و البذل و الإجارة.

و لكن يظهر من بعض مواضع التذكرة ان الجريان و العموم متسالم عليه بين العامة و الخاصة حيث انه قال فى مسألة جواز بيع ما يملكه الشخص بغير البيع قبل قبضه، و ما يكون ملكا له و لكن كان بيد الآخر بيد ضمان بالقيمة أى بضمان اليد كالعارية المشروط فيها ضمان المستعير أو المضمونة لتفريط المستعير أو غيره، أنه يجوز البيع لتمام ملك البائع و هكذا بالإضافة إلى المضمون بالعوض كمال الصلح و الأجرة المعينة لما ذكر من تمام ملك البائع و ان لم يقبض المال و قال الشافعى لا يصح البيع فى المضمون بالعوض لاحتمال انفساخ ذلك الضمان بالعوض أى تلك المعاملة بتلف المال قبل قبضه انتهى.

و ظاهر تعليل عدم الجواز باحتمال حدوث الانفساخ فى المعاوضة بتلف المال قبل قبضه يعطى أن الانحلال بالتلف قبل القبض متسالم عليه فى المعاوضات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٤

[مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه]

لو تلف بعض المبيع قبل قبضه (١).

أقول لا دلالة فى التعليق المزبور على ان انحلال المعاوضة بتلف المال قبل القبض متسالم عليه عندنا ايضا بل و عند غير الشافعى أيضا فإنه كما يحتمل ان يكون الوجه لجواز البيع عند العلامة الملك مع الالتزام بانحلال المعاوضة كذلك يحتمل ان يكون تمام الملك بمعنى حصوله مع عدم انحلال المعاوضة نعم لا يبعد عموم القاعدة فى التلف قبل القبض لما أشرنا إليه من جريان السيرة عليها.

(١) لو تلف بعض المبيع قبل قبضه فان كان البعض مما يقسط عليه الثمن كالمن من الحنطة فيما إذا تلف بعضه فلا ينبغى الريب فى بطلان البيع بالإضافة الى ذلك التالف باعتبار كونه مبيعا قد تلف قبل قبضه و يصح بالإضافة إلى بعضه الباقي فإنه مبيع لم يتلف قبل قبضه غاية الأمر يثبت لكل من البائع و المشتري خيار الفسخ بالإضافة إلى بيع الباقي لتبعض الصفقة.

لا يقال نعم بيع الكل ينحل الى بيع أجزائه الخارجية بعضها كما فى بيع مثل المن من الحنطة و لكن بيع الجزء الخارجى يكون من البيع

الضمنى لا الاستقلالى نظير وجوب كل جزء من اجزاء الكل فإنه كما يكون ضمناً كذلك يبعه فى ضمن الكل و الحكم المجمعول فى الخطاب على بيع شىء ظاهره ترتبه عليه فيما إذا كان استقلاليا و لذا لا يطلق على بيع الكل البيوع المتعدده. فإنه يقال انحلال البيع فى موارد تقسيط الثمن من قبيل انحلال الحكم فى خطاب العام الاستغراقى لا من قبيل الوجوب الضمنى فى العام المجموعى أو الواجب الارتباطى.

و الحاصل يكون الشىء فى موارد تقسيط الثمن عليه مبيعا حصل بيعه و بيع الآخر بإنشاء واحد و مقتضى مناسبة الحكم و الموضوع ان الانحلال حكم لتلف المبيع سواء كان بيعه بإنشاء مستقل أم لا نظير ما ذكر فى خيار الحيوان من أنه لو باع الحيوان مع إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٥

.....

غيره بصفقه يثبت الخيار فى شراء الحيوان إلى ثلاثة أيام بخلاف ما إذا بيع حيوان مع حيوان آخر بصفقه واحدة فإنه يثبت فى ذلك البيع خيار واحد حيث ان ظاهر خطاب خيار الحيوان ثبوت خيار واحد فى إنشاء واحد بالإضافة إلى بيع الحيوان سواء كان الحيوان متعدد أم واحدا.

و ان لم يكن التالف مما يقسط عليه الثمن و لو فرض تقسيطه على جزئه المشاع كما فى ثمن العبد فإنه لا يقسط على أعضائه يكون تلف يد العبد مثلاً قبل قبضه نظير ما كان للعبد يد واحدة قبل بيعه و يعد ذلك عيباً.

و يبقى الكلام فى حكم العيب الحادث فى المبيع بعد بيعه و قبل قبضه و يجرى هذا الكلام فى العيب الحادث فى الأيام التى يكون المبيع فيها فى ضمان البائع كأيام الخيار المختص للمشتري فهل يكون التلف المزبور موجبا لثبوت خيار للفسخ للمشتري أو يكون الثابت الأرش فقط أو يثبت للمشتري التخيير بين الرد و الأرش نظير العيب قبل البيع فاختر الأخير المصنف ره فى آخر كلامه و وجهه كون المبيع فى ضمان البائع قبل قبضه سواء تلف كله أو بعضه أو وصفه.

لا يقال ما ورد فى ضمان البائع بالتلف قبل القبض ظاهره تلف العين و معنى ضمانه رجوع العين الى ملكه قبل تلفه بزمان فينحل البيع و يرجع تمام الثمن فى فرض تلف المبيع كله أو بعضه فى فرض تلف بعضه الى ملك المشتري و هذا بخلاف تلف الوصف فان الوصف لا يقابل بشىء من الثمن ليفرض عند تلفه انحلال البيع بالإضافة إلى الوصف نعم يقع بإزائه ما يعم غير الثمن حيث ان الأرش لا يتعين ان يكون من الثمن.

فإنه يقال لو صح هذا الاعتراض فلازمه عدم جواز مطالبه المشتري بجزء من الثمن و اما جواز المطالبة بما يعم مساوية فهو داخل فى الضمان بمعنى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٦

.....

انحلال البيع و لكن الصحيح ان الأوصاف التى لا تكون مقومة للمبيع لا تقابل فى المعامله بشىء لا من الثمن و لا من غيره بل لها دخل فى زيادة قيمة المبيع و لذا يجوز للمشتري إمضاء البيع على المعيب بلا أرش و لكن عدم انحلال البيع بتلف الوصف و عدم مقابله بشىء لا يلزم عدم ضمان البائع الوصف لان ضمان البائع معناه تنزيل هذا التلف منزله التلف قبل البيع و ان الأثر المترتب على التلف قبل البيع يترتب على تلفه بعد البيع و قبل قبضه و حيث ان التلف قبل البيع بالإضافة إلى عين المبيع موجبا لعدم انعقاده فيكون التلف المزبور بعده موجبا لانحلاله على ما مر و التلف قبل البيع فى الوصف كان موجبا لخيار الفسخ أو التخيير بينه و بين الأرش فيكون تلفه بعد البيع و قبل القبض ايضا كذلك و يؤيد ان الضمان يعم ضمان العين و الوصف بضمان معاملى ما ورد فى بعض اخبار

التلف في زمان الخيار كصحيحة عبد الله بن سنان عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك قال على البائع حتى يمضى الشرط و المراد بالحدث النقص الموجب لجواز الفسخ فقط أو أخذ الأرش أيضا.
لا- يقال ليس في البين ما يدل على كون المبيع قبل قبضه في ضمان البائع ليقال بان المراد بالضمان ما يعم الأوصاف و ان ضمانه الوصف نظير ضمانه العين ضمان معاوضى بل الوارد كون تلف المبيع قبل قبضه على بايعه و هذا لا يشمل غير تلف العين و بما ان التسالم على ثبوت جواز الفسخ بتلف الوصف في يد بايعه متحقق يلتزم به و لكن لا وجه للالتزام بجواز أخذ الأرش.
و ما ذكر في ذيل معتبرة عقبه بن خالد فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد عليه ماله يحتمل ضمان المبيع و ان ضمانه بعد تخليه بايعه على المشتري و لو كان تلفه قبل وصوله الى يده و على تقدير رجوعه الى ضمان الثمن فالضمان بمعنى وجوب الرد بقريته فرض
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٧

[مسألة الأقوى من حيث الجمع بين الروايات (١)]

إشارة

الأقوى من حيث الجمع بين الروايات (١).

تلف المبيع و بقاء الثمن أو كونه على العهدة و لذا ذكرنا ان الضمان لفرض تلف المبيع بعد التخليه.
فإنه يقال قد جمع في صحيحة عبد الله بن سنان بين موت العبد و الدابة و حدوث الحدث في ثلاثة أيام من خيار الحيوان و حكم بان الضمان فيها على البائع و إذا كان ضمان البائع بالإضافة إلى التلف من ضمان المعاوضى فيكون ضمانه الوصف ايضا كذلك و لا يحتمل الفرق في هذا الضمان بين كونه أيام خيار خيار الحيوان أو كونه قبل القبض كما لا يخفى.
(١) الأظهر بحسب الروايات عدم جواز بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا توليه و في صحيحة منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه فإذا لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه و في صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكال قال لا يصلح له ذلك و في صحيحة الأخرى قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم اشتروا بزا فاشتركوا فيه جميعا و لم يقتسموه أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل ان يقبضه قال لا بأس به و قال ان هذا ليس بمنزلة الطعام ان الطعام يكال بناء على ان المراد قبل ان يقبضه من البائع فإنه لو أريد قبض حصته من الشركاء فلا يدل على حكم المقام لان قبض أحد الشركاء المأذون من الباقيين يكفي في القبض و لا يبعد كون المراد القبض من بايعه حيث انه لو كان المبيع طعاما يجوز لمشتريه بيعه و هو في يد شريكه المأذون.
و صحيحة معاوية بن وهب المعبر عنها في عبارة المصنف قده بالرواية قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه الا ان توليه الذى قام عليه.
إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٨

و في معتبرة منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى يبيعا فيه كيل و لا وزن إله أن يبيعه مرابحة قبل ان يقبضه و يأخذ ربحه فقال لا بأس بذلك ما لم يكن كيل و لا وزن فان هو قبضه فهو أبرأ لنفسه.
و صحيحة على بن جعفر عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح يبيعه قبل ان يقبضه قال إذا ربح لم يصلح حتى يقبض و ان كان يوليه فلا

بأس.

و في رواية حزام بن حكيم بن حزام المروية في المجالس قال ابتعت طعاما من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل ان أقبضه فأردت بيعه فسألت النبي (ص) فقال لا تبعه حتى تقبضه. □

و في رواية ابن الحجاج الكرخي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل ان أقبضه قال لا- بأس ان تبيع إلى أجل كما اشتريت و ليس لك ان تدفع قبل ان تقبض قلت فإذا قبضته جعلت فداك فعلى أن أدفعه بكيله قال لا بأس إذا رضوا.

و ذكر المصنف ره ان المراد بالاشتراء إلى أجل بنحو النسيئة بقريئة السؤال عن بيعه بعد شرائه قبل قبضه و مقتضى تقييد نفى البأس بقوله كما اشتريت ثبوت البأس في بيعه بغير التولية.

أقول الرواية كما قبلها ضعيفة لعدم توثيق ابن الحجاج مع انه لم يظهر ان الشراء كان بالبيع نسيئة بل يحتمل الشراء بنحو السلف و لم يثبت عدم التعبير عن السلف و السلم بشراء الشيء إلى أجل.

و في رواية إسماعيل بن عمر انه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل ان يبيعه بها طعاما إلى أجل.

ثم انه لا ينبغي الريب في ظهور الأخبار المتقدمة منطوقا في بعضها و مفهومها في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٥٩٩

.....

بعضها الأخرى في عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه و ان البيع إذا كان بنحو التولية فلا بأس سواء باعه من بائعه أو من غيره و لكن في مقابلها روايات يستظهر منها الجواز فيحمل النهي في الاخبار المتقدمة على الكراهة في مقام الجمع منها رواية خالد بن الحجاج الكرخي قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام اشترى الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل ان أكتاله فأقول أبعث و كيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال لا بأس و في رواية جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل ان يقبضه قال لا بأس و يوكل الرجل المشتري منه يقبضه و كيله قال لا بأس «١» و نحوهما رواية إسحاق المدائني و لكن لا يخفى أنها مع الغمض عن ضعف إسنادها مطلقة من حيث كون البيع قبل القبض بنحو بيع التولية أو غيره فيرفع عن إطلاق بالمنع الوارد في الروايات المعتمدة المتقدمة عن البيع بغير التولية. □

و لكن ربما يحتمل الأخبار المتقدمة المانعة على الكراهة بقريئة رواية أبي بصير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل ان يكيله قال لا يعجبني ان يبيع كيلا أو وزنا قبل ان يكيله أو يزنه الا ان يوليه كما إذا اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع و ما كان من شيء عنده ليس بكيل و لا وزن فلا بأس ان يبيعه قبل ان يقبضه فان التعبير بعدم الإعجاب ظاهر في صحة البيع المزبور و كراهته و لكن نوقش في هذا الحمل بأن الكراهة عندهم لا تختص بالبيع بغير التولية بل يجري فيها أيضا و ان كانت الكراهة في التولية أخف.

أقول لو كانت الرواية ظاهرة في الكراهة المصطلحة فلا توجب رفع اليد عن ظهور

(١). الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود و كذا سائر روايات.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٠

.....

الأخبار المتقدمة لضعف سندها و لم يثبت الكراهة في بيع التولية.

و يبقى في الين صحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها قال لا بأس به إذا وجد ربها فليبع و في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام أنه قال في رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قال لا بأس. و لكن لا يمكن رفع اليد بهما عن ظهور الأخبار المتقدمة في المنع فإنه لو لم نقل بانصرافهما على بيع الشيء على الشجرة كما لا يبعد ذلك بملاحظة الأخبار الواردة في بيع الثمار فلا ينبغي الريب في ان صحيحة محمد بن مسلم مطلقه من حيث كونها على الشجرة و من حيث كونها بنحو التولية كما ان صحيحة الحلبي مطلقه من حيث كونها على الشجرة أم لا. و لكن يعارضهما موثقة سماعة قال سألته عن بيع الطعام أو الثمرة و قد كان اشتراها و لم يقبضها قال لا حتى يقبضها الا ان يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح أو يوليه بعضهم فلا بأس فإن مقتضاها عدم جواز الثمره إلا بنحو التولية أو بربح فيما كان البيع بنحو التشريك و يحمل هذه على الثمرة المقطوعة فإن مثل معتبرة منصور قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل اشترى يباعا ليس فيه كيل و لا وزن الى ان قال لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن مقتضاها جواز بيع غير المكيل و الموزون قبل القبض سواء كان ثمرة على الشجرة أو غيرها و مقتضى موثقة سماعة عدم جواز بيع الثمرة قبل قبضها بالمرايحة سواء كانت على الشجرة أم لا فيتعارضان في الثمرة على الشجرة و يؤخذ بالمعتبرة لموافقها للكتاب العزيز من قوله سبحانه **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** فتكون النتيجة جواز بيع الثمرة على الشجرة قبل قبضها.

و اما إذا كانت الثمرة مقطوعة فلا يجوز بيعها قبل قبضها الا بنحو بيع التولية أو

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠١

و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في بيع السلم على من هو عليه (١).

التشريك في النصيب بالمرايحة فتكون الموثقة بعد هذا أخص مطلقا بالإضافة إلى صحيحتي الحلبي و محمد بن مسلم كما لا يخفى. (١) و حاصل الاستيناس للجواز ان الاخبار الواردة في بيع السلم على المسلم إليه أي بايعه يوجب الجواز في المسألة و وجهه انه قد ورد في تلك الاخبار جواز بيع الطعام المسلم فيه من بايعه ثانيا و إذا جاز بيع الطعام المزبور من بايعه جاز بيع المكيل أو الموزون في مسألتنا قبل قبضه من بائعه أو من غيره حيث لا يحتمل جواز بيع المسلم فيه من بايعه قبل القبض و لا يجوز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما و فيه انه يمكن الالتزام بجواز بيع المسلم فيه على بايعه قبل قبضه قبل حلول الأجل أو بعده بخلاف غير السلم أي المكيل أو الموزون في مسألتنا بان لا يجوز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما من غير بايعهما.

و اما بيع المكيل أو الموزون من بايعهما قبل قبضهما فهذه مسألة أخرى كما جعل العلامة حيث ذكر ان بيع الشيء قبل قبضه من غير بائعه جائز عند جماعة و ممنوع عند أخرى و اما بيعه من بائعه فجائز عند الجماعة الاولى و مختلف فيها عند الثانية.

و بالجملة غاية ما يستفاد مما ورد في السلم جواز بيع المكيل أو الموزون من بائعها قبل قبضهما و اما بيعهما من شخص آخر فلا يستفاد جوازه و يظهر ايضا من كلام القائلين بجواز بيع المسلم على بايعه قبل قبضه و من كلام القائلين بعدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما ان مورد الجواز في السلم غير مورد المنع في مسألتنا و ان مورد الجواز في الأول البيع من بايعه و مورد المنع في الثاني البيع من غيره.

ثم لا- يخفى أن مورد الجواز في السلم في بيعه من بايعه ثانيا ما إذا كان الثمن في البيع الثاني غير الجنس و اما إذا كان بجنس الثمن فلا يجوز بيعه إلا برأس المال سواء كان

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٢

و من العجب ما عن التنقيح (١).

ثم ان الظاهر ان أصل عنوان المسألة (٢).

ذلك قبل حلول الأجل أو بعده فلا حظ الروايات الواردة فيها كما انه لا يجوز فيه بعد حلول الأجل البيع من غيره بغير التولية إلا بعد القبض فيما كان المسلم فيه مكيلا أو موزونا واما إذا كان من غير المكييل و الموزون فيجوز بعد حلول الأجل بالتولية أو بغيرها- (١) يعنى بعد ما ذكر العلامة ره ان بيع غير المقبوض من بايعه مورد أخلاف عند المانعين عن بيعه من غير بايعه لا يتم للتنقيح دعوى الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه و لا يناسب أيضا كلام الشيخ (ره) حيث ذكر فى المبسوط الإجماع على عدم جواز بيع السلم قبل قبضه مع تصريحه بعدم الفرق بين بيعه من بائعه أم من غيره.

(٢) ليس فى البين وجه صحيح لاختصاص الحكم فى المسألة بالمبيع الشخصى بعد فرض كون المستند فى المسألة للمنع أو الكراهة هى الأخبار نعم من يكون المستند له فى المنع هو الوجه الاستحسانى يعنى ضعف الملك قبل القبض باعتبار كونه معرض الزوال بتلف المبيع فلاختصاص الوجه بالمبيع الشخصى و عدم جريانه فى المبيع الكلى يتعين التخصيص.

ثم بناء على عدم الجواز فى المكييل و الموزون فى بيعهما قبل قبضهما بغير التولية كما هو مقتضى الجمع بين الروايات يكون عدم الجواز لكونه فى المعاملة وضعيا فيحكم ببطلان البيع المزبور و حمله على الحكم التكليفى يحتاج إلى قرينه كما هو الحال فى جميع موارد النهى عن البيع و سائر المعاملات.

أقول اعتبار التقابض فى المجلس فى بيع الصرف لا يوجب اعتبار قبض الثمن قبل البيع بحيث يبطل بيع الصرف ببيع ذلك الثمن قبل قبضه و لو فرض ان البائع الذى له الدنانير على المشتري باعها من شخص آخر و دفعها المشتري المزبور الى ذلك الشخص إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٣

[ينبغى التنبيه على أمور]

[الثانى هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال]

هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال (١).

قبل افتراق البائع و ذلك الشخص تم بيع الصرف.

و استدل فى التذكرة على عدم جريان الحكم فى ناحية الثمن بصحيحة يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاما بدرهم فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال ليس عندى دراهم خذ منى طعاما فقال لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء «١» حيث ان مقتضى التعليل جواز المعاملة على الدراهم المزبورة قبل قبضها بجعلها ثمنًا للطعام أو غيره.

و أورد المصنف ره على الاستدلال بوجهين الأول ان مورد الكلام فى المسألة جعل الثمن من الدين المكييل أو الموزون قبل القبض مبيعا فى البيع الثانى و ظاهر الصحيحة جعل الدراهم فى البيع الثانى كالباع الأول ثمنًا.

و الثانى ان مدلول الرواية بيع الدراهم على من هى عليه و لا يدخل فيه بيعها على غيره و قد تقدم عدم البأس بالأول و الكلام فى المسألة فى الثانى.

أقول لا حاجة فى الحكم بالجواز فى بيع الثمن الكلى قبل قبضه الى هذه الرواية أو غيرها بل هو مقتضى العمومات و إطلاق حل البيع و اما تعليل المنع بضعف الملك قبل القبض فهو و ان يجرى فى ناحية الثمن المعين أيضا الا انه كما تقدم وجه استحسانى و الالم يجز البيع فى غير المكييل و الموزون أيضا قبل القبض بل كان بيع المكييل و الموزون ممنوعا و لو بالتولية.

(١) قد تعلق النهى فى الروايات ببيع المكييل و الموزون قبل قبضهما و يحتمل ان يكون ذكر البيع فيها لكونه الفرد الغالب فى

الاستبدالات كما يحتمل كون النهى عنه لخصوصية فيه دون سائرهما فالمتعين هو الثاني و كون البيع هو الفرد الغالب في

(١). الوسائل ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٤

[الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع]

الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع (١).

الاستبدال ينفع فيما إذا كان في البين عموم أو إطلاق ولا أقل من اطمينان بعدم الخصوصية و ليس المقام كذلك. و قد أشكل في التعدي إلى الثمن فكيف يتعدى إلى سائر الاستبدالات و أيضا المأخوذ في متعلق النهى بيع ما اشتراه من المكيل و الموزون قبل قبضهما.

و أمّا إذا ملك المكيل أو الموزون بغير الشراء كالإرث أو الجائزة أو الصلح و غيرها و أراد بيعه قبل قبضه فلا يدخل هذا في متعلق النهى في الروايات بل مقتضى إطلاق حل البيع و عموم الوفاء بالعقود جوازه.

نعم ذكر المصنف ره انه لو انتقل ما اشتراه إلى الوارث قبل قبضه أو انتقل إلى الزوجة بعنوان الصداق و نحوه و أراد الوارث أو الزوجة بيعه قبل قبضه فيدخل في متعلق النهى و لعل نظره (ره) إلى رواية معاوية بن وهب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبيعه حتى يكيه أو يزنه حيث ان السؤال في الرواية يشمل ما إذا كان البيع المزبور من الوارث أو الزوجة.

و اما سائر الروايات فمدلولها نهى المشتري عن ان يبيع ما اشتراه قبل قبضه و لا يعم ما إذا انتقل المبيع إلى الوارث أو الزوجة فأراد بيعه قبل قبضه.

أقول لو قيل بشمول هذه الصحيحة لما إذا كان البائع في البيع الثاني غير المشتري الأول لما يختص المنع بالموارد المزبورة بل يعم ما إذا وقع الصلح على المبيع قبل القبض و أراد من انتقل إليه ذلك المبيع بيعه قبل قبضه كما لا يخفى.

(١) إذا كان المكيل أو الموزون معيناً خارجاً و أراد مشترته بيعه قبل قبضه فهذا يدخل في المنهى عنه في الاخبار المتقدمة.

و ان أراد مشترته دفعه و فاء للبيع على الكلى في الذمة كما إذا اشترى صبرة

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٥

.....

خارجية على انها كذا و كذا صاعاً ثم باع المشتري من الآخر بنحو الكلى على العهدة مقداراً من الحنطة يساوي تلك الصبرة و أراد ان يأخذ ذلك الآخر الصبرة المزبورة من البائع الأول فهل أخذ الآخر تلك الصبرة من بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه ليكون فاسداً بان يبقى المأخوذ في ملك المشتري الأول و ملك ذلك الآخر بعد على عهدة المشتري الأول أو أن النهى في الاخبار لا يعمه الأظهر عدم العموم فإن الأخذ المزبور و فاء للبيع الجارى على الكلى لا من بيع الصبرة قبل قبضها كما لا يخفى.

و الحاصل ان مورد النهى ما إذا كان المبيع المكيل قبل قبضه مبيعاً في بيع آخر و يشهد لذلك استثناء بيع التولية في بعض تلك الاخبار حيث ان التولية تتحقق بإجراء البيع الثاني على ما اشتراه أولاً بضمن مساو فلا يكون إجراء العقد على ما في العهدة و لو بضمن مساو للثمن في بيع الصبرة من بيع تلك الصبرة تولية - نعم ربما يكون مناسبة الحكم و الموضوع أو غيرها موجبا للظهور في ان المنهى

عنه نقل المال بسبب البيع من غير فرق بين كون المال مبيعا في ذلك البيع أو كونه وفاء لذلك البيع كما في النهي عن بيع أمهات الأولاد و كما إذا نذر أو حلف على عدم بيع عبده لا- في مثل المقام الذي لم يظهر فيه ملاك الحكم بل النهي عن بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه يشبه التعبد المحض.

هذا مع ظهور النقل بالوفاء قبل القبض من بعض الروايات كصحيحة الحلبي التي عبر عنها المصنف (قده) بصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث إليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذي لك قال لا بأس إذا ائتمنه.

و تقريب الاستدلال ان مقتضى كون الدراهم ملكا لمن عليه الأحمال من الرطب أو التمر ان يكون عوض تلك الدراهم أى ما يشتره الدائن ملكا لمن عليه الأحمال و قد أذن للدائن أن يملك ما اشتراه قبل قبضه ذلك المبيع.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٦

ثم ان هذا كله إذا كان الطعام المشتري شخصا (١).

والحاصل مدلول الصحيحة أنه لا بأس بأن يتعين ما على الشخص من المال في المكيل أو الموزون الذي لم يقبض. لا يقال لا دلالة للصحيحة على الجواز فان قول المدائن للدائن اشتر بهذه و استوف حقه بمنزلة توكيله في الشراء و القبض للمديون ثم الاستيفاء.

فإنه يقال لا دلالة لقول المدائن على التوكيل في القبض للمدين أولا فيما كان ما اشتراه الدائن من العين الخارجية. نعم لا- بأس بالالتزام في التوكيل على القبض فيما كان ما اشتراه الدائن كليا لان تعيين ذلك الكلي يكون بالقبض للمالك أصالة أو وكالة ثم الاستيفاء أو كان قول المدائن في الفرض من إنشاء الحوالة.

و لكن في صحيحة الحلبي الأخرى قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلفه دراهم في طعام فلما حل طعامي عليه بعث الى بدراهم و قال اشتر لنفسك طعاما و استوف حقه قال أرى ان تتولى ذلك غيرك و تقوم معه حتى تقبض الذي لك و لا تتولى أنت شرائه.

و في موثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف دراهم في طعام فحل الذي له فأرسل إليه بدراهم فقال اشتر طعاما و استوف حقه هل ترى به بأسا قال يكون معه غيره يوفيه ذلك.

و لكن المراد من الصحيحتين بقريته الأولى منهما الكراهة لكون شراء الدائن من معرض التهمة هذا أولا و ثانيا مدلولهما المنع عن تولى الشراء لا عدم جواز الاستيفاء بعد شراء شخص آخر و قبل قبضه و الكلام في دلالتهما على جواز الشراء و عدم جواز الاستيفاء كما لا يخفى.

(١) الكلام في ان توكيل الدائن في الشراء لنفسه داخل في متعلق النهي في

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٧

و استدلال في الحدائق على الجواز (١).

الأخبار المتقدمة الناهية عن بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما أم لا ينحصر في شراء الطعام الشخصي و اما إذا اشترى طعاما بنحو الكلي فلا يكون قبض الدائن ذلك الكلي إلا بوجهين أحدهما ان يقع القبض للمديون ثم استيفائه و إقباضه من المديون وكالة أو يكون قول المدائن اشتر و استوف حقه من الحوالة إلى ذمة البائع من الدائن و كلا التقديرين محكوم بالصحة حيث ان إقباض المكيل أو الموزون في الأول يكون بعد قبضه بالوكالة و الثاني حوالة جامعة لشرائها.

و لكن تأمل بعض الأصحاب في الثاني و وجهه ان الاخبار و ان يكون مدلولها عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضهما الا ان ذكر البيع بما هو من المعاوضة لا لخصوصية فيه و الحوالة أيضا معاوضة حيث ينتقل بها الكلي على المديون من ملك الدائن إلى المديون بإزاء ما على عهده البائع حيث ينتقل الى ملك الدائن المحال كما لا يخفى و عليه بما أن ما على البائع غير مقبوض فيكون المعاوضة عليه قبل قبضه.

و أجب عن ذلك أولا- بأن الحوالة ليست معاوضة بل هي استيفاء و تعيين لما على المديون بدمه الغير بحيث لا يكون للدائن الا مطالبه ذلك الغير بل لو فرض كون الحوالة معاوضة فليس مطلق معاوضة المكيل أو الموزون قبل القبض مورد النهي بل الوارد في الروايات النهي عن بيعهما قبل قبضهما الا بالتولية كما تقدم-

(١) و توضيح الحال أنه قد ظهر مما تقدم ان مورد الاشكال ما إذا باع كليا على العهده سلما أو حالا ثم اشترى البائع المزبور من ثالث مثل ذلك المبيع بنحو الكلي على عهده ذلك الثالث و قال للمشتري الأول خذ مالك على من ذلك الثالث فان القول المزبور لا بد من كونه بنحو الحوالة أو بنحو التوكيل بان يكون المشتري الأول و كيدا- في قبض ما على عهده الثالث للبائع ثم قبض المال عنه لنفسه.

و الوجه في ذلك ان ما على عهده البائع الأول يتشخص بالفرد مع قبض مستحقه

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٨

.....

لا بالكلي الثابت بدمه الآخر فيحتاج سقوط المال عن عهده البائع الأول إلى عقد الحوالة أو الوكالة المزبورة.

و لكن نوقش في صحة الحوالة بأنها في مفروض الكلام تستلزم المعاوضة على المبيع المكيل الكلي قبل قبضه حيث ان الحوالة في الحقيقة معاوضة بين المالين الثابتين في العهدين فيقع في المسألة المعاوضة بين البائع الأول و مشتريه في الكلي الثابت بعهده البائع بإزاء الكلي الثابت بعهده الثالث و بما ان المعاوضة بغير التولية و قبل القبض فلا تصح فينحصر صحة الحوالة بكون المالين على العهدين من غير المكيل أو الموزون أو كان منهما و لكن كان ثبوتها على العهده بغير البيع و الشراء كما إذا اقترض زيد منا من الحنطة من بكر و أقرض عمرا بمن آخر ثم أحال بكر على عمرو.

و لكن استدل في الحدائق على جواز الحوالة في مسألة ثبوت المكيل و الموزون على العهده بالبيع و الشراء بما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح في بعض و الموثق في بعض عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه كرم من طعام فاشترى كرا من رجل آخر فقال للرجل انطلق فاستوف كرك فقال لا بأس به قال في الحدائق و هو ظاهر في المراد عار عن وصمة الإيراد.

و ناقش المصنف قده في الاستدلال المزبور بأنه لم يعلم ما على المديون من الكرم من الطعام كان مبيعا و لعله كان من القرض أو الضمان كما أنه لم يعلم بان المديون جعل في حوالة الطعام المشتري معوضا و ما على ذمته عوضا بل يحتمل كون ما على ذمته في الحوالة معوضا و ما على ذمة البائع منه عوضا و المنع عن بيع المكيل أو الموزون و المعاوضة عليهما قبل قبضهما يختص بما إذا كان ذلك المكيل أو الموزون مبيعا لم يقبض و لا بأس بجعله ثمنا في المعاملة كما تقدم.

و لكن استوجه الاستدلال بعد ذلك بان الحوالة فعل المديون و المديون يجعل ما

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦٠٩

[الرابع ذكر جماعة أنه لو دفع الي من عليه طعام]

ذكر جماعة أنه لو دفع إلى من عليه طعام (١).

يملكه بدمه الآخر ملكا لدائنه بإزاء ما يملكه الدائن على عهده فما يملكه المحيل من المال المحال به معوض و ما يملكه المحتال على المحيل عوض في تلك المعاوضة و لذا يعتبر في الحوالة المتفق على صحته ان لا يكون المال المحال به من المبيع المكييل أو الموزون.

و الحاصل احتمال ان يكون ما على عهده المحيل معوضا و ما له على ذمه المحال عليه عوضا بان يكون فعل المحيل إنشاء تملك ما بدمته بإزاء ما له على عهده المحال عليه و يشبه إنشاء الحوالة بإنشاء الشراء قبل إيجاب البائع فيكون إنشاء المحتال تمليكا ضعيف لانه كما ذكرنا ان الحوالة ينسب إلى المحيل لا إلى المحال.

أقول لا يخفى تمام الاستدلال حتى على عدم كون ما على المحال عليه معوضا في الحوالة فإن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب عن كون ما عليه من الكر مبيعا أو ثابتا على عهده بغير البيع جواز الحوالة على كلا التقديرين كما أن ترك الاستفصال عن كون ما اشتراه من الكر كليا على العهدة أو شخصا خارجيا جواز الحوالة و جواز اقباض ما اشتراه قبل قبضه.

و أما مسألة التوكيل في القبض للمديون و الإقباض عنه لنفسه فلا ينبغي التأمل في جوازه و لا يضر اتحاد القبض و القابض و لو قيل بعدم جواز اتحاد الموجب و القابل في العقود مع أنه جائز أيضا إلا في عقد النكاح في بعض الفروض و الله سبحانه هو العالم.

(١) إذا قال لدائنه هذه الدراهم اشتر بها لنفسك طعاما يكون القول المزبور ظاهرا بقرينة ما هو مرتكز في أذهان أبناء المعاملات انه يكون المبيع ملكا لمن يخرج عن ملكه ثمنه في أحد أمرين:

الأول توكيل الدائن ان يشتري الطعام للمديون ثم يملك ما اشتراه عن المديون و فاء لما بدمه المديون أو حوالة و لذا لا يفرق بين كون ما يشتريه الدائن شخصا أو كليا.

الثاني ان يكون ما يشتريه الدائن لنفسه بان يكون ثمن ما يشتريه بدمته و يعطى

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦١٠

[مسألة لو كان له طعام على غيره]

مسألة لو كان له طعام على غيره (١).

الدراهم المزبورة للبائع منه و فاء بدينه بمال الغير و لكن الشرط في الوفاء بما في ذمته بالدراهم سقوط ما على المديون من الطعام و هذا أيضا لا بأس به.

و اما التوكيل في تمليك الدراهم ثم الاشتهار بها فهو و ان لا بأس به الا أنه خارج عن الظهور العرفي للكلام المزبور.

(١) إذا كان له طعام على غيره و كذا ما كان غير الطعام من سائر المكييل أو الموزون فطالب المديون في غير مكان حدوثه بدمته ففيه صور.

الأولى ما إذا كان الطعام أو غيره بدمته ببيعه سلما كما إذا أسلفه طعاما في بلد من العراق فطالبه في غير بلد آخر مع عدم اشتراط التسليم في ذلك البلد الآخر فإنه مع عدم الاشتراط يكون مقتضى إطلاق العقد في موارد كون المتاع مختلفة في القيمة بحسب البلاد أو مؤنة النقل انصرافه إلى بلد العقد.

و على ذلك فلا ينبغي الريب في أنه لا يجب على المديون أدائه في ذلك البلد الآخر و إذا لم يكن للدائن المطالبة بنفس الطعام فيه

لم يكن له المطالبة بالقيمة بحسب ذلك البلد الآخر بطريق أولى فإن المطالبة بالقيمة على تقدير جوازه فرع جواز المطالبة بنفس ما على الذمة من المثل.

نعم يقع الكلام في أنه يجوز للمشتري مطالبة البائع بقيمة الطعام بحسب بلد استحقاق التسليم في ذلك البلد الآخر مع رضا البائع أو بدونه فإنه يظهر من الشيخ قده أنه لم يجز للمشتري المطالبة بتلك القيمة و تراضيها بها فإن التراضي المزبور يدخل في بيع الطعام قبل قبضه.

و ذكر المصنف قده ان ما ذكر الشيخ (قده) حسن لو كان المراد من تراضيها جعل ما على الذمة مبيعا و القيمة ثمنا أو كان المراد من بيع المكيل و الموزون قبل قبضهما في الاخبار المنهى عنه مطلق الاستبدال.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦١١

.....

و اما إذا كان المراد في الاخبار المنهى عنه خصوص البيع و لم يحمل التراضي على جعل القيمة ثمنا و ما على الذمة مبيعا بل احتمال ان يكون التراضي بكون القيمة مبيعا و ما على الذمة ثمنا فلا بأس بالتراضي على القيمة لكن الظاهر من القيمة كونها ثمنا و ما على العهدة معوضا فيدخل التراضي المزبور في الاخبار المنهى عنه.

و الحاصل ما ذكر الشيخ من عدم الجواز مبني على أحد الأمرين انصراف التراضي المزبور بكونه بيعا لما على العهدة بإزاء القيمة أو كان المنهى عنه في الاخبار المانعة مطلق الاستبدال.

أقول قد تقدم أنه يجوز بيع المكيل و الموزون قبل قبضهما من بايعهما غاية الأمر يعتبر أن يكون العوض من غير جنس الثمن الأول و مع اتحاد الجنس يعتبر عدم اختلاف الثمنين بالزيادة و الاخبار المنهى فيها عن بيع المكيل و الموزون قبل قبضهما الا بالتولية ناظرة إلى بيعهما من غير بايعهما.

هذا بالإضافة إلى صورة التراضي بأخذ القيمة و اما مع عدم رضا من عليه المال فلا يجوز للمشتري الا الصبر و التسلم بالمال في بلد التسليم أو فسخ الشراء و المطالبة بتمنه كما هو الحال في تعذر التسليم في السلم و هذا فيما حسب تأخير التسليم الى بلد الاستحقاق لطول زمانه تخلفا لشرط التسليم في زمان الاستحقاق كما لا يخفى.

و الحاصل انه لم يثبت جواز الأخذ بالقيمة في السلم مع تعذر التسليم ليجرى في المقام ايضا.

و مما ذكرنا يظهر أنه لو لم يختلف البلدان بحسب القيمة و مؤنة النقل و لكن كان المشروط للمشتري التسليم في أحدهما المعين فللمشتري إسقاط شرطه و المطالبة بالمبيع في البلد الآخر و مع عدم إسقاط شرطه يجوز له فسخ الشراء في مورد تخلف البائع الشرط عليه كما تقدم.

إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ٤، ص: ٦١٢

.....

و ايضا ظهر الحال ما إذا كان المثلى الثابت على الذمة قرضا فإنه مع اختلاف البلاد في القيمة و مؤنة النقل يكون الثابت على العهدة مع إطلاق عقد الاقتراض هو بلد القرض فلا يجوز للمقرض مطالبة المقرض بالمال في البلد الآخر الا مع تراضيها و بدون رضى المقرض يثبت له حق المطالبة بقيمة بلد الاقتراض بناء على جواز المطالبة بالقيمة في المثلى حتى في مثل هذا التعذر.

و يلحق بذلك الصورة الثالثة و هو ما إذا كان المثلى على الذمة للغصب و لو قلنا بجواز أخذ القيمة و لو مع عدم التراضي يكون الملاك في القيمة قيمة الشيء في بلد الاقتراض أو الغضب يوم الدفع لا بقيمته يوم الاقتراض أو الغضب لان الملاك بالقيمة يوم

الاقتراض أو الغضب المستفاد من صحيحة أبي ولاد ينحصر بضمان القيمي لا المثلى المتعذر و الله سبحانه هو العالم. قد وقع الفراغ يوم الرابع والعشرين من شهر شعبان المعظم سنة ١٤٠٥ بيد مؤلفه جواد بن علي غفر الله لهما و عاملهما بلطفه الكريم انه غفور رحيم.

تبريزي، جواد بن علي، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ٤ جلد، مؤسسه اسماعيليان، قم - إيران، سوم، ١٤١٦ هـ ق

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكمم و أنفُسكمم في سبيلِ الله ذلکم خيرٌ لکم إن کنتم تعلمون (التوبة/٤١). قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللهُ - كان أحدًا من جهاذة هذه المدينة، الذي قد اشتَهَرَ بِشَعْفِهِ بِأَهْلِ بَيْتِ النَّبِيِّ (صلواتُ الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عَجَّلَ اللهُ تَعَالَى فَرَجَهُ الشَّرِيفَ)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقة لم ينطفئ مصباحها، بل تتبَعُ بِأَقْوَى و أَحْسَنِ مَوْقِفٍ كُلِّ يَوْمٍ.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عِزُّهُ - مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايت المبتدله أو الرديئه - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت - عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و إغناء أوقات فراغه هواه برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في جامعه، و...

- منها العدالة الاجتماعيه: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في أكناف البلد - و نشر الثقافه الاسلاميه و الايرانيه - في أنحاء العالم - من جهه أخرى. - من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيره SMS

ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعىة و اعتبارىة، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمىة، الجوامع، الأماكن الدينىة كمسجد جَمكران و...

ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين فى الجلسة

ى) إقامة دورات تعليمىة عمومىة و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنّة

المكتب الرئىسى: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع " پنج رَمضان " و مُفترق " وفانى/ " بنايه " القائمىة "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرىة الشمسىة (=١٤٢٧ الهجرىة القمرىة)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوىة الوطنىة: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارىة و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمىن ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانىة الحالىة لهذا المركز، شَعَبىة، تبرعىة، غير حكومىة، و غير ربحىة، اقتنىت باهتمام جمع من الخىرين؛ لكنّها لا تُوافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينىة و العلمىة الحالىة و مشاريع التوسعة الثقافىة؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمىة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقىة الله الأعظم (عَجَلَّ اللهُ تعالى فرجه الشريف) أن يُوفِقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً ليعانتهم - فى حدّ التمكن لكلّ احدٍ منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و اللهُ ولىّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
أصبحان
الغائمي



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

